UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento: Diritto comparato

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO

INDIRIZZO IN DIRITTO INTERNAZIONALE 'ALBERICO GENTILI'

XXIV CICLO

'IL RUOLO DELLA NECESSITÁ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO'

Direttore della Scuola: Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore di indirizzo: Prof.ssa Alessandra Pietrobon

Supervisore: Prof.ssa Serena Forlati

Dottoranda: Laura Salvadego

Questa tesi vede la luce grazie anche alla borsa di Dottorato di ricerca dell'Università degli Studi di Padova e all'ospitalità offertami dal Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg e dalla Peace Palace Library de L'Aja.

Al termine di questo triennio di Dottorato mi siano concessi alcuni ringraziamenti. Il primo va alla Prof.ssa Serena Forlati per i preziosi consigli e l'incoraggiamento ad intraprendere i primi passi sulla via della ricerca.

Ringrazio poi il Prof. Francesco Salerno, in particolare per i consigli metodologici che ha voluto offrirmi; la Dott.ssa Alessandra Annoni, per le numerose occasioni di confronto e il Prof. Pietro Franzina, per l'attenzione che ha sempre prestato al mio lavoro.

Un ringraziamento infine va all'intero Collegio dei docenti dell'indirizzo 'Alberico Gentili' per i molti incontri ed opportunità di approfondimento.

L.S.

The Hague, gennaio 2012

SOMMARIO

Elenco delle principali abbreviazioni……..…...…… p. v

INTRODUZIONE

1. Brevi cenni sull'evoluzione del concetto di necessità nel diritto internazionale generale: dal diritto di conservazione dello Stato all'esimente dello stato di necessità……..…... p. 1
2. La regolamentazione della necessità.....…….……...… p. 9
3. La necessità fra *jus ad bellum* e *jus in bello*……...…. p. 11

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA CONSUETUDINARIA DELLO STATO DI NECESSITÁ

1. L'incidenza delle esimenti sull'operatività delle norme primarie violate……...…..… p. 23
2. Il rapporto con le cause di estinzione e sospensione dei trattati……..……... p. 28
3. Concezioni critiche che negano rilevanza giuridica allo stato di necessità…..……... p. 32
4. La codificazione dello stato di necessità……...……... p. 36
5. Le condizioni e i limiti di invocabilità dello stato di necessità……..…….. p. 40

a. L'interesse essenziale……...…. p. 42
b. La gravità e l'imminenza del pericolo per lo Stato……..…… p. 46
c. Il divieto di arrecare seri pregiudizi ad interessi essenziali di altri Stati o della società internazionale nel suo insieme……...…….… p. 49
d. L'assenza del contributo dello Stato che invoca l'esimente…….....……. p. 51

6. *Segue*: Gli obblighi che escludono l'invocabilità della necessità……...…… p. 53

6.1. Le clausole di deroga in situazioni di emergenza nei principali trattati internazionali a tutela dei diritti umani e il loro rapporto con lo stato di necessità……..…..…… p. 59

a. Le deroghe ammesse nei trattati relativi ai diritti dell'uomo……..……. p. 59
b. Condizioni e restrizioni relative alle clausole di deroga……..…… p. 64
c. L'obbligo del rispetto del diritto internazionale umanitario…….....…….……. p. 67
d. I diritti intangibili: il 'nocciolo duro' dei diritti fondamentali non suscettibili di deroga……..…...……. p. 74
e. Coordinamento fra le deroghe ammesse e l'esimente generale dello stato di necessità…….……..…. p. 80
f. Le deroghe ammesse nei trattati relativi ai dritti dell'uomo in ipotesi di assenza di specifiche clausole derogatorie……..……. p. 87

CAPITOLO II

LA NECESSITÁ MILITARE NELLA MODERNA DISCIPLINA DEI CONFLITTI ARMATI

1. L'influsso della necessità come principio informatore e fonte materiale della disciplina del fenomeno bellico nel XIX secolo……..…….. p. 93
2. La necessità militare nella moderna disciplina dei conflitti armati……...…...…….... p. 98
2.1. La nozione di necessità militare……..…...…….... p. 98
2.2. La natura giuridica della necessità militare……..……...… p. 103
2.3. Le funzioni della necessità militare…… p. 110
2.3.a. *Segue*: funzione permissiva…….……...…..…… p. 110
2.3.b. *Segue*: funzione restrittiva……..……..... p. 116
3. Le diverse gradazioni della necessità nelle norme di *jus in bello*……..…… p. 120
4. Il principio di proporzionalità nello *jus in bello*……..…..…… p. 128
4.1. Il divieto di attacchi indiscriminati e la regola della proporzionalità dei danni collaterali ……...…….. p. 131
4.2. La proporzionalità nella considerazione dei vantaggi militari…….…….……..…… p. 140
4.3. I limiti nell'impiego dei mezzi e metodi di combattimento…… p. 145
5. *Jus cogens* e '*principes intrasgressibles*' del diritto internazionale umanitario……..... p. 153

CAPITOLO III

JUS AD BELLUM E NECESSITÁ MILITARE

1. Introduzione……..……..…….... p. 165
2. L'ampiezza della necessità militare nella disciplina della legittima difesa……... p. 169
3. La necessità militare e l'impiego della forza nell'ambito di missioni svolte ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite…….…… p. 182
4. Necessità militare ed intervento umanitario……...…… p. 200

Conclusioni……..…….. p. 217

Riassunto……...…….……..... p. 225

Summary……...……..…… p. 229

Indice della giurisprudenza citata……..……...…… p. 233

Bibliografia……..……..…… p. 247

ELENCO DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

ACEDH:	Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme
Actes:	Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés
AFLR:	The Air Force Law Review
African JICL:	African Journal of International and Comparative Law
African YIL:	African Yearbook of International Law
AJIL:	American Journal of International Law
Alberta LR:	The Alberta Law Review
Annuaire CEDH:	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme
Annuaire FDI:	Annuaire français de droit international
Annuaire IDI:	Annuaire de l'Institut de droit international
Annuaire SDI:	Annuaire suisse du droit international
Annual DRPILC:	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
Anuario EDI:	Anuario espanol de derecho internacional
ASILP:	American Society of International Law Proceedings
Australian YBIL:	Australian Yearbook of International Law
Austrian JPIL:	Austrian Journal of Public and International Law
Austrian RIEL:	Austrian Review of International and European Law
BIDH:	Bulletin d'information sur les droits de l'homme
Boston UILJ:	Boston University International Law Journal
British MJ:	British Medical Journal

Brooklyn JIL:	Brooklyn Journal of International Law
BYIL:	British Year Book of International Law
BYUJ:	Brigham Young University Journal of Public Law
California WILJ:	California Western International Law Journal
Canadian JLJ:	The Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Canadian YI:	The Canadian Yearbook of International Law
CD:	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
Chicago JIL:	Chicago Journal of International Law
Chinese JIL:	Chinese Journal of International Law
CI:	La comunità internazionale
Columbia JIL:	Columbia Journal of International Law
Columbia JTL:	Columbia Journal of Transnational Law
Comunicazioni e Studi:	Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto internazionale e straniero dell'Università degli Studi di Milano
Connecticut JIL:	Connecticut Journal International Law
Cornell ILJ:	Cornell International Law Journal
CREDHO:	Centre de recherche et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire
DCI:	Diritto del commercio internazionale
Dig. disc. Pubbl.:	Digesto delle discipline pubblicistiche
DUDI:	Diritti umani e diritto internazionale
Duke JCIL:	Duke Journal of Comparative and International Law
ECHR:	European Court of Human Rights, Documents and Decisions
EHRLR:	European Human Rights Law Review

EJHR:	European Journal of Human Rights
EJIL:	European Journal of International Law
ETS:	European Treaty Series
Florida JIL:	Florida Journal of International Law
Fordham ILJ:	Fordham International Law Journal
Georgia LR:	Georgia Law Review
German YIL:	German Yearbook of International Law
Global Community YILJ:	The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence
Hague YIL:	Hague Yearbook of International Law
Harvard ILJ:	Harvard International Law Journal
Hastings ICLR:	Hastings International and Comparative Law Review
Houston JIL:	Houston Journal of International Law
HRLJ:	Human Rights Law Journal
HRLR:	Human Rights Law Review
HRQ:	Human Rights Quarterly
ICJ Reports:	International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
ICLQ:	International and Comparative Law Quarterly
IJCP:	International Journal of Cultural Property
IJHR:	International Journal of Human Rights
ILC Yearbook:	Yearbook of the International Law Commission
ILJ:	International Law Journal
ILM:	International Legal Materials
ILR:	International Law Reports

Indian JIL:	Indian Journal of International Law
IOLR:	International Organizations Law Review
IRRC:	International Review of the Red Cross
ISIL Yearbook of IHLRL:	The Indian Society of International Law Yearbook of International Humanitarian Law and Refugee Law
Israel YHR:	Israel Yearbook on Human Rights
Italian YIL:	Italian Yearbook of International Law
JACL:	Journal of Armed Conflict Law
Japanese AIL:	Japanese Annual of International Law
JCSL:	Journal of Conflict and Security Law
JDI:	Journal du droit international
JICJ:	Journal of International Criminal Justice
JIL&IR:	Journal of International Law and International Relations
JILE:	Journal International Law Economics
JILP:	New York University Journal of International Law and Politics
Journal HIL:	Journal of the History of International Law
JRMP:	Jugoslovenska revija za međunarodno pravo
JWI&T:	Journal of World Investment and Trade
Leiden JIL:	Leiden Journal of International Law
LNTS:	League of Nations Treaty Series
Max Planck UNYB:	Max Planck Yearbook of United Nations Law
McGill LJ:	McGill Law Journal
Michigan JIL:	Michigan Journal of International Law

Michigan LR:	Michigan Law Review
Minnesota LR:	Minnesota Law Review
ML&LWR:	Military Law and Law of War Review
MLR:	Military Law Review
NDLR:	Notre Dame Law Review
Netherlands ILR	Netherlands International Law Review
Netherlands QHR:	Netherlands Quarterly of Human Rights
Netherlands YIL:	Netherlands Yearbook of International Law
New Zealand YIL:	*N*ew Zealand Yearbook of International Law
Nordic JLR:	Nordic Journal of International Law
North Carolina JILCR:	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
NYUJILP:	New York University Journal of International Law and Politics
ODIL:	Ocean Development and International Law
Oxford HIIL:	Oxford Handbook of International Investment Law
Proceedings ASIL:	Proceedings of the American Society of International Law
RBDI:	Revue belge de droit international
RD:	Recueil Dalloz
RDE:	Revue du droit des étrangers
RDI:	Rivista di diritto internazionale
RDP:	Rivista di diritto pubblico
RDPC:	Revue de droit pénal et de la criminologie
RDPMDG:	Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre
RDPSP:	Revue de droit public et de science politique

Recueil:	Recueil des Courses de l'Académie de droit international de La Haye
REDI:	Revue égyptienne de droit international
RGDIP:	Revue générale de droit international public
RHDI:	Revue hellénique de droit international
RICR:	Revue internationale de la Croix-Rouge
RIDC:	Revue internationale de droit comparé
RIDU:	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
RISG:	Rivista italiana per le scienze giuridiche
RSDIE:	Revue suisse de droit international et européen
RTDE:	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH:	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH:	Revue universelle des droits de l'homme
South African YIL:	South African Yearbook of International Law
Stanford JIL:	Stanford Journal of International Law
Suffolk TLR:	Suffolk Transnational Law Review
TL&CP:	Transnational Law and Contemporary Problems
UNGA:	United Nations General Assembly
UNRIAA:	United Nations Reports of Internationals Arbitral Awards
UNTS:	United Nations Treaty Series
Vanderbilt JTL:	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Virginia JIL:	Virginia Journal of International Law
Yale HRDLJ:	Yale Human Rights and Development Law Journal
Yale JIL:	Yale Journal of International Law

YECHR:	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YIHL:	Yearbook of International Humanitarian Law
YIL:	Yearbook of International Law
YILC:	Yearbook of the International Law Commission
YILJ:	Yearbook of International Law Journal
YILP:	Yearbook on International Investment Law and Policy
YWA:	Yearbook of World Affairs
ZAÖRV:	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sull'evoluzione del concetto di necessità nel diritto internazionale generale: dal diritto di conservazione dello Stato all'esimente dello stato di necessità. - 2. La regolamentazione della necessità. - 3. La necessità fra *jus ad bellum* e *jus in bello.*

1. *Brevi cenni sull'evoluzione del concetto di necessità nel diritto internazionale generale: dal diritto di conservazione dello Stato all'esimente dello stato di necessità.*

Il presente lavoro è teso ad analizzare la rilevanza della necessità nel contesto del diritto internazionale umanitario[1] chiarendo le modalità con le quali essa viene in gioco in tale ambito.

Già Modestino, in un passo del Digesto, affermava che '*necessitas facit jus*', individuando nella necessità una delle fonti del diritto ('*omne ius aut consensus facit aut necessitas constituit aut consuetudo firmavit*'[2]), concezione ribadita da alcuni autori ancora all'inizio del secolo scorso[3]. La categoria della necessità è considerata, a vari fini, da tutti i sistemi giuridici ed è accolta dalla maggior parte degli ordinamenti interni nonché dal diritto internazionale[4].

Invero, la necessità è stata di frequente invocata dagli Stati, nelle diverse accezioni di '*doctrine of necessity*' o '*right of necessity*', al fine di giustificare in modo anche strumentale la violazione di obblighi internazionali: tanto che, secondo alcuni autori '*the enumeration of situations where the doctrine of necessity has been invoked forms either a catalogue of*

[1] Nell'elaborato che segue le espressioni 'diritto internazionale umanitario' e 'diritto internazionale dei conflitti armati' sono impiegate in modo indifferenziato per indicare l'insieme delle norme (consuetudinarie e convenzionali) che regolano la condotta delle ostilità e tutelano le vittime (combattenti e civili) dei conflitti armati.

[2] E. MODESTINO, *Digesto, De legibus*, L. 40, Dig. I, p. 3; nel medesimo senso E. NYS, *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au 18 siècle*[2], Paris, Fontemoing 1912, II, p. 153. In senso contrario, però, v. U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1916, p. 157 ss., p. 183. Per A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, in *RISG*, 1917, p. 90 '*il valore e la funzione della necessità assumono (…) rilievo non già di fonte formale, poiché appartengono ad un momento pregiuridico della formazione di una norma (…) bensì di fattore materiale e razionale della norma stessa e perciò di elemento prezioso di interpretazione*'. Cfr. poi T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *RDP*, 1917, I, p. 5 ss. Per una ricostruzione storica v. G. SPERDUTI, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1943, XXVI, p. 19 ss., p. 54 ss.

[3] In senso contrario v. però, fra gli altri, A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., 1917, p. 89 ss. e 1918, p. 171 ss., pp. 191-193.

[4] Già nel XVII secolo Ugo Grozio considerava il diritto di autoconservazione un principio applicabile alle relazioni interstatuali: U. GROZIO, *De jure belli ac pacis, libri tres, in quibus jus naturae & gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Amsterdam, 1646, cap. I, par. XII.

serious breaches of International Law or of cases susceptible of being explained without an appeal to the doctrine of necessity'[5].

La necessità veniva solitamente fatta valere in collegamento alla nozione di conservazione: in caso di pericolo per la conservazione di un'entità statuale veniva infatti giustificato il ricorso ad ogni mezzo necessario al fine di preservarne l'esistenza, nonostante i mezzi in questione fossero illegittimi se adottati in assenza di una simile minaccia[6]. Così, ad esempio, Thomas Hobbes affermava: '*jus naturale est libertas quam habet unusquisque potentia sua ad naturae suae conservationem suo arbitrio utendi et per consequens illa omnia quae eo videbuntur tendere faciendi*'[7].

Nel contesto bellico, ad esempio, in esercizio del 'diritto di necessità', Grozio riconosceva la possibilità di occupare il territorio di uno Stato neutrale in forza delle esigenze della guerra[8]. L'esercizio del 'diritto di necessità', ad ogni modo, veniva dallo stesso autore ricondotto in maglie piuttosto strette[9], tramite la previsione di una serie di limiti alla sua invocabilità da parte dello Stato[10]: i c.d. '*temperamenta in bello*'[11].

Tale concezione di matrice giusnaturalista della necessità, intesa come diritto soggettivo dello Stato, ha certamente influenzato la dottrina del XIX secolo che propugnava la teoria dei diritti fondamentali degli Stati[12], fra i quali veniva ricompreso il diritto di autotutela e il conseguente diritto di conservazione[13]. Così, per Travers Twiss: '*of the Primary and Absolute*

---

[5] E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Responsibility*, in *Manual of Public International Law*, a cura di M. Sørensen, London, Melbourne, Toronto, New York, St. Martin's Press, 1968, p. 542.
[6] Cfr. R. BOED, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, in *Yale HRDLJ*, 2000, 3, p. 6 ss.
[7] T. HOBBES, *Leviathan, Sive De Materia, Forma & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, 1660, XIV.
[8] U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, cit., libri II, cap. II, par. X.
[9] B.C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 5.
[10] A proposito dei diritti delle potenze neutrali nel corso di un conflitto, ad esempio, Grozio sottolineava: '*supervacuum videri posset, agere nos de his qui extra bellum sunt positi, quando in hos satis constet nullum esse jus bellicum. Sed quia occasione belli multa in eos, finitimos, praesertim patrari solent praetexta necessitate, repetendum hic breviter quod diximus alibi, necessitatem ut jus aliquod det in rem alienam, summam esse debere: requiri praetera ut in ipso dominio par necessitas non subsit: etiam ubi de necessitate constat, non ultra sumendum quam exigit: id est si custodia sufficiat non sumendum usum: si usus, non sumendum abusum: si abusu fit opus, restituendum tamen rei pretium*': v. U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, cit., libri III, cap. XVII, par. 1; cfr. sul punto B.C. RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, cit., p. 6.
[11] Cfr. E. GREPPI, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, Giuffré, 2006, p. 803 ss.
[12] La dottrina dei diritti fondamentali degli Stati è elaborata da J. HOBBES, *De Cive*, 1642, sez. II, cap. VI, par. X; per una traduzione v. S. SORBIERE, *Le citoyen ou les fondaments de la politique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 147 ss.; v poi C. ROUSSEAU, *Droit international public*, V, Paris, Sirely, 1983, p. 93 ss.
[13] R. BOED, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, cit., p. 6; J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, in *Essays in Honour of Manfred Lachs*, a cura di J. Makarczyk, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 236.

Rights of a Nation the most essential, and as it were the Cardinal Right, upon which all others hinge, is that of Self-Preservation. This Right necessarily involves, as subordinate Rights, all other Rights which are essential as means to secure this principal end'[14]. Tale assunto portava a giustificare le azioni degli Stati che, pur contrarie a specifici obblighi internazionali, fossero finalizzate alla conservazione dei primi. Seguendo Hershey, '*in order to protect and preserve this right to self-preservation, a State may in extreme cases of necessity commit what would ordinarily be an infraction of the Law of Nations and violate the territorial sovereignty or international right of another State*'[15]. In particolare, nella prima dottrina francese si assiste alla tendenza ad assimilare *force majeure* e *nécessité*[16] per poi giustificare '*le droit, à défaut d'autre moyen, d'employer la force pour se défendre contre une aggression injuste*', che altro non è che il principio di difesa[17].

Il celebre caso del *Caroline*[18] illustra bene come prima dell'affermazione del divieto del ricorso alla forza nelle relazioni internazionali i concetti di conservazione, di autodifesa e di necessità fossero talvolta utilizzati in modo interscambiabile[19]; la nozione di necessità veniva in tal modo 'contaminata' da elementi ad essa estranei. Nel 1838 le forze armate britanniche penetravano in acque territoriali statunitensi e attaccavano la nave statunitense *Caroline*, imbarcazione privata battente bandiera statunitense che si stava armando ed equipaggiando per portare aiuto agli insorti canadesi. In risposta alle contestazioni degli Stati Uniti, il Regno Unito invocava la '*necessity of self-defence and self-preservation*' ma il Governo statunitense non riconosceva la giustificazione offerta dal momento che, a suo avviso, '*nothing less than a clear and absolute necessity can offer ground of justification for the commission of hostile acts within the territory of Power at Peace*' e chiedeva la prova, successivamente chiamata

[14] T. TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*[2], Oxford, Oxford University Press, 1884; v. anche H. WHEATON, *Elements of International Law*[6], Leipzig, Brockhaus, 1929. Secondo C.G. FENWICK, *International Law*[4], New York, Appleton Century Crofts, 1965, '*The right of existence, or of self-preservation, is recognized by international law as the primary right of States, being the necessary postulate of the possession of all other rights*'.

[15] A.S. HERSHEY, *The Essentials of International Public Law and Organization*, New York, The MacMillan Company, 1927, p. 232.

[16] Sulla questione si dirà *infra*, capitolo I, par. 2.

[17] Cfr. L. LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le XVII*[éme] *siècle et la doctrine moderne*, in *Recueil*, 1927-III, vol. 18, p. 263 ss., p. 430.

[18] Sul caso *Caroline* v., fra gli altri, A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., pp. 180-181; C. DE MARTENS, *Causes célèbres du droit des gens*, 1827, Leipzig, Paris, Brockhaus, pp. 389-391; R.J. PHILLIMORE, *Commentaries of International Law*, I, Littleton, Rothman, 1985, p. 255; A.D. MCNAIR, *International Law Opinions*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 221 ss.

[19] J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 221 ss.; cfr. *Report of the ILC on the Work of its 32*[nd] *Session* (5 May-25 July 1980), UN Doc. A/35/10, p. 93.

Caroline test, che l'azione fosse stata causata dalla '*necessity of self-defence, instant, overwhelming and leaving no choice of means, and no moment for deliberation*'[20]. A ben guardare, però, nel caso di specie è ravvisabile un'applicazione dell'esimente della necessità piuttosto che un caso di autodifesa (preventiva)[21] dal momento che, all'epoca dei fatti, il ricorso alla forza armata non era vietato. Come rilevava il relatore speciale Ago, '*the 'Caroline' incident of 1837, though frequently referred to as an instance of self-defence, really involved the plea of necessity at a time when the law concerning the use of force had a quite different basis than it has at present*'[22].

È evidente che riconoscere la sussistenza di un diritto soggettivo di conservazione dello Stato crea serie difficoltà pratiche nel bilanciamento degli interessi in gioco[23]. Si tratterebbe infatti di effettuare una valutazione circa la prevalenza di uno fra i due diritti coinvolti: il diritto di uno Stato a veder onorato un obbligo internazionale posto nei propri confronti e il diritto di un diverso Stato a lasciare inadempiuti gli obblighi internazionalmente assunti nell'esercizio del proprio diritto di conservazione. Charles Fenwick coglieva l'incertezza sottesa alla nozione osservando: '*the conflict of international rights thus resulting is governed by a few general principles of law, which are, however, so vague as to leave it an open question in many cases whether the right of one has justified a breach of the right of the other*'[24]. A tal proposito è stato autorevolmente constatato che, se fosse configurabile un

[20] Cfr. la Nota del Segretario di Stato americano D. Webster al ministro inglese a Washington H. Fox del 24 aprile 1841, in *ILC Report*, 1980, p. 93; v. poi J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, in *Essays in Honour of Judge Manfred Lachs*, a cura di J. Makarczyk, The Hague, Nijhoff, 1984, p. 39 ss.; J.B. MOORE, *A Digest of International Law*, Washington, p. 422. Come nota P.C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, New York, 1968, p. 164, la definizione del Segretario di Stato Americano Webster, '*is obviously drawn from considerations of the right of self-defence in domestic law; the cases are rare indeed in which it would exactly fit an international situation*'.

[21] J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, cit., p. 39; nel medesimo senso v. M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, in *Netherlands ILR*, 2009, p. 95 ss., p. 99. Per una diversa opinione v., però, S. HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, in *RBDI*, 2007, XL, 1, p. 53 ss., p. 86 e J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 238. L'A., infatti, sul presupposto dell'illiceità del comportamento del *Caroline*, esclude si possa trattare di un'ipotesi di stato di necessità; ritiene piuttosto sia ravvisabile l'ipotesi di autodifesa e, di conseguenza, contesta la scelta del relatore speciale Ago e della Commissione del diritto internazionale di citare il caso nei precedenti relativi all'esimente in esame.

[22] Cfr. *YILC*, 1980, II, II, cit., par. 106.

[23] La tesi, di matrice giusnaturalista e ancora diffusa alla fine del XIX secolo, è oramai contestata in modo unanime in dottrina: v. J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, cit., p. 28. Nell'opinione di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[8], Napoli, Scientifica, 2010, p. 369, legando la necessità ad un preteso 'diritto di conservazione' dello Stato si finiva per giustificare ogni sorta di abuso (v. l'esempio citato da E. VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Neuchatel, 1773, t. I, L. II, cap. IX, p. 311, relativo alla liceità del ratto delle sabine) ma soprattutto fenomeni come la conquista e l'ingrandimento territoriale a danno di altri Stati.

[24] C.G. FENWICK, *International Law*, cit., pp. 142-143, osservava che in assenza di un'autorità internazionale competente a sanzionare le violazioni del diritto internazionale, la contrapposizione fra i diritti degli Stati rende il diritto all'esistenza dei piccoli Stati alle volte precario e in alcune occasioni nulla di più che una finzione.

diritto di conservazione, esso implicherebbe un corrispettivo obbligo in capo agli altri Stati di sopportare ogni violazione commessa da chi invochi tale diritto[25].

Il diritto internazionale contemporaneo ha in parte risolto tale questione sganciando la nozione di necessità da quella di conservazione intesa come diritto soggettivo[26], configurandola piuttosto come *norma internazionale secondaria*.

La distinzione fra norme primarie e norme secondarie dell'ordinamento internazionale si è delineata nel corso dei lavori relativi alla responsabilità internazionale degli Stati sfociati nei due Progetti di articoli della Commissione del diritto internazionale[27], che codificano regole generali in materia[28]. Tale distinzione non è scevra da conseguenze ai fini della valutazione del ruolo giocato dalla necessità nel contesto normativo considerato; ciò discende dalle peculiarità rinvenibili nelle modalità di interazione fra l'esimente generale dello stato di necessità e le due categorie normative in questione[29].

L'approccio metodologico seguito dalla Commissione del diritto internazionale su proposta del relatore speciale Roberto Ago a partire dagli anni Sessanta[30], ha appunto portato all'individuazione delle regole relative alla responsabilità internazionale degli Stati applicabili ad ogni ambito normativo[31]. Non si trattava di elaborare regole sostanziali in grado di configurare obblighi particolari in capo agli Stati ma piuttosto di delineare la struttura delle regole in virtù delle quali individuare la sussistenza di illeciti internazionali di Stati nonché le conseguenze discendenti da tali violazioni[32]. La distinzione operata in via generale fra norme primarie e norme secondarie ha così permesso di stabilire la struttura giuridica del diritto della

[25] R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Addendum*, in *YILC*, 1980, II, I, pp. 49-51, UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7/1980, Addendum 1; L. OPPENHEIM, *International Law*, a cura di H. Lauterpacht, London, Longmans, 1955, p. 207; G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, in *Recueil*, 1955-I, vol. 87, p. 195 nota che '*if self-preservation were an absolute and overriding right, the rest of international law would become optional, and its observance would depend on a self-denying ordinance, revocable at will by each State, not to invoke this formidable super-right*'.

[26] R. BOED, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, cit., p. 7.

[27] *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *YILC*, 2001, II, II, p. 26 ss., UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2); *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, in *YILC*, 2011, II, II, p. 1 ss., UN Doc. A/66/10.

[28] Cfr. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), (Merits)*, 26 febbraio 2007, in *ICJ Reports*, 2007, p. 2 ss., par. 401.

[29] Sulla questione si tornerà *infra*, par. 2, nonché capitolo I, par. 6.

[30] Cfr. *Documents of the Fifteenth Session*, in *YILC*, 1963, II, p. 228 ss., par. 5.

[31] J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 2.

[32] L'origine della distinzione fra le due nozioni deriva forse dalla classificazione operata da Hart fra regole primarie e secondarie (v. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 77 ss.; ID., *The Concept of Law*[2], Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 79 ss.) o dalla giurisprudenza continentale (v. A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, pp. 209-210; L.F.E. GOLDIE, *State Responsibility and the Expropriation of Property*, in *International Lawyer*, 1978, XII, 1, p. 63 ss.).

responsabilità degli Stati senza definire il contenuto degli obblighi, sugli stessi incombenti[33], la cui violazione costituisce un illecito[34].

Anche la Corte internazionale di giustizia, nel caso *Gabčíkovo*[35], ne ha riconosciuto la validità avallandola con specifico riferimento alla relazione fra diritto dei trattati e diritto della responsabilità dagli Stati[36].

La distinzione è stata successivamente accolta anche nell'ambito dei lavori relativi alla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali. Così, le regole relative al contenuto sostanziale e alla durata degli obblighi incombenti a Stati e organizzazioni internazionali sono determinate da norme primarie[37]. Il diritto della responsabilità di Stati e organizzazioni è invece articolato nei due Progetti che stabiliscono un reticolo di regole secondarie in grado di individuare le conseguenze della violazione di ogni norma primaria[38]. Il diritto della responsabilità internazionale delinea un complesso di norme secondarie concernenti i presupposti dell'illecito, le circostanze esimenti l'illecito, le conseguenze giuridiche dell'illecito e l'esercizio delle relative pretese inerenti alla riparazione dovuta a favore del soggetto internazionale leso; alla violazione della norma primaria corrisponde infatti l'esigenza di garantire la certezza del diritto della norma secondaria sul piano dei rapporti intersoggettivi[39].

I rischi di abuso collegati alla nozione di necessità sono così limitati: la necessità non consente *ex ante* qualunque azione altrimenti illecita in virtù di un asserito diritto di

[33] Cfr. *First Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1969, II, p. 127: '*At some stage, however, it unquestionably became essential to isolate the subject of responsibility* stricto sensu, *together with the relevant principles, and to divorce it from any other body of substantive rules of international law*'.

[34] A. GIANELLI, *Conseguenze di violazioni di norme imperative*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Milano, Giuffré, 2006, p. 245 ss., p. 246. Per alcuni dubbi circa la portata della distinzione cfr. C.J. TAMS, *All's Well That Ends Well, Comments on the ILC's Articles on State Responsibility*, in *ZAÖRV*, 2002, p. 764 ss.

[35] ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, p. 7 ss. Sulla questione v. *infra*, capitolo I, par. 2.

[36] Ivi, par. 47.

[37] Sulla distinzione fra norme primarie e secondarie v., poi *Documents of the Fifteenth Session*, cit., p. 227 nonché *Documents of the Twenty-Second Session*, in *YILC*, 1970, II, p. 306 ss.; J. CRAWFORD, *First Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/490, parr. 13-16.

[38] J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 16. Sulla questione si dirà, *infra*, capitolo I, par. 1.

[39] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], Padova, Cedam, 2011, p. 412.

conservazione dello Stato ma giustifica la condotta necessitata laddove siano rispettati i requisiti delineati dall'esimente codificata in virtù di un accertamento concreto *ex post facto*[40].

In conseguenza della scissione operata fra lo stato di necessità e il concetto di conservazione[41] si rendeva opportuna una rivisitazione della nozione: nella nuova concezione l'idea che la fonte delle situazioni di necessità sia ravvisabile in un conflitto fra interessi in gioco rimane integra. Tale conflitto, però, non contrappone fra loro *diritti soggettivi* degli Stati ma, piuttosto, un interesse, seppur essenziale, da una parte, e un diritto soggettivo dall'altra, entrambi giuridicamente apprezzati[42]. Così, la differenza fra le nozioni di necessità e di autotutela consisterebbe nel fatto che nella seconda ipotesi lo Stato reagisce ad un atto illecito commesso da un altro Stato: si tratta dunque di una risposta ad una violazione del diritto internazionale. In una situazione di necessità, al contrario, lo Stato che invoca tale eccezione non rispetta i diritti di uno Stato che non ha posto in essere alcun atto illecito[43].

Restano tuttavia strettamente intrecciati fra loro i concetti di necessità e di conservazione[44] tanto che sembra potersi configurare una facoltà dello Stato di venir meno agli impegni assunti laddove siano in gioco interessi vitali per il medesimo talché il loro pieno rispetto comporterebbe una minaccia per la stessa sopravvivenza dello Stato[45].

---

[40] C. TOMUSCHAT, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in *Recueil*, 1999, vol. 281, p. 288 ss.; cfr. P. ALLOT, *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, in *Harvard ILJ*, 1988, p. 1 ss.

[41] R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Addendum*, cit., par. 7. Secondo Ago, infatti, tale visione distorta derivava dalla concezione di necessità propugnata dalla scuola di diritto naturale secondo cui la necessità derivava dal conflitto fra due diritti soggettivi, uno dei quali consistente nel diritto di autoconservazione, considerato un diritto essenziale dello Stato al quale ogni altro diritto soggettivo in conflitto doveva essere sacrificato.

[42] R. AGO osserva '*Most authors, however, consider incorrect to speak of a subjective right of the State which invokes the state of necessity. The term subjective right denotes the possibility at law of requiring a particular service or course of conduct from another subject of law, but a person who invokes a situation of necessity as justification for his acts makes no claim on others for service or conduct. The situation might therefore be better described as a conflict between an interest, however essential, on the one hand, and a subjective right on the other*', in *YILC*, 1980, II, II, p. 35, UN Doc. A/CN.4/Ser.A/1980, Add. 1; cfr. J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, cit., pp. 30-31.

[43] Tale differenza è sottolineata da numerosi autori. V., ad esempio, C. DE VISSCHER, *La responsabilité des États*, Bibliotheca Visseriana, II, Brill, 1924, p. 111; A. CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1929-I, vol. 26, p. 558; L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, cit., p. 430; A. VERDROSS, *Règles générales du droit international de la paix*, in *Recueil*, 1929-V, vol. 30, p. 488 ss.; S. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, cit., p. 554; M. SØRENSEN, *Principes de droit international public*, in *Recueil*, 1960-III, vol. 101, p. 6 ss., p. 219. La differenza invece non è chiara, ad esempio, in J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1961, p. 288, nota 28.

[44] Cfr. R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Addendum*, cit., p. 8, par. 8; J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., pp. 238-239; J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, cit., p. 28.

[45] J. CRAWFORD e S. OLLESON, *The Nature and Forms of International Responsibility*, in *International Law*, a cura di M.D. Evans, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 464. Secondo D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1964, p. 148, '*il carattere obbligatorio delle norme si ferma a questo punto non in*

A Stati e organizzazioni internazionali, seppur negli stretti limiti e alle condizioni stringenti delineate nella disciplina consuetudinaria relativa all'esimente codificata, è in generale riconosciuta la possibilità di non rispondere della violazione di specifici obblighi in situazioni tali da configurare uno stato di necessità. È dunque ammessa la possibilità di valorizzare determinati interessi dei soggetti internazionali al fine di un loro bilanciamento successivo con diritti di altri soggetti, ma pur sempre nel rispetto dei parametri predeterminati nella definizione dell'esimente generale.

Nonostante alcuni autori tuttora neghino l'esistenza nel diritto internazionale consuetudinario di una norma che stabilisca la necessità come causa di giustificazione dell'illecito internazionale[46], la nozione è stata accolta dalla Commissione del diritto internazionale che ne ha codificato la relativa disciplina nell'ambito della responsabilità per fatto illecito[47]. Invero, anche in seno alla Commissione l'opportunità di inserire una specifica disposizione relativa allo stato di necessità fu a lungo contrastata. La proposta del relatore speciale Ago fu infine accolta e la disciplina dello stato di necessità venne inserita fin dal

---

conseguenza di una supposta saggezza o prudenza del volere degli Stati ma per un'imposizione dell'ordinamento stesso: solo così si può comprendere ciò che abbiamo chiamato il limite logico al carattere obbligatorio del diritto internazionale'. Sulla questione si tornerà *infra*, capitolo I, par. 5.a. Accanto alla situazione di necessità dello Stato o dell'organizzazione internazionale, nel diritto internazionale generale si delinea una parallela situazione di estremo pericolo dell'organo dello Stato (o dell'organizzazione) che si caratterizza per una forte vicinanza e correlazione con la prima situazione: v., in tal senso, Corte EDU, Grande Camera, *Bosphorus, (Bosphorus v. Ireland), (Merits)*, (ric. n. 45036/98), 30 giugno 2005, par. 152 ss. Le due nozioni sono espressione di un medesimo principio e soffrono le medesime eccezioni; nei due casi, inoltre, la necessità determina i limiti esterni della condotta necessitata: l'unica azione possibile è quella determinata dal bisogno imposto dalla situazione di emergenza. Cfr. J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 240 e J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, cit., p. 33.

[46] La dottrina critica circa l'esistenza di una norma generale in tema di stato di necessità si divide fra gli autori che escludono del tutto la formazione di regole consuetudinarie in materia (U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 170 ss.; A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 89 ss., e 1918, p. 171 ss.) e coloro che ritengono invece esistenti singole norme generali o convenzionali riguardanti specifiche situazioni di necessità (A. RAPISARDI MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, in *RISG*, 1919, p. 177 ss.; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Responsibility*, cit., p. 543; E. JIMENEZ DE ARECHAGA e A. TANZI, *International State Responsibility*, in *International Law, Achievements and Prospects*, a cura di M. Bedjaoui, Dordrecht, Boston, London, 1991, p. 355; P. LAMBERTI ZANARDI, *Necessità (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, pp. 905-906; B. CONFORTI, *diritto internazionale*[8], cit., p. 370; S. HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, cit., p. 72 ss.; H.M. WALDOCK, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, in *Recueil*, 1952-II, vol. 81, p. 455 ss., 461; P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, II, Genève, Georg, 1954, p. 60 ss.; U. LEANZA, *Fenomeni di contiguità aerea nel diritto internazionale*, Napoli, Jovene, 1961, p. 142 ss.; J.L. BRIERLY, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*[6], Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 403 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*[5], Palermo, Priulla, 1968, p. 224 ss.; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*[6], Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 466 ss. Sulla questione v. *amplius*, *infra*, capitolo I, par. 3.

[47] Cfr. l'art. 25 del Progetto di articoli adottato dall'Assemblea generale in seconda lettura nel 2001: UN GA Resolution n. 56/83, 12 dicembre 2001, Doc. A/RES/56/83.

Progetto di articoli adottato in prima lettura[48]. La decisione fu in seguito avallata dalla Corte internazionale di giustizia che riconobbe alla nozione delineata dalla Commissione del diritto internazionale natura consuetudinaria[49]. La disciplina relativa allo stato di necessità costituisce oramai una regola non controversa del sistema giuridico internazionale rispetto alla quale non trova oggi giustificazione la tesi che ne affermava la contrarietà all'idea stessa di diritto, secondo l'adagio '*Not kennt kein Gebot*'[50]. Il suo riconoscimento, lungi dal tradursi in un pericolo per la stabilità delle relazioni internazionali, ne permette invece una precisa regolamentazione giuridica. La nozione è stata fra l'altro di recente riaffermata anche nel Progetto di articoli relativo alle organizzazioni internazionali[51].

2. *La regolamentazione della necessità.*

Le norme contenute nei due Progetti paralleli hanno carattere generale e non escludono norme speciali su diversi profili del regime della responsabilità internazionale, secondo la previsione di cui agli articoli 55[52] e 64[53] rispettivamente del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati e delle organizzazioni internazionali. Qualora le norme speciali configurino un regime internazionale (tendenzialmente) autonomo sulla responsabilità esso si sostituisce alle regole generali contenute nel Progetto, ma pur sempre nel rispetto della scala di valori in esso prefigurata. Dunque, esse andranno necessariamente integrate con il regime generale ed applicate in senso restrittivo per la loro valenza derogatoria[54]. Così, ad esempio, la

[48] Cfr. l'art 33 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati adottato dalla Commissione del diritto internazionale in prima lettura nel 1996: Doc. A/CN.4/476 e Addendum 1.
[49] Cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 51. Sulla questione v., *infra*, capitolo I, par. 4.
[50] Così il cancelliere tedesco nel discorso pronunciato nella seduta del Reichstag del 4 agosto 1914 subito dopo la deflagrazione del primo conflitto mondiale in cui fu costretto ad ammettere la violazione da parte della Germania della neutralità del Belgio e del Lussemburgo: '*Das ist die Wahrheit. Wir sind in der Notwehr und Not Kennt Kein Gebot*', in *Sept discours de guerre du chancellier allemand*, 1914-1917, Zürich, Orell Fussli, p. 2.
[51] Cfr. l'art. 25 del Progetto di articoli relativo alla responsabilità internazionale di organizzazioni internazionali di recente adozione da parte dell'Assemblea generale: Doc. A/CN.4/L.778, 30 maggio 2011.
[52] L'art. 55 stabilisce: '*These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law*'.
[53] L'art. 64 stabilisce: '*These draft articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of an international organization, or of a State in connection with the conduct of an international organization, are governed by special rules of international law. Such special rules of international law may be contained in the rules of the organization applicable to the relations between an international organization and its members*'.
[54] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., pp. 413-414. Sui regimi *self-contained* v., fra gli altri, B. SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherlands YIL*, 1985, XVI, p. 117 ss.; C. SANO HOMSI, *Self-*

concreta disciplina di eventuali esimenti speciali (o non codificate) del diritto internazionale dovrà essere necessariamente integrata dai profili generali regolati nei Progetti in relazione alle circostanze esimenti l'illecito codificate. La loro configurabilità non esclude la possibilità di un riferimento alle esimenti codificate: esse presentano infatti la medesima natura e fondamento giuridico[55].

Inoltre, alcune esigenze degli Stati, altrimenti riconducibili all'esimente generale sono talora già considerate da specifiche norme primarie in cui si realizza il bilanciamento fra gli opposti interessi in gioco. Il concetto di necessità può infatti sostanziarsi in molteplici disposizioni pattizie che presentano alcune caratteristiche comuni e alcune peculiarità che ne consentono il completo adattamento a differenti ambiti applicativi[56]. Apposite clausole predisposte in specifici sistemi pattizi possono infatti consentire allo Stato la facoltà di modificare in senso meno oneroso la portata degli obblighi sullo stesso incombenti in ragione della configurabilità di particolari circostanze di volta in volta considerate dalle norme primarie, incidendo così sulla portata dell'obbligo incombente sullo Stato. In simili ipotesi il bilanciamento degli interessi in gioco lascia talvolta residuare la possibilità un riferimento all'esimente[57].

Nell'esercizio dell'autonomia ordinatoria che gli è propria[58] ed in considerazione del contenuto delle norme e dei valori ad esse sottesi, l'ordinamento internazionale potrebbe talora ritenere opportuno predeterminare rigidamente il punto di bilanciamento degli interessi in gioco attraverso la previsione di specifiche norme primarie in qualche misura in grado di assorbire l'esigenza altrove espressa dall'esimente generale[59]. Se è possibile affermare che la stessa invocabilità dell'esimente *generale* dipende dalle norme primarie[60], la disciplina di determinate fattispecie, indipendentemente dalla fonte consuetudinaria o pattizia, potrebbe escludere *tout court* la possibilità di invocazione dell'esimente in virtù delle peculiarità riscontrabili nelle norme primarie che regolano una determinata disciplina. In simili ipotesi il

---

Contained Regimes - No Opt-Out for North Korea, in *Suffolk TLR*, 2000, XXIV, 1, p. 89 ss. Circa l'impossibilità di ritenere il diritto internazionale umanitario un regime *self-contained* v. M. SASSOLI, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *ICRC*, 2002, LXXXIV, n. 864, p. 401 ss., pp. 403-404.

[55] Sulla questione v. *infra*, capitolo I, par. 6.1.e.

[56] M. MONTINI, *La necessità ambientale e le sue diverse funzioni nel diritto internazionale contemporaneo*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, cit., p. 153 ss., p. 160.

[57] Sulla questione v. *infra*, capitolo I, par. 6.

[58] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 16.

[59] M. MONTINI, *La necessità ambientale e le sue diverse funzioni nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 159.

[60] Sulla questione si dirà *infra*, capitolo I, par. 6.

bilanciamento fra gli interessi in gioco si potrebbe ritenere già effettuato, una volta per tutte, al momento della redazione delle relative regole primarie, senza che residui una qualche possibilità di invocare l'esimente generale.

Nella valutazione delle modalità in cui la necessità viene in gioco nel contesto del diritto internazionale umanitario la dottrina sembra dividersi in due principali orientamenti. Parte della dottrina non ritiene possibile trasporre nello *jus in bello* le regole del diritto internazionale di pace[61]; facendo leva sul carattere affatto eccezionale del pericolo grave ed imminente per la sicurezza e la vita delle persone affidate agli organi dello Stato, o per interessi vitali dello stesso nell'ambito di un conflitto armato, si tende dunque ad escludere la possibilità di un riferimento, in tale ambito, allo stato di necessità disciplinato dal diritto internazionale generale. Altri autori, alla luce di asserite identità strutturali fra stato di necessità e necessità militare, ritengono invece possibile una residuale applicazione della disciplina generale[62] o, ancora, sostengono la possibilità di una contestuale applicazione delle rispettive regole, ad esempio nell'ipotesi in cui una determinata azione bellica possa giustificarsi sia sulla base di una norma che si riferisce a circostanze di necessità militare che sulla base dell'esimente generale relativa allo stato di necessità[63].

La soluzione della *vexata quaestio* è a nostro avviso rinvenibile nell'esatta individuazione della natura giuridica attribuibile alla necessità militare ed a questo tema saranno dedicati il primo e il secondo capitolo del lavoro.

3. *La necessità fra* jus ad bellum *e* jus in bello.

Il diritto internazionale ha sempre considerato, e considera tuttora, il ricorso alla forza militare sotto due diversi profili. Da un lato, le regole relative al ricorso alla forza nell'ambito delle relazioni internazionali costituiscono lo *jus ad bellum*. Sotto un diverso profilo, nel contesto di un conflitto armato già deflagrato, le modalità concrete di esercizio della violenza militare sono disciplinate da una molteplicità di norme limitatrici della libertà riconosciuta agli Stati in relazione alla scelta degli obiettivi e nell'impiego dei mezzi e metodi di guerra. Il

[61] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 124-125.
[62] P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 396 ss. e p. 408 ss.
[63] L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 559 ss., pp. 662-663.

complesso di tali regole costituisce il *corpus* normativo applicabile nel corso di conflitti armati, tradizionalmente chiamato *jus in bello*[64].

Nel diritto internazionale classico, l'impiego della forza fra Stati veniva considerato lecito anzitutto in quanto riferibile alla riconosciuta libertà degli Stati di muovere guerra. Sussisteva infatti un potere discrezionale, inteso come attributo della sovranità, di instaurare lo stato di guerra, determinando la conseguente operatività delle norme di diritto bellico o di neutralità[65].

Il diritto degli Stati di muovere guerra fu solo in parte ridimensionato dalla nascita della Società delle Nazioni e del successivo divieto di uso della forza sancito all'art. 1 del Patto di Kellogg-Briand del 1928[66].

Il ricorso da parte degli Stati alla violenza armata al di fuori del contesto bellico, invece, richiedeva un'apposita circostanza autorizzatrice qualora comportasse la violazione di altre norme internazionali. L'impiego della forza militare da parte di uno Stato contro un altro Stato realizzava generalmente una violazione della sovranità dello Stato aggredito[67]. Il

---

[64] Secondo l'insegnamento di R. AGO, *Le délit international*, in *Recueil*, 1939-II, vol. 68, p. 424, '*un même fait materiel peut (…) dans un même ordre juridique, etre appréhendé à la fois par deux règles différentes et se voir rattacher par ces deux règles des conséquences juridiques (...) différentes*'. L'uso della forza militare da parte degli Stati, presupposto in base al quale le regole dello *jus ad bellum* da un lato e quelle dello *jus in bello* dall'altro, formulano diverse ed indipendenti valutazioni giuridiche nel rispettivo ambito di applicazione, fornisce un illuminante esempio di tale modo di operare delle regole internazionali. Per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto v., fra gli altri, N. RENGGER, *The* jus in bello *in Historical and Philosophical Perspective*, in *War, Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 30 ss.; ID., *On the Just War Tradition in the Twenty First Century*, in *International Affairs*, 2002, LXXVIII, 2, p. 353 ss.; G. BEST, *War and Law Since 1945*, Oxford, Clarendon Press, 1994; J.T. JOHNSON, *Ideology Reason and the Limitation of War: Religious and Secular Concepts 1200-1740*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

[65] P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 379.

[66] Il Patto della Società delle Nazioni, pur limitando l'ampia libertà degli Stati di ricorrere alla forza, non escludeva la facoltà degli Stati di muovere guerra nell'ipotesi di mancata ottemperanza delle sentenze della Corte permanente e non impediva i mezzi di autotutela diversi dalla guerra come, ad esempio, le rappresaglie armate. Il Patto di Kellogg-Briand, invece, nonostante sancisca la rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale condannandone il ricorso come strumento per la soluzione di controversie internazionali, nulla prevede in relazione alle rappresaglie armate o ad altre '*measures short of war*': v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], Torino, Giappichelli, 2006, pp. 24-25.

[67] D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, III, cit., p. 156 ss., riteneva che la libertà cui gli Stati ricorrono nella determinazione della guerra non potesse essere esclusa in relazione all'uso della forza al di fuori del contesto bellico, indipendentemente dallo scopo perseguito. Piuttosto che una affermazione della generale liceità dell'uso della forza, tale opinione sembra peraltro constatare la mera assenza di specifiche norme proibitive in tal senso. Non appariva dunque sostanzialmente in contrasto con la tesi dell'autore la posizione della maggioranza della dottrina, che rilevava l'illiceità, in tempo di pace, della violazione della sovranità territoriale di un altro Stato, eccezionalmente permessa solo nelle ipotesi previste dal diritto internazionale. La mancata sanzione dei comportamenti vietati si spiegava poi con l'assenza di un efficace sistema internazionale di controllo. Si vedano in proposito T. BATY, *International Law in Twilight*, Tokyo, Maruzen, 1954, pp. 245-246; A. CAVAGLIERI, *Note critiche su la teoria dei mezzi coercitivi al di fuori della guerra*, in *RDI*, 1905, p. 312 e p. 331; ID., *Nuovi studi sull'intervento*, Roma, 1928, p. 15; H. WEHBERG, *Le problème de la mise de la guerre hors de la loi*, in *Recueil*, 1928-IV, vol. 24, p. 151 ss., p. 273; P.B. POTTER, *L'intervention en droit international moderne*, in *Recueil*, 1930-II, vol. 32, p. 611 ss., p. 643; A.E. HINDMARSH, *Self-Help in Time of Peace*, in *AJIL*, 1932, XXVI, p. 561 ss.; R. AGO, *Le délit international*, cit., pp. 542-543.

giudizio di illiceità della condotta poteva essere però modificato in presenza di una specifica causa di esclusione dell'illecito che, in assenza del consenso dello Stato contro il quale la condotta era posta in essere veniva individuata nella protezione dei cittadini all'estero, nelle ragioni umanitarie, nelle rappresaglie armate[68], nella legittima difesa o, ancora, nello stato di necessità[69].

La riflessione relativa all'impiego della forza al di fuori di situazioni di guerra aveva portato la dottrina a sottrarre all'ambito di applicazione dello *jus in bello* taluni casi di esercizio della forza militare fra Stati in occasione dei quali gli stessi non mostravano di ritenersi rigidamente vincolati dalle norme del diritto bellico e di neutralità, sempre più precise e gravose per i belligeranti e per gli Stati terzi[70]. In simile contesto è facile comprendere la vasta possibilità di abusi collegati alla dottrina della necessità nonché le reazioni conseguenti alla prima formulazione di essa[71] in virtù del suo collegamento con la nozione di conservazione[72] e il conseguente riconoscimento in capo allo Stato della titolarità dello *jus ad bellum*[73].

Una svolta netta rispetto a tale impostazione si è poi prodotta a seguito della seconda guerra mondiale. Ai faticosi tentativi di ricostruzione dei mezzi coercitivi attuati attraverso l'uso della forza armata in una categoria autonoma rispetto a quella del fenomeno bellico, si è sostituita, con grande rapidità, la nozione di 'conflitto armato internazionale', nella quale venivano ricomprese le diverse categorie di misure implicanti l'uso della forza. A tale nozione, alla quale la dottrina più recente si riferisce oramai semplicemente con l'espressione 'impiego della forza militare nei rapporti fra Stati', si riferiscono generalmente la prassi degli

[68] L'individuazione e la sistemazione della categoria è stata soprattutto opera della dottrina tedesca della prima metà del secolo scorso. Si vedano in generale G. JELLINEK, *China und das Völkerrecht*, in *Deutsches Juristenzeitung*, 1900, p. 491 ss.; P. WAGNER, *Zur Lehre von der Streiterledigungsmitteln des Völkerrechts*, Darmstadt, 1900, p. 63 ss.; H. STAUDACHER, *Die Friedensblockade. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des nichtkriegerischen Selbsthilfe*, Leipzig, 1909, p. 151 ss.; F. VON LISZT, *Völkerrecht*[9], Berlin, 1914, p. 283 ss.; W. SCHOENBORN, *Die Besetzung von Veracruz. Zur Lehre von den völkerrechtlichen Selbsthilfeakten*, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914, p. 10 ss.; L. STRISOWER, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, Wien, 1919, p. 7 ss. Nella dottrina italiana tale ricostruzione veniva sviluppata da D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, III, cit., p. 150 ss.; contemporaneamente la dottrina anglosassone elaborava il concetto di condizione intermedia fra pace e guerra v. T.E. HOLLAND, *War Sub Modo*, in *LQR*, 1903, p. 133 ss.

[69] Cfr. a riguardo G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 4.

[70] Ivi, p. 3.

[71] Sul punto cfr. J. BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, cit., p. 28.

[72] Sulla questione si è detto *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2.

[73] M.G. KOHEN, *The Notion of 'State Survival' in International Law*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 293 ss., p. 300.

Stati e le convenzioni internazionali in materia[74]. Tale evoluzione, fortemente influenzata da considerazioni di carattere umanitario, ha portato a delineare una disciplina applicabile in tutti i casi in cui gli Stati facciano ricorso alla forza[75].

L'evoluzione storica determinatasi nell'ordinamento internazionale a seguito della costituzione dell'organizzazione delle Nazioni Unite ha inciso profondamente sull'ambito d'applicazione dello *jus ad bellum*[76]. In linea di principio, infatti, l'ordinamento internazionale vieta l'uso della forza, e contempla la possibilità che gli Stati vi ricorrano solo in via eccezionale. L'art. 2, par. 4 della Carta obbliga infatti gli Stati membri a '*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*'. Provocare la deflagrazione di un conflitto configura oggi un illecito internazionale che non può trovare giustificazione nell'esimente della necessità[77]. In particolare, i primi segnali di tale evoluzione sono espressi dal Tribunale militare statunitense di Norimberga nella sentenza resa nel caso *in re Weizsaecker and Others (Ministries Trial)*[78]. Al riguardo, il Tribunale escluse che la necessità potesse giustificare l'aggressione

[74] Le definizioni recenti di conflitto armato internazionale ne mettono in luce l'istantaneità: v., ad esempio, D. SCHINDLER, *The Different Types of Armed Conflicts and the Geneva Conventions and Protocols*, in *Recueil*, 1979-II, vol. 163, p. 131 ss., p. 139 secondo il quale '*any use of force which can be attributed to a State according to the rules of Statate responsibility will result in the applicability of the laws of war under international law (...) even a single incident involving the armed force of two States would constitue an armed conflict*'.

[75] Lo sviluppo del diritto internazionale umanitario ha svolto in questo senso una funzione fondamentale: v. R.R. BAXTER, *The Role of Law in Modern War*, in *Proceedings ASIL*, 1953, p. 98, secondo il quale '*(...) the use of force, whether called war or enforcement action, causes suffering to human beings, and (...) it is human suffering which the law of war atempts to mitigate*'.

[76] Su tale evoluzione v., per tutti, A. CURTI GIALDINO, *Gli effeti della guerra sui trattati*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 873 ss.

[77] P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 379. L'art. 5 dello Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002, include l'aggressione fra i crimini che rientrano nella giurisdizione della Corte. Per un'analisi dei lavori di definizione del crimine di aggressione e di individuazione delle condizioni di esercizio della giurisdizione della Corte in materia v. M. POLITI, *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot, Ashgate, 2004; si veda anche il documento contenente diverse opzioni circa la definizione di aggressione in *Official Record of the Second Session of the Assembly of the Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Doc. n. ICC-ASP/2/10, Annex II, 234. All'esito dei recenti lavori della Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale svoltasi a Kampala dal 31 maggio all'11 giugno 2010, si è giunti all'adozione, con risoluzione n. 6 in data 11 giugno 2010 (riprodotta in *RDI*, 2010, XCIII, 3, p. 968 ss.), di una definizione di aggressione che consentirà, anche se non immediatamente, l'attivazione della giurisdizione della Corte anche a questo titolo. Sul punto v. G. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *RDI*, 2010, XCIII, 3, p. 697 ss., p. 717 ss.

[78] V. Tribunale militare statunitense di Norimberga *(Ministries Trial), (In re Weizsaecker and Others)*, 14 aprile 1949, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, p. 349 ss. In tale occasione l'organo giudicante riteneva infatti che le invasioni tedesche dell'Austria, della Boemia e della Moravia e l'attacco contro la Polonia costituissero illeciti internazionali da parte della Germania, in violazione del Patto di Kellog-Briand.

affermando che '*it thereby became an international outlaw and every peaceable nation had the right to oppose it without itself becoming an aggressor, to help the attacked and join with those who had previously come to the aid of the victim. The doctrine of self-defence and military necessity was never available to Germany as a matter of international law, in view of its prior violations of that law*'[79].

Per quanto attiene alla posizione degli Stati, la valenza cogente del divieto di aggressione si arresta in ipotesi di esercizio da parte dello Stato della legittima difesa individuale e collettiva[80], in forza dell'art. 51 della Carta secondo cui '*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security*'. Con riferimento ai singoli Stati sorge quindi la questione se, nel contesto della Carta, sia ancora ragionevole riferirsi allo *jus ad bellum*, al di fuori dell'ambito della legittima difesa[81]. Il diritto di '*self-defence*', che codifica una norma generale al riguardo, non sembra inoltre configurare un diritto assoluto dello Stato nell'ipotesi in cui esso risulti in concreto incompatibile con il fine di garantire la pace e la sicurezza internazionali[82].

L'uso della forza è inoltre ammesso in relazione alle determinazioni del Consiglio di sicurezza adottate in conformità al capitolo VII della Carta. L'attribuzione al Consiglio di peculiari competenze per far fronte a situazioni di '*threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression*' ha sollevato alcune complesse questioni circa l'ampiezza dei poteri riconosciuti al Consiglio dalla Carta delle Nazioni Unite. Ciò è ancor più evidente in relazione alla prassi delle autorizzazioni agli Stati all'impiego della forza per conseguire i fini dell'Organizzazione[83].

---

[79] Ivi, p. 355 ss.

[80] Cfr., in generale, D.W. BOWETT, *Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958; G. ARANGIO-RUIZ, *Difesa legittima (diritto internazionale)*, in *NDI*, 1960, V, p. 631 ss.; J. DELIVANIA, *La légitime défense en droit international public moderne*, Paris, Pedone, 1971; P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1972; J. ZOUREK, *La notion de légitime défense en droit international*, in *Annuaire IDI*, sessione de L'Aja, 1975, p. 1 ss.; D. ALLAND, *La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du droit international de la responsabilité*, in *JDI*, 1983, IV, p. 728 ss.; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*[4], Cambridge, Cambridge University Press, 2005; J. MRAZEK, *Prohibition of the Use and Threat of Force: Self-Defence and Self-Help in International Law*, in *CYIL*, 1989, XXVII, p. 81 ss.; L.A. SICILIANOS, *L'invocation de la légitime défense face aux activités d'entités non-étatiques*, in *Hague YIL*, 1989, II, p. 147 ss.; O. SCHACHTER, *Self-Defence and the Rule of Law*, in *AJIL*, 1989, LXXXIII, p. 259 ss.

[81] Sul punto v. J.G. GARDAM, *Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action*, in *Michigan JIL*, 1996, XVII, p. 285 ss.

[82] Sulla questione si dirà *infra*, capitolo III, par. 2.

[83] Sul punto v. *infra*, capitolo III, par. 3.

In virtù del tradizionale principio di uguaglianza fra belligeranti, elaborato fin dall'epoca classica, il rispetto del diritto bellico si impone a tutte le parti in conflitto, indipendentemente da ogni valutazione circa la qualifica di aggressore e di aggredito eventualmente riconosciuta agli stessi[84]. I belligeranti sono tenuti ai medesimi obblighi circa la condotta delle ostilità e la protezione delle vittime a prescindere da ogni considerazione relativa alla legittimità dell'impiego della forza o all'obiettivo avuto di mira[85].

Il principio, implicitamente affermato nell'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra[86], è stato inoltre codificato nel Preambolo del I Protocollo addizionale del 1977, laddove si sancisce l'obbligo per gli Stati di applicare le Convenzioni di Ginevra e il I Protocollo addizionale '*in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict*'[87].

D'altra parte, l'applicazione selettiva delle regole del diritto dei conflitti armati condannerebbe lo *jus in bello* ad una inevitabile inoperatività[88]: nessun belligerante

[84] Al riguardo v. H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970, p. 400 ss.; W. GREENWOOD, *International Humanitarian Law (Laws of War)*, in *The Centennial of the First International Peace Conference*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 178; F. BUGNION, *Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire*, in *RICR*, 2002, LXXXIV, n. 847, p. 523 ss., p. 538 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[4], Torino, Giappichelli, 2011, p. 183.

[85] Il riconoscimento di uguali diritti allo Stato aggredito e al suo aggressore non contrasta con il principio secondo cui *ex injura jus non oritur*; quest'ultimo impedisce piuttosto all'aggressore di trarre beneficio dall'aggressione stessa (ad esempio negando l'acquisizione della sovranità sui territori occupati) ma non può certo privare l'aggressore dei diritti riconosciuti dallo *jus in bello*: in questo senso v. R.W. TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea*, Washington, US Government Print Office, 1975, p. 8 ss.; H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, cit., p. 119 ss. Sulla questione v. *infra*, capitolo III, par. 2.

[86] L'articolo in questione sancisce l'obbligo per le Parti contraenti '*to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstance*'. Il Comitato Internazionale della Croce Rossa ha infatti precisato che con tale espressione si è inteso confermare l'obbligo degli Stati contraenti di dare piena applicazione alle sue disposizioni indipendentemente dallo *status* di vittima o di aggressore in conformità alle regole dello *jus ad bellum:* J. PICTET, *I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field - Commentary*, Geneva, 1952, p. 27; ID., *IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War - Commentary*, Geneva, 1958, p. 16 ss.; ID., *II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea - Commentary*, Geneva, 1960, p. 26; ID., *III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War - Commentary*, Geneva, 1960, p. 18.

[87] Nel commentario del Comitato Internazionale della Croce Rossa al I Protocollo, si legge al riguardo: '*The fact of being the aggressor or the victim of aggression, of espousing a just or an unjust cause, does not absolve anyone from his obligations nor deprive anyone of the guarantees laid down by humanitarian law, even though it may be relevant and have an effect in other fields of international law*'. Cfr. B. ZIMMERMANN, *Preamble*, in *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, Geneva, 1987, p. 23 ss., p. 29.

[88] Cfr. M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 219.

rispetterebbe gli obblighi imposti dal diritto internazionale umanitario qualora non potesse beneficiare dei diritti dal medesimo attribuiti.

Si ritiene per lo più che il principio trovi applicazione anche a seguito dell'affermazione del divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali nel contesto della Carta delle Nazioni Unite[89]; d'altra parte, se così non fosse, in mancanza di ogni determinazione vincolante espressa da un Tribunale internazionle o di un accertamento operato dal Consiglio di sicurezza ai sensi dell'art. 39 della Carta, ciascun belligerante potrebbe proclamarsi vittima di aggressione arrogandosi la facoltà di negare all'altro i diritti in questione[90]. Il principio di uguaglianza fra belligeranti in tale contesto dovrebbe dunque presupporre l'autonomia dello *jus in bello* dallo *jus ad bellum*. I belligeranti, in posizione di uguaglianza rispetto allo *jus in bello*, non lo sarebbero affatto rispetto allo *jus ad bellum*. Come osserva Meyrowitz, *l'autonomie respective du* jus ad bellum *et du* jus in bello *fait que l'entrée en vigueur du* jus in bello *au profit et à la charge du belligérant agresseur n'efface point le vice de la situation de ce dernier sur le plan du* jus ad bellum'[91].

Sembra peraltro opportuno osservare che le norme che regolano il ricorso alla violenza militare influiscono sulla condotta delle ostilità, ponendo dei limiti vincolanti al comportamento degli Stati nell'esercizio della violenza consentita. I due gruppi di norme

[89] Al riguardo v. H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, cit., p. 400 ss.; C.M. GREENWOOD, *International Humanitarian Law (Laws of War)*, cit., p. 178; F. BUGNION, *Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire*, in *RICR*, 2002, LXXXIV, n. 847, p. 523 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 183. Critica l'idea di un recente superamento del principio di uguaglianza fra belligeranti C. FOCARELLI, *Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: a Soap Bubble?*, in *EJIL*, 2010, XXI, 1, p. 125 ss., p. 163; D. FLECK, *The Handbook of International Humanitarian Law*[2], Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 10.

[90] V. in tal senso H. LAUTERPACHT, *The Limits of the Operation of the Law of War*, in *BYIL*, 1953, p. 206 ss., in particolare p. 211 ss.; I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States Revisited*, in *Chinese JIL*, 2002, I, 1, pp. 1-19; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*[4], Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 157 ss. Il principio ha trovato poi un riconoscimento anche nei manuali militari. Il manuale di diritto umanitario nei conflitti armati, adottato dalla Germania nel 1992, al par. 101, stabilisce: '*International humanitarian law applies with equal force to all the parties in an armed conflict irrespective of which party was responsible for starting that conflict*' (D. FLECK, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, cit., p. 1); il manuale di San Remo sul diritto internazionale applicabile ai conflitti armati in mare, approvato dall'Istituto internazionale di diritto umanitario nel 1994 dispone: '*the equal application of these rules to all parties to the conflict shall not be affected by the international responsibility that may have been incurred by any of them for the outbreak of the conflict*' (IIHL, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, a cura di L. Doswald-Beck, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 78, par. 6). Secondo il manuale di diritto dei conflitti armati britanico: '*One of the most important characteristics of the law of armed conflict is its universal application. It applies with equal force to all parties engaged in an armed conflict, whether or not any party is considered to be 'an aggressor' or 'a victim of aggression''* (cfr. UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 34, par. 3.12).

presentano una serie di collegamenti reciproci poiché, in entrambi i casi, la loro funzione è quella di porre delle restrizioni, vuoi alla libertà degli Stati di ricorrere alla forza, vuoi alla discrezionalità dei comportamenti tenuti nel suo esercizio[92].

Un collegamento fra *jus ad bellum* e *jus in bello* può ad esempio essere stabilito utilizzando i concetti di 'conservazione' e di 'proporzionalità' che costituiscono i tratti salienti tanto dell'una quanto dell'altra disciplina[93]. In questo senso la Corte internazionale di giustizia, nel parere sulle armi nucleari, ha riaffermato '*the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with article 51 of the Charter, when its survival is at stake*'[94].

Se nell'ambito dello *jus ad bellum* il diritto di autodifesa, esercitato entro i limiti individuati nella c.d. 'formula Webster'[95], è una manifestazione dell'esigenza di conservazione dello Stato, nello *jus in bello* essa potrebbe assumere la forma della necessità militare[96]. In tale contesto inoltre il principio di proporzionalità gioca un ruolo essenziale in due diverse accezioni: costituisce il fondamento del divieto di mezzi e metodi di guerra in grado di cagionare sofferenze inutili o lesioni superflue ai combattenti[97] e determina inoltre, nella regola relativa al divieto di attacchi non proporzionati, il bilanciamento fra il raggiungimento di un obiettivo militare e il costo in termini di sofferenze e perdite fra i civili[98].

D'altra parte, i principi di necessità e proporzionalità nell'ambito dello *jus ad bellum* sono tradizionalmente considerati esclusivamente con riferimento ai limiti della violenza imposti

---

[91] H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, cit., p. 119; in senso contrario v. però E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 317-318.

[92] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 5.

[93] R. MÜLLERSON, *On the Relationship between* jus ad bellum *and* jus in bello *in the General Assembly Advisory Opinion*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., p. 271.

[94] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 226 ss., par. 96. Sulla questione v. *infra*, capitolo III, par. 2.

[95] J. YOO, *International Law and the War in Iraq*, in *AJIL*, 2003, XCVII, 3, p. 563 ss., p. 572.

[96] Il giudice Higgins, nell'opinione dissenziente resa nel parere relativo al caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 21, affermava '*it must be that, in order to meet the legal requirement that a military target may not be attacked if collateral civilian casualties would be excessive in relation to the military advantage, the 'military advantage' must indeed be one related to the very survival of a State or the avoidance of infliction (whether by nuclear or other weapons of mass destruction) of vast and severe suffering on its own population and that no other method of eliminating this military target be available*'.

[97] Sulla questione si dirà *amplius*, *infra*, capitolo II, par. 4.3.

[98] A. ROBERTS e R. GUELFF, *Documents on the Law of War*[2], Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 5, nota 2. Sulla proporzionalità, in generale, v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 1 ss. Sulla questione v. *infra*, capitolo II, par. 4.1.

dall'esigenza di preservare il territorio dello Stato aggredito e di Stati terzi[99]. La componente umanitaria è invece una funzione tradizionalmente riservata alla proporzionalità nell'ambito dello *jus in bello*. Nell'ambito dello *jus ad bellum*, il principio di proporzionalità sin dal Medio Evo si è consolidato nella dottrina della guerra giusta[100] e rimaneva una componente centrale dell'analisi anche a seguito della sua incorporazione nelle concezioni giusnaturaliste di Gentili, Grozio, e Vattel[101]. Anche a seguito dell'abbandono di tale dottrina e del consolidarsi, nel corso del XIX secolo, dell'idea che il ricorso alla guerra costituisse un diritto sovrano degli Stati, la convinzione che le azioni implicanti l'uso della forza dovessero essere variamente limitate a seconda degli obiettivi avuti di mira veniva riflessa nei principi dello *jus in bello* che iniziavano a svilupparsi[102]. Alcuni riferimenti alla proporzionalità si trovano poi nei primi tentativi del secolo scorso di proscrivere l'uso della forza[103]; ad ogni modo è solo dall'adozione della Carta delle Nazioni Unite e con il conseguente divieto del ricorso alla forza al di fuori delle ipotesi ivi previste che la proporzionalità in tale ambito è stata ridisegnata nei suoi contorni[104].

Da quanto sin qui detto è evidente che, nonostante le linee di sviluppo della disciplina dello *jus ad bellum* e quelle relative allo *jus in bello* mantengano una loro precisa connotazione ordinatoria nella dogmatica del diritto internazionale contemporaneo, i principi sottesi e i piani di analisi risultano in taluni casi parzialmente coincidenti. D'altra parte, nonostante *jus ad bellum* e *jus in bello* riguardino ambiti concettualmente distinti[105], secondo

[99] V. ad esempio, l'analisi di C. GREENWOOD, *Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict*, in *International Law at Time of Perplexity*, a cura di Y. Dinstein, Dordrecht, 1989, p. 273 e p. 278, nota 22.

[100] Per una ricotruzione della teoria della guerra giusta v., fra gli altri, G.M. REICHBERG, Jus ad bellum, in *War, Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 11 ss.; G.M. REICHBERG, H. SYSE e E. BEGBY, *The Ethics of War, Classic and Contemporary Readings*, Malden, Oxford, Blackwell, 2006.

[101] J. GARDAM, *Necessity and Proportionality in* jus ad bellum *and* jus in bello, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., pp. 279-280.

[102] V. in tal senso H. WHEATON, *Elements of International Law*[6], a cura di G.G. Wilson, Oxford, Clarendon, 1936, pp. 416-417, secondo cui '*in general it may be stated that the rights of war, in respect of the enemy are to be measured by the object of the war (…) no use of force is lawful, except so far as it is necessary*'.

[103] L. DE BROUCKERE, *La prévention de la guerre*, in *Recueil*, 1934-IV, vol. 50, p. 5 ss., p. 33; J.L. BRIERLY, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1936-IV, vol. 58, p. 5 ss., p. 129; J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1936-IV, vol. 58, p. 475 ss., pp. 549-550.

[104] Le teorie che ammettono l'impiego della forza in situazioni diverse dalla legittima difesa includono la proporzionalità come componente essenziale: v., ad esempio, V.P. NANDA, *The Validity of United States Intervention in Panama under International Law*, in *AJIL*, 1990, LXXXIV, p. 94 ss., p. 496.

[105] J. PATTISON, *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect and* jus in bello, in *Global Responsibility to Protect*, a cura di A. Bellamy e S. Davies, Leiden, Nijhoff, 2009, I, n. 3, p. 374, nota 28; l'A. afferma che 'jus ad bellum *and* jus in bello *seem to concern conceptually distinct issues*'; nello stesso senso G. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *RIDU*, 2001, XIV, 1, p. 49 ss., p. 50. Per una ricostruzione storica dei due concetti v. R. KOLB, *Sur l'origine du couple terminologique* ius ad bellum/ius in bello, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 823, p. 593 ss.

quanto di recente affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[106], i due settori normativi configurano discipline strettamente compenetrate[107].

Nella misura in cui nella necessità militare si ravvisi un elemento delle norme primarie del diritto internazionale umanitario, ci si deve chiedere se e, nel caso, in quale misura, tale circostanza possa ripercuotersi sui rapporti e le reciproche influenze fra *jus in bello* e *jus ad bellum.* Se da un lato le condizioni del ricorso alla forza nel contesto del diritto internazionale contemporaneo sono limitate e regolate nell'ambito della disciplina dello *jus ad bellum*, lo *jus in bello* delinea i limiti della forza consentita *durante bello*, nelle maglie ristrette, ma pur sempre elastiche, dei principi di proporzionalità e necessità. Si deve pertanto indagare la possibilità che il titolo giuridico in base al quale l'azione può ritenersi legittima nel contesto dello *jus ad bellum* possa condizionare l'ampiezza della necessità militare nell'ambito dello *jus in bello* in relazione ai mezzi e ai metodi di combattimento consentiti nonché con riferimento alle specifiche esigenze di tutela delle persone[108]. In tale complessa rimodulazione delle esigenze relative all'uso della forza viene in gioco il principio di proporzionalità, che guida l'interprete e l'operatore nella determinazione e applicazione concreta dei principi e delle regole del diritto internazionale umanitario. Si dovrà quindi valutare se e in quale misura la tradizionale distinzione fra *jus ad bellum* e *jus in bello* conservi la propria attualità nel contesto del diritto internazionale contemporaneo: qualora in virtù del titolo giustificativo dell'uso della forza fosse possibile discriminare fra i belligeranti, ciò influirebbe sul tradizionale principio di uguaglianza fra le parti coinvolte nel conflitto e finirebbe altresì per incidere sull'impermeabilità fra *jus ad bellum* e *jus in bello*. Tali profili saranno esaminati specificamente nell'ultimo capitolo del lavoro.

Al fine di valutare compiutamente la rilevanza della necessità nel contesto del diritto internazionale umanitario si rende in primo luogo necessario analizzare l'esimente generale dello stato di necessità, alla luce dei due Progetti di articoli sulla responsabilità internazionale (di Stati ed organizzazioni) elaborati in seno alla Commissione del diritto internazionale e

[106] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Kononov* (*Kononov v. Latvia*), *(Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 36376/04), 17 maggio 2010, par. 207 ss. Per un commento v. L. CINTI, *Guerra partigiana, diritto umanitario e irretroattività del diritto penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 2009, III, 1, p. 201 ss.

[107] V., per tutti, J. PATTISON, *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect and* jus in bello, cit., p. 364 ss. Secondo l'A., infatti, 'jus ad bellum *affects* jus in bello *by limiting who are permissibile targets (and what can be done to them).* Il giudice Guillaume nell'opinione dissenziente resa nel parere sulle armi nucleari ha individuato il legame fra *jus ad bellum* e *jus in bello* nella possibilità che il primo venga in gioco per chiarire le norme del secondo: cfr. *Opinion individuelle de M. Guillaume*, par. 8.

[108] Sulla questione v. *infra*, capitolo III.

della prassi rilevante. A questo punto si dovrà indagare la natura giuridica delle clausole di limitazione e deroga inserite in numerosi strumenti pattizi e, segnatamente, nei trattati relativi alla tutela internazionale dei diritti umani che consentono di limitare l'applicazione integrale degli obblighi assunti in presenza di esigenze *lato sensu* riconducibili alla necessità. Ciò consentirà di valutare la possibilità di un coordinamento fra i meccanismi previsti da simili clausole e la disciplina generale relativa all'esimente dello stato di necessità.

Nel corso del secondo capitolo l'indagine sarà quindi incentrata sull'esame della disciplina giuridica relativa alla necessità militare e sull'individuazione delle funzioni da essa svolte nell'ambito del diritto internazionale dei conflitti armati, con particolare attenzione al ruolo svolto dalla proporzionalità ad essa strettamente connessa. Ciò consentirà, fra l'altro, di individuare l'esatta natura giuridica e i limiti insiti nella nozione e, in particolare, di valutare la possibilità di un riferimento all'esimente generale nel contesto del diritto internazionale umanitario.

L'attribuzione della natura giuridica di norma primaria alla necessità militare rende infine necessario un esame integrato dei profili inerenti allo *jus ad bellum* e allo *jus in bello*. In particolare si tratta di verificare l'incidenza del titolo giustificativo del ricorso alla forza militare sulla rilevanza in concreto assunta dalla necessità militare nei diversi contesti in cui essa può venire in gioco. In relazione a tali profili l'analisi è incentrata essenzialmente sugli aspetti relativi ai conflitti armati internazionali. Non sono quindi specificamente prese in esame le problematiche inerenti alla disciplina dei conflitti armati non internazionali (se non per l'ipotesi in cui vi sia comunque un'autorizzazione al ricorso alla forza da parte del Consiglio di sicurezza), nonché le numerose questioni, pur potenzialmente rilevanti, relative ai conflitti c.d. asimmetrici e, in particolare, del contrasto al terrorismo internazionale. Tali profili presentano numerosi aspetti problematici e controversi, che finirebbero per dilatare eccessivamente l'ambito della ricerca.

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA CONSUETUDINARIA DELLO STATO DI NECESSITÁ

SOMMARIO: 1. L'incidenza delle esimenti sull'operatività delle norme primarie violate. - 2. Il rapporto con le cause di estinzione e sospensione dei trattati. - 3. Concezioni critiche che negano rilevanza giuridica allo stato di necessità. - 4. La codificazione dello stato di necessità. - 5. Le condizioni e i limiti di invocabilità dello stato di necessità. - a. L'interesse essenziale. - b. La gravità e l'imminenza del pericolo per lo Stato. - c. - Il divieto di arrecare seri pregiudizi ad interessi essenziali di altri Stati o della società internazionale nel suo insieme. - d. L'assenza del contributo dello Stato che invoca l'esimente. - 6. *Segue*: Gli obblighi che escludono l'invocabilità della necessità. - 6.1. Le clausole di deroga in situazioni di emergenza nei principali trattati internazionali a tutela dei diritti umani e il loro rapporto con lo stato di necessità. - a. Le deroghe ammesse nei trattati relativi ai diritti dell'uomo. - b. Condizioni e restrizioni relative alle clausole di deroga. - c. L'obbligo del rispetto del diritto internazionale umanitario. - d. I diritti intangibili: il 'nocciolo duro' dei diritti fondamentali non suscettibili di deroga. - e. Coordinamento fra le deroghe ammesse e l'esimente generale dello stato di necessità. - f. Le deroghe ammesse nei trattati relativi ai dritti dell'uomo in ipotesi di assenza di specifiche clausole derogatorie.

1. *L'incidenza delle esimenti sull'operatività delle norme primarie violate.*

La scelta di fondo del Progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati, seguita poi dal successivo Progetto relativo alla responsabilità delle organizzazioni internazionali, consiste nel regolamentare la materia attraverso un complesso di norme secondarie che configurano un regime unitario[1], senza che rilevi il tipo di obbligo la cui violazione è all'origine dell'illecito: consuetudinario, pattizio, da esso derivato o anche di fonte unilaterale[2].

Come ha illustrato la Commissione nel commentario al Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, le circostanze escludenti l'illiceità *'(…) provide a justification or excuse for non-performance while the circumstance in question subsists. The non-performance is not only justified, but 'looks towards' a resumption of performance so soon as the factors causing and justifying the non-performance are no longer present*'[3]: la prassi

[1] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 412. V. *ILC Commentary*, 2001, cit., par. 3, lett. *a*) e par. 5; cfr. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 379. Sulla questione si è detto *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 1.
[2] Cfr. TRIB. ARB., *Rainbow Warrior case, (New Zealand v. France)*, 30 aprile 1990, in *UNRIAA*, 1990, vol. XX, p. 215 ss. e in *RDI*, 1990, p. 957 ss.
[3] V. *ILC Commentary*, sub *Chapter V, Circumstances Precluding Wrongfulness*, par. 2.

internazionale ha riconosciuto, infatti, che l'invocazione delle esimenti non altera né pone fine agli obblighi sostanziali cui si ricollega[4].

In relazione agli effetti delle esimenti sull'operatività delle norme primarie pattizie alcuni autori ritengono operare una sorta di sospensione dell'applicazione del principio consuetudinario *pacta sunt servanda*[5]. A loro avviso si tratterebbe di cause di sospensione dell'efficacia di una norma[6], in forza delle quali questa cesserebbe, per un determinato periodo, di operare in tutto o in parte nei rapporti fra tutti o alcuni dei soggetti ai quali è indirizzata[7]. In tal caso la norma, venuta meno l'esimente, riacquisterebbe poi l'efficacia che le è propria senza che sia necessario un nuovo atto o fatto di normazione[8]. Tale ricostruzione non è tuttavia pienamente convincente.

Vero è che le circostanze esimenti operano tendenzialmente escludendo l'illiceità in termini provvisori, limitatamente alla durata della loro esistenza. Così, nella sentenza resa nel caso *Gabčíkovo,* con riguardo all'invocazione da parte dell'Ungheria dello stato di necessità per interrompere i lavori oggetto del trattato bilaterale del 16 settembre 1977 con la

[4] ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 48; J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 160; cfr. TRIB. ARB., *Rainbow Warrior case*, cit., par. 75.

[5] P. OKOWA, *Defences in the Jurisprudence of International Tribunals*, cit., p. 398; C. TOMUSCHAT, *International Responsibility and Liability*, cit., p. 287.

[6] Gli autori che hanno dedicato qualche rilievo al fenomeno della sospensione dell'efficacia delle norme di diritto internazionale lo hanno per lo più fatto con riguardo alle ipotesi di guerra, cfr. R. MONACO, *La sospensione delle norme giuridiche internazionali in tempo di guerra*, in *Jus*, 1941, p. 224 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Gli effetti dell'atto illecito internazionale*, in *RDP*, 1931, pp. 84-85. Sul tema v. G. SCELLE, *De l'influence de l'état de guerre sur le droit conventionnel*, in *JDI*, 1950, p. 26; A. CURTI GIALDINO, *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milano, Giuffrè, 1959; cfr. IDI, *Les effets des conflits armés sur les traités*, sessione di Helsinki, 1985, in *Annuaire IDI*, 1985-I, vol. 61, p. 4 ss.

[7] G. SPERDUTI, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale,* cit., p. 42, distingue i caratteri della sospensione dell'efficacia di una norma di diritto internazionale a seconda della sfera dei soggetti coinvolti, delle modalità e della misura della medesima. Il primo criterio viene in gioco in relazione alla determinazione dei caratteri della sospensione dell'efficacia di una norma avente per destinatari più di due soggetti, ossia al fine di determinare rispetto a quali Stati destinatari della norma il fenomeno della sospensione si realizzi. Il secondo criterio è richiamato nell'ipotesi di norme reciproche in grado di attribuire a ciascuno dei soggetti ai quali sono indirizzate diritti ed obblighi insieme. Infine, in relazione al criterio della misura della sospensione si valuta se la sospensione dell'efficacia di una norma comprenda o meno l'intero contenuto dei diritti, delle pretese e degli obblighi che la norma attribuisce ai soggetti ai quali si indirizza.

[8] In tal senso si affermava che, nella misura in cui l'efficacia di una norma rimane sospesa, il comportamento cui essa vincola i propri destinatari, o quelli fra i propri destinatari in favore dei quali rimane sospesa, avrebbe cessato per i medesimi di essere obbligatorio escludendo la sussistenza dell'illecito laddove gli Stati tenessero un comportamento incompatibile con la norma in questione: cfr. R. AGO, *Le délit international*, cit., p. 419. A tal proposito D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 64, riteneva che tali norme non fossero poste da un atto o da un fatto di normazione (trattato o consuetudine) ma che appartenessero alla categoria delle c.d. regole costitutive e fossero dunque logicamente presupposte o logicamente conseguenti ad altre norme pattizie o consuetudinarie. Per un'applicazione del concetto cfr. T. PERASSI, *Norme convenzionali sulla competenza internazionale e norme interne sulla competenza giurisdizionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, p. 4 ss.

Cecoslovacchia, la Corte internazionale di giustizia ha affermato che '*as soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives*'[9].

La provvisorietà degli effetti escludenti l'illiceità ben può essere illustrata, a titolo di esempio, dalla decisione resa dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Société Commerciale de Belgique*[10] del 1939. In tale occasione il Belgio sostenne che, anche ritenendo che l'economia greca si fosse trovata in una situazione tale da giustificare l'interruzione del pagamento in conseguenza della necessità, tale esimente sarebbe stata preclusa una volta terminata la momentanea situazione di difficoltà economica[11]. In effetti la caratteristica della necessità ora in esame è più facilmente individuabile, *inter alia*, con riferimento alla necessità economica: una crisi economica, infatti, solitamente costituisce un fenomeno più limitato nel tempo rispetto ad altre come, per fare alcuni esempi, la minaccia di attacchi terroristici o le problematiche legate alla materia ambientale[12].

---

[9] Cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 101. Analogamente, nella sentenza arbitrale resa nel caso *Rainbow Warrior* fra Nuova Zelanda e Francia, il Tribunale arbitrale investito della controversia ha riconosciuto la possibilità che l'esimente dell'estremo pericolo, o *distress*, potesse operare come causa giustificatrice della violazione degli obblighi in questione da parte della Francia solo limitatamente alla durata dell'emergenza relativa alle condizioni di salute di uno dei due agenti francesi. Una volta rientrato il grave pericolo per la salute, l'agente si sarebbe dovuto recare nuovamente nel luogo di soggiorno obbligato fino al termine previsto dal Segretario generale delle Nazioni Unite (cfr. TRIB. ARB., *Rainbow Warrior case*, cit., p. 215 ss., par. 79). Sulla questione v. S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 13-15; J. CHARPENTER, *L'Affaire du 'Rainbow Warrior': la sentence arbitrale du 30 avril 1990*, in *AFDI*, 1990, p. 395 ss. e G. PALMISANO, *Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso 'Rainbow Warrior'*, in *RDI*, 1990, LXXIII, 4, p. 874 ss. Come noto, la controversia nasceva a seguito dell'affondamento, in un porto neozelandese, ad opera di due ufficiali francesi, della nave di *Greenpeace*, *Rainbow Warrior*, che aveva svolto azioni di disturbo contro gli esperimenti nucleari francesi. Il Regolamento del Segretario generale delle Nazioni Unite del 1986, risolutivo della controversia, aveva stabilito il soggiorno obbligato per tre anni degli agenti responsabili presso la base militare francese dell'isola di Hao, nella Polinesia francese. Nonostante nel corso dei negoziati e del procedimento innanzi al Segretario generale delle Nazioni Unite, la Nuova Zelanda avesse molto insistito sul fatto che, una volta trasferiti sotto la giurisdizione francese, i due agenti non avrebbero dovuto essere liberati, il Governo francese autorizzò i propri agenti a rientrare nel territorio metropolitano prima della scadenza del termine triennale stabilito senza il previo consenso neozelandese, invocando urgenti motivi di salute dei due funzionari.

[10] Cfr. PCIJ, *Société Commerciale de Belgique (Belgium v. Greece)*, 15 giugno 1939, in *PCIJ Publications*, 1939, Series A/B, n. 78, p. 160 ss. e Serie C, n. 87, p. 141 ss.

[11] Cfr. PCIJ, *Société Commerciale de Belgique*, cit., p. 209 e p. 236; J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 180. Simili posizioni sono state espresse in numerose altre occasioni: v., *ex multis*, PCIJ, *Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (*France v. Kingdom of the Serbs, Croates and Slovenes*), in *PCIJ Publications*, 1929, Series A/B, n. 20; *Pacific Für Seals Arbitration (United States v. Canada)*, 1893, in *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, I, a cura di J. B. Moore, Washington, DC, 1898, p. 755 ss. Su tali casi cfr. J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 180 e P. OKOWA, *Defences in the Jurisprudence of International Tribunals*, cit., p. 401.

[12] M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, cit., p. 116. V. ICSID, *LG&E (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic)*, ICSID case n. ARB/02/1, 13 novembre 2002; ICSID, *CMS Gas Transmission Company (CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic)*, ICSID case n. ARB/01/8, 12 maggio 2005, parr. 323-324; cfr. M. FRIEDMAN, *International Arbitration*,

La provvisorietà degli effetti escludenti l'illiceità è stata espressamente codificata dalla Commissione del diritto internazionale all'art. 27, lett. *a*) del Progetto, ai sensi del quale, '*the invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists*'[13]. Di conseguenza, l'invocazione della necessità non esime lo Stato dal dovere di tornare a conformarsi all'obbligo non appena la situazione di emergenza sia terminata.

Nonostante l'illiceità della condotta in virtù dell'operare di un'esimente sia esclusa *solo* fintantoché la circostanza esimente sussiste, ciò non sembra dipendere dall'intervenuta sospensione dell'obbligo sancito dalla norma primaria[14]. In costanza dell'operatività di una circostanza esimente sembra piuttosto verificarsi la temporanea disapplicazione della norma primaria stessa: essa, pur continuando a governare i rapporti fra le parti, resterebbe disapplicata esclusivamente per il tempo e le finalità derivanti dalla configurabilità della peculiare circostanza esimente[15].

I principi sopra espressi si collegano agli effetti delle violazioni sulle regole violate. Infatti, come evidenziato nella sentenza sulle attività militari e paramilitari in Nicaragua[16], la violazione di una regola solitamente comporta l'indebolimento della sua obbligatorietà, sino all'eventuale ricambio della stessa[17]. Ciò tuttavia non si verifica qualora sia invocata una causa di esclusione dell'illecito dal momento che uno degli aspetti caratterizzanti la *ratio* delle regole in esame è proprio quello di evitare che la violazione di un obbligo incida sulla sua efficacia giuridica[18]. Nell'opinione della Corte, infatti, '*if a State acts in a way* prima facie *incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact*

in *International Lawyer*, 2007, p. 251 ss., p. 282 ss.; L.M. CAPLAN, *International Courts and Tribunals*, in *International Lawyer*, 2007, p. 291 ss., p. 312 ss.

[13] Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit., art. 27, lett. *a*).

[14] V. A. GIANELLI, *Aspects of the Relationship between the Law of Treaties and State Responsibility*, in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, III, Napoli, Scientifica, 2004, p. 757 ss., p. 765 e pp. 767-768; G. GAJA, *Trattati internazionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, 1999, Torino, p. 365 ss. Sulla questione v. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 1.

[15] A. GIANELLI, *Aspects of the Relationship between the Law of Treaties and State Responsibility*, cit., p. 772.

[16] Cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Merits)*, 27 giugno 1986, in *ICJ Reports*, 1986, p. 14 ss.

[17] Ivi, par. 186.

[18] Così A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*[3], Cedam, Padova, 2010, pp. 399-400.

justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule'[19].

Come affermato nella stessa sentenza con riferimento alla legittima difesa, l'esplicita invocazione di una circostanza a giustificazione della violazione di un obbligo internazionale non fa che confermarne il riconoscimento e l'efficacia[20]. L'invocazione della necessità implica infatti il riconoscimento dell'illegittimità dell'azione, l'ammissione di aver posto in essere una condotta incompatibile con l'obbligo incombente sullo Stato: in assenza di una circostanza di esclusione dell'illiceità, la condotta di questo sarebbe considerata illecita[21].

Inoltre, lo Stato non evita le conseguenze economiche del proprio comportamento, seppur lecito; non è infatti esente dall'obbligo di *indennizzo* per gli eventuali danni materiali causati dalle proprie azioni[22].

Quando l'invocabilità della necessità viene esclusa, lo Stato è obbligato a porre fine immediatamente al comportamento illecito. Così la principale differenza fra un'invocazione accolta e una non accolta dell'esimente sembra riguardare il momento in cui l'osservanza dell'obbligo deve essere ripristinata[23].

Un esempio illuminante è dato dal parere della Corte internazionale di Giustizia sul 'Muro'. In tale occasione la Corte non riconosceva in favore di Israele la sussistenza dell'esimente di necessità o di altre circostanze che potessero giustificare la sua condotta e imponeva a tale Stato di adempiere ai propri obblighi internazionali in materia di rispetto del diritto dei Palestinesi all'autodeterminazione, di diritto internazionale umanitario, dei diritti umani e l'accesso ai luoghi sacri[24].

---

[19] Cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 186.
[20] *Ibidem*.
[21] Cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 48; J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 24 ss.; A. LAURSEN, *The Use of Force and (the State of) Necessity*, cit., p. 512.
[22] Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit., art. 27, lett. *b*) secondo cui: '*the invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to the question of compensation for any material loss caused by the act in question*'. V. *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 48. Sul punto cfr. J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 189; S.F. HILL, *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US-Argentina Bilateral Investment Treaty*, cit., pp. 560-561; I. JOHNSTONE, *The Plea of Necessity in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism*, in *Columbia JTL*, 2005, XLIII, 2, p. 337 ss., p. 349 ss.; G. LYSEN, *State Responsibility and International Liability for Lawful Acts: a Discussion of Principles*, Uppsala, Iustus, 1997; V. LOWE, *Precluding Wrongfulness of Responsibility: a Plea for Excuses*, cit., p. 410. Per l'A. la compensazione è tale da rientrare nel regime delle conseguenze dell'illecito che sorgono da atti non vietati dal diritto internazionale.
[23] M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, cit., p. 117.
[24] Cfr. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 luglio 2004, in *ICJ Reports*, 2004, parr. 135-136 e par. 140. V. G.R. WATSON, *The Wall Decision in Legal and Political*

2. *Il rapporto con le cause di estinzione e sospensione dei trattati.*

L'invocazione delle circostanze escludenti l'illiceità di una condotta non comporta la sospensione o l'estinzione dell'obbligo in conformità al diritto dei trattati[25]. I due sistemi normativi, infatti, entrambi tesi a contenere gli effetti della struttura anarchica della società internazionale[26] regolandone specifici aspetti collegati alle norme primarie[27], hanno campi di applicazione distinti[28]. Il diritto dei trattati, infatti, disciplina le ipotesi di denuncia, sospensione o estinzione dei trattati e ne disciplina i relativi rimedi[29], quello relativo alla responsabilità degli Stati, da parte sua, disciplina le conseguenze derivanti dalla violazione di obblighi sostanziali degli Stati, siano essi convenzionali o di fonte consuetudinaria[30].

Alcuni punti di contatto fra i regimi in questione sono però rinvenibili. Basti pensare che le norme del Progetto sono idonee ad offrire i principi regolatori della responsabilità alla luce

---

Context, cit., p. 15; D. KRETZMER, *The Advisory Opinion: the Light Treatment of International Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2005, p. 88 ss. Sulla questione v. *amplius infra*, capitolo I, par. 6.1.e.

[25] J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 160. Sui termini della questione v. *supra*, capitolo I, par. 1.

[26] P. REUTER, *Introduction to the Law of Treaties*, cit., p. 150.

[27] S. ROSENNE, *Breach of Treaty*, Cambridge, Grotius, 1985, p. 3 ss.

[28] Nella sentenza resa nel caso *Gabčíkovo*, la Corte internazionale di giustizia ha sottolineato la distinzione fra l'ambito di applicazione del diritto dei trattati, cui spetta determinare se un trattato è in vigore o è stato correttamente sospeso o denunciato, e quello del diritto della responsabilità, cui spetta di determinare se la denuncia o la sospensione di un trattato, ove incompatibile con il diritto dei trattati, fa sorgere la responsabilità dello Stato che ha sospeso o denunciato il trattato. Secondo la Corte, infatti, '*a determination of whether a convention is or is not in force, and whether it has or has not been properly suspended or denounced, is to be made pursuant to the law of treaties. On the other hand, an evaluation of the extent to which the suspension or denunciation of a convention, seen as incompatible with the law of treaties, involves the responsibility of the State which proceeded to it, is to be made under the law of State responsibility*'. La decisione prosegue: '*thus the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties confines itself to defining - in a limitative manner - the conditions in which a treaty may lawfully be denounced or suspended; while the effects of a denunciation or suspension seen as not meeting those conditions are, on the contrary, expressly excluded from the scope of the Convention by operation of Article 73. It is moreover well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its intenational responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect*': cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 47. V. P.M. DUPUY, *Droit des traités, codification et responsabilité internationale*, in *AFDI*, 1997, p. 7.

[29] A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 300 ss. Le ragioni che giustificano l'estinzione o la sospensione di un trattato sono evidentemente volte ad essere definite esclusivamente con riferimento al diritto dei trattati e in termini più restrittivi rispetto alle cause di esclusione dell'illiceità nel diritto della responsabilità degli Stati. Il termine, la denuncia o la sospensione dell'operatività di un trattato, o il recesso di una parte possono avvenire solo in conformità a quanto previsto dal trattato stesso o dalle disposizioni in materia contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: J. CRAWFORD, *First Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1998, II, II, UN Doc. A/CN.4/490, p. 6, par. 12-18; TRIB. ARB., *Rainbow Warrior case*, cit., p. 251, par. 75; ICJ, *Interpretation of Peace Treaties, (Second Phase)*, 18 luglio 1950, in *ICJ Reports*, 1950, par. 221. Sulla questione cfr. D.W. BOWETT, *Treaties and State Responsibility*, cit., p. 139.

[30] J. CRAWFORD, *First Report on State Responsibility*, cit., parr. 12-18; TRIB. ARB., *Rainbow Warrior case*, cit., p. 251, par. 75; ICJ, *Interpretation of Peace Treaties, (Second Phase)*, 18 luglio 1950, in *ICJ Reports*, 1950, p. 221 ss.; D.W. BOWETT, *Treaties and State Responsibility*, cit., p. 139.

dei quali vanno interpretate le disposizioni in materia presenti in altri strumenti di codificazione, fra cui la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati[31] che ha lasciato espressamente impregiudicata ogni questione concernente la responsabilità degli Stati[32]. Inoltre, i due sistemi regolano alcune situazioni in qualche modo simili: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui all'art. 61 della Convenzione di Vienna che, come la forza maggiore del Progetto della Commissione del diritto internazionale, si riferisce ad una impossibilità materiale di esecuzione della norma pattizia[33], e l'ipotesi del mutamento fondamentale delle circostanze di cui all'art. 62 della Convenzione di Vienna.

Nonostante alcuni trattati prevedano il diritto per le parti di recedere dagli stessi in ipotesi di verificazione di circostanze eccezionali che minacciano gli interessi vitali dello Stato[34], una simile circostanza non è stata inserita fra le cause che possono condurre all'estinzione o alla sospensione dell'applicazione dei trattati in occasione della codificazione relativa alla disciplina del diritto dei trattati[35]. L'articolo 62 della Convenzione, però, che consacra, pur limitandone fortemente l'ambito applicativo, la clausola *rebus sic stantibus*, contempla una situazione del tutto particolare in cui la sussistenza di un mutamento fondamentale delle circostanze può comportare l'estinzione o la sospensione dell'applicazione del trattato[36]. Se vi

[31] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 413. Cfr. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, 23 maggio 1969, in vigore dal 27 gennaio 1980, in *UNTS* 1155, 1969, p. 331 ss.

[32] Cfr. l'art. 73 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ai sensi del quale: '*the provisions of the present Convention shall not prejudge 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 out break of hostilities between States*'.

[33] Cfr., fra gli altri, D.W. BOWETT, *Treaties and State Responsibility*, cit., p. 139. Sul punto v. F. CAPOTORTI, *L'extinction et la suspension des traités*, in *Recueil*, 1971-III, vol. 134, p. 532.

[34] Così, ad esempio, in diversi trattati relativi al disarmo. Cfr. *Treaty Banning Nuclear Weapons Tests in the Atmosphere, in outer Space and under Water*, 5 agosto 1963, art. 4: '*each Party shall in exercising its national sovereignty have the right to withdraw from the Treaty if it decides that extraordinary events, related to the subject matter of this Treaty, have jeopardized the supreme interests of its country. It shall give notice of such withdrawal to all other Parties to the Treaty three months in advance*'. Una disposizione analoga si trova nel *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 1° luglio 1968, art. 10, che aggiunge che la notificazione dovrà essere fatta anche al Consiglio di sicurezza e che '*such notice shall include a statement of the extraordinary events it regards as having jeopardized its supreme interests*'. V. poi *Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and the Ocean Floor and in the Subsoil thereof*, 11 febbraio 1971, art. 8 e, infine, *Biological and Toxin Weapons Convention*, 10 aprile 1972, art. 7, che vieta la sperimentazione, fabbricazione e conservazione di armi batteriologiche o tossine.

[35] Nel quarto rapporto sul diritto dei trattati, Gerald Fitzmaurice si riferiva allo stato di necessità per poi respingerlo come motivo generale in grado di giustificare la mancata esecuzione di obblighi convenzionali (cfr. *YILC*, 1959, I, p. 46 ss.) ma, nel progetto di articoli 17 e 23, prevedeva alcune situazioni eccezionali in presenza delle quali sarebbe stato possibile disapplicare i trattati.

[36] Circa la funzione di questa clausola v., fra gli altri, A. CAVAGLIERI, *La funzione della clausola* rebus sic stantibus *nei trattati internazionali*, in *Archivio giuridico*, 1903, p. 106 ss.; A. BONUCCI, *La clausola* rebus sic stantibus *nel diritto internazionale*, Perugia, 1909; C. LIPARTITI, *La clausola* rebus sic stantibus *nel diritto internazionale*, Milano, Bocca, 1939; G. SCALFATI FUSCO, *La clausola* rebus sic stantibus *nel diritto internazionale*, Napoli, Alvano, 1936; E. BACK IMPALLOMENI, *Il principio* rebus sic stantibus *nella convenzione*

è accordo circa l'applicabilità di tale circostanza solo a casi del tutto eccezionali e sul fatto che non possa scusare una più generale inosservanza di obblighi del trattato[37], non vi è unanimità di opinioni rispetto ai suoi rapporti con lo stato di necessità[38]. Le situazioni in cui sarebbe possibile invocare lo stato di necessità quale causa di esclusione dell'illecito, che non abbiano carattere meramente episodico, configurano infatti, in linea di massima, anche un mutamento delle circostanze rilevante ai sensi dell'art. 62 della Convenzione di Vienna[39].

Nonostante le affinità e somiglianze appena evidenziate, le due figure presentano delle differenze non trascurabili. L'ambito di applicazione della norma relativa al mutamento fondamentale delle circostanze è più ampio di quello dello stato di necessità[40]. La regola codificata all'art. 62 della Convenzione di Vienna, generalmente invocata per salvaguardare interessi ritenuti essenziali dallo Stato leso[41], può venire in rilievo anche quando il pericolo per tali interessi non sia così grave ed imminente da realizzare un'ipotesi di stato di necessità. Inoltre, l'art. 25 del Progetto esclude che lo stato di necessità possa essere invocato quando vengano pregiudicati interessi essenziali dello Stato nei cui confronti opera l'obbligo in questione, o della società internazionale nel suo insieme[42]; stando alla lettera dell'art. 62, un analogo bilanciamento degli interessi in gioco non è richiesto ai fini dell'invocabilità del mutamento fondamentale delle circostanze[43]. Un certo bilanciamento è comunque ravvisabile

---

di Vienna sul diritto dei trattati, Milano, Giuffrè, 1974; P. CAHIER, *Le changement fondamental de circonstances et la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 163.

[37] P. SEVASTIK, *The Binding Force of Treaties under International Law. Handbook for Government Lawyers and Human Rights Advocates*, Uppsala, Iustus, 1997, p. 76.

[38] V., ad esempio, J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 243, che ritiene che la definizione non possa coincidere che accidentalmente con quella dello stato di necessità. In senso contrario v. B. SIMMA, *The Work of the International Law Commission at Its Fifty-First Session*, 1999, *Nordic JIL*, 1999, LXVIII, 3, p. 293 ss., p. 313.

[39] In tal caso resta comunque da valutare se i fattori che determinano la necessità possano giustificare l'estinzione o la mera sospensione dell'accordo. Il collegamento fra l'art. 62 della Convenzione di Vienna e l'art. 25 del Progetto sulla responsabilità degli Stati è evidenziato nel commento della Commissione del diritto internazionale a quest'ultima disposizione (*ILC Report on the Work of its Fifty-Third Session*, cit., par. 14). Anche le circostanze di fatto che danno luogo ad altre cause di esclusione dell'illecito potrebbero essere fatte valere, di volta in volta, sotto il profilo dell'art. 62 (si pensi al *distress*, alla legittima difesa, o alle contromisure). v. S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, cit., p. 164, nota 60.

[40] Sul punto v. S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, cit., p. 165.

[41] Si pensi, ad esempio, all'importanza della pesca nell'economia dell'Islanda, la quale invocò appunto su questa base la clausola *rebus sic stantibus* nel caso ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), (Jurisdiction)*, 2 febbraio 1973, in *ICJ Reports*, 1973, par. 37. Ambedue le norme possono comunque venire in rilievo anche rispetto a situazioni in cui sia in gioco un interesse della società internazionale nel suo insieme: per quanto riguarda l'art. 25 del Progetto del 2001, è esplicito in tal senso il Commentario della Commissione, *ILC Report on the Work of Its Fifty-Third Session*, cit., par. 15.

[42] Sulla questione v. *infra*, capitolo I, par. 5.c.

[43] Secondo alcuni autori tale bilanciamento dovrebbe venire in rilievo anche ai fini del mutamento fondamentale delle circostanze: v. D. REICHERT-FACILIDES, *Down the Danube. The Vienna Convention on the Law of Treaties*

nella parte in cui l'art. 62 della Convenzione richiede uno squilibrio fra le prestazioni ancora da eseguire[44].

La prassi internazionale ha in più occasioni confermato che, se le circostanze lo consentono, lo Stato che non adempie ad un suo obbligo può invocare, cumulativamente o in alternativa, sia le regole previste dal diritto dei trattati che le circostanze che escludono l'illiceità in virtù del diritto della responsabilità[45]. Così la Francia, nel caso *Rainbow Warrior*, invece di limitare le proprie argomentazioni rispetto alle asserite violazioni dell'accordo bilaterale con la Nuova Zelanda del 9 luglio 1986 alle cause che giustificavano l'estinzione o la sospensione nell'ambito della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[46], pretendeva in alternativa di veder giustificata la propria condotta sulla base della disciplina consuetudinaria relativa alla responsabilità degli Stati. Riteneva infatti di aver agito in conseguenza di 'fattori determinanti e indipendenti' dal proprio controllo, ovvero in forza di ragioni *lato sensu* umanitarie di estrema urgenza tali da rendere l'azione necessaria. Il Tribunale arbitrale accolse la tesi francese rilevando che '*the legal consequences of a breach of a treaty, including the determination of the circumstances that may exclude wrongfulness (and render the breach only apparent) and the appropriate remedies for the breach, are subjects that belong to the customary Law of State Responsibility*'[47]; ancora, secondo il Tribunale '*for the decision of the present case, both the customary Law of Treaties and the customary Law of State Responsibility are relevant and applicable*'[48].

---

and the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, in *ICLQ*, 1998, XLVII, 4, p. 837 ss., p. 847, secondo cui: '*where similarly grave interest are affected on both sides, the general principle of* pacta sunt servanda *would probably prevail*'.

[44] L'art. 62, par. 1, lett . *b*) della Convenzione stabilisce infatti: '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: (…) b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty*'.

[45] Sulla questione v. P. OKOWA, *Defences in the Jurisprudence of International Tribunals*, pp. 393-394 e S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, cit., p. 15.

[46] Secondo la Nuova Zelanda, il comportamento francese avrebbe potuto essere giustificato solo in presenza di una delle cause di estinzione dei trattati individuate dalla Convenzione di Vienna del 1969, non invece sulla base delle esimenti previste dal diritto della responsabilità. Veniva così contestata la possibilità di far valere la sospensione o estinzione di un obbligo convenzionale invocando contestualmente la sussistenza di circostanze esimenti in forza delle quali sfuggire alla responsabilità internazionale.

[47] Cfr. TRIB. ARB., *Rainbow Warrior*, cit., par. 75.

[48] *Ibidem*. Nell'opinione di D.W. BOWETT, *Treaties and State Responsibility*, in *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Melange Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 141, i lavori della Commissione del diritto internazionale e della Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati indicherebbero la soluzione contraria. Altri hanno invece criticato il fatto che non sia stato riconosciuto alla Nuova Zelanda il diritto alla *restituito in integrum*, per il motivo che l'obbligo della Francia di far permanere ad Hao i due agenti sarebbe cessato allo scadere del periodo triennale di confino pattuito: secondo R. PINTO, *L'affaire du Rainbow Warrior - Á propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990*, in *JDI*, 1990, p. 841 ss., p. 857, ciò si spiegherebbe perché la domanda della Nuova Zelanda, tesa ad ottenere il ritorno dei due agenti al luogo di confino per il

Posizioni analoghe sono state espresse dalla Corte internazionale di giustizia nell'affare *Gabčíkovo*[49].

3. *Concezioni critiche che negano rilevanza giuridica allo stato di necessità.*

Come si è detto[50], per lungo tempo parte della dottrina internazionalistica ha avanzato forti perplessità circa la formazione di una norma consuetudinaria sullo stato di necessità[51]. Alcuni autori escludono del tutto la formazione di regole consuetudinarie in materia[52], mentre altri ritengono esistenti singole norme generali o convenzionali riguardanti specifiche situazioni di necessità[53].

Secondo i primi non sarebbe rinvenibile una norma che, in via generale, consenta ad uno Stato di non rispettare gli obblighi per esso derivanti dal diritto vigente, ancorché sotto la spinta della necessità. Di conseguenza nessuno Stato potrebbe venir meno agli impegni assunti, né modificarne le stipulazioni, se non con il consenso delle parti contraenti o con la costituzione di nuovi accordi. Né è stata riconosciuta l'esistenza di una consuetudine che attribuisca alla necessità di uno o di alcuni Stati efficacia abrogativa o modificativa di disposizioni vincolanti[54]. Si osservava infatti che, anche quando la necessità di uno o più Stati obbligati era stata riconosciuta dagli altri interessati, tale riconoscimento aveva costituito il punto di partenza per trattative, transazioni o accordi i quali presuppongono pur sempre una deviazione da parte dei soggetti necessitati dalla linea di condotta reputata giuridicamente

---

periodo residuo, sarebbe stata formulata a titolo di cessazione del fatto illecito, e non di riparazione in forma specifica.

[49] ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 47. Sulla questione v. S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, cit., p. 16 ss.

[50] V. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2.

[51] V. a riguardo P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, in *RDI*, 2009, XCII, 2, p. 410 ss.; S. HEATHCOTE, *State of Necessity and International Law*, (PhD dissertation), Genève, Graduate Institute of International Studies 2005, p. 506 ss; T. CHRISTAKIS, *La nécessité en droit international*. *Colloque de Grenoble*. Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2007, p. 384 ss. Giudici ed arbitri internazionali, quando possibile, hanno cercato di evitare di pronunciarsi circa l'esistenza di una norma consuetudinaria in materia: v., *ex multis*, TRIB. ARB., *Lybian Arab Foreign Investment Company* (*Lybian Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi*), 1994, in *ILR*, 1994, vol XCVI, p. 279 ss., p. 319.

[52] V. per tutti P. LAMBERTI ZANARDI, *Necessità (diritto internazionale)*, cit., p. 898 ss.

[53] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 410, nota 1; in tal senso si esprime, fra gli altri, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[8], cit., p. 370.

[54] U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 184. L'A. critica gli scritti in materia che si allontanano da considerazioni giuridiche per introdurre elementi di altre discipline come, ad esempio, G.P. CHIRONI GONARIO, *Lo stato di necessità nel diritto privato*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. 21.

dovuta[55]. La volontà dello Stato, libera nel momento di assunzione di vincoli pattizi, rimarrebbe in seguito rigorosamente costretta all'obbedienza degli obblighi spontaneamente accettati. In tal senso si osservava che il mancato rispetto degli obblighi assunti, indipendentemente dalle motivazioni addotte, costituirebbe una violazione dell'ordine giuridico internazionale, il disconoscimento unilaterale ed arbitrario di quanto in precedenza pattuito[56]. Di conseguenza veniva affermata l'impossibilità giuridica per lo Stato di venir meno agli obblighi internazionalmente assunti[57].

Lo stato di necessità, espunto dall'ordinamento giuridico internazionale, veniva a questo punto ricondotto alle spiegazioni politiche avanzate dagli Stati in conseguenza di atti illeciti. Considerato solo una fra le forze che guidano l'agire degli Stati nelle loro relazioni internazionali, il diritto potrebbe addirittura finire per essere soverchiato da fattori politici che, in caso di irriducibile contrasto fra i due, in qualche modo spiegherebbero l'atto statale teso alla conservazione dello Stato a prezzo della violazione degli obblighi giuridici in precedenza assunti[58].

Secondo un diverso indirizzo, la possibilità di invocare in via temporanea la necessità a protezione di alcuni interessi vitali dello Stato, un tempo conseguente alla liceità dell'uso della forza nelle relazioni internazionali secondo il brocardo latino *in plus stat minus*, sarebbe venuta meno a seguito della formazione di una norma consuetudinaria sul divieto dell'uso della forza[59]. I sostenitori di tale concezione, partendo da una prassi contraddittoria e controversa degli Stati, affermano comunque la sussistenza di una regola consuetudinaria relativa allo stato di necessità sulla base della sola circostanza che gli Stati interessati si siano opposti alla invocazione dell'esimente unicamente *in concreto*, nel caso di volta in volta realizzatosi, e mai *in abstracto*[60]. La natura esimente dello stato di necessità non è mai stata negata *tout court*; piuttosto, di volta in volta, si è escluso che sussistessero le circostanze per

[55] Così U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 184; nel medesimo senso v. A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., pp. 200-201.
[56] A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 236; U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 173 e pp. 184-185.
[57] Il BONUCCI, *La clausola* rebus sic stantibus, cit., pp. 27-30, si riferisce all'impossibilità psichica degli Stati di osservare certi obblighi giuridici ma tale concetto, evidentemente, si pone al di fuori della sfera del diritto.
[58] A. CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 237; v. poi A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 181: l'A. osserva che '*in simili ipotesi lo stato di diritto viene rotto, si giunga o meno ad una guerra*'; ancora, '*è certo che gli Stati in questione han superato quel limite, entro cui soltanto han vigore le garanzie e gli obblighi internazionali*'.
[59] E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Responsibility*, cit., p. 542; E. JIMENEZ DE ARECHAGA e A. TANZI, *International State Responsibility*, cit., p. 355.
[60] K. STRUPP, *Les règles générales du droit de la paix*, cit., pp. 567-568; R. AGO, *Le délit international*, cit., p. 544; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 454.

la sua concreta applicazione[61]. Tale atteggiamento tuttavia difficilmente può essere addotto quale prova di una pratica generalmente riconosciuta come vincolante dagli Stati. La dottrina appena richiamata è stata infatti circondata da forti obiezioni; in particolare si affermava la difficoltà di constatare il consolidamento dell'*opinio juris* essenziale per l'emergere di una regola consuetudinaria[62]. A sostegno di tali osservazioni viene solitamente citata la decisione giudiziale della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo al Canale di Corfù in cui la Corte condannava con forza l'intervento inglese in territorio albanese sostenendo che '*between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations*'[63] ed escludeva che fosse *in concreto* ravvisabile una situazione di necessità[64]. Inoltre, nell'opinione dissenziente del giudice Krylov, la dottrina della necessità veniva considerata obsoleta[65].

L'assenza di una norma consuetudinaria relativa allo stato di necessità, d'altra parte, non escluderebbe la formazione di specifiche regole di diritto internazionale che tengano conto di diversi gradi di necessità; tali ipotesi, però, hanno un significato e uno scopo che risulta completamente estraneo alla tradizionale dottrina della necessità[66]. Alcuni trattati contengono, infatti, disposizioni che innegabilmente mirano ad una regolamentazione di alcune condizioni di necessità, magari disciplinando la responsabilità di individui che ben possono essere organi dello Stato. Di conseguenza gli atti necessitati dei primi e la loro conseguente irresponsabilità, varranno come atti necessitati e irresponsabilità dello Stato[67]. Così, ad esempio,

[61] Così E. JIMENEZ DE ARECHAGA e A. TANZI, *International State Responsibility*, cit., p. 354.
[62] A tal proposito si osservava che i soli due Stati che avevano fatto riferimento a tale dottrina in occasione della Conferenza di codificazione del 1930, lo avevano fatto in termini di netto rifiuto (Danimarca e Svizzera, *Bases of Discussion*, III, pp. 189 e 241) e gli Stati americani avevano espresso la medesima opinione nell'art. 2 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani, in vigore dal 13 dicembre 1951.
[63] Cfr. ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), (Merits)*, 9 aprile 1949, in *ICJ Reports*, 1949, p. 34 ss. La Corte ritiene: '*the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organizations, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States and might easily lead to perverting the administration of international justice itself*' (ivi, p. 35).
[64] Ivi, p. 34.
[65] V. *Dissenting opinion by Judge Krylov*, in *ICJ Reports*, 1949, p. 38.
[66] E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Responsibility*, cit., p. 543; E. JIMENEZ DE ARECHAGA e A. TANZI, *International State Responsibility*, cit., p. 355; S. HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, cit., p. 53 ss.
[67] A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 177; v. anche B. SCHMIDT, *Üeber die völkerrechtliche*, clausola rebus sic stantibus, 1907, p. 145. L'A. porta ad esempio, fra gli altri, l'art. 2 del Trattato di Parigi del 14 marzo 1884 sulla protezione dei cavi sottomarini, che esclude la punibilità per la rottura o il deterioramento di questi qualora si sia agito al fine di proteggere la propria vita, o la sicurezza della propria nave.

un'imbarcazione da guerra in pericolo a causa delle condizioni del mare potrebbe cercare rifugio nel porto straniero, nonostante il relativo divieto[68]; o, per altra necessità inevitabile di sicurezza, potrebbe violare le leggi doganali, o di sanità o di ordine pubblico dello Stato nelle cui acque si trova a transitare[69]. Ancora, in caso di carestia in un Paese, un'imbarcazione straniera potrebbe essere bloccata e subire l'espropriazione del carico[70]. In questi casi, in cui è dovuto un adeguato indennizzo, il fondamento della specifica regola non sarebbe rappresentato dalla dottrina della necessità ma da considerazioni umanitarie[71] inglobate nella norma primaria stessa[72].

Il diritto di guerra offre particolari applicazioni di questo principio. Così il caso del comandante che lasciava morire di fame i prigionieri di guerra, o la popolazione del territorio occupato, per procurare alle proprie truppe i viveri strettamente necessari alla loro sussistenza[73]. Una ulteriore ipotesi è prevista dalla disposizione di cui all'art. 49 della Dichiarazione di Londra del 26 febbraio 1909 che consente la distruzione di una nave neutrale intercettata nell'ipotesi in cui le operazioni tese a condurla in un porto ai fini del successivo giudizio possano compromettere la sicurezza della nave da guerra intercettante ovvero il successo delle operazioni nelle quali si trova al momento impegnata.

Ad ogni modo tali ipotesi sembrano meno problematiche in quanto, in tutti questi casi, la natura degli organi statali in concreto interessati consente una delimitazione obiettiva della circostanza di pericolo grave e attuale cui è connessa la comune nozione giuridica di stato di necessità, circostanza che, invece, finisce necessariamente per risultare più sfocata rispetto allo Stato nel suo complesso[74].

Sulla base di simili riflessioni è stato escluso che lo stato di necessità costituisse un principio di diritto internazionale consuetudinario anche in tempi recenti, nonostante

[68] Cfr. *The Creole (Great Britain v. United States)*, in *Recueil des arbitrages internationaux*[2], a cura di A.G. Lapradelle e N. Politis, Paris, Pedone, 1924, p. 705. V. poi A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 177.
[69] A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 178.
[70] V. *The Neptune*, in *International Adjudications*: *Ancient and Modern History and Documents Together with Mediatoral Reports, Advisory Opinions and Decisions of Domestic Commissions on International Claims*, a cura di J.B. Moore, New York, Oxford University Press, 1929, pp. 398-399.
[71] E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Responsibility*, cit., p. 542; E. JIMENEZ DE ARECHAGA e A. TANZI, *International State Responsibility*, cit., p. 355.
[72] Sulla questione v. *infra*, capitolo II, par. 2.1.
[73] A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 178.
[74] Ivi, p. 179.

l'intervenuta codificazione dello stesso[75]. È stato infatti osservato che una norma consuetudinaria di tal specie non potrebbe sussistere in ragione della struttura stessa della società internazionale, priva di una giurisdizione universale ed obbligatoria, e che la sua esistenza non sarebbe nemmeno auspicabile in ragione dei forti rischi di abuso che da sempre la circondano. Si tratta dunque di una presa di posizione per così dire 'di valore' circa l'opportunità del trasferimento del rischio ritenuta fondamentale in un periodo caratterizzato da un forte individualismo e dall'azione unilaterale degli Stati. In una simile prospettiva l'esimente dello stato di necessità, riconosciuta, seppur in termini molto restrittivi, come esimente di fonte consuetudinaria dalla Commissione del diritto internazionale, dovrebbe conoscere un'applicazione del tutto eccezionale[76].

4. *La codificazione dello stato di necessità.*

Una delle prime formulazioni della moderna concezione di necessità come esimente del diritto internazionale è stata elaborata in occasione del caso *Rainbow Warrior* nel 1990[77]. In tale occasione, tuttavia, il Tribunale arbitrale, pur senza escludere *tout court* la configurabilità della regola, ne aveva affermato il carattere controverso[78]. Di fronte alla posizione della Francia che sosteneva di fondare la propria difesa sull''*ensemble de la théorie des circonstances particulières qui excluent ou atténuent l'illiceité*'[79], il Tribunale si sofferma sulla possibile rilevanza, nel caso in esame, degli articoli 31, 32 e 33 del Progetto adottato dalla Commissione del diritto internazionale in prima lettura in materia di forza maggiore, *distress* e stato di necessità, concludendo per la rilevanza, nel caso di specie, della figura del *distress*[80]. Nel far ciò il Tribunale enucleava la differenza, così come espressa dalla Commissione, fra questa scusante e la '*doctrine controversée*' della necessità, affermando che: '*en vertue de l'art. 32, en matière de détresse, il s'agit de situations de nécessité quant à*

[75] Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[8], cit., p. 370.
[76] Ad avviso di alcuni si tratterebbe in ogni caso di una peculiare declinazione del principio del *judge-made law*: v. S. HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de necessité est un principe de droit international coutumier?*, cit., p. 89.
[77] TRIB. ARB., *Rainbow Warrior*, cit., par. 78.
[78] La posizione del Tribunale è stata talvolta intesa nel senso dell'esclusione della natura consuetudinaria della regola: cfr. P. OKOWA, *Defences in the Jurisprudence of International Tribunals*, in *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie*, a cura di G.S. Goodwin-Gill e S. Talmon, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 399.
[79] TRIB. ARB., *Rainbow Warrior*, cit., p. 996.

la personne même représentant l'organe de l'Etat ou à celles dont elle a charge et non pas de véritable nécéssité d'Etat. Quant à l'article 33, qui semble autoriser un Etat à prendre des mesures illicites en raison de l'état de nécessité, il concerne les situations de danger grave et imminent pour l'Etat lui-même et pour ses inérêts vitaux'. E aggiunge: '*cette distinction entre ces deux motifs justifie l'acceptation générale de l'article 32 de même que le caractère controversé de la proposition quant a l'état de nécessité*'[81]. Il Tribunale, però, impostato il caso in funzione dell'esimente del *distress*, non prendeva posizione in merito all'esimente della necessità, lasciando il punto impregiudicato[82].

Ad ogni modo, a partire dall'adozione provvisoria nel 1996, si è fatto riferimento ai lavori della Commissione del diritto internazionale per affermare in un numero crescente di sentenze che lo stato di necessità, nella forma tradizionale di salvaguardia di un interesse essenziale dello Stato, è una regola ancorata al diritto consuetudinario[83]. Un riscontro decisivo per il riconoscimento dell'autonomia dell'esimente, già delineata dalla Commissione del diritto internazionale nei suoi tratti essenziali, è venuto dalla Corte internazionale di giustizia. Nel caso *Gabčíkovo*[84] si riconosceva la sussistenza dello stato di necessità nel diritto internazionale consuetudinario e la possibilità per gli Stati di invocare l'esimente al fine di sfuggire alla responsabilità internazionale[85]. Nonostante la Corte abbia comunque escluso che tale situazione si fosse verificata in concreto, tale riconoscimento rifletteva la formazione della *opinio juris* relativa all'esimente in questione. I pochi casi di invocazione della necessità da parte di uno Stato con esiti favorevoli sono comunque legati ad un significativo supporto politico internazionale all'azione in questione. Così, ad esempio, il caso più di frequente richiamato con riferimento ad un'ipotesi di sussistenza dello stato di necessità è l'incidente

[80] Cfr. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, cit., p. 117.
[81] Cfr. TRIB. ARB., *Rainbow Warrior*, cit., p. 998.
[82] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 118.
[83] S. HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, cit., p. 57 nota tuttavia che alcuni elementi di fatto hanno spesso condotto al fallimento dell'invocazione dell'esimente *in concreto*. Vedi in tal senso T. CHRISTAKIS, *Les circostances excluant l'illiceité: une illusion optique?*, in *Melanges Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2006; J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 235.
[84] Cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 51 su cui v. anche *Giurisprudenza internazionale* in *RDI*, 1997, LXXX, 4, p. 1092 ss. L'Ungheria ha invocato la necessità ecologica facendo riferimento al *Pacific Fur Seals Arbitration, (United States v. Canada)*, 1893, in *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, a cura di J.B. Moore, Washington, DC, Government Printing Office, 1898, p. 755 ss., p. 826.
[85] V. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2.

della nave petroliera *Torrey Canyon*[86] battente bandiera liberiana, con conseguente grave pericolo di inquinamento (in parte anche verificatosi) delle coste della Cornovaglia. In tale occasione, infatti, non fu sollevata alcuna obiezione all'invocazione della necessità[87] in relazione all'intervento operato dal Regno Unito nei confronti della nave petroliera alla deriva allo scopo di evitare un grave danno per le proprie coste.

A dispetto delle perplessità di alcuni membri della Commissione del diritto internazionale che temevano le già evidenziate possibilità di abuso ricollegate allo stato di necessità[88], si finì per accogliere tale nozione a condizione di limitarla in maglie molto strette[89]. A ben guardare la decisione di includere tale esimente nel Progetto sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti nonché, più di recente, in quello riguardante la responsabilità delle organizzazioni internazionali, fu ragionevole. Infatti, come la Commissione ebbe modo di precisare nel suo Rapporto all'Assemblea generale: '*the notion of 'state of necessity' is too deeply rooted in general legal thinking for silence on the subject to be considered a sufficient reason for regarding the notion as totally inapplicabile in international law, and, in any case, there would be no justification for regarding it as totally so. The fact that abuses are feared - abuses which are avoidable if detailed and carefully worded provisions are adopted - is no reason to bar the legitimate operation of a ground for precluding the wrongfulness of conduct by a State in cases in which the utility of this ground is generally acknowledged. In other words, the great majority of the Commission came to the view that any possibility of the notion of state of necessity being applied where it is really dangerous must certainly be prevented, but that this should not be so in cases where it is and will continue to be a useful 'safety valve' by means of which States can escape the inevitably harmful consequences of trying at all costs to comply with the requirements of rules of law*'[90].

[86] Per una ricostruzione della vicenda e delle problematiche in tema di responsabilità sollevate, v. M. SPINEDI, *Problemi di diritto internazionale sollevati dal naufragio della Torrey Canyon*, in *RDI*, 1967, LI, p. 655 ss.
[87] Cfr. M.N. SHAW, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 712. Cfr. M. MONTINI, *La necessità ambientale e le sue diverse funzioni nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 153 ss.
[88] V. ad esempio, J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 5, nota 20.
[89] J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 244.
[90] Cfr. R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility, Addendum*, cit., pp. 49-51. La Corte internazionale di Giustizia sembra ricollegarsi a tale posizione quando afferma, riprendendo i termini del rapporto della Commissione del diritto internazionale nella sentenza resa nel caso *Gabčíkovo*, che '*the notion of state of necessity is too deeply rooted in general legal thinking (…)*' (ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 50).

Nell'opinione di Ago, l'inclusione di una disposizione sullo stato di necessità nel Progetto si rendeva necessaria al fine di limitare rigidamente tale concetto, il quale '*if driven out of the door it would return through the window*'[91].

Con qualche modifica, il progetto dell'articolo 33 diviene il progetto dell'articolo 26, adottato provvisoriamente in seconda lettura e, infine, l'articolo 25 nel testo adottato in via definitiva nel 2001. Le modifiche apportate all'art. 25 rispetto alle sue versioni precedenti sono per lo più marginali[92]. In primo luogo, solo la versione inglese non si riferisce più all'espressione *state of necessity* per preferirvi il termine *necessity*, che meglio corrisponde alla nozione di *common law*. La clausola che prevede l'impossibilità di invocare lo stato di necessità quando ciò è contrario ad una norma di *jus cogens* viene inserita nell'art. 26. Ancora, nel Commentario al Progetto si precisa che il contributo dello Stato alla determinazione della situazione di pericolo, tale da comportare l'impossibilità di invocare lo stato di necessità, deve essere significativo e non di lieve entità ('*sufficiently substantial and not merely incidental or peripheral*')[93]. Infine, ogni regola primaria, indipendentemente dalla fonte, è suscettibile di escludere la possibilità di invocare l'esimente in questione; il precedente progetto di articolo 33 prevedeva, invece, tale effetto alle sole regole convenzionali. Dal momento che a tal fine è necessario interpretare correttamente la norma primaria, in un certo senso si potrebbe dire che l'applicabilità dello stato di necessità dipenda dalla norma primaria stessa[94].

La Commissione del diritto internazionale ha poi ritenuto ammissibile l'applicazione dell'esimente anche laddove vengano in gioco interessi essenziali della società internazionale[95] (ma non necessariamente tutelati da norme di *jus cogens*[96]) escludendola invece quando ciò li pregiudichi[97]. Tale indicazione, rilevante per lo sviluppo progressivo del

[91] R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Addendum*, cit., par. 80, p. 50. Per una diffusa trattazione della questione v. R. AGO, *Science juridique et droit international*, in *Recueil*, 1956-II, vol. 90, p. 931 ss., p. 932. Sulla questione v. G. ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développment du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l'heure de sa codification.* Etudes en l'honneur de Roberto Ago, Milano, Giuffré, 1987, pp. 59-60; per una critica alla concezione di Ago v. G. BUZZINI, *La théorie des sources face au droit international général*, in *RGDIP*, 2002, CVI, 3, p. 581 ss., pp. 596-598.
[92] In senso contrario, P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 109.
[93] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 20.
[94] V. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 4.
[95] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 15. Sulla questione si dirà *amplius*, *infra*, capitolo I, par. 5.a.
[96] In questo senso E. Candioti nel corso della sessione del 19 luglio 1999 sottolineava l'assenza di coincidenza fra le nozioni di 'interesse essenziale' e di 'interesse fondamentale': cfr. *YILC*, 1999, I, par. 65, pp. 300-301. Per questo l'art. 25 avrebbe sotto tale aspetto portata più ampia dell'art. 26.
[97] A meno che si tratti di promuovere valori protetti da obblighi *erga omnes*: v. J. CRAWFORD, *Second Report on State Responsibility*, in *ILC Report*, 51st sess., UN Doc. A/CN.4/498/Add.2, 1999, par. 290.

diritto internazionale[98], esprime l'opportunità che lo stato di necessità venga invocato in relazione alla salvaguardia di un interesse della società internazionale nel suo insieme; solo in tal caso, infatti, si verrebbe a creare un ampio consenso in relazione all'interesse che si intende salvaguardare e una convergenza circa la possibilità o meno di invocare tale esimente[99]. Anche per questa ipotesi varrà comunque il limite del rispetto dello *jus cogens*.

5. *Le condizioni e i limiti di invocabilità dello stato di necessità.*

Le condizioni di invocabilità dell'esimente configurano, per così dire, i 'limiti interni' della nozione sulla base dei quali è possibile distinguere la nozione in oggetto da altre 'limitrofe' che configurano distinte cause di esclusione dell'illecito internazionale. Per fare un esempio, la nozione di necessità è stata in passato spesso invocata in situazioni nelle quali, seguendo l'impianto definitorio delineato dalla Commissione del diritto internazionale sarebbe stata ravvisabile l'esimente della forza maggiore[100]. Da essa però lo stato di necessità dello Stato si distingue in forza della volontarietà del comportamento liberamente assunto. Come scriveva Paul Foriers: '*ce n'est plus la force extérieure à laquelle l'agent estime ne pouvoir résister qui conditionne son action, mais une délibération, parfois mûrement réfléchie, qui a pour siège sa conscience*'[101]. A ben guardare, infatti, la necessità implica un

[98] Cfr. L'opinione espressa da E. CANDIOTI, in *YILC*, 1999, I, p. 300.
[99] Per un'analisi v. S. HEATHCOTE, *State of Necessity and International Law*, cit., p. 116 ss.
[100] V., ad esempio, PCIJ, *Société Commerciale de Belgique*, cit., p. 209. In tale occasione il governo greco si riferiva alla forza maggiore facendo presente che il medesimo concetto veniva espresso da parte della dottrina con l'espressione *état de nécessité*. V. poi G. CAVARETTA, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Palermo, Reber, 1910, p. 161 ss. il quale fa frequente richiamo alla nozione di forza maggiore confondendola con quella di stato di necessità. Così, ad esempio si legge: '*l'atto necessitato è in certi casi l'unico mezzo di difesa, giustificato da forza maggiore*' (p. 170). V. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2.
[101] P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1951, p. 45. La dottrina aveva già insistito su tale differenza: cfr., ad esempio, L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, in *Recueil*, 1927-III, vol. 18, p. 430; J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1936-IV, vol. 58, p. 554 ss.; J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, Pichon, 1961, p. 283; M. SØRENSEN, *Principes de droit international public*, in *Recueil*, 1960-III, vol. 101, p. 220 ss. Alcuni autori, però, non distinguevano le due nozioni cfr. J.P.A. FRANCOIS, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1938-IV, vol. 66, p. 183 e il giudice D. ANZILOTTI, nell'opinione dissenziente resa nel caso *Oscar Chinn*, affermava che la libertà di scelta lasciata al governo belga fra molteplici misure possibili escludesse l'invocabilità della necessità in quanto essa, per definizione, presuppone l'impossibilità di porre in essere una condotta diversa rispetto a quella contraria al diritto: PCIJ, *Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium)*, 12 dicembre 1934, in *PCIJ Publications*, Series A/B, n. 63, pp. 113-114. Cfr. poi la sentenza della Corte permanente d'arbitrato nel caso *Russian Indemnity (Russia v. Turkey)*, 11 novembre 1912, in *UNRIAA*, 1912, vol. XI, p. 421 ss. che invocando *expressis verbis* la forza maggiore, sembra in realtà riferirsi allo stato di necessità: '*L'exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques. Le gouvernement impérial russe admet expressément*

intenzionale mancato adeguamento agli obblighi dello Stato accompagnato dalla piena consapevolezza di aver deliberatamente scelto una determinata condotta in contrasto con quelli[102]. E dunque la violazione dell'obbligo in questione è, almeno teoricamente, evitabile nelle situazioni in cui tale esimente risulta invocabile[103]. La forza maggiore, al contrario, si caratterizza per una forza irresistibile o un evento esterno, imprevisto e sopravvenuto, del tutto fuori dalla possibilità di controllo dello Stato, che rende materialmente impossibile il rispetto dell'obbligo internazionale assunto[104].

La necessità come delineata e codificata dalla Commissione del diritto internazionale esclude l'illiceità di un atto contrario ad un obbligo internazionale dello Stato solo nell'ipotesi in cui esso sia il solo mezzo per salvaguardare un interesse essenziale dello Stato contro un grave e imminente pericolo (art. 25, par. 1, lett. *a*)) *e* non pregiudichi seriamente un interesse essenziale dello Stato (o degli Stati) nei confronti del quale l'obbligo sussiste, o nei confronti della società internazionale nel suo insieme (art. 25, par. 1, lett. *b*)).

Infine, la necessità non può essere invocata come causa di esclusione della illiceità se lo stesso obbligo internazionale in questione esclude la possibilità di invocare la necessità (art. 25, par. 2, lett. *a*)), o se lo Stato ha contribuito alla situazione di necessità (art. 25, par. 2, lett. *b*)). Tali requisiti devono essere soddisfatti *cumulativamente* e devono essere interpretati *restrittivamente* in virtù della natura propria delle esimenti; queste ultime costituiscono infatti delle eccezioni alla regola generale relativa alla responsabilità da fatto internazionalmente illecito. La stessa formulazione in termini negativi dell'art. 25 del Progetto valorizza la natura eccezionale della difesa di necessità basata sulla pratica internazionale degli Stati[105].

(…) que l'obligation pour un État d'exécuter les traités peut fléchir si l'existence même de l'Ètat vient à être en danger, si l'observation du devoir international est (...) self destructive'.

[102] M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, cit., p. 95 ss.

[103] J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 245; J. CRAWFORD e S. OLLESON, *The Nature and Forms of International Responsibility*, cit., p. 464; cfr. A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 91 ss.

[104] Ivi, p. 234.

[105] Nel caso *Pacific Fur Seals Arbitration*, cit., il governo russo poneva l'attenzione sul fatto che l'azione costituiva una misura provvisoria di assoluta necessità, adottata sotto la pressione di circostanze eccezionali. La natura eccezionale della causa di esclusione dell'illiceità è stata evidenziata nei più recenti casi relativi al Progetto *Gabčíkovo-Nagymaros*, cit., par. 52, e nella controversia ICSID, *CMS Gas Transmission Company (CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic)*, ICSID case n. ARB/01/8, 12 maggio 2005, par. 317. Lo stesso è stato di recente affermato anche nel parere *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 140.

a. *L'interesse essenziale.*

L'art. 25, par. 1, lett. *a*) non illustra il concetto di 'interesse essenziale' ma la Commissione del diritto internazionale chiarisce nel commentario le ipotesi in relazione alle quali l'esimente è stata invocata con successo. Ciò è avvenuto '*to protect a wide variety of interests, including safeguarding the environment, preserving the very existence of the State and its people in time of public emergency, or ensuring the safety of a civilian population*'[106]. Dall'indicazione piuttosto ampia dell'interesse essenziale risulta che esso può riguardare lo Stato come entità politica, ma anche lo Stato-comunità, nonché il corpo sociale complessivo nel quale lo Stato tesse l'intera gamma delle sue relazioni (cioè la stessa società internazionale). Tale ampiezza trova un riscontro nella rielaborazione della disposizione nel passaggio dalla prima alla seconda lettura. Nel Progetto adottato in seconda lettura, infatti, non si dice più che l'interesse è proprio dello Stato che agisce per necessità, ma si richiama semplicemente un interesse essenziale non meglio specificato sotto il profilo soggettivo[107]. Di conseguenza, sembrerebbe possibile che si tratti di un interesse vuoi esclusivo dello Stato, vuoi di un interesse che lo Stato agente possa condividere con altri Stati o di un interesse della 'società internazionale nel suo insieme'[108]. Potrebbe dunque trattarsi di un interesse i cui beneficiari non siano in via diretta gli Stati[109]. La misura entro cui un interesse può essere considerato essenziale va verificata in relazione a tutte le circostanze del caso concreto e non può essere determinata in astratto[110].

Ad ogni modo, nella prima ipotesi, il criterio dell''interesse essenziale' non si ricollega alla sola esistenza dello Stato ma si estende anche ad altri interessi fondamentali dello Stato,

[106] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 14.
[107] L'art. 33 del Progetto approvato in prima lettura escludeva infatti l'invocabilità dello stato di necessità '*unless a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril*'. Nell'art. 25 del Progetto approvato in via definitiva si è poi eliminato il riferimento allo Stato dopo l'espressione '*essential interest*'. Su tale aspetto v., in particolare G. GAJA, *La possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour protéger les intérêts de la communauté internationale*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Melanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 417 ss. Per una critica alla mancata presa di posizione da parte della Commissione del diritto internazionale circa la possibilità di invocare lo stato di necessità a tutela di un interesse della società internazionale v. I. JOHNSTONE, *The Plea of Necessity in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism*, in *Columbia JTL*, 2005, XLIII, p. 337 ss.
[108] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 126.
[109] Il commento della Commissione del diritto internazionale a tal proposito afferma in modo esplicito che la nozione di interesse essenziale si estende '*to particular interests of the State and its people, as well as the international community as a whole*', (*ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 15). Sulla questione si è detto *supra*, capitolo I, par. 4.
[110] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 126.

come quello di evitare un pericolo grave per la conservazione ecologica del territorio dello Stato o di parte di esso[111]. Tale giustificazione è stata invocata al fine di tutelare un gran numero di interessi, alcuni dei quali abbastanza ampi, come, ad esempio, il riferimento del segretario di Stato americano alla 'pace e prosperità' per giustificare l'occupazione dell'isola spagnola di Amelia nel 1817[112]. Nel dibattito più recente, invece, alcune voci hanno sostenuto che un ampio riferimento alla 'sicurezza nazionale' non potrebbe essere accolto nel diritto internazionale contemporaneo[113]. I casi che riguardano interessi non collegati all'esistenza dello Stato - come gli interessi politici o economici, il mantenimento delle condizioni per il funzionamento dei servizi essenziali, il mantenimento della pace interna, la sopravvivenza di parte della popolazione o la conservazione ecologica di tutti o parte del territorio dello Stato - sono infatti più frequenti e meno controversi[114]. Ciò emerge chiaramente nel dibattito dottrinale in ordine alla possibile applicazione dell'esimente al di fuori dell'ambito dell'uso della forza[115].

Se lo Stato non è libero di decidere autonomamente cosa costituisce un interesse essenziale[116] e, di conseguenza, il consenso internazionale sul fatto che l'interesse in gioco sia

---

[111] In questo senso v. *YILC*, 1980, II, II, p. 34, par. 3; cfr. poi ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 53.
[112] Cfr. J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 239.
[113] S. ROSE-ACKERMAN e B. BILLA, *Treaties and National Security*, in *JILP*, 2008, XL, 2, p. 437 ss.
[114] Gli interessi invocati includono la protezione di interessi ambientali ed ecologici (*Pacific Fur Seals Arbitration*, cit.; *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit.); gravi difficoltà finanziarie (TRIB. ARB., *French Company Venezuela Railroads (France v. Venezuela)*, 1902, in *UNRIAA*, vol. X, p. 285 ss., p. 353; ICSID, *LG&E v. Argentine Republic*, 13 novembre 2002, ICSID n. ARB/02/1); la protezione della popolazione civile (cfr. *Anglo-Portuguese Dispute*, 1832 in *International Law Opinions*, II, a cura di A.D. McNair, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 232; *Caroline*, 1837, in *International Law Opinions*, II, cit., p. 22); la situazione delle finanze dello Stato e la possibilità di provvedere ai servizi e alla protezione dei propri cittadini (*Properties of the Bulgarian Minorities in Greece*, in *Report of the Commission of Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgarian and Greece*, League of Nations, Official Journal, 7th year, n. 2, 1926, annex 815; *Russian Indemnity (Russia v. Turkey)*, 11 novembre 1912, in *UNRIAA*, 1912, vol. XI, p. 431; PCIJ, *Société Commerciale de Belgique*, cit., p. 141 ss. Cfr. poi ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), (Jurisdiction)*, 2 febbraio 1973, in *ICJ Reports*, 1974, p. 3 ss., in cui l'Islanda invocò un interesse essenziale in termini di '*exceptional dependance (…) on its fishing for its existence and economic development*' (ivi, par. 37).
[115] V., ad esempio, S.F. HILL, *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US-Argentina Bilateral Investment Treaty*, in *LBRA*, 2007, p. 547 ss.; J.T. GATHII, *How Necessity may Preclude State Responsibility for Compulsory Licensing under the TRIPs Agreement*, in *North Carolina JILCR*, 2006, XXXI, n. 943, p. 943 ss.; W.W. BURKE-WHITE e A. STADEN, *Investment Protection in Extra-Ordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia JIL*, 2008, XLVIII, 2, p. 307 ss.
[116] ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 51; ITLOS, *The M.V Saiga n. 2 (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), (Admissibility and Merits)*, 1° luglio 1999, in *ILR*, p. 143 ss., par. 135. Nel caso *CMS v. Argentine*, cit., par. 373, alcune disposizioni del trattato bilaterale sugli investimenti attribuivano allo Stato la facoltà di decidere nel corso dell'azione ma prevedendo pur sempre una verifica della concreta sussistenza delle condizioni formulate nella norma primaria ad opera di un organismo di controllo: cfr. S.F. HILL, *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US-Argentina Bilateral Investment Treaty*, cit., p. 559. Lo Stato che invoca tale circostanza non può essere il solo giudice della situazione di necessità ma, al contrario, devono sussistere criteri obiettivi di valutazione: per le prime affermazioni in tal senso, O.

sufficientemente importante è la chiave per una sua invocazione favorevole[117], sembra però che sul punto della qualificazione di un interesse come essenziale, sia riconosciuto agli Stati un certo margine di valutazione[118]; ad un giudice internazionale non sarebbe facile escludere la pretesa di uno Stato a considerare essenziale il proprio interesse, a meno che tale pretesa non appaia *prima facie* esercizio abusivo del diritto[119]. Così, il Tribunale internazionale del diritto del mare, nel caso *M/V Saiga*, di fronte all'interesse della Guinea, da essa qualificato come essenziale, di massimizzare le entrate fiscali con la vendita realizzata tramite *bunkering*, di carburante alle navi da pesca presenti nella propria zona economica esclusiva, non entra nel merito della valutazione del carattere essenziale dell'interesse ma osserva: '*hower essential Guinea's interest in maximizing its tax revenue from the sale of gas oil to fishing vessels, it cannot be suggested that the only means of safeguarding that interest was to extend its custom laws to parts of the exclusive economic zone*'[120]. Ciò significa che l'attuale verifica relativa all'interesse in pericolo non verte tanto sul carattere essenziale dell'interesse in gioco, quanto piuttosto sulla presenza o meno di una o più condizioni cumulative, in particolare la gravità e l'imminenza del pericolo, l'assenza di condotte alternative, il contributo dello Stato alla creazione di una situazione di pericolo grave e imminente[121].

SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 166; si veda inoltre, l'osservazione della Commissione del diritto internazionale nel commento che accompagna l'art. 33 adottato in prima lettura (in *YILC*, 1980, II, II, p. 48) e l'intervento del Messico in Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, UN Doc. A/C.6/56/SR.14, par. 1; l'onere della prova incombe inoltre sullo Stato che invoca la necessità e l'accertamento dei requisiti in questione deve essere effettuato dalle parti coinvolte, dalla società internazionale nel suo insieme e dagli organi internazionali ai quali è sottoposta la questione.

[117] Nel caso ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 53 la Corte internazionale di giustizia riaffermò l'opinione già espressa dalla Commissione del diritto internazionale secondo la quale l'interesse ambientale negli ultimi decenni si sarebbe sviluppato fino a venire in rilievo come interesse essenziale nella prassi degli Stati (cfr. *YILC*, 1980, II, II, p. 39.

[118] Analoghe considerazioni si possono riproporre con riferimento alla discrezionalità riservata agli Stati da alcune convenzioni internazionali sui diritti umani e, in particolare, alla nozione del c.d. margine di apprezzamento statale elaborata dagli organi di Strasburgo nella giurisprudenza relativa alla clausola di deroga prevista dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed in seguito estesa alle clausole di restrizione in essa formulate: sulla questione v., *ex multis*, I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *RDI*, 2005, LXXXIII, 4, p. 955 ss., p. 964. Su tali aspetti si dirà *infra*, capitolo I, par. 6.1.

[119] In questo senso, F. LAURSEN, *The Use of Force and (the State of) Necessity*, in *Vanderbit JTL*, 2004, p. 503 ss.; cfr. poi *ILC commentary*, 2001, cit., sub art. 2, par. 8.

[120] Cfr. ITLOS, *The M.V Saiga n. 2*, cit., par. 143.

[121] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 128; cfr. F. LAURSEN; *The Use of Force and (the State of) Necessity*, cit., p. 503.

In questa condizione si ravvisa poi l'unica divergenza sostanziale con la corrispondente previsione relativa alla responsabilità delle organizzazioni internazionali[122].

L'art. 25, par. 1, lett. *a*) del Progetto del 2011, come l'omologo art. 24, par. 1, lett. *a*) del Progetto adottato in prima lettura nel 2006[123], non prevede infatti la facoltà di invocare l'esimente al fine di preservare un interesse essenziale dell'organizzazione. Tale possibilità è prevista per la salvaguardia di un '*essential interest of the international community as a whole*' nell'ipotesi in cui '*the organization has, in accordance with international law, the function to protect that interest*' nonché per la tutela di '*an essential interest of its member States*'. Invero, tale ultima ipotesi non figurava nel precedente Progetto del 2006 che, in presenza di una prassi molto scarsa relativa a tali entità[124], si preoccupava di limitare ulteriormente l'invocazione dell'esimente da parte di organizzazioni internazionali rispetto all'omologa previsione relativa agli Stati[125]. La possibilità di invocare l'esimente è stata sostenuta in alcuni *statements* della Commissione dell'Unione europea[126], del Fondo

[122] Cfr. *ILC Commentary*, 2006, cit., sub art. 24, par. 7: '*Apart from the change in subparagraph (1) (a) the text reproduces article 25 on the responsibility of States for internationally wrongful acts, with the replacement of the term 'State' with the terms 'international organization' or 'organization' in the* chapeau *of both paragraphs*'. L'art. 25, par. 1 del Progetto di articoli adottato in via definitiva nel 2011 prevede: '1. *Necessity may not be invoked by an international organization as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that organization unless the act: (a) is the only means for the organization to safeguard against a grave and imminent peril an essential interest of its member States or of the international community as a whole, when the organization has, in accordance with international law, the function to protect the interest in question; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the international obligation exists, or of the international community as a whole*'.

[123] Cfr. *Draft Articles on Responsibility of International Organizations*, UN Doc. A/CN.4/L.687, 31 maggio 2006.

[124] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 24, par. 2. Il Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro ha riconosciuto tale possibilità nel caso *T.O.R.N. v. CERN*, relativo all'accesso all'*account* di posta elettronica di un impiegato. In tale situazione il Tribunale affermò: '*(...) in the event that access to an e-mail account becomes necessary for reasons of urgency or because of the prolonged absence of the account holder, it must be possible for organizations to open the account using appropriate technical safeguards. That state of necessity, justifying access to data which may be confidential, must be assessed with the utmost care*': *T.O.R.N. v. CERN*, case 2183, 3 febbraio 2003 reperibile all'indirizzo *http://www.ilo.org/public/english/tribunal*, par. 19.

[125] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 24, par. 4: '*While the conditions set by article 25 on the responsibility of States for internationally wrongful acts are applicable also with regard to international organizations, the scarcity of practice and the considerable risk that invocability of necessity entails for compliance with international obligations suggest that, as a matter of policy, necessity should not be invocable by international organizations as widely as by States. This could be achieved by limiting the essential interests which may be protected by the invocation of necessity to those of the international community as a whole, to the extent that the organization has, in accordance with international law, the function to protect them*'.

[126] Lettera del 18 marzo 2005 della Commissione europea al consigliere giuridico delle Nazioni Unite: v. UN Doc. A/CN.4/556, sect. II.M.

Monetario internazionale[127], dell'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale[128] e dalla Banca mondiale[129].

Nel Progetto del 2011 è stata tuttavia accolta l'opinione espressa in relazione al precedente progetto di art. 24 da alcuni membri della Commissione secondo i quali '*although subparagraph (1) (a) only refers to the interests of the international community as a whole, an organization should nevertheless be entitled to invoke necessity for protecting an essential interest of its member States*'[130]. Tale soluzione rappresenta un tentativo di raggiungere un compromesso fra due opposte posizioni emerse in seno alla Commissione del diritto internazionale: una favorevole a riconoscere alle organizzazioni internazionali la possibilità di invocare l'esimente alle stesse condizioni previste per gli Stati, una seconda favorevole ad escludere *tout court* tale possibilità per le organizzazioni[131].

b. *La gravità e l'imminenza del pericolo per lo Stato.*

Il pericolo deve essere poi grave[132] ed imminente. Rispetto alla gravità è stato suggerito che ogni minaccia di eliminazione della possibilità di realizzare un interesse essenziale dello Stato costituisce un 'grave pericolo'[133].

Il pericolo deve essere obiettivamente incombente e non meramente avvertito come possibile[134]. In numerose occasioni nella giurisprudenza più risalente si è fatto riferimento sia, esplicitamente, al *Caroline test*[135] sia, in generale, all'imminenza e all'urgenza. Più di recente l'urgenza è stata chiamata in causa dal Canada nel caso relativo alla giurisdizione sulle

[127] Lettera del 1° aprile 2005 del Fondo monetario del commercio al consigliere giuridico delle Nazioni Unite: v. UN Doc. A/CN.4/556, sect. II.M.
[128] Lettera del 19 gennaio 2005 del *Legal Counsel* dell'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale al *Legal Counsel* delle Nazioni Unite: v. UN Doc. A/CN.4/556, sect. II.M.
[129] Lettera del 31 gennaio 2006 del Consigliere generale della Banca mondiale alla Segreteria della Commissione del diritto internazionale: v. UN Doc. A/CN.4/568, sect. II.E.
[130] Cfr. *ILC Commentary*, 2006, cit., sub art. 24, par. 4. Per una critica alla soluzione adottata dalla Commissione del diritto internazionale v. A. REINISCH, *How Necessary is Necessity for International Organizations?*, in *IOLR*, 2006, III, 2, p. 177 ss.
[131] In relazione al Progetto adottato in prima lettura cfr. *ILC Commentary*, 2006, cit., sub art. 24, par. 4.
[132] I commenti che hanno accompagnato l'art. 33 adottato in prima lettura hanno rafforzato l'espressione 'grave' con l'avverbio 'estremamente': v. R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Addendum*, cit., p. 19 ss. Il concetto è stato poi ripreso dalla Commissione del diritto internazionale nel commento all'art. 33 (cfr. *YILC*, 1980, II, II, p. 48).
[133] Tale ricostruzione è accolta nel caso *Torrey Canyon*, cit.; cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 9.
[134] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 15. Il pericolo deve essere imminente, inevitabile e tale da non consentire alcuna alternativa: v. A.D. MCNAIR, *International Law Opinions*, cit., p. 231 ss.
[135] Sulla questione si è detto *supra*, par. 5.a.

pescherie[136]. Il Canada infatti riteneva che l'illiceità dell'inseguimento e della cattura di un'imbarcazione spagnola, l'Estai, da parte di navi battenti bandiera canadese in alto mare fosse esclusa in ragione del fatto che '*(l')Estai a(vait) résisté aux tentatives d'arraisonnement que les inspecteurs canadiens (avaient) effectuées conformément à la pratique internationale et que l'arrestation de l'Estai a(vait) été rendue* nécessaire *pour mettre fin à la surpêche du flétan du Groenland pratiquée par les pêcheurs espagnols*'[137]. Nel caso di specie la Corte non si è espressa nel merito delle contestazioni in quanto ha ritenuto assente la propria giurisdizione. Richiamandosi a quanto affermato dalla stessa sempre in relazione al caso *Gabčíkovo*, si dovrebbe escludere l'invocabilitità dell'esimente in quanto il pericolo, nella sua gravità, costituiva una mera possibilità e non si presentava 'immediato' o comunque 'prossimo'[138]. E, d'altra parte, non è sufficiente l'esistenza di una situazione di incertezza scientifica, per sé stessa, a stabilire l'esistenza obiettiva di un 'pericolo' quale elemento costitutivo dello stato di necessità. La Corte, tuttavia, osserva poi che un pericolo che si iscriva su un lungo termine ben può essere ritenuto imminente se, al momento considerato '*the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable*'[139]. Con tali considerazioni la Corte metteva in luce la problematica dell'incertezza scientifica e del connesso ruolo del principio di precauzione[140] riconosciuto nella Dichiarazione di Rio del 1992[141] e riflesso nell'accordo OMC sulle misure sanitarie e fitosanitarie[142]. A tal proposito si può infatti osservare che il pericolo di un futuro danno

[136] ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), (Jurisdiction)*, 4 dicembre 1998, in *ICJ Rep*ort, 1998, p. 432 ss.
[137] Ivi, par. 20.
[138] ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., parr. 54 e 56: l'incerta natura di danni futuri rendeva la minaccia contro gli interessi dell'Ungheria una minaccia solo presunta; cfr. poi J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 253, a proposito del caso *Neptune*. Il concetto di incertezza scientifica e il principio di precauzione del diritto ambientale non sono stati inclusi nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati della Commissione del diritto internazionale; come la Corte internazionale di giustizia ha sostenuto nel caso *Gabčíkovo*, l'art. 25 nella sua formulazione già costituiva il limite estremo di tollerabilità del diritto internazionale per atti internazionalmente illeciti; cfr. J. CRAWFORD, *Second Report on State Responsibility*, cit., parr. 288-289. Si è lasciato dunque al commento il compito di precisare che '*a measure of uncertainty about the future does not necessarily disqualify a State from invoking necessity, if the peril is clearly established on the basis of the evidence reasonably available at the time*' (cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 16).
[139] Cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 54.
[140] Al riguardo v. M. MONTINI, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, Cedam 2001, in particolare p. 39 ss. e p. 418 ss.
[141] Principio n. 15: '*In order to protect the environment, the precautionary approach should be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*'.
[142] Art. 5: '*In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary and phytosanitary measures on the basis of available scientific information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary and phytosanitary measures applied by other Members. In*

ecologico è difficile da provare a causa dell'incertezza scientifica e della difficoltà di stabilire la sussistenza del nesso causale[143].

Ulteriore condizione dell'esimente in esame consiste nella circostanza che la condotta dello Stato sia il *solo modo* per salvaguardare l'interesse essenziale da un grave e imminente pericolo: l'azione va dunque limitata a ciò che è strettamente necessario, nel rispetto del principio di proporzionalità. L'invocabilità dell'esimente è esclusa qualora siano disponibili altri mezzi leciti, anche se più gravosi, in grado di salvaguardare l'interesse essenziale dello Stato[144]. Lo Stato, in ogni caso, non dovrebbe sopportare costi che siano talmente gravi da costituire una minaccia ai propri interessi essenziali[145].

La Commissione del diritto internazionale opportunamente precisa che i modi per salvaguardare l'interesse essenziale non sono solo quelli dell'azione unilaterale ma possono altresì comprendere forme di condotta realizzate attraverso sforzi di cooperazione fra Stati (particolarmente indicata per la salvaguardia di interessi essenziali della comunità internazionale '*as a whole*') o con l'azione di organizzazioni internazionali[146].

Alla prova dei fatti, però questa condizione appare di non facile realizzazione per lo Stato, come dimostra la giurisprudenza internazionale che, nella maggior parte dei casi riguardanti la necessità, si è focalizzata sulla questione della disponibilità di mezzi alternativi per escludere l'invocabilità dell'esimente. Nel caso *Oscar Chinn*, ad esempio, il giudice Anzilotti notava succintamente che il governo belga, nell'adottare le misure contestate, fra cui la drastica riduzione delle tariffe relative al traffico fluviale sulle vie d'acqua del Congo belga, non aveva soppesato le possibili alternative e ciò era incompatibile con l'invocazione della necessità che, '*by definition, implies the impossibility of proceeding by any other method than the one*

---

such circumstances, States shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary and phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time'.

[143] Ad ogni modo, D. DOBOS, *The Necessity of Precaution: the Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, in *Fordham ILJ*, 2001, XIII, p. 375 ss., p. 387 ss., affermava che il principio di precauzione si sarebbe potuto evolvere già nel caso *Gabčíkovo*; lo si sarebbe infatti potuto incorporare nella 'necessità ecologica' come norma di *soft law*: cfr. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 130.

[144] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 15. Cfr. S. ROSE-ACKERMAN e B. BILLA, *Treaties and National Security*, cit., pp. 442-443; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*[3], cit., p. 452, si esprimeva nel senso di necessità dello Stato di '*salvarsi da un pericolo grave ed imminente, al quale non ha dato volontariamente causa e che non può altrimenti evitare*'.

[145] R. BOED, *State of Necessity as Justification for Internationally Wrongful Conduct*, cit., pp. 16-18.

[146] V. B. SIMMA, *The Work of the International Law Commission at its Fifty-First Session*, cit., p. 314. Ne è un esempio concreto la conservazione delle pescherie attraverso agenzie regionali: cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 15.

contrary to law'[147]. Ovviamente, la disponibilità di altri mezzi deve essere giudicata *in casu* con riferimento alle alternative presenti nello specifico momento. In riferimento al caso *Torrey Canyon,* ad esempio, i progressi tecnologici intervenuti implicherebbero forse che la condotta tenuta nel caso di specie non sarebbe scusabile oggi, e sarebbe considerata illecita.

L'importanza di tale criterio veniva riaffermata nel già citato parere della Corte internazionale di giustizia sul 'Muro' in cui la Corte si dichiarava '*not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction*'[148].

Nello sviluppo del diritto internazionale tale requisito dell'assenza di altri mezzi disponibili, attentamente vagliato dai tribunali internazionali, costituisce una delle più frequenti ragioni di esclusione dell'invocabilità dell'esimente[149].

c. *Il divieto di arrecare seri pregiudizi ad interessi essenziali di altri Stati o della società internazionale nel suo insieme.*

Infine, per ricondurre una data azione alla necessità, l'art. 25, par. 1, lett. *b*) richiede che questa non pregiudichi seriamente un interesse essenziale dello Stato o degli Stati verso i quali esiste l'obbligo, ovvero un interesse essenziale della società internazionale nel suo insieme[150]. In altre parole, l'interesse posto a fondamento dell'esimente deve superare quanto alla sua importanza qualsiasi altra considerazione, non solo dal punto di vista dello Stato che agisce in necessità, ma anche secondo una ragionevole valutazione degli interessi in gioco, a prescindere dal loro carattere individuale o collettivo[151]. Viene così esplicitato l'approccio del diritto internazionale 'moderno' in virtù del quale l'interesse protetto dalle regole

[147] Cfr. l'opinione individuale del giudice Anzilotti nel caso *Oscar Chinn*, cit., par. 6; cfr. J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., pp. 245-246. Cfr. anche il caso *LG&E v. Argentina*, cit., nel quale il Tribunale arbitrale costituito nell'ambito dell'ICSID ha applicato un criterio differente rispetto a quello del giudice Anzilotti.

[148] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 140; cfr. G.R. WATSON, *The Wall Decision in Legal and Political Context*, in *AJIL*, 2005, p. 6 ss., p. 15. Per un commento cfr. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., pp. 132-133.

[149] Così, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia nel caso *Gabčíkovo* non ritenne che la sospensione unilaterale e la rinuncia al progetto della diga fossero l'unica possibilità per l'Ungheria nelle circostanze del caso (*Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 55). V. poi le considerazioni svolte in relazione al caso *M/V Saiga n. 2*, *supra*, capitolo I, par. 5.a.

[150] Cfr. ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 58. Cfr. J.J.A SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 254.

internazionali, pur attraverso situazioni giuridiche soggettive che mantengono tratti interindividuali, può riguardare altresì interessi comuni a tutti gli Stati e anche interessi non necessariamente governativi[152]: così l'interesse al rispetto dei diritti fondamentali della persona tutelati da obblighi *erga omnes*[153]. Tale comparazione può realizzarsi nelle sole ipotesi in cui tali obblighi *erga omnes* non esprimano valori cogenti di diritto internazionale generale perché, in tal caso, l'operatività dell'esimente in esame è in ogni caso esclusa dall'art. 26 del Progetto[154].

Se l'azione può essere giustificata con la necessità solo ove non pregiudichi seriamente interessi essenziali della società internazionale nel suo insieme, risulta chiaramente l'importanza di ottenere un supporto politico per l'azione realizzata: l'importanza di un interesse rilevante, infatti, non potrà mai essere giudicata fuori dal contesto della società internazionale, depositaria di interessi che trascendono quelli dei singoli Stati[155]. Alcuni obblighi, per la loro stessa natura, sono tali da far sorgere in capo a tutti gli Stati un interesse al loro rispetto. Il criterio del bilanciamento degli interessi in gioco implica che il contenuto delle norme e i valori che esse tutelano debbano essere presi in considerazione nella valutazione della possibilità per lo Stato di invocare la necessità.

La valutazione in merito alla natura essenziale dell'interesse leso ha avuto comunque raramente occasione di emergere in concreto[156], anche in virtù della ricordata tendenza manifestata dalla giurisprudenza internazionale a rigettare l'esimente per lo più nella fase

---

[151] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 17; R. BOED, *State of Necessity as Justification for Internationally Wrongful Conduct*, cit., p. 18; R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility, Addendum*, cit., p. 15.

[152] Sul rilievo di tale approccio innovativo nel diritto internazionale della responsabilità v. S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, Pedone, 2005.

[153] Per la nozione di obblighi *erga omnes partes* v. ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), (New Application: 1962), (Second Phase), (Merits)*, 5 febbraio 1970, in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss., p. 32. Cfr. P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi* erga omnes: *studi critici di diritto internazionale*, Napoli, Jovene, 2006; S. FORLATI, *Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi* erga omnes, in *RDI*, 2001, LXXXIV, 1, p. 69 ss.; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations* erga omnes, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 74; B. SIMMA, *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in *International Law at a Time of Perplexity*, a cura di Y. Dinstein, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 821 ss., p. 825.

[154] Sul punto v. *infra*, capitolo I, par. 6.

[155] B. SIMMA e A.L. PAULUS, *The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization*, in *EJIL*, 1998, IX, 2, p. 266 ss., p. 268.

[156] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 133. L'incidente della *Torrey Canyon* offre un esempio della situazione in cui la prevenzione di una grave forma di inquinamento era senza dubbio più importante dei diritti economici dei proprietari dell'imbarcazione o degli interessi di altri Stati rispetto al fatto che l'azione si sia svolta al di fuori delle acque territoriali di uno Stato: v. *YILC*, 1980, I, pp. 182-183, citato da J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 256; cfr. R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility, Addendum*, cit., p. 32.

logicamente precedente, vale a dire in relazione alla valutazione della gravità e della immediatezza del pericolo, nonché del mezzo utilizzato[157].

d. *L'assenza del contributo dello Stato che invoca l'esimente.*

In virtù dell'art. 25, par. 2, lett. *b*) la necessità non può essere invocata dallo Stato che abbia contribuito al suo verificarsi o, *a fortiori*, dallo Stato che abbia provocato, deliberatamente o per negligenza, la situazione di necessità[158].

I termini della disposizione appaiono assoluti in funzione dell'obiettivo di ammettere l'esimente della necessità in termini molto limitati. Il contributo dello Stato alla situazione di necessità deve comunque essere '*substantial and not merely incidental or peripheral*'[159], circostanza rispetto alla quale l'onere della prova incombe sulla parte che invoca l'esimente[160].

Nonostante il riscontro di simili affermazioni in alcune decisioni giurisprudenziali[161], non appare del tutto convincente che l'esclusione della rilevanza della necessità debba operare in termini così stretti. In particolare, come già osservato, lo stato di necessità opera a favore di interessi essenziali gravemente minacciati non sempre riferibili in via esclusiva allo Stato che agisce in necessità, ma che talvolta sono previsti anche in favore di beneficiari diversi dallo Stato: accanto all'interesse statale si potrebbe infatti delineare un beneficiario indistinto, ovvero la società internazionale nel suo insieme. Tali interessi essenziali non dovrebbero

[157] È quanto esplicitamente avviene nella controversia fra Ungheria e Slovacchia a proposito della realizzazione del sistema di dighe sul Danubio. La Corte internazionale di giustizia rilevava di non dover valutare se l'Ungheria avesse portato grave pregiudizio ad un interesse essenziale della Cecoslovacchia (*Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 58).

[158] ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 57. La regola del contributo dello Stato quale limite alla possibilità di invocare lo stato di necessità è stata applicata in un caso dinanzi la Corte di giustizia della Comunità europea, *Spa Ferriera Valsabbia and others v. Commission*, case n. 154/78, 18 marzo 1980, ECR, 1980, p. 1023, par. 144 citato da J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 262; ad esso si sarebbe forse potuto far riferimento anche nel parere sulla costruzione del 'Muro' in Palestina: in tal senso I. SCOBBIE, *Words My Mother Never Taught Me - In Defense of the International Court*, in *AJIL*, 2005, p. 76 ss., p. 84.

[159] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 20.

[160] Cfr. *YILC*, 2001, II, II, p. 84; v. *LG&E v. Argentina*, cit., par. 256; S.F. HILL, *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US-Argentina Bilateral Investment Treaty*, cit., p. 562.

[161] La Corte internazionale di giustizia riteneva che l'Ungheria non potesse invocare l'esimente dal momento che '*it had helped, by act or omission to bring it about*' (*Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 57).

rimanere privi della garanzia della condotta posta in essere in stato di necessità dallo Stato che ha contribuito al verificarsi della situazione necessitata[162].

Dall'analisi della prassi in materia, d'altra parte, emerge piuttosto chiaramente che l'invocazione della necessità non è stata sempre negata a chi aveva contribuito alla sua realizzazione. È il caso della crisi finanziaria dell'Argentina: pur riconoscendo che la responsabilità della crisi economico-sociale argentina sia stata in buona misura dello stesso governo argentino, si dà atto che tale Stato si è trovato costretto ad una reazione in ragione della necessità[163]. Alla luce di simili considerazioni, alcuni autori, rilevando che gli organi dello Stato sono sempre coinvolti ad un qualche livello nei processi decisionali e, di conseguenza, influenzano sempre il corso degli eventi, hanno criticato il limite in esame: la sua interpretazione restrittiva precluderebbe sempre, di fatto, l'invocazione della necessità[164], finendo *in concreto* per eludere il principio della eccezionalità della esimente.

[162] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 144. Anche in questa ipotesi l'invocazione dell'esimente non pregiudica quindi la questione della riparazione del danno materiale causato dalla condotta tenuta in presenza di uno stato di necessità di cui all'art. 27, lett. *b*) del Progetto del 2001. Per un'ipotesi ricostruttiva sulla funzione dell'indennizzo v. P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 423. Per un parallelo con la situazione dell'art. 61, comma 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati a proposito dell'estinzione dei trattati per impossibilità sopravvenuta e del rilievo del contributo dello Stato che invoca l'estinzione alla realizzazione dell'impossibilità di esecuzione v. G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*[2], Padova, Cedam, 1983, p. 141.

[163] Cfr. *CSM v. Argentine*, cit., parr. 328-329 e *LG & E v. Argentine*, cit. Sulla vicenda si vedano le osservazioni di E. PISTOIA, *Il ruolo del Fondo monetario internazionale nella crisi economico-finanziaria dell'Argentina*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, a cura di R. Orrù e L.G. Sciannella, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185 ss.; P. BENVENUTI, *La tutela giuridica delle istanze sociali nel tempo della globalizzazione*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, cit., p. 237 ss.; J. MORGAN-FOSTER, *The Relationship of IMF Structural Adjustment Programs to Economic, Social and Cultural Rights: The Argentine Case Revisited*, in *Michigan JIL*, 2003, XXIV, 2, p. 577 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 521.

[164] J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., pp. 263-264 e p. 270. Sulla questione si veda C. TOMUSCHAT, *Conclusions générales*, in *La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*. Société Française pour le droit international, Paris, Pedone, 2007, pp. 381-382 il quale definisce '*irrealiste*' il limite in questione applicato alle gravi crisi economico-finanziarie; in senso analogo M. WAIBEL, *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E*, in *Leiden JIL*, 2007, p. 637 ss.; v. anche J. RABY, *The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals*, in *Canadian YIL*, 1988, p. 253 ss., p. 256. Per una diversa opinione v. M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, cit., p. 111. L'A. osserva infatti che tale limite potrebbe spronare la cooperazione internazionale, salvaguardare la stabilità dei trattati, facilitare l'individuazione di soluzioni condivise ai problemi ed inibire misure di protezione unilaterali che potrebbero pregiudicare negativamente gli interessi di terzi.

6. Segue: *Gli obblighi che escludono l'invocabilità della necessità.*

Vi è poi un ulteriore limite generale all'invocabilità dell'esimente dello stato di necessità, previsto dall'art. 25, par. 2, lett. *a*) del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati. Tale disposizione esclude che si possa invocare l'esimente nell'ipotesi in cui l'obbligo internazionale stesso ne faccia divieto: sarebbe infatti incoerente consentire ad uno Stato di sfuggire ai propri obblighi internazionali invocando l'esimente in questione in situazioni in cui la norma primaria escluda ogni possibilità di deroga[165].

Nell'analisi di tale ipotesi si deve considerare in via preliminare che, rispetto all'omologo articolo adottato in prima lettura, l'art. 25 del Progetto adottato in seconda lettura ha ampliato la sfera degli obblighi che possono escludere la necessità prevedendo la possibilità di una loro fonte di natura consuetudinaria, e non più non solo pattizia[166]. Inoltre, come precisato dalla Commissione, l'obbligo internazionale disatteso in stato di necessità può escludere l'operatività dell'esimente sia in modo esplicito che implicito[167].

Si potrebbe anzitutto osservare che l'inoperatività dell'esimente generale della necessità in presenza di obblighi che ne escludono l'invocazione ricorre con riguardo all'intera categoria delle norme imperative di diritto internazionale generale. Queste, per la stessa *ratio* loro propria, escludono qualsiasi deroga, quand'anche questa si voglia giustificare con la necessità. Tale ipotesi, però, rientra nella specifica disposizione dell'art. 26 del Progetto; come ogni altra circostanza escludente l'illiceità, la necessità non può essere invocata in relazione al mancato rispetto di norme di carattere cogente[168]. Lo *jus cogens* rileva dunque, in particolare,

[165] Così la Commissione del diritto internazionale accoglieva le raccomandazioni del relatore speciale Ago: '*In some instances particularly, the possibility of invoking necessity was simply ruled out, as in the case of an international obligation especially designed to apply in situations that placed specific interests in jeopardy. Obviously, if a State was in a position where it had to fulfil an obligation of that kind towards another State, it could not invoke necessity as a defence for non-compliance, and that because of the very nature of the obligation. The special scope of the obligation, moreover, might well be explicitly defined in the rule from which it stemmed or might be inferred from the nature of the rule*' (cfr *YILC*, 1980, I, p. 156).

[166] Il Progetto di articolo 33 adottato in prima lettura richiamava infatti la sola ipotesi di obblighi convenzionali per poi riconoscere, in un distinto sottoparagrafo, la rilevanza ostativa del diritto consuetudinario, almeno nei limiti del richiamo alle norme imperative del diritto internazionale generale, ipotesi prevista dall'art. 26 del Progetto adottato in seconda lettura.

[167] *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 19. Se l'esclusione esplicita non suscita alcuna difficoltà, l'esclusione implicita solleva evidenti problemi interpretativi per evitare i quali si proponeva di eliminare tale previsione e di introdurre tale osservazione nel relativo commento annesso. Sul punto v. J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 262.

[168] Cfr. l'art. 26 del Progetto della Commissione del diritto internazionale; v. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 147.

come limite alle azioni statali condotte in situazioni di necessità ma in contrasto con i diritti fondamentali: il riferimento è, in particolare, alle *gross violations* dei diritti umani[169].

La Commissione conferma il carattere cogente di alcune regole di diritto internazionale umanitario applicabili ai conflitti armati[170] nonché del divieto di aggressione; proprio il ricorso alla forza, come detto, costituisce l'ambito in cui si sono verificati i principali abusi dell'esimente di cui ci occupiamo[171].

L'ipotesi forse più evidente di obbligo convenzionale in grado di escludere l'invocabilità della necessità si rinviene nel divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti[172], enunciato in termini assoluti dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ribadito, con lievi modifiche, da tutti gli strumenti convenzionali a carattere universale o regionale a tutela dei diritti dell'uomo[173]. Lo stesso art. 2, par. 2 della Convenzione sul divieto di tortura e di altri trattamenti inumani e degradanti impone infatti: '*No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat or war, internal*

[169] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 427.

[170] V. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 26, par. 5, nota 442, che richiama il parere sulla liceità delle armi nucleari nella parte in cui la Corte si riferisce alle norme fondamentali del diritto internazionale umanitario applicabili ai conflitti armati con l'espressione '*intransgressible*' (v. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 79). Sulla questione si dirà *infra*, capitolo II, par. 5.

[171] Cfr. *YILC*, 1980, I, p. 156: '*(…) the vast majority of cases in which the possibility of accepting the plea of necessity had been contested historically had been cases in which the obligation in question concerned respect for the territorial sovereignty or political independence of States. Since an obligation of that type clearly came under the heading of* jus cogens*, the plea of necessity was not admissible on that ground*'. V. poi *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 26, par. 5. Sui profili inerenti alla disciplina dello *jus ad bellum*, v. *infra*, capitolo III.

[172] Sul divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti vedi, fra gli altri, A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *RDI*, 1993, LXXVI, 4, p. 979 ss.; ID., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 3, p. 463 ss.; W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*[4], Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 36 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*[2], Torino, Giappichelli, 2006, p. 178 ss. e p. 360 ss.; R. KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains et degradants*, in *RUDH*, 2003, XV, 10, p. 254 ss.; P. SAND, *Torture*, in *Justice for Crimes Against Humanity*, a cura di M. Lattimer, Oxford, Hart, 2003, p. 163 ss.; E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of* jus cogens *and its Implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004, XV, 1, p. 97 ss.; B. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: l'espulsione di presunti terroristi*, in *DUDI*, 2008, 3, p. 627 ss.; A. SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della* war on terror*: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?*, in *DUDI*, 2009, 1, p. 5 ss.; C. NANNINI, *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *RDI*, 2009, XCII, 3, p. 807 ss. Sull'indiscusso carattere assoluto della proibizione della tortura v., fra gli altri, Corte EDU, *Aksoy (Aksoy v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 21987/93), 18 dicembre 1996, par. 62; Corte EDU, *Elci (Elci and Others v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction)*, (ricc. nn. 23145/93 e 25091/94), 13 novembre 2003, par. 632. Vedi poi l'art. 7, par. 1 del *General Comment n. 7: Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, adottato dal Comitato dei diritti dell'uomo il 30 maggio 1982.

[173] Cfr. l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966 e l'art. 5 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 22 novembre 1969.

political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture'[174].

Vi sono tuttavia delle ipotesi in cui l'esclusione convenzionale dell'invocabilità dello stato di necessità risulta di più difficile determinazione. Si tratta dunque di capire se e in quale misura l'invocabilità dell'esimente della necessità propria del diritto internazionale generale possa essere limitata da norme convenzionali nell'ambito di particolari sistemi normativi, atteso che nelle previsioni pattizie in questione si individuano per lo più regole primarie in grado di condizionare il contenuto delle regole sostanziali[175].

Nulla quaestio, evidentemente, nell'ipotesi in cui, come spesso avviene, la disciplina convenzionale si limiti a riprodurre, in uno specifico settore, l'omologa norma consuetudinaria. Un esempio si può trovare nella Convenzione di Bruxelles del 29 novembre 1969 sull'intervento in alto mare nel caso di incidente che possa comportare un inquinamento da idrocarburi[176]. La citata convenzione assume tale peculiare situazione di necessità quale titolo giuridico d'intervento degli Stati rivieraschi a difesa degli interessi delle loro popolazioni contro le gravi conseguenze di un incidente in mare di tal genere, che comporti un rischio di inquinamento del mare e del litorale. In presenza di tale situazione diviene legittima, in alto mare, l'adozione di misure eccezionali, rispettose dei principi di necessità e di proporzionalità, che non sembrano oltrepassare i limiti previsti dal diritto internazionale generale[177]. A prescindere da tali contesti particolari, in cui disciplina consuetudinaria e regola convenzionale vengono sostanzialmente a coincidere, l'ipotesi prevalente nella prassi è quella di una regola inserita in un accordo internazionale, che prevede la facoltà per lo Stato di riferirsi a circostanze eccezionali entro condizioni e limiti non pienamente corrispondenti a quanto previsto dal diritto consuetudinario[178]. Alla luce di questa prassi sembra difficile sostenere, in generale, che l'esimente consuetudinaria della necessità rifletta una regola insopprimibile dell'ordinamento internazionale che trova le proprie condizioni di applicabilità

[174] Cfr. *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, New York, 10 dicembre 1984, in *UNTS*, vol. 1465, p. 85 ss.
[175] Così T. GAZZINI, G.W. WERNER, I.F. DEKKER, *Necessity across International Law: an Introduction*, cit., p. 8. Sulla questione v. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 3.
[176] Cfr. il testo in *RDI*, 1972, LV, p. 184 ss. e in *UNTS*, vol. 970, p. 211 ss. La Convenzione è entrata in vigore per un primo gruppo di Stati il 6 maggio 1975 e per l'Italia il 28 maggio 1979. Cfr. altresì *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 10 dicembre 1982, art. 221.
[177] P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 250 ss., p. 253.
[178] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 432.

nel solo diritto internazionale generale[179]. Specifici trattati, infatti, ben possono limitare in virtù di specifiche norme primarie la possibilità degli Stati di riferirsi a circostanze eccezionali, limitando cioè la portata degli obblighi assunti.

In simili ipotesi, in assenza di precise indicazioni testuali, spetta all'interprete verificare, caso per caso, la possibilità e l'opportunità di applicare la norma consuetudinaria relativa allo stato di necessità nel quadro dello specifico sistema pattizio in considerazione. Le clausole pattizie di tal specie vanno infatti interpretate secondo il senso ordinario da attribuire ai termini impiegati nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato in cui esse sono inserite[180]. Resta comunque possibile un riferimento al diritto internazionale generale ai fini dell'interpretazione di tali clausole, come ammesso dall'art. 31, par. 3, lett. *c*) della Convenzione di Vienna del 1969.

Gli esempi più rilevanti in tal senso sono rinvenibili in alcuni sistemi convenzionali nell'ambito dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID)[181] e nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)[182].

Tali sistemi pattizi regolano in modo specifico la disciplina di particolari situazioni di pericolo eccezionale per lo Stato non perfettamente corrispondenti alla previsione relativa all'esimente generale[183]. Alcuni esempi, nell'ambito del sistema dell'OMC, si trovano nella

[179] Così P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 140. Sul punto v. P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 410 ss., p. 432 ss.

[180] Cfr. l'art. 31, par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati le cui disposizioni in materia di interpretazione, come più volte affermato dalla Corte internazionale di giustizia, esprimono norme di diritto internazionale generale: v. ICJ, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, 3 febbraio 1994, in *ICJ Reports*, 1994, p. 6 ss., par. 41; *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), (Preliminary Objections)*, 12 dicembre 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 803 ss., par. 23.

[181] Per un'analisi della necessità nel contesto del diritto internazionale degli investimenti v. A. REINISCH, *Necessity in Investment Arbitration*, in *Netherlands YIL*, 2010, p. 137 ss., p. 148 ss.; J. ALVAREZ e K. KHAMSI, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: a Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, in *YILP*, 2009, I, p. 379 ss.; C. BINDER, *Changed Circumstances in International Investment Law: Interfaces between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis*, in *International Investment Law in the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, a cura di C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 608 ss.; A.K. BJORKLUND, *Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: the State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di P.T. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 495 ss.; A. REINISCH, *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: the Threat of Fragmentation vs the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration*, in *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, a cura di I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittichreign, Leiden, Nijhoff, 2008, p. 107 ss.; M. WAIBEL, *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E*, in *Leiden JIL*, 2007, XX, p. 637 ss.

[182] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 432.

[183] G. SCALESE, *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Napoli, Scientifica, 2004, p. 88.

possibilità di deroga prevista dall'art. XXI dell'Accordo GATT[184], dall'art. 5 dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo SPS) oppure, ancora, dall'art. 31 dell'*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) promosso dall'Organizzazione Mondiale del Commercio[185].

Dall'esame della prassi recente relativa ai sistemi dell'ICSID e dell'OMC è possibile desumere qualche indicazione generale. La giurisprudenza arbitrale nell'ambito ICSID ha infatti finora raggiunto le proprie conclusioni in tema di stato di necessità economica attraverso una interpretazione coordinata del diritto internazionale generale e delle clausole di deroga contenute nei tratttati bilaterali di investimento applicabili alle controversie in questione[186], oppure trovando conferma nell'art. 25 del Progetto ai ragionamenti svolti in relazione alle norme di natura pattizia[187]. Nella recente decisione resa nel caso *CMS Gas Transmission Company*[188] si è poi precisato che l'assenza di una esatta corrispondenza fra la regola consuetudinaria relativa allo stato di necessità e le disposizioni derogatorie contenute nei trattati bilaterali di investimento non esclude la possibilità '*to decide whether they were both applicable in the (…) case*'[189].

---

[184] L'art. XXI del GATT dispone: '*Nothing in this Agreement shall be construed (…) (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests (…)*'. V. *General Agreement on Tariffs and Trade*, 30 ottobre 1947, in *UNTS*, vol. 55, p. 194 ss. Su tali aspetti v. M. MONTINI, *La necessità ambientale e le sue diverse funzioni nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 174 ss.

[185] Su di esse, in particolare, v. P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 321 ss.

[186] Cfr. la decisione resa nel caso ICSID, *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP* (*Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. Argentine*), 4 giugno 2007, ICSID case n. ARB/01/3, par. 334. Il Tribunale arbitrale effettuava un'interpretazione sistematica delle clausole convenzionali di deroga alle norme del trattato bilaterale di investimento (l'art. XI del trattato BIT concluso fra Stati Uniti e Argentina il 14 novembre 1991 concernente la deroga alle disposizioni convenzionali prevede: '*this treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests*') e dell'art. 25 del Progetto della Commissione. Concludeva poi riconoscendo alla clausola di deroga del BIT la natura di mera specificazione della norma consuetudinaria e non quella di *lex specialis* rispetto ad essa. Dal momento che la clausola pattizia non indica con precisione le condizioni alle quali è sottoposta la sua applicazione, il Tribunale ritiene che si debba ricorrere alla norma consuetudinaria ai fini della sua interpretazione.

[187] Cfr. ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, cit., parr. 206, 245 e 256.

[188] ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, case n. ARB/01/8, 12 maggio 2005, par. 315.

[189] Si veda il par. 131 della decisione del 25 settembre 2007 del Comitato *ad hoc*, istituito in conformità all'art. 52 della Convenzione di Washington, par. 131. La decisione annullava parzialmente il lodo del 12 maggio 2005 reso nel caso *CMS Gas Transmission Company*. Il Comitato accoglieva così la richiesta dell'Argentina con riferimento alla c.d. *umbrella clause* ma rigettava quella fondata sulla clausola di deroga del trattato. Sulla decisione v. M.F. ORZAN, *Il caso* CMS Gas Transmission Company *e lo stato di necessità economica nel diritto internazionale*, in *DCI*, 2007, I, p. 251 ss.; T. CHRISTAKIS, *Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du comité* ad hoc *dans l'affaire* CMS c. Argentine, in *RGDIP*, 2007, CXI, 4, p. 879 ss., p. 889; M. WAIBEL, *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration:* CMS *and*

Nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio è difficile si verifichi in concreto un simile riferimento al diritto internazionale generale. Ciò in quanto le condizioni di invocabilità dell'esimente consuetudinaria sono, in linea di principio, decisamente più rigorose di quelle che nel sistema dell'OMC consentono di derogare specifici obblighi pattizi ivi sanciti[190]. Ad ogni modo, la questione del coordinamento fra diritto generale e diritto dell'OMC è venuta in rilievo nella nota questione dell'accesso, da parte di alcuni Stati membri in via di sviluppo e *least developed*, ai farmaci essenziali per la cura di malattie endemiche per le rispettive popolazioni, in violazione dei diritti di proprietà intellettuale delle aziende farmaceutiche produttrici dei farmaci in questione garantiti dall'applicazione dell'accordo TRIPS. In particolare nel contesto della grave e conclamata emergenza sanitaria collegata all'HIV, il sistema di deroghe previsto dall'accordo TRIPS (art. 31, lett. *f*)), si è dimostrato inadeguato, perché troppo restrittivo, a permettere soluzioni idonee a far fronte all'emergenza. In simili circostanze, prima che intervenisse la modifica dell'accordo[191], l'eventuale violazione dei diritti di brevetto tramite la produzione di farmaci con il meccanismo delle licenze obbligatorie al fine di rifornire il mercato interno, secondo quanto previsto dall'accordo, e altresì per l'esportazione verso gli Stati in emergenza sanitaria nazionale[192], poteva essere valutata alla luce dell'esimente generale. In un simile contesto l'esimente consuetudinaria dello stato di necessità potrebbe dunque svolgere una funzione integratrice delle specifiche previsioni pattizie delineate negli strumenti convenzionali pertinenti.

LG&E, cit., p. 637 ss. Per la tesi dell'applicazione congiunta delle norme convenzionali rilevanti e della norma consuetudinaria in tema di stato di necessità si veda M. VALENTI, *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte*, in *RDI*, 2008, XCI, 1, p. 114 ss., p. 125. In dottrina è emerso qualche dubbio circa l'adeguatezza di tali tribunali arbitrali di fronte a questioni di ampio respiro relative all'applicazione del diritto internazionale generale. Fra i primi commenti v. A.K. BJORKLUND, *Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: the State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness*, cit., p. 495 ss.; M.F. ORZAN, *Il caso* CMS Gas Transmission Company *e lo stato di necessità economica nel diritto internazionale*, cit., p. 251 ss.; A. REINISCH, *Necessity in International Investment Arbitration - an Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Case? Comment on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentine*, in *JWI&T*, 2007, VIII, 2, p. 191 ss.

[190] Per un approfondimento della questione v. H. RUIZ-FABRI, *La nécessité devant le juge de l'OMC*, cit., pp. 199-200.

[191] Una deroga provvisoria all'accordo TRIPS venne prevista nella decisione del Consiglio generale dell'OMC del 30 agosto 2003 e, in seguito, con la decisione del 6 dicembre 2005, è stato proposto un emendamento all'accordo in questione nell'art. 31-*bis*. Non è tuttavia esclusa la possibilità di un riferimento ulteriore all'esimente generale dello stato di necessità in sede di interpretazione del nuovo art. 31-*bis*. In relazione a tali questioni v., fra gli altri, H. HESTERMEYER, *Human Rights and the WTO: the Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

[192] Vedi in proposito P. ACCONCI, *L'accesso ai farmaci essenziali. Dall'accordo TRIPS alla Dichiarazione della quarta Conferenza ministeriale di Doha*, in *CI*, 2001, LVI, 4, p. 637 ss., p. 637; L. ZAGATO, *Nuovo ruolo di alcune clausole di salvaguardia dopo l'11 settembre*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, Scientifica, 2004, p. 2323 ss. Per gli sviluppi relativi alla controversa vicenda v. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., pp. 142-143.

Nonostante la previsione di specifiche clausole derogatorie previste in relazione a situazioni di carattere eccezionale, l'esimente generale potrebbe comunque venire in gioco al fine di tutelare interessi statali posti a protezione di valori universali[193].

Simili regimi convenzionali non sono infatti assorbenti di ogni aspetto della necessità e, in quanto tali, non sembrano idonei a precludere l'invocazione dell'esimente generale dello stato di necessità in ipotesi di lacune nella disciplina pattizia. Pertanto, nei sistemi normativi ora considerati non si può impedire che operi l'esimente della necessità propria del diritto internazionale generale. In altre parole, i limiti convenzionali che delineano tali sistemi pattizi vanno in ogni caso coordinati con l'esimente generale dello stato di necessità[194].

Quanto ora affermato in relazione ai sistemi convenzionali nell'ambito dell'ICSID e dell'OMC non trova tuttavia una corrispondenza in relazione ai trattati relativi alla tutela dei diritti dell'uomo e di diritto internazionale umanitario, in virtù dei valori sottesi alle regole relative ai diritti ivi sanciti.

6.1. *Le clausole di deroga in situazioni di emergenza nei principali trattati internazionali a tutela dei diritti umani e il loro rapporto con lo stato di necessità.*

a. *Le deroghe ammesse nei trattati relativi ai diritti dell'uomo.*

L'indagine tesa a valutare la possibilità di una esclusione convenzionale del riferimento all'esimente generale dello stato di necessità non può prescindere dall'esame degli strumenti internazionali sui diritti dell'uomo. Ciò discende *in primis* dalle peculiari caratteristiche dei diritti sanciti in tali strumenti pattizi.

Com'è noto, i principali strumenti convenzionali a tutela dei diritti umani contengono una clausola di deroga tesa a disciplinare l'esercizio della facoltà dei governi di *sospendere* il godimento di alcuni diritti garantiti dall'ordinamento internazionale[195] ove ricorrano talune

[193] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., pp. 440-441.
[194] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 141.
[195] Cfr. ad esempio, l'art. 15, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 4, par. 1 del Patto sui diritti civili e politici e l'art. 27, par. 1 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo. Tali clausole costituiscono una varietà delle clausole di salvaguardia idonee a '*suspendre temporairement ou définitivement, soit l'ensemble des obligations assumés, soit, le plus souvent, certaines d'entre elles seulement, ou bien encore de rendre applicable un système alternatif d'obligations moins contraignant que celui qui s'applique normalement, lorsque se présentent certaines circonstances plus ou moins précisément définies qui justifient le*

situazioni gravi ed eccezionali[196]. Dall'analisi di simili strumenti alla luce dei principi generali di diritto internazionale emerge chiaramente che essi non rappresentano un'anomalia del sistema[197], ma riflettono piuttosto le posizioni relative al ruolo dell'individuo nel diritto internazionale, nonché i timori dei governi sulle conseguenze degli impegni vincolanti assunti in materia di protezione internazionale dei diritti umani[198]. È evidente che tale facoltà, stemperando la rigidità degli obblighi assunti, è in grado di incentivare la partecipazione di Stati altrimenti restii ad assumere obblighi eccessivamente stringenti. Le clausole di deroga sono dunque espressione della costante tensione fra libertà individuali e le necessità della società internazionale nel suo insieme, nel tentativo di individuare il punto di equilibrio fra le esigenze di tutela dell'interesse generale e l'irrinunciabile salvaguardia dei diritti umani[199]. La sospensione di talune garanzie individuali in materia di diritti umani in situazioni di emergenza è inevitabile: esigenze di realismo e di opportunità hanno portato a disciplinare una simile possibilità in questi trattati[200].

Le circostanze che giustificano la deroga vengono qualificate diversamente nei diversi strumenti internazionali che fanno riferimento ad una '*public emergency which threatens the life of the nation*', come nel Patto internazionale sui diritti civili e politici[201] (art. 4, par. 1)[202];

---

recours à cette possibilité': v. in tal senso M. VIRALLY, *Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités*, in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Quatrième Colloque du département des droits de l'homme*, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 7 ss., pp. 14-15. Sui termini della questione v. *supra*, capitolo I, par. 6.

[196] V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, cit., p. 65.

[197] Cfr. R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, in *BYIL*, 1977-1978, XLVIII, p. 281 ss.; J.F. HARTMAN, *Derogations from Human Rights Treaties*, in *HILJ*, 1981, XXII, p. 1 ss.; O.M. GARIBALDI, *General Limitations on Human Rights: the Principe of Legality*, in *HILJ*, 1976, XVII, p. 503 ss.; D. O'DONNELL, *States of Exception*, in *International Commission of Jurists*, Geneva, Cedar Press, 1978, XXI, p. 52 ss.; S.P. MARKS, *Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations: under Development, Catastrophes and Armed Conflicts*, in *International Dimension of Human Rights*, a cura di K. Vasak, Westport, Greenwood Press, 1984, p. 177 ss.; Y.K. TYAGI, *The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties*, in *BYIL*, 2001, LXXI, p. 181 ss.

[198] Sul punto v. M.K. SINHA, *Respect of Human Rights in Time of State of Emergency: International and National Perspectives*, in *Indian JIL*, 2007, XLVII, 2, p. 225 ss., p. 227.

[199] G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, cit., p. 752 ss., p. 753; M.K. SINHA, *Respect of Human Rights in Time of State of Emergency: International and National Perspectives*, cit., p. 227. V. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 3.

[200] M.K. SINHA, *Respect of Human Rights in Time of State of Emergency: International and National Perspectives*, cit., p. 227.

[201] *International Covenant on Civil and Political Rights*, UN GA Resolution, n. 2200 A (XXI), 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976, UN Doc. A/RES/2200 (XXI) C.

[202] L'art. 4, par. 1 dispone: '*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*'. V. in

a una situazione di '*war or other public emergency threatening the life of the nation*', nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950[203] (art. 15, par. 1)[204]; di '*war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party*' secondo la definizione più ampia della Convenzione americana dei diritti dell'uomo (art. 27, par. 1)[205].

Le circostanze che possono giustificare una deroga nell'ambito dei trattati a tutela dei diritti umani, pur diverse fra loro, rivelano una caratteristica comune: fotografano tutte situazioni idonee a rendere eccessivamente difficile, se non impossibile, l'integrale osservanza degli obblighi convenzionali. Imporre il loro rispetto anche in presenza di simili situazioni vorrebbe dire lasciare la possibilità allo Stato di decidere discrezionalmente come affrontarle e, di conseguenza, esporre il trattato a frequenti violazioni[206].

Così, la funzione delle clausole di deroga nel contesto dei trattati relativi alla tutela dei diritti dell'uomo è quella di indicare agli Stati i principi cui conformarsi per conciliare gli interessi contrapposti della sicurezza nazionale e dei diritti dell'uomo in periodi di minacce

---

generale M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights*[2], CCPR Commentary, Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 2005, p. 72 ss.; E. LUARD, *The International Protection of Human Rights*, London, Thames and Hudson, 1967; P. SIEGHART, *The International Law on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1967. Per un approfondimento relativo alla storia, il funzionamento e l'interpretazione della disposizione in questione v. R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, cit., p. 281 ss. e J.F. HARTMAN, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, in *Harvard ILJ*, 1981, XXII, 1, p. 1 ss.

[203] *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Roma, 4 novembre 1950, in *UNTS*, vol. 213, p. 221 ss.

[204] L'art. 15, par. 1 dispone: '*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 this 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*'. Sulla questione vedi, in generale, P. DUFFY, *Note sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Droits intangibles et etats d'éxception*, a cura di D. Premont, C. Stenersen, I. Orserdczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 193 ss.; L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Commentaire, Paris, Economica, 1999, p. 489 ss.; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRIC, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburg, 1995, p. 489 ss.; P. VAN DIJK e G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*[3], Deventer, Boston, Kluwer, 1998, p. 730 ss.; L.J. CLEMENTS, *European Human Rights - Taking a Case under the Convention*, London, Sweet & Maxwell, 1994.

[205] L'art. 27, par. 1 dispone: '*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 Covenant 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, colour, sex, language, religion or social origin*'. Cfr. *American Convention on Human Rights*, Costa Rica, in vigore dal 18 luglio 1978, in *UNTS*, vol. 123. Vedi in generale, T. BUERGENTHAL, R. NORRIS, D. SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas: Selected Problems*[4], Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 1995; A. CANÇADO TRINIDADE, *Co-Existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, in *Recueil*, 1987-II, vol. 202, p. 9 ss.

[206] G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., pp. 753-754.

eccezionali per la vita della nazione accordando allo strumento una certa elasticità[207]. La sospensione temporanea di alcuni diritti garantiti talora consentita riflette proprio l'esigenza di preservare il rispetto generale degli stessi assicurando che le misure adottate dallo Stato non incidano che limitatamente sulla loro garanzia[208]. Di conseguenza, tale sospensione esprime una finalità garantista, limitando, sul piano internazionale, gli stati di emergenza interni rilevanti ad un nucleo ristretto, sottoposto a specifici meccanismi di controllo convenzionali[209].

La limitata sospensione di taluni diritti è tuttavia solo uno degli strumenti che consentono di modulare la tutela dei diritti umani: le norme in materia di deroghe si aggiungono infatti alle clausole limitative previste nei trattati a tutela dei diritti umani in relazione a specifici diritti, sulla base delle quali, in circostanze caratterizzate da minor gravità o urgenza, in ossequio al principio di proporzionalità, lo Stato potrà temporaneamente comprimere determinati diritti garantiti[210].

Limitazioni e deroghe esprimono dunque due diverse tecniche di bilanciamento fra la garanzia di diritti individuali e le esigenze complessive della società o di altri individui[211]. Pur con una certa approssimazione, nelle prime si individuano le limitazioni al godimento di singoli diritti che possono essere adottate in presenza di determinate ragioni di interesse pubblico e nel rispetto di specifiche condizioni[212]. I principali strumenti internazionali sui diritti umani riconoscono la possibilità di simili limitazioni attraverso la previsione di una disposizione di portata generale[213] o con riferimento a singoli diritti in relazione ai quali è

[207] R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 9-10.
[208] Cfr. *Rapport de la réunion d'experts sur les droits non susceptibles de dérogations dans les états ou situations d'exception*, cit., p. 4.
[209] Cfr. V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, cit., p. 3.
[210] G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., p. 754. Sulle limitazioni previste nel contesto europeo v. J. MORRISON, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, The Hague, Nijhoff, 1981 e M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, cit., p. 281 ss., p. 286 ss. Sulle limitazioni o restrizioni vedi poi V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, cit., pp. 4-9. V. *infra*, par. 6.1.f.
[211] Così R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, cit., p. 281 ss.
[212] In tal senso v. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, cit., p. 955.
[213] Così l'art. 29, par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo secondo cui: '*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*'. La formula è poi ripresa dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali il cui art. 4 prevede: '*in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations*

riconosiuta la possibilità per lo Stato di restringerne il godimento. Tali norme presentano una struttura sostanzialmente simile: nel primo paragrafo si enuncia il diritto garantito per poi precisare le condizioni di eventuali restrizioni nel secondo.

Nella definizione di simili condizioni i vari strumenti internazionali adottano talvolta il medesimo approccio. Così, ad esempio, per la libertà religiosa, di espressione, di riunione e di associazione, le tecniche impiegate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal Patto sui diritti civili e politici sono comparabili: le restrizioni devono essere previste dalla legge ed essere necessarie per raggiungere uno degli scopi di interesse pubblico indicati nelle rispettive norme nonché tali da potersi considerare necessarie in una società democratica. In altri casi la via seguita nei due strumenti è diversa. Così, in alcune disposizioni del Patto si ammette la limitazione delle libertà ivi previste, purché operata in modo non arbitrario, laddove le corrispondenti disposizioni della Convenzione indicano con precisione e in modo esaustivo i motivi che possono giustificare l'ingerenza statale[214]. La portata delle restrizioni ammesse può di conseguenza variare a seconda della formulazione adottata dall'uno o dall'altro strumento internazionale.

Ad ogni modo, sia le condizioni del ricorso alle clausole di deroga ammesse negli strumenti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo sia quelle previste per l'operatività delle clausole limitative sono interpretate in senso piuttosto restrittivo dai rispettivi organi di controllo[215]: proprio nelle circostanze previste per la loro applicazione, infatti, i diritti fondamentali della persona sono più facilmente esposti a violazioni[216].

---

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'.

[214] Per un'ampia disamina della questione v. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, cit., p. 956 ss.

[215] Così, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur riconoscendo un certo margine di apprezzamento dello Stato parte, ha sempre vigilato affinché fosse operata un'applicazione restrittiva delle clausole limitative presenti in varie disposizioni della Convenzione: v. Corte EDU, *Funke (Funke v. France), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 10828), 25 febbraio 1993, par. 55; Corte EDU, *Socialist Party (Socialist Party and others v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 21237/93), 25 maggio 1998, par. 50. Cfr. S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Council of Europe, 1997, p. 24.

[216] In tal senso v., fra gli altri, E. DAVID, *Principes du droit des conflits armés*, cit., p. 77; R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, cit., p. 127; P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 244.

b. *Condizioni e restrizioni relative alle clausole di deroga.*

Dall'esame delle condizioni e restrizioni relative alle clausole di deroga emerge la forte somiglianza fra i requisiti che devono essere integrati al fine di potersi avvalere di tali clausole e quelli concernenti la disciplina consuetudinaria relativa all'esimente dello stato di necessità nell'ambito della responsabilità degli Stati in grado, come ampiamente detto, di esimere lo Stato dalla responsabilità internazionale in ipotesi di violazione del diritto internazionale conseguente ad un grave ed imminente pericolo che minacci interessi essenziali dello stesso e tale da non permettere l'adozione di altre misure adeguate[217].

I principali strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, ossia il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione americana dei diritti dell'uomo subordinano la possibilità di deroga ad alcune condizioni generali comuni. Le circostanze invocate per giustificare le misure eccezionali devono essere gravi e minacciare in modo imminente l'esistenza della nazione; le specifiche misure adottate per far fronte alle circostanze eccezionali non possono superare gli stretti limiti necessari per far fronte alla situazione e, infine, tali misure non devono essere foriere di discriminazioni[218].

La clausola generale prevista all'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[219], in particolare, ha costituito il modello per le analoghe disposizioni contenute in altri strumenti internazionali. Ad essa si farà quindi riferimento nelle pagine che seguono avendo cura di segnalare di volta in volta le eventuali peculiarità delle corrispondenti clausole altrove previste.

---

[217] J.F. HARTMAN, *Derogations from Human Rights Treaties*, cit., p. 13. V. *supra*, capitolo I, par. 5.

[218] Il divieto di discriminazione, indicato come limite di ordine generale all'esercizio del potere di deroga sia nel Patto internazionale sui diritti civili e politici sia nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo, non è tuttavia espressamente menzionato nell'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[219] L'art. 15, rubricato '*Derogation in time of emergency*', dispone: '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 this 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.* 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 therefor. 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*'. Sull'art. 15 in generale v., fra gli altri, P. DIJK e Y. ARAI-TAKAHASHI, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*[4], Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 548 ss.; D.J. HARRIS, *Law of the European Convention on Human Rights*[2], Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 489 ss.

La disposizione in questione consente agli Stati parti, nelle ipotesi di cui si è detto, nel rispetto di alcune precise condizioni procedurali, di adottare misure di deroga ad alcuni diritti protetti, nella misura in cui una simile sospensione sia necessaria per far fronte alla specifica situazione e non sia incompatibile con altri obblighi internazionali dello Stato[220].

Se lo Stato può sospendere il godimento e l'esercizio dei diritti dell'uomo in caso di guerra o di pericolo pubblico eccezionale che minaccia la vita della nazione[221], esso non dispone comunque di un potere arbitrario in materia. La Commissione europea dei diritti dell'uomo ha stabilito infatti che la legittimità del ricorso alla facoltà di deroga sussiste solo in ipotesi di pericolo pubblico attuale, o comunque imminente e concreto, che minacci l'insieme della popolazione dello Stato, ovvero la vita organizzata della nazione[222]. Il pericolo in questione deve essere poi eccezionale: le misure o restrizioni ordinarie, autorizzate dalla Convenzione per assicurare la sicurezza, la salute e l'ordine pubblico, devono dunque risultare manifestamente insufficienti a tal fine[223]. La facoltà di deroga, anche quando legittimamente esercitata, deve quindi soddisfare il requisito della proporzionalità fra le misure adottate e la gravità della situazione[224]. L'onere di dimostrare il rispetto di tale requisito grava sul governo che adotta misure di deroga al godimento dei diritti umani. Inoltre, se le misure si dimostrano inefficaci, esse non possono essere ritenute necessarie e vanno, quindi, immediatamente ritirate o modificate. Di conseguenza sussiste un vero e proprio obbligo implicito a carico dei

[220] Sul punto, fra gli altri, M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 287; G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., p. 753; cfr. l'art. 4, par. 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

[221] Gli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si occuparono della clausola di deroga prevista all'art. 15 della Convenzione per la prima volta nel caso *Lawless (Lawless v. Ireland) (n. 3), (Merits)*, (ric. n. 332/57), 1° luglio 1961. La Commissione europea dei diritti dell'uomo ritenne che fosse necessaria l'esistenza di '*an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed*': cfr. il rapporto della Commissione, 19 dicembre 1959, Ser. B, n. 1, par. 90. La sentenza della Corte europea confermò tale impostazione: cfr. Corte EDU, *Lawless*, cit., par. 28.

[222] In relazione alle caratteristiche della deroga nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici v., *amplius*, M. NOVAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel, 1993, pp. 78-79.

[223] Commissione EDU, *Affaire grecque, (Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v. Greece), (Admissibility)*, (ricc. nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3324/67), 24 gennaio 1968, par. 153.

[224] In tale concetto è compreso anche il principio della durata: l'esercizio del diritto di deroga deve essere rigorosamente limitato alla durata del pericolo eccezionale. Tale circostanza, espressamente prevista nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo, è implicitamente riconosciuta nelle clausole di deroga altrove previste. Così, ad esempio, il Comitato dei diritti dell'uomo istituito nell'ambito del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici ha più volte condannato la tendenza di alcuni regimi autoritari di imporre uno stato di emergenza 'permanente' realizzato attraverso la perdurante vigenza di legislazioni di emergenza: cfr. in tal senso i commenti conclusivi sui rapporti di Siria (CCPR/C/SYR/2000/2, 5 aprile 2001, par. 6) ed Egitto (CCPR/CO/76/EGY, 28 novembre 2002, par. 6). Cfr. poi l'art. 4, par. 2 del *General Comment n. 29: states of emergency*, adottato il 24 luglio 2001, in CCPR/C21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001.

governi di verifica e revisione costante delle misure di emergenza adottate; tale obbligo, come affermato nel caso *Brannigan and McBride*[225], non solo è conforme agli obblighi procedurali previsti dall'art. 15, par. 3 della Convenzione europea, ma è altresì implicito nella nozione stessa di proporzionalità[226].

In relazione a tali deroghe la prassi mostra che il margine di discrezionalità riservato agli Stati in relazione alla sicurezza nazionale è piuttosto elevato; così, ad esempio, la Corte europea riconosce agli Stati parti un notevole margine di apprezzamento nell'individuazione delle misure più idonee a fronteggiare la situazione[227]. L'esercizio del margine di apprezzamento è comunque sottoposto alla supervisione della Corte[228] che, pur non sostituendo la propria valutazione a quella dello Stato in relazione alle misure adottate, ne verifica la corrispondenza alle condizioni convenzionalmente imposte[229], riservandosi peraltro il controllo in merito alla ragionevolezza delle valutazioni svolte dagli Stati e al rispetto del principio di proporzionalità[230]. I richiami agli Stati che non prestano adeguata attenzione al principio di proporzionalità sono frequenti soprattutto nella prassi del Comitato dei diritti

[225] Corte EDU, *Brannigan (Brannigan and McBride v. United Kingdom), (Merits)*, (ricc. nn. 14553/89 e 14554/89), 26 maggio 1993, par. 54. Per un esempio di revisione a seguito di una nuova valutazione della situazone si veda la comunicazione del governo turco al Segretario generale del Consiglio d'Europa del 12 maggio 1992, riprodotta nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sakik (Sakik and others v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 23878/94), 26 novembre 1997, par. 27.

[226] G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., p. 756. Sulla nozione di proporzionalità in tale contesto v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, cit., p. 42 ss.

[227] Cfr. Corte EDU, *Ireland v. The United Kingdom, (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 5310/71), 18 gennaio 1978, par. 207: '*Il incombe d'abord à chaque Etat contractant, responsable de 'la vie de (sa) nation', de déterminer si un 'danger public' la menace (...). En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se pronuncer sur la présence de pareil danger (...). L'article 15, par. 1, leur laisse en la matière une large marge d'appréciation*'. Per una disamina approfondita della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito della Convenzione europea v., fra gli altri, O. GROSS e F. NÌ AOLÀIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *HRQ*, 2001, XXIII, p. 525 ss.

[228] V., ad esempio, Corte EDU, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, cit., par. 47.

[229] Nel caso *Ireland v. The United Kingdom*, cit., par. 214, si è precisato che '*(La Cour) doit se borner à controller la régularité, au regard de la Convention, des mesures adoptées (par le gouvernment). Pour ce faire, il lui faut statuer à la lumière non d'un examen purement rétrospectif de l'efficacité des dites mesures, mais des conditions et circonstances dans lesquelles elles ont été prises à l'origine et appliquées par la suite*'. La portata dell'esame svolto dagli organi incaricati di vegliare sull'applicazione della Convenzione non è sempre la medesima. Essa può variare a seconda dell'esame circa il diverso grado di rispetto delle garanzie democratiche garantite dal governo in questione (cfr. Corte EDU, *Affaire grecque*, cit., par. 153). Il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato può inoltre differire in funzione del diritto che viene in gioco e delle specifiche circostanze del caso. La Corte ha infatti attribuito '*le poids qui convient à des facteures tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont crée*'. Cfr. Corte EDU, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, cit., par. 43.

[230] Cfr., fra le altre, Corte EDU, *Ireland v. The United Kingdom*, cit., par. 207.

dell'uomo[231]; in più occasioni esso ha ribadito che la gravità della situazione non legittima da sola ogni misura derogatoria laddove lo Stato non dimostri l'impossibilità di far fronte alla situazione concreta con l'adozione di misure meno severe[232].

Il legittimo ricorso alla clausola di deroga, inoltre, come si è detto, è subordinato al rispetto di alcune condizioni formali o procedurali[233] (informare il Segretario generale delle Nazioni Unite, dell'organizzazione degli Stati americani o del Consiglio d'Europa a seconda dei casi, il quale provvede poi ad informare gli altri Stati parti)[234]. Sul rispetto delle sucitate condizioni vigilano gli organi di controllo a ciò preposti nell'ambito del sistema convenzionale di riferimento.

Infine, lo Stato non può pretendere di derogare agli obblighi in materia di diritti umani in conseguenza di uno stato di emergenza dallo stesso creato o al quale abbia in qualche modo contribuito[235].

c. *L'obbligo del rispetto del diritto internazionale umanitario.*

Le disposizioni convenzionali in materia prevedono, fra l'altro, lo specifico obbligo per gli Stati contraenti di non adottare misure di deroga confliggenti con altri obblighi di diritto

[231] Così, ad esempio, il Comitato dei diritti umani nel caso *Landinelli Silva v. Uruguay*, comunicazione n. 34/1978, 8 aprile 1981, riteneva incompatibile con il Patto la privazione dei diritti politici imposta per 15 anni a tutti coloro che alle precedenti elezioni si erano candidati in un partito di opposizione in quanto irragionevole e sproporzionata anche in circostanze di emergenza. V. poi i commenti conclusivi su Israele (CCPR/C/79/Add.93, 18 agosto 1998, par. 11), Croazia (CCPR/C/HRV/99/1, 4 aprile 2001, par. 9) e Azerbaijan (CCPR/CO/73/AZE, 12 novembre 2001, par. 8).

[232] Cfr. in tal senso il commento conclusivo sulla Gran Bretagna: CCPR/C/UK/99/519, 29 ottobre 2001. Sulla questione v. poi I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, cit., p. 979.

[233] M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 287.

[234] Circa le condizioni procedurali da rispettare in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo vedi per tutti, P. DUFFY, *Note sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 198-199.

[235] L'esistenza nel diritto internazionale generale di tale principio è riconosciuta nelle vicende collegate alla pretesa del governo greco, all'epoca del c.d. 'regime dei colonnelli', di avvalersi della deroga prevista dalla Convenzione europea. In tale vicenda, sia la Commissione europea dei diritti dell'uomo, alla luce dell'art. 15, sia gli organi dell'OIL, in assenza di una clausola di deroga e, quindi, alla luce del diritto internazionale generale, raggiunsero sul punto le stesse conclusioni giungendo a negare che in Grecia, nel 1967, sussistesse uno stato di emergenza indipendente dal comportamento antidemocratico del governo. L'eventuale mancato rispetto degli impegni internazionali assunti nell'ambito delle due organizzazioni non era pertanto giustificabile. Sul punto v. il rapporto della Commissione del 5 novembre 1969, in *Annuaire CEDH*, vol. XII, 1969, p. 76; in dottrina v. T. BUERGENTHAL, *Proceedings against Greece under the European Convention of Human Rights*, in *AJIL*, 1968, LXII, 3, p. 441 ss.; per la vicenda in seno all'OIL si rinvia a J. ORAA, *La protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier*, in *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, Strasbourg, Council of Europe, 1997, p. 194 ss.

internazionale[236]. Le garanzie previste nelle norme convenzionali costituiscono infatti uno '*standard* minimo' di protezione dei diritti umani; di conseguenza le diverse previsioni più rigorose eventualmente sancite da altre norme di diritto internazionale cui lo Stato è vincolato devono in ogni caso essere rispettate.

Fra le disposizioni cui implicitamente l'espressione fa riferimento spiccano, per gli Stati contraenti di entrambe, la Convenzione europea (o la Convenzione americana per gli Stati di tale continente) e il Patto sui diritti civili e politici[237] nonché quelle discendenti da norme di diritto internazionale umanitario[238], specificamente concepite per regolare situazioni di guerra o di conflitto armato[239].

Com'è noto, le regole di diritto internazionale umanitario si attagliano alla regolamentazione degli specifici bisogni delle vittime dei conflitti armati[240]; in particolare, l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 che corrisponde, come riconosciuto dalla Corte internazionale di Giustizia a '*certain general and well recognized principles, namely: elementary considerations of humanity*'[241], l'art. 75 del I Protocollo

[236] Sul punto, fra gli altri, M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 287; G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., p. 753; v. l'art. 4, par. 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

[237] Con riferimento al rapporto fra le convenzioni regionali a tutela dei diritti umani - e in particolare fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici - nel caso di partecipazione di uno Stato ad entrambi, possono essere formulate considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle svolte in relazione all'applicazione del diritto internazionale umanitario in costanza dell'operatività di una clausola di deroga: v. Corte EDU, *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., parr. 67-73. Cfr. D.J. HARRIS, *Law of the European Convention on Human Rights*[2], cit., p. 489 ss.

[238] A dispetto della reciproca autonomia e delle specificità di ciascuna disciplina, diritti umani e diritto internazionale umanitario convergono in relazione all'obiettivo di tutelare la persona umana *in ogni circostanza* e si rafforzano reciprocamente nella loro azione; lo stesso Comitato Internazionale della Croce Rossa ha rilevato che, nonostante si tratti di due sistemi giuridici distinti ognuno con i propri principi e meccanismi di controllo, le Convenzioni di Ginevra e i relativi Protocolli addizionali condividono con gli strumenti internazionali sui diritti umani la medesima finalità di tutela della persona umana: v. M. PEREZ GONZALEZ, *Diritti umani e diritto umanitario: una scommessa sulla convergenza*, in *DUDI*, 2007, I, 3, p. 486 ss.

[239] Sul punto E. GREPPI, *Tutela dei dritti umani e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 774 ss.; P. DIJK e G.J.H. HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Right*[4], cit., p. 555; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE e C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 502; J. PINHEIRO FARINHA, *L'article 15 de la Convention*, in *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of General Wiarda*, a cura di Matscher e Petzold, Verlag, 1989, p. 521 ss.; I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, cit., pp. 988-991; J. ALLAIN, *Derogation from the European Convention of Human Rights in Light of 'Other Obligations under International Law*', in *EHRLR*, 2005, p. 480 ss.

[240] Ne sono esempio l'accoglienza e le cure accordate ai feriti e ai malati, le pene collettive, la distruzione di beni mobili e immobili di proprietà di privati, allo Stato o alle collettività pubbliche nell'ipotesi in cui tale distruzione non sia resa assolutamente necessaria per lo svolgimento delle operazioni militari: cfr. P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 256.

[241] Cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 215; ICJ, *Corfu Channel*, cit., p. 22.

addizionale[242] e l'art. 6 del II Protocollo addizionale fissano alcuni principi intangibili tesi ad assicurare l'equità delle procedure giudiziarie in materia penale in occasione di conflitti armati[243]. Tale sistema di protezione offre una garanzia più estesa di quella riconosciuta dal diritto internazionale dei diritti umani consistente essenzialmente nei principi di legalità e di irretroattività nell'applicazione della legge penale[244].

Tali disposizioni determinano una evidente proiezione del diritto internazionale umanitario '*at any time and in any place*', secondo il costante richiamo dei testi che integrano il *corpus* normativo ginevrino. I governi che intendano avvalersi delle clausole di deroga previste nei trattati relativi ai diritti umani non possono dunque sospendere l'applicazione delle disposizioni convenzionali previste nelle Convenzioni di Ginevra e nei Protocolli annessi[245]; esse, per loro stessa natura, restano applicabili in situazioni di conflitto armato[246]. Si rende di conseguenza necessario un esame dei profili attinenti al coordinamento fra i due sistemi normativi in virtù dell'operare delle clausole di deroga.

In passato si è spesso sostenuto che nel contesto di un conflitto armato il sistema di regole in materia di tutela dei diritti umani non troverebbe applicazione mentre si applicherebbero, a titolo di *lex specialis*, le norme di diritto internazionale umanitario[247]. Proprio nella previsione di specifiche clausole di deroga nei principali fra questi è tuttavia rinvenibile uno fra gli indici più forti circa l'applicabilità dei trattati sulla tutela dei diritti dell'uomo nel contesto di conflitti armati. Come è stato osservato in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la possibilità di derogare ai diritti in essa sanciti nell'ipotesi di un conflitto armato deflagrato è logicamente incompatibile con la tesi dell'applicazione della Convenzione stessa

[242] Cfr. il I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, 12 dicembre 1977, in vigore dal 7 dicembre 1978, in *UNTS*, vol. 1125, p. 3 ss.
[243] L'art. 6 del I Protocollo addizionale prescrive, fra l'altro, '*No sentence shall be passed and no penalty shall be executed on a person found guilty of an offence except pursuant to a conviction pronounced by a Court offering the essential guarantees of independence and impartiality*'.
[244] Sul punto v. S. VITE, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 53. In particolare, secondo la dottrina praticamente unanime e con l'unica eccezione della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, le principali garanzie giudiziarie non figurano fra i diritti intangibili enumerati dalle convenzioni relative alla protezione dei diritti dell'uomo mentre vengono riconosciute dal diritto internazionale umanitario (in senso contrario v. M. EL HOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, cit., p. 143). Sulla questione v. fra l'altro, F. SALERNO, *Sanzioni* '*individuali*' *del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara il 12 e 13 dicembre 2008, Padova, Cedam, 2010.
[245] T. BUERGENTHAL e A. KISS, *La protection internationale des droits de l'homme*, cit., p. 152.
[246] P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 247.
[247] P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *RDI*, 2007, XC, 3, p. 682 ss.

esclusivamente in tempo di pace[248]. Gli obblighi in relazione ai quali non è stata esercitata la facoltà di limitazione o deroga continuano quindi a trovare applicazione anche nel corso di un conflitto armato[249], come peraltro le regole inderogabili del diritto internazionale dei diritti umani[250]. Del resto, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mancato di far rispettare i diritti sanciti nella Convenzione stessa rispetto a situazioni che evidentemente integravano conflitti armati, anche in ipotesi in cui *non* si è fatto ricorso a deroghe. Così, ad esempio, in due sentenze rese nel 2005, la Corte, pur riconoscendo: '*the situation that existed in Chechnya at the relevant time called for exceptional measures by the State in order to regain control over the Republic and to suppress the illegal armed insurgency*'[251], ha esercitato i propri poteri di controllo, accertando che la Russia aveva violato una serie di diritti spettanti ai ricorrenti in base alla Convenzione.

A simili conclusioni giungono il Consiglio di sicurezza[252] e l'Assemblea generale delle Nazioni Unite[253] nonché la Commissione dei diritti dell'uomo e la Corte internazionale di giustizia. Quest'ultima ha più volte affermato, con particolare riferimento al Patto internazionale sui diritti civili e politici: '*the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict (...) save through the effect of provisions for derogation (…)*'[254]. Allo stesso modo, anche se formalmente le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono state elaborate *in primis* ai fini della loro applicabilità in tempo di pace, e in particolare nei confronti dello Stato di cittadinanza, esse

[248] C. GREENWOOD, *Rights at the Frontier. Protecting the Individual in Time of War*, cit., p. 279.
[249] Y. DINSTEIN, *Human Rights in Armed Conflict*: *International Humanitarian Law*, in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, a cura di T. Meron, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 350 ss. L'A. ritiene che l'applicazione dei trattati in materia di diritti umani sia sospesa nel corso del conflitto ma sostiene poi che tale sospensione non sia automatica ma lasciata alla discrezionalità dello Stato coinvolto.
[250] G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, in *Comunicazioni e Studi*, 2007, XXIII, p. 447 ss., p. 455. Sulla questione v. *infra*, capitolo I, par. 6.1.d.
[251] Cfr. Corte EDU, *Isayeva* (*Isayeva, Yusupova e Bazayeva v. Russia), (Merits and Just Satisfaction)*, (ricc. nn. 57947/00, 57948/00 e 57949/00), 24 febbraio 2005, par. 178 e *Isayeva v. Russia*, *(Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 57950/00), 24 febbraio 2005, par. 180. Per un commento v. W. ABRESCH, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya*, in *EJIL*, 2005, XXVI, 4, p. 741 ss.
[252] Cfr. UN SC Resolution, n. 1034/1995, 21 dicembre 1995, *on Violations of International Humanitarian Law and of Human Rights in the Territory of the former Yugoslavia.*
[253] Cfr., *ex multis*, UN GA Resolution, n. 2444 (XXIII), 19 dicembre 1968, UN Doc. A/RES/2444 (XXIII); UN GA Resolution, n. 2443 (XXIII), 19 dicembre 1968, UN Doc. A/RES/2443 (XXIII).
[254] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25 e ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., parr. 102-106 nonché, in dottrina, fra gli altri, P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 243. Sull'applicabilità del Patto sui diritti economici, sociali e culturali nel corso dei conflitti armati v., in particolare, E. MOTTERSHAW, *Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law*, cit., p. 450; N. LUBELL, *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, in *IRRC*, 2005, LXXXVII, n. 860, p. 737 ss.

non conoscono alcuna limitazione nel campo di applicazione materiale e operano sia in tempo di pace che nel contesto di un conflitto armato deflagrato[255].

La stessa posizione è espressa nel Memorandum sottoposto alla Commissione del diritto internazionale nel 2005[256] ed è stata di recente ribadita nel Progetto di articoli relativo agli effetti dei conflitti armati sui trattati adottato nel 2011[257]. I trattati in materia di diritti umani vengono infatti inseriti nell'ambito della categoria dei trattati che presentano una '*very high likelihood of applicability*', ovvero quelli '*the object and purpose of which involve the necessary implication that they continue in operation during an armed conflict*' e in relazione ai quali '*the incidence of an armed conflict will not as such inhibit their operation*'[258].

Nel medesimo senso si era già espresso l'*Institut de droit international* nella risoluzione adottata ad Helsinki nel 1985, ai sensi della quale '*the existence of an armed conflict does not entitle a party unilaterally to terminate or to suspend the operation of treaty provisions relating to the protection of the human person, unless the treaty otherwise provides*'[259]. Una autorevole conferma giunge poi anche dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nell'opinione della quale '*fundamental human rights, as accepted in international law and laid down in international instruments, continue to apply fully in situations of armed conflict*'[260].

La responsabilità del rispetto dei trattati relativi ai diritti dell'uomo applicabili nel corso di un conflitto armato incombe allo Stato contraente[261] e riguarda ogni azione o omissione ad esso imputabile, compiute sia sul territorio nazionale dello Stato parte sia, in certe circostanze,

---

[255] M. SASSOLI, *La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Lutiuz Wildhaber*, Zurich, Dike, 2007, p. 709 ss., p. 711; E. GREPPI, *Diritti umani e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 810.

[256] *The Effect of Armed Conflict on Treaties: an Examination of Practice and Doctrine*. *Memorandum of the Secretariat*, 1° febbraio 2005, UN Doc. A/CN.4/550, parr. 18-36.

[257] Cfr. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties*, UN Doc. A/66/10, 2011, art. 7 e lett. *a*) dell'Allegato.

[258] Cfr. *The Effect of Armed Conflict on Treaties: an Examination of Practice and Doctrine*. *Memorandum of the Secretariat*, cit., parr. 32-34.

[259] IDI, *The Effects of Armed Conflicts on Treaties*, sessione di Helsinki, 1985, art. 4, su cui v. *amplius*, *infra*, capitolo III, par. 2.

[260] Cfr. *Basic Principles for the Protection of Civilian Pupulation in Armed Conflicts*, UN GA Resolution n. 2675 (XXV), 9 dicembre 1970, UN Doc. A/RES/2675 (XXV), par. 1.

[261] Il dibattito relativo alla questione dell'applicabilità dei diritti dell'uomo nel contesto di un conflitto armato è stato ampio in dottrina. Sul punto v., in particolare, D. WEISSBRODT e P.L. HICKS, *Mise en oeuvre des droits de l'homme et du droit humanitaire dans les situations de conflit armé*, in *RICR*, 1993, LXXV, p. 129 ss.; L. DOSWALD-BECK e S. VITE, *Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme*, in *RICR*, 1993, LXXIV, n. 293, p. 99 ss.; F.J. HAMPSON, *Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts*, in *Armed Conflict and the New Law*, a cura di M. Meyer, London, 1989, p. 55; G.I.A.D. DRAPER, *The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts*, in *Israel YHR*, 1971, I, p. 191 ss.; K. SUTER, *Human Rights in Armed Conflicts*, in *RDPMDG*, 1976, XV, p. 394 ss.

al di fuori di esso[262]. In particolare, seguendo le decisioni rese nell'ambito del sistema di protezione predisposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la responsabilità dello Stato può venire in gioco quando, a seguito di un'azione militare, questo eserciti un *effective control* su di una area al di fuori del territorio nazionale[263]. L'art. 1 della Convenzione europea, infatti, precisando l'ambito di applicazione di tale strumento, non ne limita l'applicabilità agli individui nel territorio dello Stato, ma ricomprende tutti i soggetti nell'ambito della sua giurisdizione[264]. Di conseguenza anche gli abitanti di un territorio occupato nel corso delle ostilità potranno certamente giovarsi della protezione garantita dalla Convenzione[265].

In questo contesto si tratta di capire quale sia la validità dell'affermazione secondo la quale i problemi interpretativi generati dalla sovrapposizione fra i due sistemi possano trovare soluzione nell'applicazione del principio secondo cui *lex specialis derogat legi generali*[266], ribadita nel parere reso dalla Corte internazionale di giustizia sul 'Muro' in Palestina[267]. Il peculiare significato assunto dalla massima in tale contesto ha dato origine ad interpretazioni difformi. Alcuni autori, infatti, ritengono preferibile dar prevalenza al diritto internazionale umanitario in ogni circostanza, almeno in ordine alle situazioni da esso considerate; altri sostengono la prevalenza, in ogni circostanza, della regola che garantisce la maggior tutela individuale. In tal modo si finisce però per trascurare il fatto che la disciplina posta dal diritto internazionale umanitario è espressione del compromesso fra le esigenze di protezione

[262] Cfr. Corte EDU, *Cyprus v. Turkey, (Merits)*, (ric. n. 25781/94), 10 maggio 2001, parr. 80-81; Commissione EDU, *Drozd (Drozd and Janousek v. France and Spain), (Merits)*, (ric. n. 12747/87), 26 giugno 1992, par. 91.
[263] Cfr. Corte EDU, *Cyprus v. Turkey*, cit., par. 76; Corte EDU, *Loizidou, (Loizidou v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 15318/89), 18 dicembre 1996, par. 56; cfr. A. REIDY, *La pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire*, in *IRRC*, 1998, LXXX, nn. 829-832, p. 551 ss., p. 553.
[264] Per l'analisi dei lavori preparatori dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giapichelli, 2002, p. 19 ss.
[265] V. F. LATTANZI, *Il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, cit., p. 1994. La Corte, però, nel caso *Banković*, ha escluso che un individuo sottoposto a bombardamento aereo si trovi per ciò solo soggetto alla giurisdizione dello Stato cui il bombardamento è imputabile: cfr. Corte EDU, *Banković (Banković and Others v. Belgium), (Grand Chamber), (Admissibility)*, (ric. n. 52207/99), 12 dicembre 2001, par. 58.
[266] Già Grozio in relazione a tale criterio di risoluzione delle antinomie osservava: '*Inter eas pactiones quae supradictis qualitatibus pares sunt, ut praeferatur quod magis est peculiare, & ad rem propius accedit: nam solent specialia efficaciora esse generalibus*'; v. U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, libri II, cap. XVI, par. XXIX. V. poi ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25, nota 1; E. MOTTERSHAW, *Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law*, in *IJHR*, 2008, XII, 3, p. 449 ss., p. 455 ss.; M. SASSÒLI, *Le droit international humanitaire, une* lex specialis *par raport aux droits humains?*, cit., p. 379; M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 60.
[267] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 106.

dell'individuo da una parte e quelle militari dall'altra. Sembrerebbe dunque preferibile far prevalere le regole più specifiche e dettagliate in relazione alla situazione concreta, senza dimenticare che la protezione garantita dai diritti dell'uomo potrebbe venir meno proprio in ragione della disciplina delle deroghe consentite. In tal caso la tutela offerta dal diritto internazionale umanitario tornerebbe evidentemente ad essere la più specifica[268], se non la sola in concreto applicabile.

La Corte internazionale di giustizia nel parere sopra ricordato ha affrontato la questione relativa ai rapporti fra i due sistemi normativi in modo più elastico e sfumato. Pur affermando la natura di *lex specialis* di tale *corpus* normativo, ha infatti riconosciuto la possibilità di una molteplicità di soluzioni distinte dal momento che '*some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both*'[269]. La Corte sembrerebbe dunque ritenere contestualmente applicabili entrambi i sistemi precisando che alcuni diritti ben potrebbero *in concreto* essere disciplinati da un sistema o dall'altro, o anche da entrambi congiuntamente. Non sempre, infatti, è configurabile un conflitto fra norme con la conseguente necessità di ricorrere ai criteri di risoluzione delle antinomie. Non sembra poi corretto considerare *de plano* il diritto internazionale umanitario *lex specialis* in relazione alla disciplina di una determinata situazione giuridica soggettiva[270]. Inoltre, come da alcuni osservato, il brocardo *lex specialis derogat legi generali* non è il solo strumento di risoluzione delle possibili antinomie fra diritto internazionale umanitario e diritto internazionale dei diritti umani[271]. Le due discipline sono in realtà per lo più compatibili e integrate e l'interazione fra le stesse in relazione ad ogni specifica situazione realizzatasi nel contesto di un conflitto armato può portare a soluzioni diverse. Non è pertanto possibile affermare *tout court* che il diritto internazionale umanitario costituisca in ogni caso *lex specialis* e sia dunque applicabile nel contesto del conflitto armato; la soluzione dell'eventuale antinomia dipenderà piuttosto, di volta in volta, dalle regole concorrenti e dalla specifica questione in cui esse vengono in gioco. Tale conclusione sembra pienamente conforme a quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel

[268] M. SASSOLI, *La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés*, cit., p. 712; ID., *Le droit international humanitaire, une* lex specialis *par rapport aux droits humains?*, cit., p. 380.
[269] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 106.
[270] E. MOTTERSHAW, *Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law*, cit., p. 456. Per una disamina dettagliata delle possibili interazioni fra norme v. M. SASSOLI, *Le droit international humanitaire, une* lex specialis *par rapport aux droits humains?*, cit., pp. 385-395.

parere sul muro: in tale contesto, infatti, il tradizionale concetto di *lex specialis*, pur richiamato, sembra superato dall'affermazione della sussistenza di un rapporto di complementarietà fra il sistema di regole relative ai diritti umani e *corpus* normativo del diritto internazionale umanitario[272]. Tale posizione è stata più di recente ribadita nella sentenza resa nel caso delle attività militari sul territorio del Congo[273].

d. *I diritti intangibili: il 'nocciolo duro' dei diritti fondamentali non suscettibili di deroga.*

Uno Stato che si confronti con un conflitto armato di qualsivoglia natura potrebbe, in presenza di specifiche condizioni, non essere vincolato da tutti gli obblighi relativi ai diritti dell'uomo[274]; la deflagrazione di un conflitto non impedisce tuttavia al diritto internazionale, e in particolare alle norme relative ai diritti della persona, di trovare applicazione in relazione ai diritti inalienabili o intangibili[275] in ragione del rispetto dovuto alla dignità umana[276]. Anzi, proprio in relazione a circostanze eccezionali e nel corso di conflitti armati, la protezione dei diritti fondamentali dell'uomo diviene un *enjeu* di fondamentale importanza[277]. Per tale ragione i principali strumenti internazionali sia di carattere universale che regionale hanno avuto cura di sottrarre alcuni diritti alla possibilità di deroga[278].

---

[271] V. M. SASSOLI, *Le droit international humanitaire, une* lex specialis *par rapport aux droits humains?*, cit., p. 395.

[272] Nel senso della complementarietà fra i due sistemi si erano già orientati molti autori: C. PILLOUD, *La Déclaration universelle des droits de l'homme et les conventions internationales protégeant les victimes de la guerre*, in *RICR*, 1949, n. 364, p. 252 ss.; G.I.A.D. DRAPER, *The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts*, in *Israel YHR*, 1971, p. 206 ss.; A. MIGLIAZZA, *L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme*, in *Recueil*, 1972-III, vol. 137, p. 143 ss.; G.H. ALDRICH, *Remarks: Human Rights and Armed Conflict*, in *Proceedings ASIL*, 1973, p. 141 ss.; K.J. PARTSCH, *La protection internationale des droits de l'homme et les Conventions de Genève de la Croix-Rouge*, in *RIDC*, 1974, p. 73 ss.; D. SCHINDLER, *Le Comité international de la Croix-Rouge et les droits de l'homme*, in *RICR*, 1979, LXI, n. 715, p. 9 ss.; A. CALOGEROPOULOS, *Droit humanitaire et droits de l'homme: la protection de la personne humaine en période de conflit armé*, Genève, Leiden, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1980, p. 26 ss.; T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*[2], Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 10.

[273] ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), (Jurisdiction and Admissibility)*, 3 febbraio 2006, in *ICJ Reports*, 2006, p. 6 ss., par. 127.

[274] Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 6.1.

[275] R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, cit., p. 237, rileva che la molteplicità di espressioni che designano tali diritti 'fondamentali', 'assoluti', 'sacrosanti', 'non derogabili', 'riservati' rischia di creare inutili equivoci. Sul punto v. anche R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, derogation* '*positive*' *et* '*negative*', in *RGDIP*, 2005, CIX, 2, p. 305 ss., pp. 21-26.

[276] P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 245.

[277] P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*[3], Dalloz, Paris, 1999, p. 60.

[278] M.K. SINHA, *Respect of Human Rights in Time of State of Emergency: International and National Perspectives*, cit., p. 228.

La categoria dei diritti fondamentali non suscettibili di deroga si è sviluppata, in un primo momento, sul piano normativo, a partire da alcune disposizioni centrali dei principali trattati di diritto internazionale umanitario[279] e di alcuni strumenti relativi ai diritti dell'uomo[280].

Se riguardo la sussistenza della categoria dei diritti inderogabili vi è un generale consenso in dottrina, permangono alcune divergenze in relazione alla loro individuazione ed estensione[281]. Con limitate eccezioni, infatti, le convenzioni internazionali di portata universale e regionale enumerano alcuni diritti non suscettibili di deroga; nonostante il novero dei diritti cui viene riconosciuta l'intangibilità non coincida perfettamente[282] nei diversi strumenti pattizi, in essi è comunque rinvenibile una certa convergenza[283].

In definitiva, un riconoscimento generalizzato in tal senso è relativamente ridotto e riguarda esclusivamente i diritti contemplati come inderogabili dai tre strumenti internazionali fondamentali a salvaguardia dei diritti umani[284] che costituiscono il c.d. 'nocciolo duro' dei diritti inderogabili dell'uomo: il diritto alla vita[285], il diritto a non essere sottoposti a tortura o

[279] Tale preoccupazione è apparsa per la prima volta nella c.d. clausola *Martens*, su cui si è detto *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2. Sul punto v. E. DAVID, *Principes du droit des conflits armés*, cit., p. 75, che cita l'VIII *considerando* del Preambolo della IV Convenzione de L'Aja del 18 ottobre 1907 relativa alle leggi e consuetudini della guerra terrestre e gli articoli comuni (62, 63, 142 e 158) alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949. Altri strumenti internazionali sul piano universale che contengono diritti non derogabili sono le Convenzioni di Ginevra del 1949 (su cui v. J.S. PICTET, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, ICCR, 1958) e il I e II Protocollo addizionale del 1977 (il I Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra del 1977 è entrato in vigore il 7 dicembre 1978, Doc. A./32/144/Annex I, 1977, in *ILM*, 1977, XVI, p. 1391. Il II Protocollo addizionale è entrato in vigore il 7 dicembre 1978, Doc. A/32/144/Annex II, 1977, in *ILM*, 1977, XVI, p. 1442). Si tratta, in particolare dell'art. 3 comune alle quattro convenzioni di Ginevra del 1949 e dell'art. 4 del II Protocollo che costituiscono i c.d. '*hard core rights*'.

[280] Ad esempio, sul piano universale, l'art. 4, par. 2 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici prevede: '*No derogation from articles 6, 7, 8, par. 1 and 2, 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision*'. Sul piano regionale, l'art. 15, par. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dispone: '*No derogation from article 2, except in respect of death resulting from lawful acts of war, or from article 3, 4, par. 1 and 7 shall be made under this provision*'; l'art. 27, par 2 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, da parte sua, prevede l'inderogabilità degli articoli 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 e 23. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, che non contiene una clausola di deroga, invece di inserire una disposizione circa l'inderogabilità di alcuni diritti, preferisce qualificarli come '*absolute rights*'. Cfr. U.O. UMOZURIKE, *The African Charter on Human and People's Rights*, The Hague, Nijhoff, 1997.

[281] P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 247.

[282] Il VII Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo inserisce fra questi il principio del *ne bis in idem*; il Patto internazionale sui diritti civili e politici vi inserisce il diritto alla personalità giuridica, il divieto di detenzione per debiti e la libertà di pensiero e di religione; la Convenzione americana sui diritti dell'uomo vi inserisce poi i diritti del fanciullo e della famiglia, il diritto ad una nazionalità e i diritti politici.

[283] F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*[3], Paris, Universitaires de France, 1999, p. 164.

[284] G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., p. 757.

[285] L'inderogabilità del diritto alla vita è peraltro soggetta all'eccezione delle morti risultanti da 'legittimi atti di guerra' derivanti, in situazioni di conflitto armato, da azioni conformi alle norme di diritto internazionale umanitario. Sul punto v. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 288.

a pene o trattamenti inumani e degradanti[286], il divieto di schiavitù e i principi di legalità e di irretroattività in ambito penale. Tale *standard* minimo di tutela[287] apprestato in ogni circostanza a garanzia dell'individuo e che, partecipando alla realizzazione dell'inderogabilità del generale principio di umanità[288], sembra costituire la base comune del 'diritto dei diritti umani' e del 'diritto umanitario'.

Tali diritti intangibili comuni ai tre strumenti convenzionali in materia, di valenza fondamentale, non derogabili nemmeno in caso di guerra o di altro pericolo pubblico eccezionale[289], in quanto essenziali alla dignità umana, sono espressione di norme di *jus cogens*[290], come confermato dai principali organi delle Nazioni Unite che hanno contribuito a precisare e sviluppare la nozione.

Una volta appurato che, in situazioni di conflitto armato, '*fundamental human rights, as accepted in international law and laid down in international instruments, continue to apply fully in situations of armed conflict*'[291]; che '*essential and inalienable human rights should be respected even during the vicissitudes of war*'[292] e che '*women and children belonging to the civilian population and finding themselves in circumstances of emergency and armed conflict in the struggle for peace, self-determination, national liberation and independence, or who live in occupied territories, shall not be deprived of shelter, food, medical aid or other inalienable rights, in accordance with the provisions of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Declaration of the Rights of the Child or other instruments of international law*'[293], si tratta ora di capire quale valore sia attribuibile a tali diritti. L'insieme della problematica va infatti inserita nel contesto del più ampio dibattito

[286] Il carattere intangibile del divieto di tortura è ribadito dall'art. 2, par. 2 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti inumani e degradanti ai sensi del quale '*no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat or war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture*'.
[287] J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 262.
[288] Cfr. E. GREPPI, *Diritti umani e diritto internazionale umanitario*, cit., pp. 816-817.
[289] Cfr. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, cit., p. 287; G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., p. 756.
[290] J. ORAA, *La protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier*, cit., p. 196; P. LAMBERT, *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, cit., p. 248.
[291] UN GA Resolution, n. 2675 (XXV), 9 dicembre 1970, *Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts*, UN Doc. A/RES/2675(XXV), par. 1.
[292] UN SC Resolution, n. 237/1967, 14 giugno 1967, *The Situation in the Middle East*, Preambolo.
[293] Cfr. UN GA Resolution, n. 3318 (XXIX), 14 dicembre 1974, *Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict*, UN Doc. A/RES/3318(XXIX), par. 6.

relativo al riconoscimento del carattere cogente di alcuni diritti fondamentali dotati di valenza imperativa cui non è consentita alcuna deroga[294].

Sul piano dottrinale si discute oggi circa l'opportunità di allargare tale nocciolo di diritti intangibili espressi dall'analisi comparata dei trattati relativi ai diritti dell'uomo. Si è così osservato che, dal momento che tutti i diritti dell'uomo sono indivisibili o strettamente collegati l'uno all'altro, un simile allargamento sembrerebbe un obiettivo non solo auspicabile, ma anche in concreto praticabile[295], in virtù del riferimento al rispetto di ogni altro obbligo derivante dal diritto internazionale[296].

Su tale linea si colloca anche il lavoro del primo relatore speciale sui diritti dell'uomo e le situazioni di emergenza della sottocommissione sulla prevenzione della discriminazione e protezione delle minoranze delle Nazioni Unite, Nicole Questiaux, che ha suggerito di ampiare l'elenco dei diritti non suscettibili di deroga contenuto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici per includervi i diversi diritti considerati inderogabili in altri strumenti internazionali[297]. In relazione alle ipotesi di diritti suscettibili di deroga, inoltre, si è ritenuto necessario verificare costantemente che '*les restrictions apportées (dans une situations d'urgence) ne dénaturent pas ce droit au point de le rendre inexistant*'[298]. Tali proposte sono state sviluppate in occasione di una serie di riunioni di esperti[299] la più recente delle quali ha

[294] A.A. CANÇADO TRINDADE, *Co-Existence and Coordination of Mechanism of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, in *Recueil*, 1987-II, vol. 202, p. 86 ss.; cfr. R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, derogation* '*positive*' *et* '*negative*', cit., p. 305 ss. Sul punto vedi in particolare, K. PARKER e L. BETH, Jus cogens: *Compelling the Law of Human Rights*, in *Hastings ICLR*, 1989, XII, p. 412 ss.; V. NAGESWAR RAO, Jus cogens *and Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Indian JIL*, 1974, XIV, p. 362 ss.

[295] In tal senso vedi, fra gli altri, A.A. CANÇADO TRINDADE, *La jurisprudence de la Cour internationale de justice sur les droits intangibles*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, cit., p. 53 ss., p. 54.

[296] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo I, par. 6.1.c. In tal senso v. le indicazioni contenute nei pareri della Corte inter-americana dei diritti dell'uomo: Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, Opinión Consultiva OC-8/87*, 30 gennaio 1987, Serie A n. 8 e Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Opinión Consultiva OC-9/87*, 6 ottobre 1987, Serie A n. 9.

[297] N. QUESTIAUX, *Study of Implications for Human Rights of Recent Development concerning Situations known as States of Sieges or Emergency*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 luglio 1982.

[298] Ivi, par. 192.

[299] V. i *Siracusa Principles*, adottati in occasione di una riunione di esperti del 1984 sotto gli auspici della Commissione internazionale dei giuristi e dell'Associazione internazionale di diritto penale, Doc. E/CN.4/1985/4, 28 settembre 1984, Allegato (V. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *HRQ*, 1985, VII, 1, p. 3 ss.), i '*Paris Minimum Standards*', adottati nel 1985 dall'Associazione di diritto internazionale (*Report of the Sixty-First Conference held at Paris*, London, International Law Association, 1985, p. 56 ss.) e i Principi relativi alla redazione dei testi giuridici relativi agli stati di eccezione, adottati nel marzo 1995 in occasione di una riunione organizzata a Ginevra dall'Associazione di giuristi internazionali sui diritti dell'uomo (CID) su richiesta del Relatore speciale sui diritti dell'uomo e gli stati d'eccezione (*Quatrième Rapport annuel du Rapporteur spécial*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28/Rev.1, parr. 55-56 e allegato I). Con riferimento agli altri diritti, i '*Paris Minimum Standards*' propongono il riconoscimento della qualità di diritti non suscettibili di deroga ai diritti delle

portato alla stesura della '*Declaration des règles humanitaires minimales*'[300] trasmessa dalla Commissione dei diritti dell'uomo[301] ai governi degli Stati, al fine di conoscerne le relative osservazioni.

Ai fini della corretta determinazione del nocciolo intangibile del diritto internazionale dei diritti dell'uomo un ruolo di primo piano è svolto dal diritto internazionale umanitario. Ciò è evidente se si pensa che le situazioni in cui il diritto umanitario viene in rilievo sono per loro stessa natura eccezionali; in tale contesto gli Stati ricorrono più largamente alla facoltà di deroga loro concessa[302]. Ad ogni modo, non tutte le norme di diritto internazionale umanitario presentano il medesimo interesse in tal senso. La trasformazione automatica del diritto umanitario in un insieme di diritti intangibili deve essere infatti esclusa in quanto non idonea ad esprimere una corretta valutazione delle peculiarità inerenti alle due discipline[303].

All'interno dell'intero *corpus* normativo del diritto umanitario si rende dunque necessaria l'individuazione delle specifiche norme rilevanti al fine della determinazione del nocciolo duro dei diritti dell'uomo. A tal fine vengono in particolare in rilievo le regole relative alla protezione delle persone che si trovano nelle mani del nemico, indipendentemente dalla loro applicabilità ai conflitti interni o internazionali[304]. Le disposizioni del diritto internazionale umanitario più significative a tal fine sono quelle relative al trattamento delle persone protette dalle quattro Convenzioni di Ginevra (gli artt. 12 della I e II Convenzione, 13, 14 e 15 della III Convenzione, 27 e 31, 32, 33 e 34 della IV Convenzione e 10 e 11 del I Protocollo addizionale), l'art. 75 del I Protocollo addizionale, l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, e gli artt. 4, 5 e 6 del II Protocollo addizionale. Infine, il quarto *considerando* del II

---

minoranze etniche, religiose e linguistiche e al diritto d'azione; i Principi di Ginevra vi aggiungono poi il diritto all'autodeterminazione. La Dichiarazione di Turku include fra le norme non suscettibili di deroghe il diritto alla personalità giuridica, la libertà di pensiero e di religione, i diritti del fanciullo, il diritto all'onore, il diritto a non essere costretto a lasciare il proprio 'territorio', il diritto per le persone della stessa famiglia a non essere separate e l'obbligo di porre in essere ogni sforzo per proteggere i diritti delle minoranze e dei popoli. Il suo testo è reperibile in un documento di lavoro della sottocommissione sulla lotta contro le misure discriminatorie e sulla protezione delle minoranze, Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, 12 agosto 1991; la versione rivista è stata successivamente diffusa in un documento della Commissione dei diritti dell'uomo, Doc. E/CN.4/1995/116, 31 gennaio 1995.

[300] *Declaration des règles humanitaires minimales*, sottocommissione dei diritti dell'uomo, 2 dicembre 1990, rivista nel 1994.

[301] UN Commission of Human Rights Resolution n. 1995/29, 3 marzo 1995, UN Doc. E/CN.4/1997/77/Add.1, 28 gennaio 1997.

[302] D. PLATTNER, *Droit international humanitaire et droits de l'homme intangibles ou non susceptibles de dérogation*, cit., p. 333 ss., p. 335.

[303] In questo senso v. in particolare M. EL KOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, cit., p. 97 e p. 146. Sulla questione v. *infra*, capitolo II, par. 5.

Protocollo di Ginevra del 1977, ricollegandosi alla c.d. *clausola Martens*, ricorda che '*in cases not covered by the law in force, the human person remains under the protection of the (principles of humanity) and the dictates of the public conscience*'[305], norma che rientra oramai nel novero delle regole e principi ritenuti dalla comunità internazionale '*to be of cardinal importance for the promotion of elementary considerations of humanity*', e che gioca un 'ruolo costituzionale' nell'ordinamento internazionale[306].

Proprio le norme ora considerate concorrono alla realizzazione della convergenza fra diritto umanitario e diritti dell'uomo sotto l'angolo prospettico delle garanzie minime riconosciute alla persona umana[307]. Inoltre, in forza dell'odierna tendenza a favorire tale convergenza sul piano normativo, interpretativo e della prassi applicativa[308], è ragionevole attendersi che gli organi internazionali di controllo in materia di diritti dell'uomo continuino ad estendere il carattere di inalienabilità ai diritti già ritenuti inderogabili da altri strumenti relativi ai diritti dell'uomo[309]. L'elenco dei diritti in questione non sembra infatti doversi

---

[304] Il diritto umanitario applicabile ai conflitti armati internazionali fornisce infatti degli esempi di garanzie minime molto vicine a quelle offerte dal diritto applicabile ai conflitti armati interni e che ne orientano spesso l'interpretazione.

[305] La clausola prende il nome dal suo proponente Friedrich von Martens, delegato russo alla prima Conferenza de L'Aja del 1899: v. S. MIYAZAKI, *The Martens Clause and International Humanitarian Law*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, La Haye, Nijoff, 1984, p. 434 ss. La clausola è stata poi riprodotta nel terz'ultimo paragrafo del Preambolo della IV Convenzione de L'Aja del 1907, relativa alle leggi ed usi della guerra terrestre ed è ripetuta nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e, ad eccezione del riferimento alle '*nations civilisées*', anche nell'art. 1, par. 2, del I Protocollo addizionale del 1977 e nel Preambolo della Convenzione del 1981 sulle armi inumane. Sulla clausola Martens v. anche A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *EJIL*, 2000, XI, 1, p. 187 ss.; E. CRAWFORD, *The Modern Relevance of the Martens Clause*, in *ISIL Yearbook of IHLRL*, 2006, VI, p. 1 ss.; T. MERON, *The Geneva Conventions as Customary Law*, in *AJIL*, 1987, LXXXI, p. 365 ss.; P. VERRI, *Appunti di diritto bellico*, Roma, 1982, p. 9; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], Torino, Giappichelli, 2006, p. 140; P. BENVENUTI, *La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 171 ss.; R. TICEHURST, *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, in *A Manual of International Humanitarian Laws*, a cura di N. Sanajaoba, New Delhi, Regency Publications, 2004, p. 312 ss.; V.V. PUSTOGAROV, *The Martens Clause in International Law*, in *Journal HIL*, 1999, I, p. 125 ss. Sulla questione v. poi, *infra*, capitolo II, par. 2.3.a.

[306] M. EL KOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, cit., p. 146.

[307] In tal senso, D. PLATTNER, *Droit international humanitaire et droits de l'homme intangibles ou non susceptibles de dérogation*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, cit., p. 333 ss., p. 348.

[308] A.A. CANÇADO TRINDADE, *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: approximaciones y convergencias, in memoria del Coloquio internacional 'Diez años de la Declaraciòn de Cartagena' - Declaraciòn de San José sobre refugiados y personas desplazadas de 1994*, San José de Costa Rica, Institut interaméricain des droits de l'homme, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 1995, p. 79 ss.

[309] Per la prassi del Comitato dei diritti dell'uomo in relazione al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e per la giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. M. LEANDRO DESPOUY, *Septième rapport annuel révisé et liste d'Etats qui depuis le 1er janvier 1985 ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'éxception*, in E/CN.4Sub.2/1994/23, 3 giugno 1994, parr. 20-22.

considerare definitivo ma, piuttosto, nell'odierno ordinamento internazionale, teso alla promozione e al rafforzamento della tutela dei diritti riconosciuti[310], in continua evoluzione[311].

In relazione a tali regole, alle quali è per lo più riconosciuto carattere cogente, la positiva invocazione dell'esimente dello stato di necessità è *in ogni caso* esclusa in virtù di quanto espressamente stabilito dall'art. 26 del Progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati[312].

e. *Coordinamento fra le deroghe ammesse e l'esimente generale dello stato di necessità.*

A questo punto dell'indagine è possibile affrontare la questione del coordinamento fra le clausole di deroga inserite nei principali trattati sui diritti umani, a portata universale e regionale, e l'esimente generale dello stato di necessità. La possibilità o meno di un loro coordinamento deriva in gran parte dalla soluzione del problema relativo all'esatta individuazione della natura giuridica di simili clausole. D'altra parte, se si considera che le circostanze escludenti l'illiceità secondo il diritto della responsabilità degli Stati tendenzialmente non si applicano alla condotta regolata da obblighi primari[313], è evidente che la soluzione offerta a tale questione è in grado di orientare la soluzione del problema che si intende in questa sede affrontare.

Le ricostruzioni formulate in dottrina circa la natura giuridica delle clausole di deroga sono numerose[314] ma sono comunque rinvenibili due principali tendenze. Da una parte si tende ad inquadrare l'istituto come causa di esclusione dell'illecito, dall'altra lo si riconduce ad uno specifico meccanismo pattizio attinente alla norma primaria[315].

---

[310] A.A. CANÇADO TRINDADE, *Co-Existence and Coordination of Mechanism of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, cit., pp. 401-402.

[311] Cfr. *Rapport de la réunion d'experts sur les droits non susceptibles de dérogations dans les états ou situations d'exception*, (Genève, 17-19 mai 1995), in *Droits intangibles et états d'éxception*, cit., p. 1 ss.

[312] Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 6 e, *infra*, capitolo II, par. 5.

[313] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo I, par. 6.

[314] Alcuni ricollegano tali clausole alla forza maggiore, altri allo stato di necessità; altri ancora hanno inquadrato il fenomeno nell'ottica del diritto dei trattati. V., fra gli altri, J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 140 ss.; F. OURGUERGOUZ, *La clause de dérogation dans certains traites relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général*, in *RGDIP*, 1994, p. 287 ss.; J. ORAA, *The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law*, in *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, a cura di G.S. Goodwin-Gill, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 413 ss.

[315] V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., p. 44.

Sulla base della già evidenziata corrispondenza fra le condizioni previste nelle due ipotesi[316], stato di necessità e stato di emergenza sono spesso stati accostati in dottrina[317]. Alle volte ciò è avvenuto riconducendo lo stato d'emergenza instaurato tramite il ricorso alla clausola di deroga *tout court* all'esimente generale, ritenuta meramente codificata nei testi convenzionali a tutela dei diritti dell'uomo[318]; altre volte nella clausola di deroga si è riconosciuto un peculiare adattamento della regola relativa allo stato di necessità nel contesto della protezione dei diritti umani[319]. In tale prospettiva lo stato di emergenza viene per lo più prospettato come una specifica regolamentazione pattizia dello stato di necessità, sottoposta dalle parti a taluni limiti, al fine di limitare la possibilità di abusi nell'invocazione dell'esimente. Si configurava pertanto '*a particular application (or adaptation)*' dell'istituto dello stato di necessità nell'ambito dei diritti umani[320]. In tal modo si finisce per riconoscere nelle clausole di deroga una mera reiterazione della norma secondaria codificata nell'art. 25 del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, la cui operatività sarebbe, in questi casi, sottoposta ad un particolare meccanismo di controllo cui è affidata la funzione di verificare il rispetto delle ulteriori condizioni procedurali ivi previste. In definitiva, secondo tale orientamento, le clausole di deroga configurerebbero un regime speciale di responsabilità degli Stati delineato dalla norma convenzionale[321], in armonia con quanto previsto dall'art. 55 del Progetto sulla responsabilà internazionale degli Stati[322], che ben potrebbe coordinarsi con l'esimente generale nel senso di un ricorso a quest'ultima per fini integrativi[323].

Tale ricostruzione suscita tuttavia talune perplessità. In primo luogo i due istituti rispondono a finalità differenti: salvaguardare un interesse essenziale dello Stato, da un lato;

---

316 V. *supra*, capitolo I, par. 6.1.b.

317 R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sul l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 39.

318 Secondo alcuni, infatti, '*l'article 15 constitue (…) une transposition de l'institution de l'état de nécessité dans le système de la Convention*': v. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 50. Il principale argomento su cui l'A. fonda tale tesi della trasposizione dello stato di necessità nel sistema convenzionale, è che la disposizione dell'art. 15 avrebbe carattere secondario dal momento che è in grado di giustificare una violazione della Convenzione già occorsa.

319 J. ORAA, *The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law*, cit., p. 435. Si è in tal senso fatto leva sulle peculiarità dello stato di emergenza rispetto allo stato di necessità fra le quali, ad esempio, la regola della proclamazione e notificazione che non si trova con riferimento all'esimente di diritto internazionale generale.

320 J. ORAA, *The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law*, cit., p. 435.

321 Nel senso della natura di norma primaria di tali clausole di deroga v. però V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 67.

322 In questo senso v. fra gli altri, N. TSAGOURIAS, *Necessity and the Use of Force: a Special Regime*, in *Netherlands YIL*, 2010, p. 11 ss., p. 29.

preservare lo stato di diritto[324], dall'altra. Inoltre, nel caso in cui lo Stato faccia ricorso alle clausole di deroga la liceità della sua condotta non discende dall'operatività dell'esimente - *generale* o *speciale* - riconducibile allo stato di necessità. In presenza di uno stato di emergenza interno correttamente instaurato è piuttosto *a priori* esclusa l'operatività di talune norme che risultano temporaneamente sospese. La clausola di deroga sembra escludere infatti *ab origine* l'illiceità della condotta statuale conforme alla previsione del regime derogatorio instaurato, secondo le condizioni di volta in volta previste[325]. Se è certo che non ricorre alcun illecito allorquando lo Stato, facendo ricorso al meccanismo derogatorio stabilito nel trattato pertinente, sospende correttamente l'efficacia di talune norme in virtù del peculiare regime emergenziale previsto nello specifico trattato, ciò non discende però dall'operatività di una esimente: tale conclusione appare confermata dal fatto che, in simili ipotesi, lo Stato in cui il regime emergenziale è instaurato non è tenuto a versare l'indennizzo prescritto dall'art. 27, lett. *b*) del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001[326]. Qualora la liceità della condotta in questione discendesse dall'operare di una circostanza esimente, generale o speciale, lo Stato nel quale si instauri il regime emergenziale sarebbe infatti in ogni caso tenuto a versare una somma a titolo di indennizzo in relazione alla condotta pregiudizievole posta in essere.

In conclusione, le clausole di deroga nei trattati sui diritti umani configurano altrettante norme primarie[327] tese a fornire gli specifici criteri necessari per l'applicazione della regola enunciata dall'art. 57 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che consente la sospensione degli obblighi convenzionali '*in conformity with the provisions of the treaty*'[328].

Una volta svolte tali opportune precisazioni, si deve verificare se l'esimente dello stato di necessità possa ancora operare nel quadro dello specifico sistema pattizio di riferimento che già prevede la possibilità di alcune deroghe alla tutela dei diritti ivi sanciti nell'ipotesi di verificazione di uno stato di emergenza. Alcuni autori, seguendo la giurisprudenza orientata a sostenere che le circostanze di esclusione dell'illiceità possono comunque venire in rilievo anche nel contesto di una relazione convenzionale alterata in virtù dell'operare di una causa di

[323] Sulla questione v. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 3.
[324] V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., p. 51.
[325] Ivi, p. 48.
[326] Circa tale disposizione si è detto *supra*, capitolo I, par. 1.
[327] R.P. ANAND, *Salient Documents in International Law*, New Delhi, Banyan Publications, 1994.
[328] L'art. 57 della Convenzione di Vienna stabilisce: '*The operation of a treaty in regard to all the Parties or to a particular may be sospend: a) in conformity with the provisions of the treaty; or b) at any time by consent of all Parties after consultation with the other contracting States*'.

sospensione o di estinzione di un trattato[329], ritengono che lo stato di necessità possa operare anche in relazione a regole poste a tutela dei diritti dell'uomo, con la sola eccezione di quelle nei confronti delle quali nessuna deroga è ammessa[330].

La Corte internazionale di giustizia, da parte sua, non offre indicazioni precise al riguardo. Qualche elemento si può comunque trarre da un brano della sentenza resa nel parere sulle armi nucleari. In tale occasione la Corte sostiene infatti che la tutela offerta dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici '*does not cease in times of war,* except *by operation of article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in time of national emergency*'[331], forse prospettando la possibilità di un affievolimento della tutela dei diritti sanciti da tali convenzioni esclusivamente nel ristretto ambito delineato dal contesto pattizio di riferimento.

La questione dell'invocabilità dello stato di necessità nella sua dimensione consuetudinaria con riferimento ai trattati relativi alla tutela dei diritti dell'uomo che contengono specifiche clausole di deroga è poi stata di recente sollevata dinanzi alla Corte internazionale di giustizia nel parere sul 'Muro'[332]. Israele, in ragione del pericolo di attacchi terroristici, si era avvalso della possibilità di deroga riconosciuta dall'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in relazione al diritto alla libertà e alla sicurezza delle persone; la procedura innanzi alla Corte riguardava inoltre alcune disposizioni del Patto per le quali non è prevista alcuna possibilità di deroga, come la libertà di circolazione garantita dall'art. 12, par. 3. In tale occasione la Corte ritiene che l'edificazione del muro all'interno del territorio palestinese occupato leda interessi giuridicamente protetti *erga omnes*, fra cui il rispetto del popolo

[329] Cfr. TRIB. ARB., *Rainbow Warrior*, cit., p. 484 ss.; ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 47. Tuttavia, secondo una parte minoritaria della dottrina la giustificazione della mancata applicazione del trattato dovrebbe essere ricercata esclusivamente nel diritto dei trattati; l'art. 42, par. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati escluderebbe infatti almeno in relazione agli Stati parti, la possibilità di invocare le cause di giustificazione previste dal diritto della responsabilità internazionale: v. W. BOWETT, *Treaties and State Responsibility*, in *Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, p. 137 ss. Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 2.

[330] F. OUGUERGOUZ, *L'absence de clause de derogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général*, in *RGDIP*, 1994, XCVIII, 2, p. 287 ss.

[331] Cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25. In relazione al Patto internazionale sui diritti civili e politici, il commento generale n. 29 del Comitato dei diritti dell'uomo relativo all'art. 4 non è di grande utilità ai nostri fini; in esso si legge: '*The fact that some of the provisions of the Covenant have been listed in article 4 (paragraph 2), as not being subject to derogation does not mean that other articles in the Covenant may be subjected to derogations at will, even where a threat to the life of the nation exists. The legal obligation to narrow down all derogations to those strictly required by the exigencies of the situation establishes both for States parties and for the Committee a duty to conduct a careful analysis under each article of the Covenant based on an objective assessment of the actual situation*': cfr. *Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4)*, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto, 2001, par. 6.

[332] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 140.

palestinese all'autodeterminazione e taluni obblighi di diritto internazionale umanitario[333]. In relazione al primo, la Corte già nel caso di Timor orientale aveva definito '*irréprochable*' l'asserzione secondo cui il diritto dei popoli all'autodeterminazione, così come evolutosi in virtù della Carta e della prassi delle Nazioni Unite, ha carattere *erga omnes*[334]. Pur evitando di prendere esplicitamente posizione sulla questione, la Corte si chiedeva se la regola generale sullo stato di necessità si dovesse applicare anche nell'ambito di particolari sistemi nei quali specifiche previsioni pattizie prevedono disposizioni *ad hoc* che si fanno carico delle medesime esigenze che sono alla base dell'invocazione dello stato di necessità riconoscendo che: '*since those treaties already address considerations of this kind within their own provisions, it might be asked whether a state of necessity as recognized in customary international law could be invoked with regard to those treaties*'[335].

La questione, solo delineata dalla Corte internazionale di giustizia, resta tuttavia ancora priva di una soluzione definitiva; la Corte ha preferito infatti prospettare la questione in termini generali senza però sciogliere il nodo ad essa sotteso. La rilevanza dell'esimente generale è stata infatti esclusa *ab origine*, evidenziando che la costruzione del muro in territorio palestinese non costituisce il solo modo per Israele di proteggersi dagli attacchi suicidi[336].

A nostro avviso, tuttavia, nei contesti pattizi ivi considerati, deve escludersi la possibilità di invocare l'esimente generale al di fuori ed oltre i limiti dello specifico sistema convenzionale di riferimento[337]. È evidente, infatti, che nel contesto sopra delineato la necessità non costituisce la giustificazione di condotte unilaterali eccezionalmente ammesse ma, piuttosto, la *ratio* dell'operatività di specifici meccanismi convenzionalmente previsti e disciplinati, i quali conservano pur sempre, nella sostanza, i caratteri dell'eccezione all'applicazione di una regola generale motivata da un pericolo grave e imminente. Di conseguenza, in simili contesti pattizi l'esimente generale dello stato di necessità è rigidamente circoscritta entro i confini ancor più stringenti delineati dal trattato pertinente il cui rispetto è affidato ad appositi organi di controllo a ciò deputati[338]. La clausola pattizia in

[333] Ivi, parr. 114-137.
[334] Ivi, par. 156.
[335] Ivi, par. 140.
[336] *Ibidem*.
[337] Alcuni hanno osservato che i parametri di tutela sostanziale della persona contenuti negli strumenti internazionali succitati costituiscono anche i parametri propri delle norme di diritto internazionale generale: v. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 139.
[338] A. MARCHESI, *Stato di necessità e intervento umanitario. Brevi considerazioni*, cit., p. 186.

questione va infatti interpretata secondo il senso ordinario da attribuire ai suoi termini, nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato in cui è inserita. D'altra parte, dall'analisi dei lavori preparatori dei principali trattati in materia di diritti umani emerge chiaramente la volontà di inserire la clausola di deroga proprio al fine di impedire agli Stati parti di sottrarsi agli obblighi convenzionali in tale materia in situazioni eccezionali[339]; circostanza questa che ben sarebbe stata possibile facendo ricorso all'esimente generale.

Una ulteriore indicazione nel senso dell'esclusione del riferimento all'esimente generale nell'ambito dei trattati in materia di diritti umani sembra potersi ricavare proprio dall'esclusione di cui all'art. 25, par. 2, lett. *a*) del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati. Tale disposizione, come detto, fa ostacolo all'applicazione dell'esimente generale ogniqualvolta ciò risulti, esplicitamente o implicitamente dalla norma primaria convenzionale o generale: sarebbe infatti incoerente consentire ad uno Stato di sfuggire ai propri obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo invocando l'esimente in questione laddove il peculiare regime pattizio in tale ambito limiti la possibilità di deroga per ragioni di necessità[340].

Così, ad esempio, l'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici, prevedendo le specifiche ipotesi e condizioni alle quali uno Stato può far valere peculiari circostanze eccezionali al fine di sospendere l'efficacia di determinati obblighi nel contesto dello strumento pattizio, ben può essere interpretato come una disposizione che *implicitamente* esclude l'invocazione dell'esimente generale ai sensi dell'art. 25, par. 2, lett. *a*) del Progetto del 2001[341].

L'esimente è infatti difficilmente riscontrabile in relazione a situazioni rispetto alle quali pur essendo prevista, in presenza di determinate condizioni, la possibilità di deroga, non si siano realizzate le circostanze nelle quali una deroga è ammessa. Se la necessità è da intendersi come una sorta di clausola di salvaguardia da applicare in situazioni non contemplate dagli estensori di un dato trattato, il fatto che una disciplina relativa alle circostanze straordinarie rilevanti sia inclusa nel trattato stesso potrebbe implicare una valutazione preventiva circa la possibilità per gli Stati di onorare i propri obblighi nelle circostanze non specificamente menzionate nel trattato. Di conseguenza, in ipotesi di una

[339] V. *Conseil de l'Europe, Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, The Hague, 1977, III, p. 171, in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In riferimento al Patto sui diritti civili e politici v. Doc. E/CN.4/A.C:3/SRS, p. 12.
[340] Cfr. *YILC*, 1980, I, p. 156 e p. 161. Sulla questione si è detto *supra*, capitolo I, par. 6.
[341] V. O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 194 ss.

specifica previsione pattizia circa la possibilità di deroga in determinate circostanze, si potrebbe escludere l'invocazione della necessità in riferimento ad ogni situazione non esplicitamente prevista e disciplinata[342]. Laddove le circostanze di pericolo grave ed imminente siano state già considerate nel trattato pertinente si può infatti ritenere che lo Stato abbia implicitamente rinunciato alla possibilità di invocare l'esimente generale al momento della stipula dello stesso.

In conclusione, a nostro avviso, dovrebbe prevalere la tesi restrittiva. Essa discende tanto dalla natura giuridica di norma primaria riscontrabile nelle clausole di deroga quanto dall'indicazione di cui all'art. 25, par. 2, lett. *a*) del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati. In tale ultima previsione sembra infatti potersi facilmente ricomprendere l'ipotesi di convenzioni in materia di tutela dei diritti dell'uomo che escludono rispetto ad alcuni diritti fondamentali ogni possibilità di deroga o subordinano la possibilità di deroga di altri diritti ad una particolare procedura, sia essa quella pur minima della notifica[343].

La tesi restrittiva è inoltre confermata dalla prassi degli Stati in materia. Dall'esame dei ricorsi sottoposti all'attenzione degli organi di controllo non emergono situazioni nelle quali, in simili ipotesi, gli Stati abbiano fatto ricorso all'esimente generale dello stato di necessità: l'uso di tale difesa non viene infatti ritenuto fruttuoso in simili circostanze. In tale contesto il tentativo di sfuggire alla responsabilità internazionale a seguito del mancato rispetto dell'obbligo spesso poggia piuttosto sulla negazione dei fatti o sull'interpretazione capziosa o 'abusiva' delle regole sostanziali[344], piuttosto che sull'invocazione dell'esimente generale.

---

[342] Cfr. M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, cit., p. 119.

[343] L'obbligo di notificare al competente organo di controllo l'adozione delle misure di emergenza è stato comunque interpretato in modo piuttosto elastico dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Così, fra l'altro, nel caso *Lawless v. Ireland*, la Corte ha riconosciuto la conformità delle misure adottate dal governo irlandese all'art. 15, par. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonostante l'obbligo di informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa fosse stato adempiuto in modo informale e solo a seguito dell'adozione delle misure derogatorie: cfr. Corte EDU, *Lawless (Lawless v. Ireland)*, cit., par. 47.

[344] P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 138. Ad esempio, in materia di tortura, va segnalato il tentativo dello Stato di qualificare altrimenti tecniche 'pesanti', 'robuste' di interrogatorio ('*moderate coercion and 'stress and duress' tactics*'), magari ancora giustificate con l'esigenza di reagire con più efficacia all'emergenza, al pericolo grave e imminente di terrorismo. Così, nel corso dell'intervista rilasciata al Pentagono il 4 maggio 2004 da Donald Rumsfeld, Segretario della difesa degli Stati Uniti, si svolgeva la seguente discussione a proposito delle torture inflitte agli irakeni trattenuti nella prigione di Abu Ghraib: REPORTER: '*A number of times from the podium you've said US troops do not torture individuals. Is this one of those rare exceptions here that torture took place?*'; RUMSFELD: '*I think that, I'm not a lawyer. My impression is that what has been charged thus far is abuse, which I believe technically is different from torture. Just a minute. I don't know if it is correct to say what you just said, that torture has taken place, or that there's been a conviction for torture. And therefore I'm not going to address the 'torture' word*'. Cfr. *www.pbs.org/newshour/bb/military/jan_june04/abuse1-05_04.htm*. Per la rilevata tendenza ad aggirare la qualificazione dei fatti di tortura attraverso formule che rendano 'più accettabili' quei fatti, v. i rilievi di A. GIANELLI e A. MARCHESI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in

A nostro avviso l'unico riferimento possibile all'esimente generale in simili contesti pattizi è quello svolto ai fini dell'interpretazione della clausola di deroga, secondo quanto previsto dall'art. 31, par. 3, lett. *c*) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

f. *Le deroghe ammesse nei trattati relativi ai diritti dell'uomo in ipotesi di assenza di specifiche clausole derogatorie.*

Se vi è sostanziale accordo riguardo alla sussistenza di una norma di diritto internazionale generale che, in presenza di alcune circostanze, autorizza gli Stati ad assumere misure eccezionali non conformi agli obblighi di fonte consuetudinaria relativi alla tutela dei diritti umani[345], più problematica è la possibilità per gli Stati parti di un trattato relativo ai diritti dell'uomo, privo di una specifica previsione normativa in tal senso, di derogare gli obblighi pattizi in esso presenti. La questione non è di poco conto se si pensa che gli strumenti internazionali così formulati sono piuttosto numerosi; fra essi si ricordano, a titolo esemplificativo, il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali[346], la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli[347], la maggior parte delle convenzioni promosse dall'Organizzazione internazionale del lavoro[348], la Convenzione sui diritti politici della donna, nonché la Convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti del fanciullo[349].

L'assenza di una specifica clausola di deroga in simili strumenti internazionali potrebbe indicare, secondo i canoni di una interpretazione *a contrario* dell'art. 57 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, l'esclusione di ogni possibilità di deroga. Così, dalla circostanza che '*a treaty in regard to all the parties or to a particolar may be sospend: a) in conformity with the provisions of the treaty or b) at any time by consent of all parties after consultation with the other contracting States*', si potrebbe sostenere, in assenza di un accordo fra gli Stati parti, l'impossibilità di ogni sospensione o deroga in assenza di una specifica previsione

Tortura di Stato: le ferite della democrazia, a cura di A. Gianelli e M.P. Paternò, Roma, Carocci, 2004, p. 149 ss.

[345] Cfr. *Rapport de la réunion d'experts sur les droits non susceptibles de dérogations dans les états ou situations d'exception*, cit., p. 10.

[346] UN GA Resolution, n. 2200 (XXI), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 dicembre 1966, in vigore dal 3 gennaio 1976, Doc. A/RES/2200(XXI)[A-C].

[347] *African Charter on Human and Peoples' Rights*, cit., in vigore dal 21 ottobre 1986.

[348] V. la Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale del 9 luglio 1948.

[349] *Convention on the Rights of the Child*, in vigore dal 2 settembre 1990, costituisce uno dei trattati più recenti e più largamente ratificati. Essa contiene una vasta gamma di diritti, civili, economici, sociali e culturali che, in larga misura, corrispondono all'insieme dei diritti inclusi nei Patti internazionali del 1966.

pattizia in tal senso[350]. In questa direzione sembrerebbe inoltre giocare la regola *pacta sunt servanda*[351]. D'altra parte si potrebbe anche ritenere che gli Stati non abbiano inteso regolare convenzionalmente tale aspetto, riservandosi la possibilità di derogare alle disposizioni convenzionali nei casi ammessi e alle condizioni richieste dal diritto internazionale generale[352].

Per giustificare la scelta di non inserire una disposizione in materia di deroga nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, il presidente del relativo Comitato ha fatto presente '*1) la nature des droits visés dans le Pacte et le fait que les arguments pouvant être invoqués pour justifier, dans une situation d'urgence, une dérogation au droit à une nourriture suffissante ou à des soins de santé paraissent par nature moins impérieux que ceux qui peuvent motiver une dérogation au droit de réunion pacifique ou au droit de vote; 2) l'inclusion dans le dans le Pacte d'une clause de limitation générale, contrairement à la démarche adopté dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques, et 3) le caractère plus souple et moins strictement défini de l'obligation de base énoncée au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte*'[353]. Motivazione, quest'ultima, svolta anche in relazione all'assenza di una simile previsione nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: le clausole di limitazione contenute in tale strumento sarebbero tanto generali da non rendere necessaria la presenza di una disciplina relativa alle deroghe[354].

Gli organi preposti alla supervisione della corretta applicazione delle convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro si sono interrogati sulla questione se gli Stati parti, in costanza di situazioni eccezionali, siano tenuti a dare esecuzione ad ogni obbligo

[350] Tale possibilità è, ad ogni modo, difficilmente sostenibile dal momento che gli strumenti considerati non vietano formalmente le deroghe in questione. Ciò sembrerebbe sostenibile qualora si giungesse a dimostrare l'esistenza di un accordo fra Stati parti in tal senso: cfr. l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

[351] Cfr. l'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattatti.

[352] In tal senso F. OUGUERGOUZ, *L'absence de clause de derogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général*, cit., p. 292; v. poi V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., p. 54.

[353] P. ALSTON e G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRQ*, 1987, IX, 2, p. 217.

[354] In questo senso v. R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, cit., p. 286. L'A. osserva che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo contiene una clausola generale di limitazione ('*accomodation clause*') mentre non vi sono clausole di deroga. Da tale circostanza deriva poi che '*In the move of formally binding instruments, it became necessary to consider such a clause. The International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights contains no derogation provision, thus implicitly confirming the view that such a clause should only be deeemed necessary where there are strong implementation provisions. By contrast, Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides (…)*'. Per la critica di tale posizione v. P. ALSTON e G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 217.

pattizio in essi previsto. In particolare, la Commissione d'inchiesta incaricata dell'indagine relativa alle violazioni della Convenzione n. 87 in materia di libertà sindacale ha riconosciuto: '*la place qui revient, dans la coûtume internationale, aux excuses fondées sur l'état d'exception ou la nécessité peut être considérée comme correspondant pour l'essentiel, dans le cadre particulier de la communauté internationale, à celle qui est assignée dans les systèmes de droit nationaux aux excuses de force majeure et de légitime défense (...). Le principe général de droit découlant de la pratique nationale comme de la coûtume internationale est fondé sur la présomption que le non-accomplissement d'une obligation juridique ne peut être justifié que là où il y a impossibilité de procéder par toute autre méthode que celle qui est contraire à la loi*'[355]. In un altro caso, la Commissione d'inchiesta ha concluso che misure incompatibili con le convenzioni relative alla libertà sindacale possono essere adottate solo '*dans la stricte mesure où la situation l'exige*'[356]. Gli stessi principi, per esplicita ammissione del presidente del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, sono applicabili a tale Patto; il principio enunciato all'art. 4 del Patto secondo cui ogni limitazione deve essere '*compatible avec la nature de ces droits*', potrebbe poi guidare nell'individuazione dei diritti non suscettibili di deroga[357].

È evidente dunque che anche in simili ipotesi vi è la necessità di coordinare le disposizioni pattizie con il sistema generale di diritto internazionale e, in particolare, per quanto in questa sede interessa, con quello relativo alle cause di esclusione dell'illiceità e, in particolare, dello stato di necessità.

Se la sospensione di norme che esprimono diritti programmatici ('*best efforts obligations*'), come ad esempio quelle contenute nel Patto relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, sembra di facile realizzazione[358], laddove siano assenti specifiche indicazioni quanto alle circostanze che permettono la possibilità di una deroga o sospensione

[355] Cfr. il *Rapport de la Commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail pour examiner les plaintes au sujet de l'observation par la Grèce des conventions sur la liberté syndacale*, dell'Ufficio internazionale del lavoro, in *Bulletin officiel*, 1971, par. 110. Secondo la Commissione, le misure adottate devono essere limitate, nell'estensione e nella durata, a quanto strettamente necessario. Tale posizione è stata ribadita dalla Commissione d'inchiesta istituita per studiare il rispetto da parte della Polonia della Convenzione (n. 87) sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale.

[356] Cfr. il *Rapport de la Commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail pour examiner les plaintes au sujet de l'observation par la Pologne des conventions sur la liberté syndacale*, dell'Ufficio internazionale del lavoro, in *Bulletin officiel*, 1984, parr. 71-72.

[357] P. ALSTON e G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 217.

[358] V. l'osservazione generale n. 3 del 1990 del Comitato sui diritti economici, sociali e cultrali che conferma tale risultato rispetto ai diritti enumerati nel Patto.

della norma primaria, e dunque dell'obbligo sostanziale, è legittimo chiedersi se lo Stato possa invocare l'esimente generale dello stato di necessità[359].

La mancata esplicita previsione di una clausola di deroga nei trattati sui diritti umani non può, di per sé, essere intesa come un'implicito riconoscimento del carattere intangibile di tutti i diritti in essi tutelati[360]. In tal senso si osserva che molto spesso trattati che non contemplano la possibilità di deroga prevedono clausole di limitazione che, come si è detto[361], consentono di comprimere in modo significativo il godimento dei diritti fondamentali[362]. Tali clausole non sono tuttavia in grado di assorbire la funzione della clausola di deroga laddove non prevedano l'ipotesi della 'sicurezza nazionale'. Di conseguenza, in assenza di regole speciali che prendano in considerazione tali esigenze, si ritiene per lo più che lo Stato sia abilitato ad invocare l'esimente generale relativa allo stato di necessità, nei termini previsti dall'art. 25 del Progetto del 2001[363]. Tali conclusioni non appaiono tuttavia pienamente convincenti. Ciò è evidente in relazione ai trattati che sanciscono il carattere assoluto ed inderogabile delle proprie disposizioni[364] nonché con riferimento alle regole riproduttive di norme di diritto internazionale cogente[365]. Per le altre ipotesi, invece, l'esclusione di ogni riferimento all'esimente generale discende, a nostro avviso, dalla rinuncia implicita dello Stato al momento della stipula dello specifico trattato.

La compressione o deroga dei diritti sanciti nei trattati a tutela dei diritti umani in tali ipotesi sembra dunque possibile esclusivamente alle condizioni e nei limiti delineati nelle

[359] Nel senso dell'invocabilità dell'esimente generale in simile ipotesi: D. KRETZMER, *The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law*, cit., p. 99.
[360] P. ALSTON e G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 216 ss.
[361] Sulla questione v. *supra*, par. 6.1.a.
[362] Emblematico in tal senso è l'art. 4 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali che consente di comprimere tutti i diritti previsti dal trattato.
[363] In questo senso v. P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p 411 ss. Cfr. poi F. OUGUERGOUZ, *L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: le réponses du droit international générale*, cit., p. 289 ss. Secondo l'A., in assenza di una clausola di deroga è fatta salva anche la possibilità per l'Occupante di qualificare la situazione come un mutamento radicale delle circostanze, che giustifica la sospensione del trattato ai sensi dell'art. 62 della Convenzione di Vienna. Si veda inoltre M.F. LUCKER-BABEL, *Les droits non dérogeables de l'enfant à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, cit., p. 365 ss., secondo il quale lo stesso Comitato per i diritti del fanciullo avrebbe individuato, all'interno della Convenzione per i diritti del fanciullo, un nucleo di disposizioni che proteggono diritti inderogabili.
[364] Così, ad esempio, l'art. 2, par. 2 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti di cui si è detto *supra*, capitolo I, par. 6.
[365] Sul valore cogente di alcune disposizioni per la tutela dei diritti umani v. A. BIANCHI, *Human Rights and the Magic of* jus cogens, in *EJIL*, 2008, XIX, 3, p. 491 ss. Con riferimento invece alle norme di diritto umanitario v. R. NIETO-NAVIA, *International Peremptory Norms (*'jus cogens'*) and International Humanitarian Law*, in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, a cura di L.C. Vorah, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, p. 595 ss.

clausole di deroga comuni ai principali fra essi[366], che potrebbero talora trovare applicazione, per analogia, anche nelle ipotesi in esame. Ciò discende dalla natura consuetudinaria oramai riconosciuta alle condizioni di natura sostanziale relative alla compressione di taluni diritti[367].

[366] Gli Stati africani hanno comunque più volte derogato alla Carta africana dei diritti dell'uomo sulla base di norme interne di natura costituzionale. Per una sintetica rassegna delle norme costituzionali di diversi Stati africani che prevedono clausole di deroga ai diritti fondamentali v. L. SERMET, *The Absence of a Derogation Clause from the African Charter on Human and Peoples' Rights: a Critical Discussion*, in *African HRLJ*, 2007, VII, 1, p. 142 ss., pp. 158-159.

[367] V. C. BINDER, *Non Performance of Treaty Obligations in Cases of Necessity - From 'Necessity Knows no Law' via the 'Law(s) of Necessity' to Interfaces between Different 'Laws of Necessity'*, in *Austrian RIEL*, 2008, XIII, p. 3 ss.

CAPITOLO II

LA NECESSITÀ MILITARE NELLA MODERNA DISCIPLINA DEI CONFLITTI ARMATI

SOMMARIO: 1. L'influsso della necessità come principio informatore e fonte materiale della disciplina del fenomeno bellico nel XIX secolo. - 2. La necessità militare nella moderna disciplina dei conflitti armati. - 2.1. La nozione di necessità militare. - 2.2. La natura giuridica della necessità militare. - 2.3. Le funzioni della necessità militare. - 2.3.a. *Segue*: funzione permissiva. - 2.3.b. *Segue*: funzione restrittiva. - 3. Le diverse gradazioni della necessità nelle norme di *jus in bello*. - 4. Il principio di proporzionalità nello *jus in bello.* - 4.1. Il divieto di attacchi indiscriminati e la regola della proporzionalità dei danni collaterali. - 4.2. La proporzionalità nella considerazione dei vantaggi militari. - 4.3. I limiti nell'impiego dei mezzi e metodi di combattimento. - 5. *Jus cogens* e '*principes intransgressibles*' del diritto internazionale umanitario.

1. *L'influsso della necessità come principio informatore e fonte materiale della disciplina del fenomeno bellico nel XIX secolo.*

Nonostante al principio di necessità militare sia generalmente riconosciuto un ruolo centrale nell'ambito del diritto internazionale dei conflitti armati, non vi è forse nozione che sfugga maggiormente ad una precisa formula definitoria e che si presti in ugual misura a fraintendimenti[1].

L'asserita inconciliabilità logica fra la nozione di necessità militare e la previsione di una disciplina giuridica relativa ai conflitti armati sussiste esclusivamente laddove la necessità militare venga (erroneamente) intesa prevalere su ogni regola giuridica.

Nella concezione della dottrina classica si riteneva che in relazione alle situazioni di conflitto armato operasse una nozione lata di necessità militare intesa come esimente di efficacia generale. Si riteneva che l'esimente sospendesse l'applicazione delle norme del diritto di pace e giustificasse l'impiego della forza da parte del belligerante legittimo contro

[1] W.V. O'BRIEN, *The Meaning of* '*Military Necessity*' *in International Law*, in *World Polity*, 1957, CIX, 1, pp. 142-144; E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre.* Rapport présenté au VIII Congrès de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre (Ankara, ottobre 1979), in *ML&LWR*, 1980, XIX, p. 205 ss., p. 209; B.M. CARNAHN, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: the Origins and Limits of the Principle of Miliary Necessity*, in *AJIL*, 1998, XCII, 2, p. 213 ss., p. 230; J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 7 ss.; G.M.N. SCHMITT, *Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance*, in *Virginia JIL*, 2010, L, 4, p. 796.

quello illegittimo, consentendo anche di interferire nella sfera giuridica dei neutrali[2]. Come in precedenza chiarito[3], il presupposto di applicazione dello stato di necessità è costituito da un pericolo attuale di un danno grave ed imminente per interessi essenziali dello Stato. Così, la considerazione che '*every war has given rise to a state of necessity, constantly or occasionally, for either or both of the belligerants*'[4], portava a ritenere che la stessa situazione di belligeranza nel corso di un conflitto corrispondesse ad una situazione di necessità. Nel rapporto di belligeranza si individuava uno stato di necessità perdurante o il susseguirsi di una molteplicità di situazioni di necessità contrapposte per le parti in conflitto. Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, la necessità militare consentiva ogni comportamento necessario al raggiungimento del fine della guerra, identificato nella sconfitta del nemico[5].

In questo senso si esprimevano ad esempio Grozio[6] ('*in bello omnia licere quae necessaria sunt ad finem belli*') o Bynkershoek[7] ('*sed si rationem, iuris gentium magistram, sequamur in hostes, qua hostes, omnia licet*'). Per Lueder[8] la necessità militare rappresentava il principio direttivo in relazione ai poteri dello Stato occupante ('*Alles, was nötig ist, ist gesetzes-und rechtsmäßig*')[9]. La necessità militare veniva solitamente associata ad una nozione estensiva

[2] Per questi concetti v. P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 11 ss. Sulla distinzione fra cause di esclusione dell'illiceità e l'istituto della sospensione dei trattati v. *supra*, capitolo I, par. 1.

[3] V. *supra*, capitolo I, par. 5.

[4] In questi termini si espresse, ad esempio, il Tribunale penale speciale de L'Aja *(in re Rauter)*, 4 maggio 1948, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, a cura di H. Lauterpacht, 1949, p. 533 ss. È da segnalare però che in altre occasioni la prassi è ricorsa alla figura della legittima difesa per spiegare la preminenza che, nella disciplina del fenomeno bellico, incontrano le esigenze dei belligeranti. Per una critica a tale impostazione G. SCHWARZENBERGER, *International Law*, cit., p. 38 e p. 414.

[5] In questo senso si è parlato di 'necessità di guerra' volta a piegare la resistenza militare dell'avversario o a respingere l'offesa da questo arrecata. Cfr. A. MIELE, *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1970, p. 83. In tal senso U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 156 ss., p. 162; C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, cit., p. 74 ss.; A.P. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 394 ss. Per la tesi che invece configura la necessità militare come un istituto autonomo v. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, III, Roma, Athenaeum, 1915, p. 209; A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, IV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1934; R. AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Addendum*, cit., p. 36; Y. DINSTEIN, *Military Necessity*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New York, Oxford, North Holland, 1982, p. 274; I.P. BLISHCHENKO, *Les principes du droit international humanitaire*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, La Haye, Nijoff, 1984, p. 298; G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 124.

[6] U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, libri III, cap. II, par. 4.

[7] C. BYNKERSHOEK, *Quaestiones juris publici*, I, New York, Oceana, 1964 (riproduzione dell'edizione del 1737), p. 1.

[8] C. LUEDER, *Krieg und kriegsrecht in Allgemein*, in *Holtzendorff Handbuch des Völkerrechts*, IV, a cura di F. Von Holtzendorff, Hamburg, 1889, p. 478.

[9] In quest'ottica la necessità, riprendendo la concezione di Modestino, veniva considerata la fonte principale del diritto internazionale applicabile ai conflitti armati: v. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2.

dell'impiego della forza armata, subordinato alle sole esigenze tattico-strategiche dei belligeranti nelle quali, in ultima analisi, trovava ogni giustificazione.

Con il consolidarsi della vita di relazione internazionale viene percepita in misura crescente l'esigenza di legittimare le operazioni militari mediante la modificazione del diritto internazionale comune, piuttosto che per mezzo dell'esimente dello stato di necessità. Si rafforza così l'idea che la deflagrazione di un conflitto comporti l'applicazione di un *corpus* normativo speciale che, in deroga al diritto comune, consenta, disciplinandone l'esercizio, le attività necessarie a garantire la sicurezza degli Stati coinvolti nel conflitto[10]. La peculiare applicazione della necessità influisce così sull'evoluzione storica dell'ordinamento internazionale: la reiterazione di condotte 'necessitate' ha dato origine, in via consuetudinaria, a specifiche norme primarie idonee a legittimare determinate condotte, codificate compiutamente in occasione della seconda Conferenza per la pace svoltasi a L'Aja nel 1907[11]. Nell'ambito di tale evoluzione si affermano inoltre i principi di legittimità del ricorso alla violenza bellica e *durante bello*, dell'uguaglianza fra belligeranti e di neutralità; si perde l'aspetto più propriamente 'autodifensivo' che nella dottrina classica ispirava lo *jus ad bellum* e lo *jus in bello* in favore di chi perseguiva una giusta causa contro l''illegittimo' avversario; si chiarisce infine il concetto di necessità che informa il regime giuridico applicabile nel corso dei conflitti armati[12].

Già a seguito della prima corposa regolamentazione internazionale in materia, prevista dalle Convenzioni e relativi Regolamenti adottati a L'Aja nel 1899 e nel 1907, la necessità militare si era affermata come elemento delle norme primarie tese a disciplinare la condotta delle ostilità[13]. Ciò nonostante, in simile contesto sono state spesso avanzate soluzioni ermeneutiche tese a valorizzare la necessità militare anche al di là delle ipotesi in cui la

[10] P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 348. L'esigenza di tale suddivisione del sistema giuridico internazionale si delinea già nei Classici. Vattel, in particolare, aveva sottolineato la difficoltà di determinare con precisione, nel caso concreto, quale fosse il limite della *ratio belli*, intesa come causa generale di deroga alle norme di diritto internazionale comune e sosteneva fosse opportuno attenersi '*à des règles générales, indépendantes des circonstances, d'une application sûre et aisée*' (ivi, p. 51).

[11] Sullo sviluppo delle norme di diritto internazionale applicabile ai conflitti armati nel XIX secolo v. in particolare L.F. OPPENHEIM, *International Law*, II, London, Longmans, 1912, p. 227 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*[2], Padova, Cedam, 1954, p. 102 ss.; A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 1820 ss.

[12] Cfr. per tutti, D. SCHINDLER, *Aspects contemporains de la neutralité*, in *Recueil*, 1987-II, vol. 121, p. 226 ss., p. 231. Su tali profili v. P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 349.

[13] Nel corso delle Conferenze del 1899 e del 1907 il colonnello Gross Von Schwarzhoff, delegato del Governo tedesco, aveva propugnato, pur senza successo, la regola dell'esercito prussiano *kriegsräson geht vor kriegsrecht*: v. S.E. NAHLIK, *La protection internationale des biens culturales en cas de conflit armé*, in *Recueil*,

clausola è espressamente contemplata dalle disposizioni convenzionali. Ne è stata esempio la tradizionale dottrina tedesca della *Kriegsräison* espressa nella massima *Kriegsräison geht vor Kriegsmanier*, secondo la quale la ragione di guerra, o necessità bellica, avrebbe dovuto sempre prevalere sulle norme relative alla condotta delle ostilità tese a prescrivere le modalità relative alla sua condotta[14]. Proprio in riferimento a tale concezione, considerata 'distruttrice dell'intero diritto di guerra'[15], alcuni autori arrivarono ad affermare che '*l'odieuse utilisation de la doctrine de nécessité en costitue la décisive condamnation*'[16]. D'altra parte, a ben guardare, se si interpretasse la regola della necessità militare in maniera estensiva si rischierebbe di privare di qualsiasi effetto l'intero sistema di diritto internazionale umanitario[17]. Declinato in una simile accezione, il concetto di ragione di guerra è stato propugnato da alcuni Stati sino alla seconda guerra mondiale, suggerendo la vigenza di una regola consuetudinaria tesa a riconoscere alla necessità militare natura di causa di esclusione dell'illecito rispetto alle violazioni del diritto applicabile nei conflitti armati[18].

1967-I, vol. 121, p. 64 ss., p. 95. Cfr. IDI, *Manuel des lois de la guerre maritime dans les rapports entre belligérants*, Sessione di Oxford, 1913.

[14] La prima definizione sistematica della dottrina, nata in Prussia alla fine del XIX secolo e sviluppatasi nel XX secolo, è generalmente attribuita a C. LUEDER, *Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen*, cit., p. 174 ss. Essa trova una conferma in numerosi autori dell'epoca: A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1896, II, p. 242; A. MERIGHNAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la conférence de La Haye de 1899*, Paris, Chevalier-Marescq, 1903, p. 143 ss.; E. VON ULLMANN, *Völkerrecht*[2], Tubingen, 1908, pp. 469-470; J. WESTLAKE, *International Law*[2], II, Cambridge, Cambridge University Press, 1913, pp. 113-115. Anche Anzilotti ammetteva che la ragione di guerra costituisse un limite eccezionale all'applicazione delle norme del diritto di guerra: cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 209 ss. La concezione della *kriegsräison* ispirò, nel 1902, il *Manuale degli usi della guerra terrestre* pubblicato dallo stato maggiore tedesco, il quale, nonostante la precedente adesione alle convenzioni de L'Aja del 1899, ammetteva che nella guerra totale il diritto bellico dovesse cedere di fronte alla necessità militare: su tali aspetti v. J.H. MORGAN, *War Book of the German General Staff*, Mechanicsburg, Stackpole Books, 2005, p. 52 ss. (traduzione dell'opera in lingua tedesca del 1915); E. GLASER, *Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international*, in *RDPC*, 1951-1952, p. 587; A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, cit., p. 1928, note 1 e 2.

[15] J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1936-IV, vol. 58, p. 551; v. anche C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, in *RGDIP*, 1917, XXI, p. 74 ss.

[16] C. DE VISSCHER, *La responsabilité des États*, cit., p. 112.

[17] I.P. BLISHENKO, *Les principes du droit international humanitaire*, cit., p. 299.

[18] In particolare, l'indirizzo ha trovato sostenitori fino alla seconda guerra mondiale nell'ambiente politico e dei circoli militari tedeschi. Una teoria della necessità che tende chiaramente ad identificare la ragione di guerra con la ragione di Stato traspare in particolare dalle dichiarazioni rese dal Cancelliere tedesco Bethmann-Hollweg per giustificare l'invasione del Belgio nel 1914, oltre che dalla successiva concezione hitleriana del *Lebensraum*. Per una ricostruzione della filosofia politica sottesa alla dottrina in questione v. E. TAWFIK HAZAN, *L'état de nécessité en droit pénal, interétatique et international*, Paris, Pedone, 1949, p. 111 ss.; H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*[5], London, 1952, pp. 193-194; E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 214 ss.; B.M. CARNAHAN, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: the origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, cit., p. 218; J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, cit., pp. 7 ss. Sulla questione v. *amplius, infra*, capitolo II, par. 2.2.

Da quanto sin qui emerso è evidente che nel contesto del diritto internazionale umanitario, la necessità rappresenta in primo luogo il principio informatore del contenuto positivo delle regole del diritto internazionale umanitario. Essa ha infatti plasmato, attraverso una prassi di comportamenti necessitati *ad hoc*, un nucleo di norme di contenuto corrispondente che disciplinano, in deroga al diritto internazionale comune, il compimento di attività necessarie al perseguimento di fini militari[19]. In questo primo ruolo storico e pregiuridico, alla necessità si riconosce la natura di fattore normativo informatore del regime giuridico speciale dei conflitti armati. In tale accezione la necessità costituisce la *ratio* sottesa al contenuto positivo delle norme di fonte consuetudinaria e pattizia del diritto applicabile ai conflitti armati[20]. In tal senso si è espressa, fra l'altro, la stessa Commissione del diritto internazionale che ha individuato nella necessità '*the underlying criterion for a series of substantive rules of the law of war and neutrality (…)*'[21].

In tale prospettiva la necessità militare, pur non specificamente contemplata dalle norme positive del diritto internazionale dei conflitti armati, opera pur sempre quale presupposto della legittimità della condotta del belligerante[22]. È tuttavia evidente che in una simile accezione essa esaurisce la propria funzione a seguito della redazione delle norme relative ai conflitti armati[23].

[19] Ivi, p. 355. Presenta il diritto di guerra come diritto di necessità C. TOBLER, *Kriegsnotwendigkeit*, in *Wörterbuch des Volkerrechts*, a cura di Strupp e Schlochauer, II, Berlin, 1961, p. 352.
[20] V. G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, in *Netherlands YIL*, 2010, XLI, p. 45 ss., p. 49.
[21] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 21.
[22] A. MIELE, *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, cit., p. 89.
[23] Secondo E. VITTA, *La necessità nel diritto internazionale*, Roma, Foro italiano, 1936, p. 341, '*sarebbe un grave errore confondere la nozione obiettiva ed impersonale della ragione di guerra, che gli Stati han riconosciuto* in abstracto*, con la concezione subbiettiva ed extragiuridica che può farsene il singolo belligerante: la ragion di guerra, come scopo impersonale comune a tutti i belligeranti, non sopravvive alla redazione delle norme, benché sia un importante elemento nel determinarne la nascita*'. Cfr. A. MIELE, *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, cit., p. 134.

2. *La necessità militare nella moderna disciplina dei conflitti armati.*

2.1. *La nozione di necessità militare.*

Nel diritto internazionale moderno la necessità militare costituisce un principio fondamentale sotteso alla cornice normativa del diritto internazionale umanitario; il suo contenuto essenziale nonché la sua funzione giuridica hanno natura consuetudinaria[24].

Il contenuto di tali regole consuetudinarie è rinvenibile nelle numerose disposizioni convenzionali del diritto internazionale umanitario che vi si riferiscono[25]. D'altra parte, in applicazione dell'insegnamento della Corte internazionale di giustizia circa il valore delle norme stabilite dalle Convenzioni di Ginevra, le regole convenzionali in materia costituiscono la '*specific expression*' delle norme generali di diritto umanitario[26]. Analoghe indicazioni emergono dal rapporto redatto dal Segretario generale delle Nazioni Unite ed approvato dal Consiglio di sicurezza relativamente all'istituzione del Tribunale internazionale per giudicare i presunti responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio della *ex*-Iugoslavia[27].

La nozione di necessità militare cui si riferiscono i principali manuali militari moderni è stata largamente influenzata dalla definizione datane nel 1863 nel *Lieber Code*[28]: '*Military*

---

[24] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 107.

[25] In tal senso v., fra gli altri, L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, cit., p. 661.

[26] V. in tal senso ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 220 secondo cui: '*The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of article 1 of the Geneva Conventions, to 'respect' the Conventions and even 'to ensure respect' for them 'in all circumstances', since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression*'.

[27] Cfr. *United Nations Secretary-General's Report on Aspects of Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia*, in *ILM*, 1993, XXXII, n. 4, p. 1159 ss., p. 1170 ss. Il rapporto è stato approvato dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 827 del 1993, ivi, p. 1203 ss., UN Doc. S/RES/827 (1993), 25 maggio 1993. In proposito v. T. MERON, *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, in *AJIL*, 1994, LXXXVIII, p. 78 ss. Per altri elementi della prassi da cui sembrano emergere conferme circa la corrispondenza fra le regole umanitarie stabilite dalle Convenzioni internazionali e il diritto internazionale generale v. L. CONDORELLI, *Le droit humanitaire dans la crise et la 'guerre' du Golfe*, in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, a cura di B. Stern, Paris, Montchrestien, 1991, p. 187 ss.

[28] Cfr. *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, (*Lieber Code)*, adottato il 24 aprile 1863 con *General Order* n. 100(1) e sottoscritto dal Presidente Abraham Lincoln; il suo testo è reperibile all'indirizzo: http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument. Il testo prende il nome dal giurista e filosofo politico anglo-tedesco Francis Lieber che l'ha predisposto su richiesta del generale Halleck, comandante in capo delle forze dell'Unione nel corso della guerra civile americana. In esso venivano dettate le regole di condotta che le forze degli Stati Uniti avrebbero dovuto seguire nello svolgimento della guerra civile americana. Il *Lieber Code* è riprodotto poi da L. FRIEDMAN, *The Laws of War. A Documentary History*, II, New York, 1972,

necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensabile for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war'[29]. Il principio in esame impone dunque che le misure adottate nel corso di un conflitto armato rispettino due requisiti fondamentali, uno fattuale (ovvero siano *necessary for the achievement of the ends of the war*) ed uno giuridico (*lawful according to the modern law and usages of war*).

Se non vi sono dubbi circa la possibilità di ricomprendere nell'espressione '*modern law and usages of war*' l'intero *corpus* normativo del diritto internazionale umanitario convenzionale e consuetudinario applicabile a situazioni di conflitto armato, più complesso è determinare cosa debba intendersi per '*measures which are indispensabile for securing the ends of the war*'[30]. Già al momento della predisposizione del *Lieber Code*, quando la determinazione dello scopo della guerra veniva in larga parte lasciata alla discrezionalità dei belligeranti, l'unico scopo legittimo della condotta delle ostilità era considerato l'indebolimento delle forze militari del nemico[31]. Nei moderni manuali militari la sola azione militare legittima è quella '*indispensable for securing the ends of the war*' attuata tramite le sole misure '*required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources*'[32] o, ancora, e più specificamente, '*required to bring about the successful conclusion of a military operation*'[33], '*necessary for military purposes*'[34], o '*indispensables à l'accomplissement de la mission*'[35]. In un simile contesto è stato osservato '*the reference to the complete submission of the enemy, written in the light of*

---

p. 158 ss. Per un commento v. H. PARKS, *Protection of Cultural Property from the Effects of War*, in *The Law of Cultural Property and Natural Heritage: Protection, Transfer and Access*, a cura di M. Phelan, Illinois, Evanston, 1998, pp. 3-6; sul ruolo di Francis Lieber nello sviluppo del diritto internazionale dei conflitti armati v. K. NABULSI, *Traditions of War*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 158 ss.

[29] Cfr. l'art. 14 del *Lieber Code*.

[30] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 101.

[31] V. *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight, St. Petersburg Declaration* (1868), 11 dicembre 1868, in *AJIL Supplement*, 1907, p. 95 ss., il cui Preambolo afferma: '*the only legittimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy*'.

[32] Cfr. *The Manual of the Law of Armed Conflict*, United Kingdom Ministry of Defence, Oxford, Oxford University Press, 2004, sez. 2.2.: *military necessity*; cfr. *The Law of War on Land*, United Kingdom War Office, 1958, sezione III.

[33] Cfr. *Glossary of Terms and Definitions*, NATO, (AAP-6V), 1998, reperibile all'indirizzo: *http://www.dtic.mil/doctrine/jel/other_pubs/aap_6v.pdf*.

[34] Cfr. *The Law of Land Warfare, United States Department of the Army Field Manual* (FM 27-10), 1956, par. 3.

[35] Cfr. *Armée Suisse, Bases legale du comportement à l'engagement*, (BCE), 2005, par. 160.

the experience of total war in the Second World War, is probably now obsolete, since war can have a limited purpose (…)'[36].

Considerazioni relative alla necessità militare vengono poi in gioco in relazione alla dottrina militare della '*military economy*' o '*economy of force*', secondo la quale il *quantum* di violenza bellica impiegata non dovrebbe mai eccedere quella in concreto necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito[37]; il criterio del minimo dispendio di tempo, vite e risorse dovrebbe essere inteso riferirsi '*not only to the assailant, but also to the party attacked*'[38].

La duplice natura del principio di necessità militare espressa nel *Lieber Code*, accolta in numerosi manuali militari di epoca moderna[39], ha trovato una conferma nelle opinioni della dottrina[40] e nella giurisprudenza internazionale[41]. Nel diritto internazionale dei conflitti armati contemporaneo, la necessità militare viene quindi in rilievo nella valutazione di ogni azione militare posta in essere in situazioni di conflitto armato: ogni condotta militare deve essere necessaria per il raggiungimento di uno scopo militare e non deve essere proibita dalle norme di diritto internazionale umanitario. Significativa, in particolare, la posizione assunta dal Tribunale militare statunitense di Norimberga, nella decisione del 19 febbraio 1948 resa in *re*

[36] Cfr. A.P.V. ROGERS, *Law on the Battlefield*[2], New York, Juris, 2004, p. 5.
[37] G.I.A.D. DRAPER, *Military Necessity and Humanitarian Imperatives*, cit., p. 130. V. anche il riferimento alla '*economy of force*' nella definizione di necessità militare contenuta nel Libello delle Forze aeree statunitensi (AFP 110-31), *The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, 1976, pp. 1-6.
[38] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, a cura di C. Pilloud, Y. Sandoz, Geneva, Nijhoff, 1987, p. 1397 ss.
[39] V., ad esempio, *Manuel de droit des conflits armés*, Paris, Ministère de la Défence. Direction des affaires juridiques, Bureau des droits des conflits armés, 2001, p. 86 ss.
[40] V. ad esempio, E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 211 e C.M. GREENWOOD, *Historical Development and Legal Basis*, in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 130 ss.: entrambi escludono che la necessità militare possa giustificare azioni contrarie al diritto internazionale umanitario; W.G. DOWNEY, *The Law of War and Military Necessity*, in *AJIL*, 1953, XLVII, 2, p. 251 ss., p. 254; H. MEYROWITZ, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering. From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, in *IRRC*, 1994, LXXVI, n. 299, p. 98 ss., p. 106; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkely, University of California Press, 1959, p. 313 ss.; G.M.N. SCHMITT, *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law*, in *Yale JIL*, 1992, XVII, p. 609 ss., p. 640; R. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, cit., p. 443; Y. DINSTAIN, *Military Necessity*, in *Encyclopedia of Public International Law*, cit., p. 396 ss.
[41] Cfr. Tribunale militare statunitense di Norimberga, *United Nations War Crimes Commission, The Hostages case* (*In re List and Others)*, 19 febbraio 1948, in *Digest of International Law*, a cura di P. Whiteman, Washington, 1968, p. 368 ss. Il Tribunale affermava: '*Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money*'. Per un'analisi del concetto di necessità militare nella giurisprudenza successiva alla seconda guerra mondiale v. R. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, in *BYIL*, 1952, XXIX, p. 442 ss., p. 446 ss.

List and Others (Hostages Trial)[42] poiché la necessità militare era stata invocata dagli imputati per giustificare l'uccisione di civili innocenti e la distruzione di villaggi e di città nel territorio occupato. Secondo il Tribunale '*Military necessity or expediency do not justify a violation of positive rules (…) articles 46, 47 and 50 of the Hague Regulations of 1907 make no such exceptions to its enforcement. The rights of the innocent population therein set forth must be respected even if military necessity or expediency decree otherwise*'[43]. Le proibizioni contenute nel Regolamento citato sono dunque '*superior to military necessities of the most urgent nature except where the Regulations themselves specifically provide the contrary*'[44]. Anche il Tribunale penale speciale de L'Aja, nella decisione pronunciata il 4 maggio 1948 *in re Rauter*, affermò che '*The laws of war purpoting to lay down what actions are prohibited in warfare would be useless if the belligerents were allowed to deviate from them on the ground of a state of necessity*'[45]. E in sede d'impugnazione della citata sentenza, il Tribunale ribadì che '*the laws of war have been codified for the precise purpose of containing the 'Kriegsräison' within the bounds of the law*'[46]. Infine, nelle conclusioni formulate in relazione al caso *in re von Lewinski (called von Manstein)*[47], deciso il 19 dicembre 1949 dal Tribunale militare britannico di Amburgo, il *Judge Advocate* sostenne che si dovesse disattendere il principio secondo il quale la necessità militare dovrebbe prevalere sugli usi della guerra '*Once the usages of war have assumed the status of laws they cannot be overriden by necessity, except in those special cases where the law itself makes provision for that eventuality*'. E ciò in considerazione del fatto che le norme che disciplinano la condotta bellica '*have already made allowance for military necessity*' dal momento che '*military necessity has already been taken into consideration in the framing of these laws*'[48]. Emerge così in tutta evidenza l'impossibilità di un riferimento alla necessità militare in assenza di un'espressa e specifica previsione in tal senso[49]. Il diritto internazionale dei conflitti armati è infatti una disciplina

[42] Cfr. Tribunale di Norimberga, *United Nations War Crimes Commission, The Hostages case* (*In re List and Others)*, cit., p. 368.
[43] Ivi, p. 647.
[44] Il passo è riportato da R. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, cit., p. 451.
[45] Cfr. Tribunale penale speciale de L'Aja (*in re Rauter*), 4 maggio 1948, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, a cura di H. Lauterpacht, 1949, p. 533 ss.
[46] Ivi, pp. 532-533.
[47] Tribunale militare britannico di Amburgo (*United Kingdom v. von Lewinski, called von Manstein)*, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, XVI, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 509 ss.
[48] Ivi, p. 512. V. nel medesimo senso Tribunale militare statunitense (*in re Krupp and Others*), 31 luglio 1948, in *Digest of International Law*, cit., p. 302.
[49] P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 390. In senso analogo si vedano, fra gli altri, F. LISTZ, *Das Völkerrecht*, cit., p. 286 e p. 456; L.F. OPPENHEIM, *International Law*[7], a cura di Lauterpacht,

volta alla regolamentazione giuridica della condotta delle ostilità in un contesto che *per se* costituisce una situazione di emergenza. Il bilanciamento fra gli interessi in gioco, protezione della popolazione da una parte ed esigenze militari, dall'altra, è stato infatti già effettuato al momento dell'elaborazione e redazione degli strumenti in questione[50]. È di conseguenza implicitamente esclusa la possibilità di riferirsi alla situazione di necessità se non nei soli casi e negli stretti limiti in cui la norma stessa stabilisca la possibilità di una deroga alla disciplina generale[51]. La necessità militare non consente condotte in violazione di specifici obblighi o proibizioni imposti dal diritto internazionale umanitario, sempre che la stessa norma non contempli tale possibilità[52]. La giurisprudenza sopra citata è infatti concorde nel ritenere che la necessità militare operi consentendo una condotta dei belligeranti astrattamente vietata solo nell'ipotesi in cui, in relazione a specifiche norme primarie proibitive, essa sia espressamente prevista[53]. Le limitazioni apposte in via normativa al suo esercizio sono pertanto espressione

---

London, New York, Toronto, 1952, p. 231 ss.; U. BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., pp. 163-164 e pp. 186-189 e C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, cit., p. 74 ss.; K. STRUPP, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Roma, Anonima romana editoriale, 1926, pp. 118-119 e E. VITTA, *La necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 341; N. HAYASHI, *Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law*, in *Boston UILJ*, 2010, XXVIII, p. 39 ss., p. 42. Del resto, tale impossibilità risulta anche dal Preambolo della Dichiarazione di San Pietroburgo concernente l'interdizione dei proiettili esplosivi di peso inferiore ai 400 grammi, nel quale si asseriva di aver fissato '*les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité*'. La tesi esposta trova ulteriore conferma nel par. 3 *a*) del Manuale dell'esercito statunitense sulle leggi della guerra terrestre del 1956 nella parte in cui prevede che '*the prohibitory effect of the law of war is not minimized by 'military necessity' wich has been defined as that principle wich justifies those measures not forbidden by international law which are indispensable for securing the complete submission of the enemy as soon as possible. Military necessity has been generally rejected as a defense for acts forbidden by the customary and conventional laws of war inasmuch as the latter have been developed and framed with consideration for the concept of military necessity*': v. M. WHITEMAN, *Digest of international law*, Washington, p. 299; cfr. E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 215.

[50] L'intero diritto internazionale umanitario è formulato nella continua tensione fra il principio di umanità e quello di necessità militare; secondo C. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p. 21, '*le droit de la guerre est le produit d'un compromis entre les impératifs de l'efficacité militaire et les exigences des sentiments d'humanité*'. Sulla questione v., fra gli altri, T. MERON, *Convergence of International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit., p. 100.

[51] V. ad esempio, l'art. 33, par. 2 della I Convenzione di Ginevra, l'art. 49, par. 2 e par. 5, gli artt. 53 e 55, par. 3 e l'art. 108, par. 2 della IV Convenzione di Ginevra nonché l'art. 54, par. 5 del I Protocollo addizionale del 1977.

[52] Così G.I.A.D. DRAPER, *Military Necessity and Humanitarian Imperatives*, cit., p. 142; E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 210; ICCR, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 1389 ss.; H. MEYROWITZ, *The Principle of Superfluous Injury or Uncessary Suffering*, cit., p. 108; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, cit., p. 314.

[53] Per un esame della prassi in questione v. R. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, cit., p. 442 ss. Per l'influsso innovativo e di sviluppo del diritto internazionale di tali decisioni giudiziarie cfr. I.P. BLISHCHENKO, *Judicial Decisions as Source of International Humanitarian Law*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, 1979, p. 41 ss.

del limite che la ragione di guerra non può travalicare[54]. Per la comune coscienza giuridica della società internazionale, oltre tale limite la considerazione degli interessi di conservazione dei belligeranti non potrebbe spingersi; correlativamente, al di sotto di tale limite non potrebbe scendere il grado di tutela di determinate esigenze di civiltà ed umanità considerate imprescindibili.

2.2. *La natura giuridica della necessità militare.*

Si impone ora di verificare se in rapporto al diritto internazionale dei conflitti armati la necessità militare, oltre al ruolo indicato di *ratio* delle norme di diritto umanitario[55] svolga anche la funzione ulteriore di esimente. In essa, infatti, si è spesso ravvisata una circostanza *speciale* di esclusione dell'illecito strettamente inerente al diritto applicabile nei conflitti armati che opererebbe nella sfera circoscritta dall'oggetto e dallo scopo delle convenzioni internazionali che la contemplano[56]. Tuttavia, se così fosse, non vi sarebbe ragione di escludere la possibilità di un coordinamento fra la clausola di necessità militare e l'esimente generale dello stato di necessità[57]. Ad ogni modo, le argomentazioni addotte dagli Stati al fine di sfuggire alla responsabilità internazionale conseguente alla violazione di obblighi di diritto internazionale umanitario non si fondano tanto sull'invocazione dell'esimente dello stato di necessità ma piuttosto sulla negazione *tout cout* dei fatti ad essi contestati o, ancora, su una interpretazione e applicazione delle regole sostanziali in concreto applicabili avulsa dal contesto in cui le stesse sono inserite[58].

---

[54] In questo senso P. WEIDEN, *Necessity in International Law*, cit., p. 105; J. DOWNEY, *The Law of War and Military Necessity*, cit., p. 254 ss.; P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*[2], Genève, Librerie de l'Université, 1954, p. 6; L. KOTZSCH, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Genève, Droz, 1956, p. 118 ss.; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley, University of California Press, 1959, p. 279; C. EUSTATHIADES, *La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des bien culturels en cas de conflit armé*, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 183 ss., p. 186 ss.; A.P. SERENI, *Ragioni di guerra e principi di umanità*, cit., p. 180 ss.; H. KELSEN, *Principles of International Law*[2], a cura di R. W. Tucker, New York, Holt, Rinehart, Winston, 1966, p. 100.

[55] Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 1.

[56] In questo senso v. L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, cit., p. 656. Sul punto v. P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 388.

[57] Sulla questione si è detto *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2.

[58] A proposito di tali interpretazioni si vedano i rilievi critici di M. SASSÒLI, *La guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre*, cit., p. 211 ss.; ID., *The Status of Persons Held in Guantanamo under International Humanitarian Law*, cit., p. 96 ss.; ID., *Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism*, cit., p. 195 ss.

Natura giuridica di esimente speciale è ad esempio attribuita alla nozione di '*operational necessity*', sviluppatasi nel contesto delle attività non militari di forze delle Nazioni Unite ed idonea ad escludere la illiceità della condotta dettata da specifiche esigenze della missione e ad essa strettamente funzionali[59].

Nel caso in cui i contingenti nazionali siano operativi sotto il controllo delle Nazioni Unite per partecipare a *peace-keeping* e *peace-enforcement operations*, essi costituiscono un organo sussidiario dell'Organizzazione e le loro azioni sono imputabili all'Organizzazione stessa in virtù dell'art. 7 del Progetto relativo alla responsabilità delle organizzazioni internazionali adottato in seconda lettura nel 2011[60]. Su richiesta dell'Assemblea generale, il Segretario generale dell'Organizzazione ha sviluppato delle *guidelines* per precisare i limiti temporali e finanziari della responsabilità delle Nazioni Unite[61] in conformità alle quali la responsabilità delle Nazioni Unite è limitata, ad eccezione delle ipotesi di '*gross negligence*' e '*wilful misconduct*', ed è in concreto esclusa in casi di '*operational necessity*'[62].

L'*Office of Legal Affairs* delle Nazioni Unite ha di recente chiarito la funzione della nozione nei *Comments and observations* relativi al Progetto sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali adottato in prima lettura nel 2009[63] riconoscendo all'*operational necessity* natura giuridica di '*circumstance precluding liability for property loss or damage caused in the ordinary conduct of the operation and in pursuit of the force mandate*'[64] che prevale sull'obbligo di provvedere alla '*full reparation*' stabilito all'art. 34 del Progetto del 2011[65].

---

[59] Cfr. sul punto A. CARLEVARIS, *Recenti sviluppi nella prassi degli 'Status of Forces Agreements' per le operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, in *CI*, 1998, LIII, 4, p. 667 ss., p. 684 ss.

[60] L'art. 7 del Progetto del 2011 stabilisce: '*The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct*'. Sulla questione v. *amplius, infra*, capitolo III, par. 3.

[61] Cfr. UN GA Resolution, n. 52/547, 26 giugno 1998, *Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operations. Report of the Secretary General*, UN Doc. A/51/903. In conformità a tali principi ogni istanza deve essere sollevata entro sei mesi dal verificarsi del danno.

[62] D. FLECK, *Individual and State Responsibility for Violations of the* ius in bello: *an Imperfect Balance*, cit., p. 189. La riparazione in ipotesi di malattie, lesioni personali o morte è inoltre limitata nel massimo: V. D. SHRAGA, *UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations Related Damage*, in *AJIL*, 2000, XCIV, 2, p. 406 ss.

[63] Cfr. *Comments and Observations of the Office of Legal Affairs on the Draft Articles on Responsibility of International Organizations, Adopted by the International Law Commission on First Reading in 2009*, febbraio 2011, UN Doc. A/CN.4/637/Add.1.

[64] Il Rapporto del Segretario generale del 1996 relativo al finanziamento delle operazioni di *peace-keeping* ha ridefinito il concetto di *operational necessity* circoscrivendo i suoi contorni a seguito di un bilanciamento fra le esigenze operative delle forze delle Nazioni Unite e la tutela della proprietà privata. Sul punto cfr. *Comments and Observations of the Office of Legal Affairs on the Draft Articles on Responsibility of International*

Seppur distante dall'esimente generale dello stato di necessità[66], l'*operational necessity* sembra dunque configurare, nel contesto di *peace-keeping operations*, un *regime speciale* di responsabilità secondo la formula prevista dall'art. 64 del Progetto adottato in seconda lettura[67]. La condotta posta in essere in costanza di situazioni di '*operational necessity*' dai contingenti delle Nazioni Unite, infatti, '*precludes responsibility for property loss or damage caused in the course of UN peace-keeping operations under the conditions set out by the Secretary-General and endorsed by the General Assembly*'[68]. La condotta delle forze di *peace-keeping* in simili circostanze è foriera del solo *indennizzo* in relazione alle conseguenze pregiudizievoli cagionate ai terzi[69], in virtù della sicura applicabilità alle *esimenti speciali* della disciplina generale prevista dall'art. 27, par. 1, lett. *b*) del Progetto del 2011[70]. La questione è comunque di regola disciplinata preventivamente da accordi *ad hoc* fra Nazioni Unite e singoli Stati nel cui territorio si svolge l'operazione[71].

Con riferimento alla *necessità militare*, una simile ricostruzione è stata formulata, fra l'altro, come peculiare applicazione della dottrina della *Kriegsräison* in alcune pronunce successive alla prima guerra mondiale del *Reichsgericht* civile tedesco[72] ed è stata alla base

---

Organizations, Adopted by the International Law Commission on First Reading in 2009, cit., parte II: *Practice of the United Nations*, par. 4.

[65] Secondo l'art. 34: '*Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this Chapter*'.

[66] Cfr. *Comments and Observations of the Office of Legal Affairs on the Draft Articles on Responsibility of International Organizations*, cit., parte II: *Practice of the United Nations*, par. 3.

[67] *Ibidem*. La previsione è con tutta evidenza modellata sull'omologo art. 55 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001.

[68] Cfr. UN GA Resolution n. 52/247, *Third-Party Liability: Temporal and Financial Limitations* in cui si legge: '*the view of the Secretary-General that liability is not engaged in relation to third-party claims resulting from or attributable to the activities of members of peacekeeping operations arising from operational necessity*' (UN Doc. A/RES/52/247, 26 giugno 1998, par. 6).

[69] Cfr. *Report of the Secretary-General, Financing of the United Nations Peacekeeping Operations*, 20 settembre 1996, UN Doc. A/51/389, par. 14, in cui si individuano con precisione i limiti della '*operational necessity*', nei termini descritti nel par. 14 del primo rapporto del Segretario generale sulla responsabilità nei confronti di terzi'.

[70] Cfr. l'art. 27, par. 1, lett. *b*) dei due omologhi Progetti. Sulla questione v. *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 3 nonché capitolo I, par. 1.

[71] Il problema si è presentato in relazione ai danni a cose e persone causati nel corso delle operazioni di pace in Congo nel 1960. In tale circostanza le Nazioni Unite hanno concluso una serie di accordi con gli Stati che avevano esercitato la protezione diplomatica a tutela dei propri cittadini determinando l'indennizzo versato dalle Nazioni Unite in termini forfettari: v. H. SCHERMERS, *International Organizations, Legal Remedies Against Acts of Organs*, in *Encyclopedia of Public International Law*, II, 1995, p. 1318 ss. Le Nazioni Unite non hanno tuttavia riconosciuto un obbligo internazionale di riparazione indicando di accettare di versare la somma su base volontaria: cfr. *Official Records of the Security Council, Twentieth Year, Supplement for July, August and September 1965*, UN Doc. S/6597. Cfr. D.W. BOWETT, *Military Forces Abroad*, in *Encyclopedia of Public International Law*, III, 1997, p. 388 ss.

[72] Cfr. la sentenza del 1° novembre 1922, in *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1921-1922, pp. 427-428 e del 5 novembre 1924, in *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1923-1924, pp. 428-429. Tali decisioni affermavano la liceità di atti di requisizione e di disposizione di beni appartenenti a cittadini belgi

delle difese svolte, pur senza successo, innanzi ai tribunali per i crimini di guerra a seguito della seconda guerra mondiale[73]. La necessità militare è stata infatti spesso invocata come causa di esclusione dell'illecito in relazione alla violazione di norme relative al trattamento dei prigionieri di guerra e dei nemici inermi, oltre che in relazione alla deportazione di civili e alla distruzione delle proprietà nel territorio occupato; tuttavia le giustificazioni addotte dagli Stati in virtù di tale formulazione della dottrina non trovano un riscontro nella prassi immediatamente successiva al secondo conflitto mondiale[74], sopra richiamata.

Anche la prassi più recente si è attestata nel medesimo senso. Nessun indennizzo è infatti riconosciuto in ipotesi, ad esempio, di distruzione o sequestro della proprietà privata individuale da parte delle forze della Potenza belligerante nemica in costanza di imperiose necessità militari[75]. Ciò discende dalla conformità della condotta posta in essere a quella imposta dalla norma primaria nell'ambito dello *jus in bello* ovvero, nell'esempio ora riportato, all'art. 23, lett. *g*) del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1899 sulle leggi e consuetudini della guerra terrestre e all'omologo articolo del Regolamento annesso alla corrispondente Convenzione de L'Aja del 1907. L'inoperatività della disciplina generale dettata dall'art. 27, par. 1, lett. *b*) del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati conduce ad escludere la configurabilità di una causa speciale di esclusione dell'illecito.

Anche laddove l'indennizzo sia riconosciuto, è la norma primaria stessa a prevederlo quale requisito di legittimità dell'azione. Così, ad esempio, si è stabilito l'obbligo di Israele di versare un indennizzo in relazione alle requisizioni effettuate ai danni della popolazione palestinese locale per far fronte ai '*needs of the army of occupation*'[76]. In tal caso però è la stessa norma primaria, l'art 52 della IV Convenzione de L'Aja, a prevedere un simile obbligo:

---

compiuti dalle autorità occupanti tedesche in contrasto con la IV Convenzione de L'Aja del 1907 tesi ad ovviare all'embargo imposto alla Germania dalle Potenze nemiche.

[73] Per un'analisi circa l'atteggiamento dei tribunali per i crimini di guerra in relazione alla difesa basata sulla necessità militare v. R. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, cit., pp. 442- 452; J. DOWNEY, *The Law of War and Military Necessity*, cit., pp. 254-262.

[74] Cfr. Tribunale penale speciale de L'Aja (*in re Rauter*), in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, cit., p. 533 ss.; Tribunale militare statunitense di Norimberga (*United Kingdom v. von Lewinski, called von Manstein)*, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, cit., p. 509 ss.

[75] Tale argomento emerge fra l'altro, *a contrario*, in *Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, 17 dicembre 2004, par. 132; *Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, 17 dicembre 2004, par. 126. Sulla questione v. M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., pp. 255-256.

[76] V., *ex multis*, Corte Suprema di Israele, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 30 maggio 2004, HCJ2056/04, reperibile all'indirizzo: http://www.unhcr.org/refworld/docid/4374ac594.html, par. 32.

l'indennizzo non costituisce dunque una forma di riparazione quanto piuttosto una condizione di legittimità della requisizione stessa.

Il solo contesto in cui la necessità militare sembra ricostruita secondo lo schema dell'esimente nell'ambito del diritto internazionale umanitario è quello della disciplina relativa alle *grave breaches* di norme del diritto internazionale umanitario. Gli artt. 50, 51, 130 e 147 rispettivamente delle quattro Convenzioni di Ginevra individuano una serie di condotte che fanno sorgere, accanto alla responsabilità dello Stato cui il comportamento è attribuibile, anche la responsabilità penale individuale di chi ha tenuto la condotta illecita se '*not* justified *by military necessity*'. In tale contesto è però evidente che l'angolo prospettico è piuttosto incentrato sulle condizioni relative alla sussistenza della responsabilità dell'individuo che abbia materialmente posto in essere la condotta illecita attribuita (anche) allo Stato[77]. L'espressione si riferisce infatti all'esigenza di configurare la responsabilità penale individuale solo in ipotesi di condotte *non* conformi all'obbligo individuato dalla norma primaria, che ben potrebbe prevedere la possibilità di una *eccezione* o *deroga* in virtù di esigenze militari (elemento oggettivo della condotta penalmente illecita) *nonché* laddove sia possibile ravvisare una partecipazione soggettiva dell'autore della violazione della norma primaria (elemento soggettivo della condotta penalmente illecita)[78]. In relazione al primo elemento dell'illecito penale individuale, è del tutto evidente che laddove la condotta posta in essere dall'individuo-organo rispetti la norma primaria e quindi anche i parametri individuati dalla necessità militare, essa debba considerarsi lecita in quanto *ab origine* conforme ai criteri di legittimità dell'impiego della forza ammessa nel corso del conflitto armato. Di conseguenza, in simili ipotesi, l'esclusione dell'attribuzione di un illecito allo Stato di cui l'individuo è organo non discende tanto dall'invocabilità di una esimente (speciale) di diritto internazionale ma piuttosto dalla liceità del comportamento dell'individuo attribuibile allo Stato di cui egli è organo. Nessun illecito può infatti essere attribuito allo Stato in relazione alla condotta di suoi organi che abbiano agito in modo conforme a quanto prescritto dalla norma primaria[79]. La configurabilità di una specifica norma, generale o pattizia, che preveda e

[77] Il regime giuridico della responsabilità statale conseguente a *grave breaches* di norme di diritto internazionale umanitario viene invece in gioco nella disciplina dettata dagli articoli immediatamente successivi (artt. 51, 52, 131, 148 rispettivamente delle quattro Convenzioni di Ginevra) che escludono ogni possibilità per gli Stati di sfuggire alla responsabilità internazionale conseguente alle condotte in parola.

[78] Così, gli artt. 50, 51 e 147 rispettivamente della I, II e IV Convenzione di Ginevra individuano l'elemento soggettivo dell'illecito nella circostanza che il comportamento sia posto in essere '*wantonly*'; l'art. 130 si richiama invece all'elemento soggettivo con l'espressione '*wilfully*'.

[79] Sulla questione v. però *infra*, capitolo II, par. 5.

disciplini l'elemento della necessità militare consente infatti di considerare normalmente leciti, sin dall'origine, i comportamenti che vi si conformano; tali norme limitano il contenuto degli obblighi primari *ab origine* piuttosto che giustificare la loro violazione *ex post*.

La natura giuridica della necessità militare è allora assimilabile a quella delle clausole di deroga[80] e di eccezione contenute nei trattati a tutela dei diritti dell'uomo. Ciò emerge in primo luogo dalla formulazione testuale delle norme convenzionali che la prevedono. Così, ad esempio, l'art. 54, par. 5 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra prevede: '*in recognition of the vital requirements of any Party to the conflict in the defence of its national territory against invasion,* derogation *from the prohibitions contained in paragraph 2 may be made by a Party to the conflict within such territory under its own control* where required by imperative military necessity'. Parimenti, l'art. 4, par. 2 della Convenzione de L'Aja del 1954 relativa alla protezione dei beni culturali nel corso dei conflitti armati obbliga le parti a non impiegare tali beni a fini bellici prevedendo, al paragrafo successivo, una *deroga espressa* a tale divieto: '*the obligations mentioned in paragraph I of the present Article may be* waived *only in cases where* military necessity imperatively requires such a waiver'[81]. Nel medesimo senso si esprime poi l'art. 6, lett. *a*) e *b*) del II Protocollo addizionale alla Convenzione de L'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali nel corso dei conflitti armati del 1999[82]. In altre disposizioni che contemplano la necessità militare sembrerebbe poi possibile ravvisare altrettante clausole di limitazione. In questo senso ad esempio si esprime l'art. 52 della IV Convenzione di Ginevra nella parte in cui si afferma: '*requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants* except *for the needs of the army of occupation*' o, ancora, l'art. 54 della medesima convenzione secondo cui: '*submarine cables connecting an occupied territory with a neutral territory shall not be seized or destroyed* except *in the case of absolute necessity*'[83].

---

[80] In tal senso, con specifico riferimento al II Protocollo del 1999 alla Convenzione de L'Aja relativo alla protezione dei beni culturali v. L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, cit., p. 71 ss.

[81] Sul punto v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 185.

[82] In conformità all'art. 6, lett. *a*) del II Protocollo addizionale alla Convenzione de L'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali nel corso dei conflitti armati del 1999 '*(…)* a waiver *on the basis of imperative military necessity (…) may only be invoked (…)*'. Nei medesimi termini si esprime poi l'art. 6, lett. *b*) del medesimo Protocollo.

[83] V. in tal senso l'art. 34, par. 2 della I Convenzione di Ginevra ai sensi del quale: '*The right of requisition recognized for belligerents by the laws and customs of war shall not be exercised except in case of urgent necessity, and only after the welfare of the wounded and sick has been ensured*'; l'art. 55, par. 3 della IV Convenzione di Ginevra secondo cui: '*The Protecting Power shall, at any time, be at liberty to verify the state of the food and medical supplies in occupied territories, except where temporary restrictions are made necessary by imperative military requirements*'; l'art. 62 del I Protocollo addizionale in conformità al quale: '*(…) They*

Tali disposizioni, come le clausole di deroga in materia di diritti dell'uomo[84], non configurano un regime speciale di responsabilità; in esse sono piuttosto ravvisabili altrettante norme primarie che incidono sul contenuto della regola sostanziale da cui si allontanano[85]. La necessità militare presenta dunque natura e fondamento giuridico distinti e autonomi rispetto all'esimente dello stato di necessità[86], secondo quanto riconosciuto dalla stessa Commissione del diritto internazionale che fa riferimento alle '*rules relating to (…) the question of* '*military necessity*' *(…)*' attribuendo loro natura giuridica di '*primary obligations*'[87].

Il fondamento giuridico di tali regole è a nostro avviso rinvenibile nella norma primaria relativa alla violenza bellica consentita nel contesto di un conflitto armato. D'altra parte la stessa Commissione avvicina tali regole a quelle relative all'uso della forza e, in particolare, all'intervento umanitario[88]. In questa accezione la necessità militare esprime un elemento di fondamentale importanza nella disciplina del fenomeno bellico[89], teso a limitare l'impiego della violenza bellica consentita.

Lontana dalla logica della *Kriegsräison*[90], la necessità militare costituisce piuttosto una *condizione di liceità* dell'impiego della violenza bellica dispiegata nella singola azione militare nel corso di un conflitto armato, interno o internazionale, individuata nelle stesse norme primarie di fonte consuetudinaria e convenzionale che costituiscono il *corpus* del diritto internazionale umanitario[91] e radicata nella regola relativa alla violenza ammessa nel corso di un conflitto.

---

shall be entitled to perform their civil defence tasks except in case of imperative military necessity'; l'art. 70, par. 3, lett. *c*) ai sensi del quale: '*The Parties to the conflict (…) shall, in no way whatsoever, divert relief consignments from the purpose for which they are intended nor delay their forwarding, except in cases of urgent necessity in the interest of the civilian population concerned*'.

[84] Sulla questione v. *amplius*, *supra*, capitolo I, par. 6.1.

[85] Così T. GAZZINI, W.G. WERNER e I.F. DEKKER, *Necessity across International Law: an Introduction*, cit., p. 8.

[86] In tal senso v. M. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, cit., p. 122. Cfr. poi J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 185.

[87] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 21. Sul punto v., fra gli altri, M. HUBER, *Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsaison, Zeitschrift für Völkerrecht*, VII, 1913, p. 351; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, III, Roma, Athenaeum, 1915, p. 207; C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, in *RGDIP*, XXIV, 1917, p. 74; N.C.H. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, in *BYIL*, 1952, XXIX, p. 442 ss.; C. GREENWOOD, *Historical Development and Legal Basis*, in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, a cura di D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 30-33; Y. DINSTEIN, *Military Necessity*, in *Encyclopedia of Public International Law*, cit., pp. 395-397.

[88] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 21.

[89] E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 209; N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 87 ss., p. 101.

[90] Sulla nozione v. *supra*, capitolo II, par. 1.

[91] T. GAZZINI, W.G. WERNER e I.F. DEKKER, *Necessity across International Law: an Introduction*, cit., p. 8.

2.3. *Le funzioni della necessità militare.*

In termini funzionali, generalmente si distinguono due aspetti complementari del principio di necessità militare: uno permissivo e l'altro restrittivo[92]. Essi riflettono due espressioni speculari delle regole che contemplano le clausole derogatorie che si riferiscono alla necessità.

2.3.a. *Funzione permissiva.*

Diversamente da quanto si riteneva nel diritto internazionale classico, il principio di necessità militare, nella sua funzione 'permissiva', consentirebbe '*thosee measures which are indispensabile for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war*'[93]. La circostanza autorizzatrice viene comunemente riconosciuta nell'esplicita possibilità di deroga prevista dalle stesse norme del diritto internazionale umanitario per motivi di necessità militare[94].

Si fa a tal proposito riferimento alla funzione svolta dalla necessità militare nella misura in cui singole norme primarie che la contemplano collegano al presupposto della sussistenza di effettive esigenze belliche - da valutare in concreto - l'effetto di consentire comportamenti altrimenti vietati[95]. In simili ipotesi l'obbligo primario non presenta natura assoluta e può essere dunque derogato nell'ipotesi in cui si verifichino le condizioni previste dalla norma; la necessità sembra così configurarsi come un limite *intra legem* delle specifiche limitazioni poste alla violenza bellica. In casi specificamente ed espressamente previsti, infatti, norme consuetudinarie e pattizie consentono alla necessità militare di operare in deroga alle restrizioni previste in relazione all'uso della violenza bellica, costituendo per così dire il 'limite del limite' della stessa[96]. Ciò deriva dalla circostanza che obblighi e proibizioni

---

[92] G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, cit., pp. 48-54.
[93] Cfr. l'art. 14 del *Lieber Code*, cit.
[94] Cfr. P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 86. In questo senso F. LISTZ, *Das Völkrrecht*, cit., p. 286 e p. 456; G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, cit., p. 51 ss.
[95] Cfr. P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 364; Cfr. *YILC*, 1980, II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 2), p. 45; N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 104.
[96] *Ibidem*. E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 211. Così l'art. 23, lett. *g*) del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907, concernente le regole e gli usi della guerra terrestre, proibisce '*to destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war*'; l'art. 27 impone, per il caso di assedio o di bombardamenti, di risparmiare

stabiliti dal diritto internazionale umanitario costituiscono l'esito di valutazioni che già al momento della formulazione delle regole in questione[97] hanno tenuto conto delle specifiche esigenze militari e della particolare situazione di pericolo in cui operano gli individui organi di Stati e organizzazioni internazionali, in qualsiasi modo coinvolti nelle ostilità[98]. Tali considerazioni relative alle necessità militari svolgono un ruolo fondamentale nel processo di formazione delle norme del diritto internazionale dei conflitti armati, determinandone il contenuto in modo tale da non pregiudicare l'efficacia delle operazioni militari e garantendo al tempo stesso la necessaria salvaguardia delle esigenze strettamente umanitarie. Sia le norme consuetudinarie sia la disciplina convenzionale dei diversi aspetti dei conflitti armati si sono formate e consolidate sulla base della concreta possibilità degli attori del conflitto di tenere determinati comportamenti, pur nelle condizioni di costante pericolo che caratterizzano le ostilità armate[99]: costituiscono pertanto l'esito del bilanciamento fra le necessità militari che vengono in rilievo in ogni conflitto armato e la considerazione delle fondamentali esigenze di umanità che il diritto internazionale umanitario è teso a preservare nel corso di ogni evento bellico.

Se in ogni regola di diritto internazionale dei conflitti armati le esigenze riconducibili alle necessità militari sono già state tenute in debita considerazione al momento della formazione

---

gli edifici consacrati ai culti, alle arti, alle scienze e alla beneficienza, i monumenti storici, gli ospedali, i luoghi di raccolta di malati e feriti, purché non siano usati per scopi militari, '*as far as possible*', attenuando la portata della prescrizione con un inciso chiaramente espressivo delle esigenze belliche; l'art. 52 condiziona la liceità delle requisizioni in natura e dei servizi imposti nel territorio occupato ai '*needs of the army of occupation*'. L'art. 49, par. 2 della Convenzione di Ginevra del 1949 relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra consente alla Potenza occupante, in deroga al primo capoverso, in via eccezionale e in presenza di alcune garanzie, '*total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand*' e al quinto capoverso aggiunge '*The Occupying Power shall not detain protected persons in an area particularly exposed to the dangers of war unless the security of the population or imperative military reasons so demand*'. La clausola di necessità militare è contenuta anche nella Convenzione de L'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, la quale all'art. 4, par. 2 prevede che si possa derogare all'obbligo di rispettare i beni culturali sotto protezione generale '*only in cases where military necessity imperatively requires such a waiver*' e all'art. 11, par. 2 consente un comportamento in contrasto con l'obbligo di protezione speciale di beni di valore eccezionale subordinandone la liceità, oltre che all'adempimento di altre condizioni, al fatto di trovarsi in presenza di una necessità militare '*unavoidable*' o '*inéluctable*'. Sul concetto di necessità militare nella Convenzione de L'Aja del 1954 si veda S.E. NAHLIK, *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, in *Recueil*, 1967-I, vol. 120, p. 64 ss., p. 128 ss. e L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo protocollo 1999*, cit., p. 71 ss.; J. DE BREUKER, *La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels*, in *RDPMDG*, 1975, XIV, p. 255 ss.

[97] G.I.A.D. DRAPER, *Military Necessity and Humanitarian Imperatives*, cit., p. 137; L. DOSWALD-BECK e S. VITE, *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *IRRC*, 1993, LXXV, n. 293, p. 99; cfr. poi Tribunale di Norimberga, *United Kingdom v. von Lewinski (In re Manstein)*, cit., p. 509 ss., p. 512.

[98] G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 450.

[99] Ivi, p. 451.

della norma giuridica e ne hanno condizionato il contenuto, deve ritenersi illecito ogni comportamento adottato in violazione di norme che non prevedono espressamente per i destinatari dell'obbligo la possibilità di una deroga in condizioni di necessità specificamente indicate dalla medesima norma. La necessità militare così intesa, ammettendo sulla base di una disposizione espressa la deroga ad una norma proibitiva di diritto umanitario, opera come limite espresso all'efficacia della regola giuridica che pone l'obbligo e contribuisce a precisare l'effettiva portata dell'obbligo contenuto nella norma primaria stessa[100].

Le norme in cui è insito l'elemento della necessità militare sono numerose[101]; consentendo specifiche deroghe alle norme limitatrici della condotta delle ostilità, l'operare della necessità militare produce, evidentemente, un ampliamento della sfera d'azione dei belligeranti. Peraltro, la maggior parte delle principali norme di diritto umanitario non prevede tale possibilità, ponendo piuttosto obblighi incondizionati ed inderogabili in capo ai destinatari degli stessi[102]. Risulta dunque possibile operare una distinzione, in relazione a tale nozione, fra norme cedevoli e norme rigide, che non prevedono cioè espressamente alcuna possibilità di deroga[103].

Solo le deroghe espresse consentono, in particolari circostanze, che il bilanciamento fra gli interessi coinvolti (da un lato, le esigenze belliche, dall'altro, di volta in volta interessi di diversa natura, umanitaria, culturale, religiosa, politica, ambientale o economica), già individuato in via generale da una specifica regola, sia riequilibrato in un momento successivo rispetto a quello in cui la regola si è formata[104]. La presenza di tali deroghe riflette la circostanza che il necessario bilanciamento degli interessi in gioco non può essere sempre agevolmente cristallizzato in una norma positiva, con riferimento ad ogni situazione in

[100] Siffatta nozione è recepita anche dai principali manuali militari, ove si precisa che la necessità militare quale circostanza autorizzatrice della violazione di norme di diritto bellico deve comunque essere oggetto di una specifica previsione da parte della stessa regola che si vuol derogare. Si vedano in tal senso le istruzioni tedesco-occidentali ZDv15/1, *Kriegsvölkerrecht, Leitsätze für die allgemeine Ausbildung*, 1956, p. 11, n. 17 nonché *The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, cit., pp. 1-6.

[101] Così il divieto di requisizione e di distruzione della proprietà privata dei cittadini dello Stato nemico, già espresso dal Regolamento de L'Aja del 1907, l'insieme delle disposizioni che disciplinano l'occupazione bellica, riprese dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949, l'assistenza prevista per le azioni di soccorso dal I Protocollo addizionale del 1977. Si vedano, a titolo di esempio, gli artt. 15, 23 e 54 del Regolamento de L'Aja; gli artt. 49, 53, 55 e 57 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 e 54, 62, 67 e 71 del I Protocollo addizionale del 1977. Per una esposizione sistematica delle norme del diritto dei conflitti armati internazionali che contemplano la clausola di necessità militare si rinvia a P. VERRI, *Appunti di diritto bellico*, Roma, Atheneum, 1982, p. 97 ss.

[102] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 127 e p. 145.

[103] Per tale distinzione v. A. MIELE, *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, cit., p. 237.

[104] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 105.

concreto configurabile nel corso di un conflitto armato[105]. Esse offrono una prova evidente del fatto che ad ogni norma di diritto internazionale umanitario - comprese quelle che escludono ogni possibilità di deroga - è sotteso un bilanciamento di interessi[106] fra esigenze belliche ed esigenze *lato sensu* umanitarie.

La funzione autorizzativa della necessità militare esprime proprio quell'aspetto del principio che deve essere bilanciato con altri interessi di carattere umanitario, culturale, religioso, politico o ambientale per determinare la legittimità della condotta in situazioni di conflitto armato. Se tale bilanciamento è in genere già effettuato dalle norme di diritto internazionale umanitario, che possono essere applicate senza che sia necessario compiere un nuovo bilanciamento nel caso concreto[107], in alcuni casi la legittimità dell'azione militare non espressamente proibita dal diritto internazionale umanitario deve essere verificata a seguito di un ulteriore bilanciamento tra necessità militare e interessi contrapposti. Ciò avviene quando l'applicazione concreta di specifiche disposizioni di diritto internazionale umanitario lo richieda (*executive balance*), come nel caso della definizione degli obiettivi militari[108], della valutazione della proporzionalità nell'attacco[109] e del divieto dell'uso di mezzi e metodi di natura tale da causare lesioni superflue o sofferenze non necessarie[110]. Tale ulteriore bilanciamento è inoltre necessario nell'ipotesi in cui specifiche disposizioni di diritto internazionale umanitario prevedano espressamente la possibilità di una deroga in favore di necessità militari in relazione agli obblighi posti (*derogatory balance*)[111] e, ancora, nel caso in cui la norma positiva lasci un margine di valutazione sufficientemente ampio da richiedere una interpretazione teleologica in conformità con i principi di diritto internazionale umanitario

[105] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 1394.
[106] E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 215.
[107] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 1389.
[108] Cfr. l'art. 52, par. 2 del I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra. L'individuazione di un *definite military advantage* richiede la valutazione della necessità militare per distruggere, catturare o neutralizzare un certo obiettivo: v. E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 212.
[109] Cfr. l'art. 51, par 5, lett. *b*) e l'art. 57, par. 2, lett. *a*) e *b*) del I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra. Ivi, p. 213.
[110] Cfr. l'art. 35, par. 2 del I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra e l'art. 23, par. 1, lett. *e*) del Regolamento de L'Aja. V. anche H. MEYROWITZ, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering. From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, cit., p. 106; E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 211.
[111] V. ad esempio le eccezioni previste da specifiche norme di diritto internazionale umanitario in favore di misure '*imperatively demanded by the necessities of war*' (art. 23, par. 1, lett. *g*) del Regolamento de L'Aja) e '*rendered absolutely necessary by military operations*' (art. 53 della IV Convenzione di Ginevra). V. anche i riferimenti alla necessità militare di cui agli articoli 8, par. 3; 33, par. 2 e 34, par. 2 della I Convenzione di

ad essa sottesi (*interpretive balance*)[112]. Nell'opinione del Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Iugoslavia, l'importanza dei principi generali per l'interpretazione delle norme positive di diritto internazionale umanitario potrebbe inoltre dedursi dalla clausola *Martens*[113] secondo la quale nelle ipotesi non specificamente regolate dai trattati, '*civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of International law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience*'[114].

Quest'ultima, come affermato dalla Corte internazionale di giustizia[115], ha natura consuetudinaria ed impone il rispetto della persona umana, civile o combattente, anche in situazioni non puntualmente regolate dal diritto internazionale umanitario, richiamando i belligeranti ad osservare quei principi fondamentali che la società internazionale nel suo insieme percepisce come indefettibili in un determinato momento storico[116]. Tale tendenza è stata correttamente enfatizzata dalla Camera d'appello del Tribunale penale per la *ex*-Iugoslavia nel caso *Tadić*[117]; nell'affrontare la distinzione fra le norme che regolano i conflitti armati internazionali e quelle che disciplinano i conflitti armati interni, la Camera d'appello ha sottolineato la forte influenza che il diritto internazionale dei diritti umani ha esercitato sul diritto bellico moderno.

Al di là di tale limitato ruolo riconosciuto alla funzione autorizzativa, la tradizionale formulazione secondo la quale la necessità autorizzava, in termini qualitativi e quantitativi, l'impiego della violenza armata in tutta l'estensione necessaria per sconfiggere il nemico viene ormai espressa in senso proibitivo, negando la possibilità di ogni condotta in relazione

---

Ginevra; l'art. 8, par. 3 della II Convenzione di Ginevra; l'art. 8, par. 3 della III Convenzione di Ginevra; l'art. 49, par. 2 e 108, par. 2 della IV Convenzione di Ginevra.

[112] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 1389.

[113] V. *supra*, capitolo I, par. 6.1.d.

[114] Cfr. ICTY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and Others*, Trial Chamber II, case n. IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, par. 525. Nelle parole del Tribunale: '*more specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law. True, this Clause may not be taken to mean that the 'principles of humanity' and the 'dictates of public conscience' have been elevated to the rank of independent sources of international law, for this conclusion is belied by international practice. However, this clause enjoins, as a minimum, reference to those principles and dictates any time a rule of international humanitarian law is not sufficiently rigorous or precise: in those instances the scope and purport of the rule must be defined with reference to those principles and dictates (…)*'. Sul punto vedi anche H. LAUTERPACHT, *The Problem of the Revision of the Law of War*, in *BYIL*, 1952, XXIX, p. 360 ss. secondo il quale '*the law on these subjects must be shaped - so far as it can be shaped at all - by reference not to existing law but to more compelling considerations of humanity, of the survival of civilisation, and of the sanctity of the individual human being*'.

[115] Cfr. ICJ, *Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 78 ss.

[116] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 251.

alla quale l'impiego della violenza militare non risulti strettamente necessario allo specifico fine militare avuto di mira. Nella nozione di necessità militare è dunque insito, accanto all'elemento autorizzativo sopra delineato, un elemento proibitivo che opera come limite implicito all'impiego della violenza bellica e implica la valorizzazione della proporzionalità ad esso strettamente connessa[118]. Così intesa la necessità militare non costituisce un elemento costitutivo di specifiche norme di diritto bellico, ma assume piuttosto il valore di principio che presiede alla formazione e all'interpretazione del complesso delle sue regole e ne plasma il contenuto, secondo l'evoluzione della coscienza giuridica dei membri della società internazionale[119]. Sul piano operativo, la portata della funzione limitativa della necessità militare dipende dalla maggiore o minore estensione dell'aspetto autorizzativo: se si ammettesse l'assolutezza del fine bellico è evidente che la necessità militare finirebbe per consentire ogni comportamento a ciò diretto, e la sfera degli atti non consentiti risulterebbe assai ridotta. Già nel periodo storico in cui emergeva con maggior rilievo l'aspetto autorizzativo della necessità militare, parte della dottrina e della giurisprudenza intesero costruire un principio che si contrapponesse alla necessità militare, come reazione ai pesanti condizionamenti che esso esercitava sull'efficacia del diritto bellico. Si individuò in tal modo un criterio in base al quale, anche in assenza di specifiche proibizioni da parte del diritto bellico, si sarebbero dovute ritenere vietate tutte le forme di violenza militare contrarie alle fondamentali esigenze umanitarie fino a sostenere l'esistenza di una norma generale cogente, che avrebbe posto un limite invalicabile all'operare della necessità militare, considerata nel suo aspetto autorizzativo[120]. In realtà non sembra che le motivazioni umanitarie siano giunte a

---

[117] ICTY, *Prosecutor v. Dusco Tadić*, Appeals Chamber, case n. IT-94-1, 15 luglio 1999.

[118] L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, cit., p. 665.

[119] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 127.

[120] Secondo tale opinione il diritto bellico si sarebbe formato sotto l'influsso e mediante il contemperamento dei contrapposti principi di necessità militare e di umanità: v. C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*[3], Précédé d'un exposé historique des progrés de la science du droit des gens, Paris, Guillaumin, 1880, p. 32; P. LONGUET, *Le droit actuel de la guerre terrestre*, cit., pp. 12-13; A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la conférence de La Haye de 1899*, Paris, Chevalier-Marescq, 1903, p. 146; F. DESPAGNET, *Cours de droit international public*[4], 1910, Paris, Recueil Sirey, p. 736; H.S. MAINE, *International Law*[2], London, Murray, 1894, p. 126 ss.; P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, II, cit., p. 13. La stessa concezione è espressa da Q. WRIGHT, *A Study of War*[2], Chicago, The University of Chicago Press, 1983, p. 810; H. WHEATON e A.B. KEITH, *Wheaton's International Law*[7], II, cit., p. 103; L.F. OPPENHEIM e H. LAUTERPACHT, *International Law*[7], cit., p. 227; P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International public*, II, cit., p. 307; R. DUNBAR, *The Legal Regulation of Modern Warfare*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1955, LXX, p. 94; M.A. MARIN, *The Evolution and Present Status of the Laws of War*, in *Recueil*, 1957-II, vol. 92, p. 629 ss., pp. 638-639; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley, University of California Press, 1959, p. 315; M.S. MCDOUGAL e F. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order, the Legal Regulation of International Coercion*, New Haven, Yale University Press, 1961, p. 35. Tali posizioni sottointendono in realtà un richiamo, sia pure spesso inconsapevole, al diritto

produrre una o molteplici norme giuridiche, mediante un procedimento distinto rispetto alla formazione delle norme sulla condotta delle ostilità. Il principio della necessità militare reca, invece, un limite implicito all'esercizio della violenza bellica, in grado di assolvere proprio la funzione umanitaria, per il tramite del principio di proporzionalità che ne costituisce il corollario.

2.3.b. *Funzione restrittiva.*

L'aspetto restrittivo della necessità militare, espresso nella massima '*necessity is the limit of legality*'[121], proibisce essenzialmente l'impiego di modalità o intensità della violenza bellica che superi quanto strettamente richiesto al fine del raggiungimento di uno scopo militare legittimo in circostanze concrete[122]. Il suo fondamento positivo è facilmente rinvenibile nella già citata clausola *Martens* in grado di limitare l'impiego non necessario della violenza bellica. In tale dimensione la necessità militare si fa carico di valori umanitari, culturali, religiosi e ambientali[123]. Come illustrato dai manuali militari contemporanei, questa funzione della necessità militare e le considerazioni di umanità costituiscono di fatto l'espressione complementare del principio di proporzionalità imposto in relazione ad ogni azione militare[124]. Di conseguenza, i due principi potrebbero confliggere solo nell'ipotesi in

naturale. Così, ad esempio, W.V. O'BRIEN, *The Meaning of* '*Military Necessity*', cit., p. 152, secondo il quale '*military necessity and permissible violence are limited, not only by the laws of war, but also by the more general but not less important commands of the natural law*'. Meno incisive le affermazioni della giurisprudenza, che si è limitata ad evocare le elementari considerazioni di umanità come principi generali universalmente riconosciuti. In tal senso si veda ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, cit., p. 22.

[121] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 1395.

[122] E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 209 ss.; G.I.A.D. DRAPER, *The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts*, cit., p. 135; C.M. GREENWOOD, *Rights at the Frontier. Protecting the Individual in Time of War*, cit., p. 130; H. MEYROWITZ, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering. From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, cit., p. 106 ss.; B.M. CARNAHAN, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: the Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, cit., p. 230; R. DUNBAR, *The Legal Regulation of Modern Warfare*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1955, LXX, p. 444.

[123] L'opinione secondo cui il principio di umanità limiterebbe le azioni legittime a quanto strettamente necessario all'attività militare è corretta ma incompleta in quanto non prende in considerazione le limitazioni imposte da altri interessi e dal principio di necessità militare stesso: v., ad esempio, M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, cit., p. 315.

[124] V. ad esempio il manuale del Regno Unito *Law of Armed Conflict* del 2004, cit., sezione 2.4. *'Humanity'* secondo cui '*Humanity forbids the infliction of suffering, injury, or destruction not actually necessary for the accomplishment of legitimate military purpose*' o, ancora, il libello statunitense delle forze aeree del 2000, *U.S. Air Force pamphlet*, parr. 1-3, pp. 1-6, secondo cui '*complementing the principle of necessity and implicitly*

cui le considerazioni di umanità richiedessero una restrizione dell'azione militare al di sotto del livello ragionevolmente necessario per la realizzazione di un legittimo scopo militare in circostanze concrete. Per simili ipotesi, il diritto internazionale umanitario fornisce generalmente una risposta bilanciata e inderogabile in assenza di un'espressa previsione normativa. L'aspetto restrittivo del principio di necessità militare non consente una deroga alle norme positive del diritto internazionale umanitario ma informa piuttosto la loro interpretazione nei limiti in cui tali norme non forniscano una regolamentazione compiuta a determinati aspetti 'sottraendo', per così dire, le azioni militari permesse dal diritto internazionale umanitario e quelle che si rivelano *in concreto* ad esso conformi dalle condotte che il diritto internazionale umanitario proibisce *in abstracto*[125]. In tale ambito normativo residuano ad esempio considerevoli margini di giudizio in relazione alle modalità e all'intensità della violenza consentita nel corso di attacchi indirizzati contro combattenti e civili che partecipano direttamente alle ostilità, considerati obiettivi militari legittimi. Il fatto che il diritto internazionale umanitario non proibisca espressamente gli attacchi diretti, ovvero di '*acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence*', contro i combattenti e i civili che partecipano attivamente alle ostilità non significa che sia lecita l'uccisione indiscriminata di tali individui a prescindere da ogni ulteriore considerazione relativa alle condizioni concrete del conflitto fintantoché le forze nemiche non siano rese *hors de combat*. L'assenza di una simile proibizione sembra piuttosto autorizzare solo modalità e intensità della violenza ragionevolmente necessarie al fine di conseguire un legittimo scopo militare con il minimo dispendio di tempo, vite e risorse. Non si permette invece l'inutile uccisione di soggetti non espressamente forniti di protezione in relazione ad attacchi diretti, in circostanze tali da escludere manifestamente la sussistenza di particolari situazioni di necessità militare[126].

---

contained within it is the principle of humanity which forbids the infliction of suffering, injury or destruction not actually necessary for the accomplishment of legitimate military purposes'.

[125] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 108.

[126] Così, ad esempio, nell'ipotesi in cui i soldati in ricognizione scorgano un civile disarmato che collabora con le forze armate nemiche posizionando mine nel territorio sotto il loro controllo e sia possibile imprigionare il civile senza eccessivo pericolo. O, ancora, se un membro della forza armata organizzata sia individuato e disarmato in territorio nell'effettivo controllo del nemico mentre compie atti di spionaggio, la necessità militare può giustificarne l'uccisione solo nell'ipotesi in cui le circostanze siano tali da renderne ragionevolmente impossibile la cattura senza pericolo per le forze operanti o per la popolazione civile. Alcuni autori ritengono che l'uccisione di un solo combattente o civile che partecipi attivamente alle ostilità sia illegittima in assenza di un vantaggio militare o qualora la cattura non comporti rischi eccessivi: V. G.M.N. SCHMITT, *Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance*, cit., p. 640 ss.; T.J. HARDER, *Time to Repeal the Assassination Ban of Executive Order 12,333: A Small Step in Clarifying Current Law*, in

Al di là della proibizione o limitazione di specifici mezzi e metodi di combattimento, come quelli di natura tale da causare *maux superflus*, il diritto internazionale umanitario non impone espressamente restrizioni generali circa le tipologie o l'intensità della violenza permessa nel corso di un attacco contro specifici obiettivi militari legittimi[127]; la questione deve dunque essere risolta in conformità con i principi di necessità militare e di umanità sottesi alle norme in questione, tenendo in considerazione le concrete circostanze del caso concreto. È proprio in tale contesto che l'aspetto restrittivo del principio di necessità militare svolge la propria essenziale funzione[128]. All'aspetto restrittivo del principio, in quanto espressione del principio fondamentale di umanità, ci si deve dunque riferire in quanto principio interpretativo dei diritti e doveri dei belligeranti, entro la cornice normativa offerta dal diritto internazionale umanitario.

In questo senso il commentario della Croce Rossa Internazionale afferma che, nel corso dei conflitti armati internazionali, i combattenti non armati i quali partecipino solo indirettamente alle operazioni militari '*should be taken under fire only when there is no other way of neutralizing them*'[129]. Se l'aspetto restrittivo del principio di necessità militare esprime i valori che il diritto internazionale umanitario è teso a proteggere dagli effetti negativi delle ostilità, proprio tali valori forniscono ulteriori indicazioni per l'accertamento della sussistenza della necessità militare nel caso concreto[130].

Le considerazioni circa la *ratio* umanitaria dell'intero complesso dello *jus in bello* consentono di cogliere l'analoga funzione della necessità militare. La progressiva evoluzione

---

ML&LWR, 2002, CLXXII, p. 1 ss., p. 8. V anche N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 278 ss.; H. MEYROWITZ, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering. From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, cit., p. 116. Taluni considerano la necessità militare come un aspetto del principio di proporzionalità; così, con riguardo agli attacchi diretti contro i civili che si preparano a prendere parte direttamente alle ostilità si è sostenuto che '*the proportionality principle imposes a duty to evaluate the military need in such action against the availability of other means in the particular circumstances*' (cfr. O. BEN-NAFTALI e K.R. MICHAELI, *We Must Not Make a Scarecrow of the Law: a Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings*, in *Cornell ILJ*, 2003, XXXVI, p. 233 ss., p. 279).

[127] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 107; cfr. E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 209; G.M.N. SCHMITT, *Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance*, cit., p. 640 e p. 644; T.J. HARDER, *Time to Repeal the Assassination Ban of Executive Order 12,333: A Small Step in Clarifying Current Law*, cit., p. 8.

[128] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 108.

[129] H. MEYROWITZ, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering. From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, cit., p. 116; ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 1694.

[130] N. MELZER, *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, cit., p. 110.

della coscienza giuridica dei membri della società internazionale, che è ormai giunta a riconoscere la funzione umanitaria del diritto dei conflitti armati internazionali nel suo insieme, ha infatti portato valorizzare la funzione proibitiva piuttosto che l'aspetto autorizzativo insito nel principio di necessità militare[131]. Un limite generale all'uso della forza nella condotta delle operazioni militari non si ricava, in altre parole, da un'apposita norma giuridica internazionale che obblighi gli Stati al rispetto delle elementari esigenze di umanità, ma piuttosto dal principio che commisura l'esercizio della violenza militare al fine che lo Stato si propone, e in virtù del quale deve considerarsi vietato l'uso della forza armata in misura non necessaria allo scopo da conseguire[132]. L'elemento proibitivo sarebbe dunque in grado di assolvere ad una funzione *lato sensu* umanitaria determinando sia la formazione di specifiche regole internazionali limitative della violenza bellica sia di una regola generale che vieta ogni forma di violenza non necessaria allo scopo da conseguire[133]. Proprio la considerazione dell'elemento proibitivo insito nella nozione di necessità militare permette di valutare la correlazione della nozione con il principio di proporzionalità: affermare il divieto della violenza eccedente i limiti della necessità militare significa, infatti, ritenere che le forme di violenza non proporzionate al fine da conseguire non sono consentite. Necessità e

[131] Circa il principio di necessità militare inteso come limite implicito alla violenza bellica si vedano A.W. HEFTER, *Le droit international de l'Europe*[3], 1883 Berlin, Paris, Mueller, p. 228, tradotto da J. BERGSON e P. FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*[3], cit., p. 107; R. RIVIER, *Principes du droit des gens*, II, cit., pp. 239-240; F. LONGUET, *Le droit de la guerre terrestre: son application dans les conflits plus recents*, Paris, Larose, 1901, p. 12 e p. 80; A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre*, cit., pp. 146-147; T.E. HOLLAND, *The Laws of War on Land*, cit., pp. 12-13. Lo stesso D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, III, parte I, cit., pp. 195-196, affermava: '*(…) carattere fondamentale del diritto bellico è quello di limitare l'impiego della forza vietando ciò che non è necessario a conseguire il fine della guerra*'. V. J.B. MOORE, *A Digest of International Law as Embodied in Diplomatic Discussion, Treaties and Other International Agreements, International Awards, the Decisions of Municipal Courts, and the Writings of Jurists*, Washington, Government Printing Office, pp. 118-119. Questo principio venne riaffermato a partire dalla fine della prima guerra mondiale v. T.J. LAWRENCE, *Les principes de droit international*[5], cit., p. 403; P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, II, cit., pp. 300-301; A.S. HERSHEY, *Essentials of International Public Law*, cit., p. 353; P. HALL e A. PEARCE HIGGINS, *A Treatise on International Law*[8], cit., p. 83. Nel secondo dopoguerra si vedano invece C.G. FENWICK, *International Law*[3], cit., p. 564; W.V. O'BRIEN, *The Meaning of 'Military Necessity'*, cit., p. 138; M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, cit., pp. 313-314; A.P. SERENI, *Il concetto di guerra nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 573; T. TAYLOR, *The Concept of Justice and the Laws of War*, in *Columbia JTL*, 1974, p. 202; M.S. MCDOUGAL e W.M. REISMAN, *International Law in Contemporary Perspective. The Public Order of the World Community*, New York, Mineola, 1981, p. 1034 ss.

[132] R.W. TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea*, cit., p. 48, nota 8, affermava: '*although generally considered as two quite separate principles, military necessity and humanity may be regarded as merely two aspects of the same principle*'; H. KELSEN e R.W. TUCKER, *Principles of International Law*[2], cit., p. 115, nota 112 afferma: '*rather than contradict the principle of humanity, the principle of military necessity implies the former principle*'; E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, cit., p. 210.

[133] L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, cit., p. 665.

proporzionalità dell'azione militare appaiono come due aspetti inscindibili del medesimo principio[134].

Espressi in questi termini il concetto di necessità militare e quello di proporzionalità che ne costituisce il corollario, assumono il significato di principi generali fondamentali che informano il contenuto delle norme, generali e pattizie, del diritto dei conflitti armati internazionali e finiscono poi per essere trasfusi in una serie di specifiche regole giuridiche le quali ne precisano l'ambito e le modalità di applicazione.

3. *Le diverse gradazioni della necessità nelle norme di* jus in bello

Come già in precedenza osservato[135], le norme che limitano la violenza bellica, codificate nelle convenzioni di diritto internazionale dei conflitti armati, consentono a loro volta, in modo espresso, alcune specifiche deroghe per motivi di necessità militare. Una clausola di tal specie era già presente nel Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907 sulle leggi e consuetudini della guerra terrestre secondo il quale: '*in sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes*'[136]. Regole che esprimevano analoghe deroghe furono stabilite dai trattati relativi alla prima fase della codificazione del diritto della guerra terreste[137] e dalla Dichiarazione di Londra del 1909

[134] Il requisito della proporzionalità dell'azione bellica è stato sottolineato dagli autori classici, sia in rapporto al fine difensivo della guerra giusta, sia più in generale allo scopo della sottomissione dell'avversario: v. in tal senso A. MERIGHNAC, *Le lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la conférence de La Haye de 1899*, cit., p. 14; C. MOORE, *Digest*, II, cit., p. 178. Circa il rapporto fra i due principi v. *infra*, capitolo II, par. 4.

[135] Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 2.2.

[136] Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 18 ottobre 1907, art. 27. La valenza consuetudinaria di tale eccezione è stata affermata dal Tribunale per la *ex*-Iugoslavia ITCY, *The Prosecutor v. Darjo Kordić e Mario Čerkez*, Trial Chamber III, case IT-95-14/2, 26 febbraio 2001, par. 362. V. poi l'art. 23, lett. *g*) del Regolamento in esame (e prima del Regolamento annesso alla II Convenzione del 1899) secondo cui è vietato '*to destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war*'. La disciplina delineata dal Regolamento costituisce oramai parte del diritto internazionale consuetudinario, come da ultimo ribadito dal Segretario generale delle Nazioni Unite. V. infine l'art. 11 della XI Convenzione del 1907 relativa a talune restrizioni nell'esercizio del diritto di cattura nella guerra marittima che richiama la nozione di '*absolute necessity*' (*XI Convention relative to certain Restrictions with regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War*. The Hague, 18 October 1907 reperibile all'indirizzo: *http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/230?OpenDocument*).

[137] Cfr., ad esempio, gli artt. 15, 25, lett. *g*) e 54 del Regolamento relativo alle leggi e agli usi della guerra terrestre allegato alla IV Convenzione de L'Aja del 1907. Questa Convenzione e il Regolamento annesso

relativa al diritto della guerra marittima[138]. Simili clausole si trovavano poi nella IX Convenzione relativa al bombardamento da parte delle forze navali in tempo di guerra[139].

In seguito, le Convenzioni di Ginevra del 1949, il I Protocollo addizionale del 1977 e la Convenzione de L'Aja del 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato hanno sviluppato la disciplina relativa alle deroghe ammesse per necessità militare, precisandone la portata.

Gli accordi in questione esprimono varie 'gradazioni' di necessità in relazione a specifiche situazioni belliche: semplici '*military considerations*' possono consentire ad uno Stato in conflitto, solo per fare un esempio, di non rendere chiaramente visibili alle forze nemiche gli emblemi distintivi degli ospedali[140]. Altre disposizioni ammettono una deroga a regole umanitarie per '*urgent*' o '*imperative necessities*': ad esempio i beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile non possono essere distrutti dallo Stato il cui territorio è invaso dalle forze nemiche, salvo che lo esigano necessità militari imperiose[141]. Altre ancora ammettono comportamenti in deroga a taluni obblighi qualora siano '*absolutely necessary for military operations*', o in presenza di una '*unavoidable military necessity*'; per esempio, il divieto posto alla Potenza occupante di distruggere i beni privati o pubblici trova una possibilità di deroga nell'ipotesi in cui tale distruzione sia resa assolutamente necessaria dalle operazioni militari[142]. Tale impiego gradato della necessità militare segnala la presenza di limiti inerenti all'esercizio delle deroghe ammesse nelle pertinenti disposizioni convenzionali.

Per un esame dell'operare delle deroghe convenzionali previste in relazione a specifiche esigenze militari viene in rilievo, fra le altre, la disciplina relativa alla tutela dei beni culturali nel corso dei conflitti armati, oggetto, nella seconda metà del XX secolo, di una cospicua produzione giuridica convenzionale la cui attuazione incontra, peraltro, consistenti limiti in

---

sostituiscono, fra le Parti contraenti, la II Convenzione adottata a L'Aja nel 1899 sulle leggi e sugli usi della guerra terrestre e il relativo Regolamento, avente contenuto pressoché identico: cfr. A. PILLET, *Les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907: étude juridique et critique*, Paris, Pedone, 1918. Il testo delle convenzioni adottate a L'Aja nel 1907 è riprodotto nelle principali raccolte del diritto applicabile nei conflitti armati: P. VERRI, *Diritto per la pace e diritto nella guerra*, Roma, Athenaeum, 1980; D. SCHINDLER, *The Laws of Armed Conflicts: a Collection of Conventions, Resolutions and Documents*, a cura di D. Schindler, Genève, Sijthoff & Noordhoff, 1981.

[138] Cfr. gli artt. 29 e 49 della Dichiarazione di Londra del 1909 relativa al diritto della guerra marittima.

[139] Cfr. *IX Convention concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War*, The Hague, 18 ottobre 1907, reperibile all'indirizzo: *http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/220?OpenDocument*, Preambolo e art. 2, comma 3.

[140] Cfr. l'art. 42 della I Convenzione di Ginevra del 1949 e l'art. 18 della IV Convenzione di Ginevra del 1949.

[141] Cfr. l'art. 54, n. 5 del I Protocollo addizionale del 1977 sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali.

[142] Cfr. l'art. 53 della IV Convenzione di Ginevra del 1949. Sulle gradazioni delle deroghe ammesse v. G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, cit., p. 53.

buona parte derivanti dal frequente inserimento nelle relative regole, in questo campo, di deroghe relative a necessità militari.

La salvaguardia dei beni culturali durante le ostilità è stata perseguita mediante l'adozione nel 1954 della Convenzione de L'Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato e dell'annesso Protocollo, cui ha fatto seguito nel 1999 un secondo Protocollo[143]. Gli strumenti citati non contengono peraltro una definizione di necessità militare; ciò è ben comprensibile, essendosi scontrate nel corso del negoziato che ha portato alla loro adozione l'interpretazione della clausola di necessità militare già sostenuta dalla Germania guglielmina, che ne faceva un limite generale all'applicazione del diritto bellico, nel senso che questo non avrebbe trovato applicazione ogniqualvolta imperiose necessità militari imponessero al belligerante di agire diversamente[144], e l'interpretazione - impostasi da ultimo, sia pure in termini non espliciti - che considera piuttosto la clausola quale deroga espressamente consentita da specifiche norme di diritto internazionale bellico[145], richiamando la risalente definizione presente nel *Lieber Code*[146].

Nella Convenzione de L'Aja per la protezione dei beni culturali nel corso di un conflitto armato del 14 maggio 1954[147], la deroga viene fatta dipendere direttamente dall'esistenza di una situazione di necessità[148]: il divieto di compiere atti di ostilità contro i beni culturali contemplati dalla Convenzione e in relazione ai quali è prevista una *protezione generale* è

[143] *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, The Hague, 14 May 1954; *Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, The Hague, 14 May 1954; *Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, The Hague, 26 March 1999. Tutti reperibili sul sito del Comitato Internazionale della Croce Rossa: *http:www.cicr.org*.

[144] Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 184. Tale interpretazione della necessità militare trovava in quegli anni sostenitori anche fra alcuni autori italiani: v. in particolare G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*[2], Padova, Cedam, 1954, p. 231: secondo l'autore, coerentemente, la tutela convenzionale dei beni culturali, come di ogni altro bene, ha luogo solamente ove non impongano diversamente '*le esigenze della lotta contro il belligerante*'.

[145] Cfr. L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, cit., p. 74.

[146] Tale interpretazione sarebbe poi stata ampiamente approfondita dal Tribunale di Norimberga nel caso degli ostaggi *(In re List and Others)*, 19 febbraio 1948, in *Digest of International Law*, cit., p. 386 ss., con riferimento in particolare alla sua applicazione nel corso dell'occupazione bellica.

[147] Cfr. *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, L'Aja, 14 maggio 1954, reperibile all'indirizzo: *http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/400?OpenDocument*. Su cui v. L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, cit., p. 73 ss.

[148] La Convenzione non ripropone invece la clausola *si omnes* presente nelle precedenti Convenzioni di diritto internazionale umanitario e considerata pressoché unanimamente dalla dottrina uno dei maggiori ostacoli all'efficacia concreta delle norme pattizie in tema di protezione dei beni culturali: cfr. M. FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffré, 1986, pp. 98-99.

derogabile in ipotesi di *imperative necessità militari* (art. 4, par. 2)[149], mentre l'immunità dei beni culturali posti sotto *protezione speciale* può essere sospesa solo in casi eccezionali di *necessità militare ineluttabile* ovvero '*only in exceptional cases of unavoidable military necessity, and only for such time as that necessity continues*' (art. 11, par. 2)[150]. In tale contesto furono gli Stati Uniti e il Regno Unito (oltre alla Turchia) a volere l'inserimento della deroga per necessità militari, imposta alla maggior parte dei Paesi partecipanti alla Conferenza de L'Aja; tale pretesa rappresentava infatti una *conditio sine qua non* per la ratifica della Convenzione[151].

Due linee interpretative si sono a suo tempo scontrate in dottrina con riferimento all'utilizzo di detta clausola nella Convenzione de L'Aja del 1954: alcuni autori hanno infatti osservato che, in ogni caso, si tratta del massimo grado di temperamento della clausola della necessità militare raggiunto a livello convenzionale multilaterale in relazione alla tutela dei beni culturali[152]; altri consideravano invece '*absurd that the most valuable works of art can be destoyed in the application of a Convention devoted to the protection of cultural property and according to its terms*'[153]. Appare condivisibile, piuttosto, l'opinione di chi, da un lato, evita di biasimare la logica di compromesso che contraddistinse la redazione del testo convenzionale, ispirata all'obiettivo di ottenere la ratifica da parte di Stati Uniti e Regno Unito, dall'altro pone tuttavia in evidenza le carenze della soluzione raggiunta in tale

[149] Cfr. l'art. 4, par. 2, rubricato *Respect for Cultural Property* ai sensi del quale: '*the obligations mentioned in paragraph I of the present Article may be waived only in cases where military necessity imperatively requires such a waiver*'.

[150] Cfr. L'art. 11 rubricato *Withdrawal of Immunity* secondo cui: '11.1. *If one of the High Contracting Parties commits, in respect of any item of cultural property under special protection, a violation of the obligations under Article 9, the opposing Party shall, so long as this violation persists, be released from the obligation to ensure the immunity of the property concerned. Nevertheless, whenever possible, the latter Party shall first request the cessation of such violation within a reasonable time.* 2. *Apart from the case provided for in paragraph I of the present Article, immunity shall be withdrawn from cultural property under special protection only in exceptional cases of unavoidable military necessity, and only for such time as that necessity continues. Such necessity can be established only by the officer commanding a force the equivalent of a division in size or larger. Whenever circumstances permit, the opposing Party shall be notified, a reasonable time in advance, of the decision to withdraw immunity*'.

[151] Gli Stati Uniti in tale occasione furono comunque attenti ad evitare che la loro posizione potesse essere confusa con quella della più risalente dottrina militare tedesca, all'epoca del resto già condannata dal Tribunale di Norimberga nel caso degli ostaggi. Il rappresentante americano, colonnello Pelham, contrappose anzi a tale posizione estremistica una posizione restrittiva, quale quella sostenuta dai Paesi (URSS in testa) che non volevano inserire il principio di necessità militare nell'ambito della Convenzione. Secondo una posizione intermedia si riteneva invece necessario inserire la clausola per renderla 'militarmente applicabile': v. J. TOMAN, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, and on other Instruments of International Law Concerning such Protection*, The Hague, 14 maggio 1954, Aldershot, Dartmouth, 1996, p. 93 ss.

[152] M. FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, cit., p. 103.

accordo[154]. In particolare, la disciplina non opera un collegamento fra l'obbligo di non utilizzare i beni culturali a fini militari e il divieto di attaccare gli stessi. Nel caso di beni oggetto di *protezione generale*, l'art. 4 vieta in ogni caso di attaccare un bene culturale anche in risposta ad una sua illecita utilizzazione per fini militari ad opera dello Stato territoriale - divieto che costituisce quindi un preciso limite all'esercizio del diritto di autotutela da parte dello Stato - ma consente poi un amplissimo potere di deroga al divieto per necessità militari imperative, sempre a prescindere dallo specifico utilizzo del bene culturale nel caso concreto.

La debolezza del testo convenzionale è poi aggravata dal fatto che né l'art. 4, par. 2, né l'art. 11, par. 2 forniscono una nozione di necessità militare imperativa e ineluttabile e la prima norma non chiarisce nemmeno a chi spetti indicare la presenza di una necessità militare imperativa, lasciando agli Stati parti della Convenzione o ai rispettivi apparati militari un grande margine di discrezionalità circa la valutazione di tale delicata questione[155]. È stato infine osservato che le condizioni cui soggiace la deroga per necessità militare ineluttabile relative alla protezione speciale, si verificano automaticamente in caso di attacco nucleare a siti tutelati, dunque con maggior facilità rispetto all'ipotesi di attacchi operati per mezzo di armi convenzionali[156]. Proprio l'impossibilità di rispettare gli obblighi di protezione speciale assunti con la Convenzione nel caso di ricorso all'arma atomica, è stata addotta a su tempo dall'esecutivo degli Stati Uniti come ragione primaria per rinunciare a sollecitare l'*advice and consent* del Senato alla ratifica della Convenzione[157].

Il II Protocollo addizionale alla Convenzione de L'Aja del 1954 relativo alla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, adottato il 26 marzo 1999 ed entrato in vigore il 9 marzo 2004, ha offerto un'interpretazione della clausola derogatoria che combina e coordina

---

[153] M. SERSIC, *Protection of Cultural Property in Time of Armed Conflict*, in *Netherlands YIL*, 1996, XXVII, p. 3 ss., p. 15.
[154] A. GIOIA, *The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: the Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, in *Italian YIL*, 2001, p. 25 ss., p. 83 ss.
[155] L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, cit., p. 76.
[156] J. DE BREUCKER, *Pour les vingt ans de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels*, in *RBDI*, 1975, XI, 2, p. 525 ss., pp. 538-539 secondo cui '*l'engagement des armes nucléaires relevant d'échelons de commandement élevés, il correspondra toujours à une nécessité militaire ineluctable et impliquera automatiquement la levée de l'immunité du bien envisagé. Il en découle paradoxalement que tout attaque atomique d'un bien sous protection spéciale serait licite en elle-même*'.
[157] V. K. EIRINBERG, *The United States Reconsiders the 1954 Hague Convention*, in *IJCP*, 1994, III, 1, p. 27 ss., pp. 29-30; H. PARKS, *Protection of Cultural Property from the Effects of War*, in *The Law of Cultural Property and Natural Heritage: Protection, Transfer and Access*, a cura di M. Phelan, Illinois, Evanston, 1998, p. 1 ss.

il significato delle espressioni impiegate nella Convenzione del 1954 e nel suo I Protocollo[158]. Ai sensi dell'art. 6, lett. *a*) del II Protocollo, l'imperativa necessità militare può essere invocata solo se ricorrono due condizioni: in primo luogo il bene culturale protetto, in virtù dell'impiego cui è in concreto adibito, deve costituire un obiettivo militare legittimo; inoltre, non vi deve essere una realistica alternativa rispetto all'attacco del bene culturale, per ottenere un vantaggio militare equivalente a quello conseguibile dirigendo l'attacco contro di esso[159]. Il II Protocollo prevede, inoltre, alcune condizioni procedurali che regolano la valida operatività della clausola limitativa: l'esistenza della necessità militare deve essere accertata ad un determinato grado di comando (art. 6, lett. *b*)), ogniqualvolta le circostanze lo permettano, deve essere diramato con mezzi efficaci un avviso preventivo dell'attacco (art. 6, lett. *c*)); la deroga è inoltre solo temporanea, potendo operare solo nella misura e per il tempo in cui non sussista un altro metodo attuabile per conseguire un vantaggio militare equivalente (art. 6, lett. *d*)). Le previsioni dell'art. 6 vengono integrate dai successivi articoli 7 ed 8. Il primo, in particolare, prevede una serie di obblighi in capo ai belligeranti, '*without prejudice to other precautions required by international humanitarian law*': fare ogni sforzo per non attaccare beni culturali e prendere ogni precauzione per evitare o ridurre danni collaterali a tali beni nel corso di un attacco, arrivando anzi a sospendere l'attacco ove sussista il rischio fondato del verificarsi di tali eventi[160]. Alcuni beni culturali godono poi di una tutela rafforzata (art. 12) che non lascia alcuno spazio all'eccezione legata alla necessità militare fino a quando il bene in questione non sia utilizzato per fini tali da farlo divenire un obiettivo militare e per il solo periodo di tempo in cui esso continui ad essere utilizzato per simili fini. Inoltre, l'attacco deve costituire l'unico mezzo per porre fine a detto uso (art. 13, par. 2) e devono essere adottate le misure precauzionali idonee al fine di evitare, o comunque di ridurre

[158] Per una puntuale ricostruzione circa i Progetti elaborati nella seconda metà degli anni Novanta v. J.M. HENCKAERTS, *New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, in *IRRC*, 1999, LXXXI, n. 835, p. 593 ss., p. 599 e J. HLADIK, *The 1954 Hage Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity*, in *IRRC*, 1999, LXXXI, n. 835, p. 621 ss., p. 627 ss.

[159] V. A. GIOIA, *The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: the Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, cit., pp. 34-37; V. MANETTI, *Des nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé: l'entrée en vigueur du deuxième Protocole relative à la Convention de La Haye de 1954*, in *RICR*, 2004, LXXXVI, n. 854, p. 337 ss., p. 353.

[160] L'art. 8 sancisce specifici obblighi di salvaguardia in tempo di pace: in particolare, l'obbligo di rimuovere i beni culturali siti in prossimità di obiettivi militari o di predisporre una adeguata protezione per gli stessi *in situ* nonché evitare di collocare obiettivi militari in prossimità di beni culturali.

al minimo, i danni a tali beni culturali sottoposti a tale protezione rafforzata[161]. La soluzione prevista dal II Protocollo in materia di deroghe ha ricevuto giudizi piuttosto positivi[162]; in tale strumento emerge con chiarezza la natura di limite generale all'azione bellica della clausola di deroga della necessità militare che, lungi dal costituire una causa di giustificazione speciale per una condotta altrimenti vietata dal diritto internazionale dei conflitti armati, è in grado di limitare normativamente l'uso della forza del belligerante, consentendola nella misura strettamente necessaria al raggiungimento dello specifico obiettivo militare[163].

I due Protocolli del 1977, addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949, nel vietare gli attacchi contro beni che fanno parte del '*cultural or spiritual heritage of people*' (art. 53, par. 1 e art. 16), non contemplano la necessità militare. In questo caso, il maggior rigore si spiega, per la dottrina maggioritaria, in virtù della peculiare *natura* dei beni contemplati dalle disposizioni dei due Protocolli[164]. Le norme dei Protocolli del 1977 non sembrano quindi sostituire la disciplina del 1907 né modificare quella del 1954, ma riguardano piuttosto una

[161] L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, cit., p. 81.

[162] V. fra gli altri U. LEANZA, *Il rafforzamento della tutela internazionale del patrimonio culturale in tempo di guerra nel nuovo diritto dei conflitti armati*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, Scientifica, 2004, p. 2037 ss., p. 2050 ss. Cfr. poi A. GIOIA, *La protezione speciale e rafforzata dei beni culturali nei conflitti armati: dalla Convenzione del 1954 al Protocollo del 1999*, in *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, a cura di P. Benvenuti e R. Sapienza, Milano, Giuffrè, 2007, p. 96, secondo il quale la soluzione predisposta dal II Protocollo al problema della necessità militare va nell'insieme apprezzata per aver operato il coordinamento fra la specifica normativa relativa ai beni culturali e quella generale relativa alla condotta delle ostilità codificata nel I Protocollo addizionale del 1977.

[163] Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 185 e il *Manual of the Law of Conflict* britannico che stabilisce: '*military necessity permits a State engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, name the complete (or partial) submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources*' (cfr. punto 2.2).

[164] Cfr. M. SERSIC, *Protection of Cultural Property in Time of Armed Conflict*, cit., pp. 20-21; H. PARKS, *Protection of Cultural Property from the Effects of War*, cit., pp. 20-22; Y. DINSTEIN, *The Protection of Cultural Property and Places of Warship in International Armed Conflicts*, in *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., p. 1907 ss., pp. 1916-1917. Secondo tali autori nell'art. 53 è ravvisabile una clausola di protezione speciale di taluni beni culturali in cui si identifica il patrimonio culturale dei popoli. Nel I Protocollo del 1977, accanto al regime di protezione ordinaria applicabile a tutti i beni (artt. 48-52) si verrebbe ad affiancare un regime di protezione speciale delineato dall'art. 53 che porrebbe un divieto assoluto di attaccare i pochi beni culturali rientranti nella previsione. In questo senso v. anche C. WENGER, *Article 53*, in *Commentary to the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., pp. 639-640. In senso contrario v. però A. GIOIA, *La protezione speciale e rafforzata dei beni culturali nei conflitti armati: dalla Convenzione del 1954 al Protocollo del 1999*, p. 86; R. O'KEEFE, *The Meaning of 'Cultural Property' under the 1954 Hague Convention*, in *Netherlands ILR*, 1999, XLVI, 1, p. 26 ss., p. 32 secondo il quale, con riferimento all'art. 53 del I Protocollo del 1977 e all'art. 16 del II Protocollo, '*the spectrum of cultural property intended to be covered by Article 53 and 16's essentially common provisions is exactly the same as the scope of Article 1 of the (Hague) Convention. Indeed, the whole motivation behind the inclusion of Article 53 and 16 in the very first place was to affirm in a brief provision in each Protocol the concern for cultural property already incapsulated in a full treaty form in the Convention*'. V. poi L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato*, cit., p. 78, in particolare nota 23.

categoria particolare di beni culturali, individuata in base a speciali caratteristiche[165]. Peraltro, le riserve interpretative formulate al momento della firma o della ratifica dei Protocolli da parte dei principali Stati occidentali evocano espressamente la necessità militare quale motivo di deroga anche rispetto al divieto di attacco della categoria di beni ivi indicati, o quanto meno affermano il venir meno della protezione in caso di impiego dei beni culturali protetti a fini militari[166].

In presenza di una disciplina così ampia e dettagliata, la prassi più recente non è però incoraggiante. Al contrario, essa ha mostrato purtroppo come sovente la devastazione dei beni culturali non sia conseguita a valutazioni della necessità militare effettuate dalle parti in conflitto, né abbia costituito un mero danno collaterale derivante incidentalmente dall'attacco portato contro un altro obiettivo; al contrario, taluni beni culturali (soprattutto religiosi) sono stati considerati in sé stessi quali obiettivi da distruggere con il preciso scopo di perseguitare un popolo o una etnia e di annientarne l'identità. Palesi esempi di tali pratiche sono stati forniti dal conflitto nella *ex*-Iugoslavia, nel corso del quale si verificarono numerosi attacchi deliberati contro siti culturali e religiosi, soprattutto in Croazia e in Bosnia Erzegovina[167].

Come per le altre violazioni del diritto internazionale dei conflitti armati, la tendenza recente consiste nella repressione penale dei crimini compiuti dagli individui ed ha conseguito significativi risultati soprattutto ad opera del Tribunale per la *ex*-Iugoslavia. Peraltro, il comportamento degli Stati coinvolti in un conflitto armato continua ad essere negligente nell'adempimento degli obblighi di tutela, come mostrano la distruzione e il trafugamento di una parte del patrimonio culturale dell'Iraq, verificatesi a seguito delle ostilità e dei saccheggi posti in essere soprattutto nella prima fase dell'occupazione del territorio iracheno nel 2003[168].

Le diverse gradazioni della necessità militare sopra esaminate che, di volta in volta, qualificano la situazione di necessità '*absolute*', '*exceptional*', '*imperative*', '*unavoidable*' o '*urgent*', impongono all'interprete di valutare in concreto il grado di elasticità della norma nonché di esaminare di volta in volta la proporzionalità dell'azione rispetto alle peculiari esigenze emerse. Nonostante sia difficile individuare differenze sostanziali fra tali espressioni

[165] G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 472.
[166] Si vedano le dichiarazioni del Canada, della Francia, della Germania, del Regno Unito e degli Stati Uniti, riportate in ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, II, *Practice*, cit., pp. 758-760, p. 765 e p. 767.
[167] G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 472.

sulla base della prassi degli Stati[169], è pur sempre possibile individuare una gerarchia fra i diversi tipi di necessità militare[170].

Tali nozioni, come ogni altra nozione elastica impiegata in norme giuridiche, richiedono una specificazione successiva ad opera, fra l'altro, dei manuali militari, delle regole operative di ingaggio delle forze armate, dei comandanti militari nel corso delle azioni belliche e possono eventualmente essere chiarite ad opera delle giurisdizioni nazionali e internazionali[171].

4. *Il principio di proporzionalità nello* jus in bello.

Ogniqualvolta la clausola di necessità militare viene in gioco nel contesto del diritto internazionale umanitario essa implica una valutazione della proporzionalità ad essa strettamente connessa. In ogni azione militare, infatti, necessità e proporzionalità appaiono come due aspetti inscindibili del medesimo principio, e la valutazione dell'uno porta inevitabilmente a considerazioni relative all'altro[172]. D'altra parte simili considerazioni si possono svolgere, più in generale, in relazione all'intero ordinamento internazionale. Così, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo svolge un controllo di proporzionalità sulle misure necessarie adottate dagli Stati in virtù dell'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto alle specifiche esigenze dettate dalla situazione di emergenza invocata, valutando in particolare che tali misure siano proporzionate rispetto al fine legittimo cui tendono[173].

Nel contesto delle regole del diritto internazionale umanitario, in virtù della forte compenetrazione fra l'espressione della necessità e la regola di proporzionalità, si rende

---

[168] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 473.
[169] G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, cit., p. 53.
[170] V. in tal senso E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire*, cit., p. 209 ss., pp. 216-218; H. MCCOUBREY, *The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity*, in *RDPMG*, 1991, XXX, p. 217 ss., pp. 230-235; G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: the Law of Armed Conflict*[3], London, Stevens, 1986, p. 135.
[171] G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, cit., p. 54.
[172] Con specifico riferimento alla funzione restrittiva della necessità militare v. *supra*, capitolo II, par 2.2.
[173] Cfr., ad esempio, Corte EDU, *Lawless v. Ireland*, cit., parr. 36 e 37; Corte EDU, *Ireland v. United Kingdom*, cit., parr. 206 e 207; Corte EDU, *Branningan and McBride v. United Kingdom*, cit., parr. 59 e 60; Corte EDU, *Aksoy (Aksoy v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 21987/93), 18 dicembre 1996, par. 79 ss. Sulla struttura e il contenuto del giudizio di proporzionalità nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., pp. 42-52. Sulle clausole di deroga v. *supra*, capitolo I, par. 6.1.

necessario valutare quale sia la modalità e l'estensione del riferimento alla regola di proporzionalità: intorno ad essa, infatti, si svolgono le norme positive del diritto bellico.

Il rilievo dell'elemento della proporzionalità nel diritto dei conflitti armati è noto ed analizzato da tempo. Già nell'elaborazione dei primi strumenti convenzionali, infatti, le limitazioni al potere unilaterale di determinare i mezzi per la condotta delle azioni belliche si sono fondate su tecniche che richiamano da vicino quella della proporzionalità. Peraltro, l'utilizzazione che ne veniva fatta era parziale e spesso confusa con l'elemento della necessità. Solo di recente, in connessione con il riconoscimento nella coscienza giuridica della società internazionale dei valori individuali come antagonisti rispetto agli interessi statali, la proporzionalità è stata riconosciuta nella sua piena autonomia[174]. Le radici teoriche dell'elemento della proporzionalità nell'ambito del diritto umanitario possono essere rinvenute in espressioni dottrinali che pongono a confronto i danni cagionati a combattenti e popolazioni civili con le esigenze di condotta della guerra[175]. La regola della proporzionalità pone infatti a confronto gli interessi dei soggetti internazionali che conducono le ostilità con quelli degli individui, combattenti o popolazioni civili, che ne sopportano le conseguenze[176].

Questa considerazione illustra la struttura e la funzione della regola relativa alla proporzionalità nel diritto bellico[177]. Essa si rivela come una tecnica di ricerca di un equilibrio fra interessi contrapposti: da un lato, l'interesse dei belligeranti a determinare liberamente i mezzi per la condotta delle ostilità, dall'altro, l'interesse alla tutela di esigenze umanitarie sia dei combattenti che di popolazioni civili e beni in principio estranei al conflitto. Tali norme sono dunque tese ad individuare interessi giuridici antagonisti rispetto a quelli statali, che possano determinare un limite di carattere esterno nei confronti di singole azioni militari[178]. In tale contesto, la proporzionalità costituisce dunque il collegamento formale fra le norme del

[174] E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 297.
[175] Per una analisi del ruolo della proporzionalità nei primi strumenti di diritto bellico e dell'evoluzione storica del concetto v. S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffré, 1999, p. 149 ss.
[176] Su questo punto vi è pressoché unanimità di vedute: cfr. W.J. FENRICK, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, in *MLR*, 1982, p. 91 ss. Una struttura analoga caratterizza, ad esempio, la formazione recente delle norme relative alla tutela ambientale nell'ambito dei conflitti armati; cfr. B. BAKER, *Legal Protection for the Environment in Times of Armed Conflict*, in *Virginia JIL*, 1993, p. 351 ss.; R.G. TARASOFSKY, *Legal Protection of the Environment during International Armed Conflict, in Netherlands YIL*, 1993, p. 17 ss.
[177] Per un'analisi del contenuto del principio nell'ambito del diritto umanitario, e in particolare nell'ambito del I Protocollo addizionale del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949, cfr. M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, a cura di M. Bothe, K.J. Partsch e W.A. Solf, The Hague, Nijhoff, 1982, p. 194 ss., p. 309 ss. e p. 360 ss.
[178] E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 299.

diritto internazionale umanitario tese a bilanciare esigenze fra loro in apparente contraddizione: esigenze militari ed esigenze *lato sensu* umanitarie[179].

In virtù di tale principio, nell'ambito dello *jus in bello* '*when attacking military objectives belligerents must make sure that any collateral damage to civilians is not out of proportion to the military advantage anticipated*'[180]. Esso gioca un ruolo essenziale in diverse accezioni: viene in rilievo nella regola relativa al divieto di attacchi non proporzionati imponendo il contenimento dei danni collaterali provocati nel corso di un conflitto armato nel bilanciamento fra l'esigenza di raggiungere un determinato obiettivo militare e i danni provocati ai civili e ai loro beni[181] e costituisce inoltre il fondamento giuridico del divieto di mezzi e metodi di guerra in grado di cagionare sofferenze inutili o lesioni superflue ai combattenti[182].

Nonostante la sua previsione in numerosi testi convenzionali, fra i quali il I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, solo di recente il principio è stato riconosciuto come regola di diritto internazionale umanitario consuetudinario[183]. Non sembra infatti convincente l'affermazione della sussistenza di una regola consuetudinaria relativa al principio di proporzionalità ricostruita per via interpretativa sulla base dell'art. 22 del *Lieber Code*

---

[179] Cfr. A.P.V. ROGERS, *The Principle of Proportionality*, in *The Legitimate Use of Military Force: the Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, a cura di H.M. Hensel, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 189 ss., p. 190.

[180] A. CASSESE, *International Law*[2], Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 417.

[181] A. ROBERTS e R. GUELFF, *Documents on the Law of War*[2], Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 5, nota 2; v. T. HURKA, *Proportionality and Necessity*, in *War: Essays in Political Philosophy*, a cura di L. May, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 127 ss. Sul principio di proporzionalità v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 297 ss. Sulla questione v. *infra*, capitolo II, par. 4.1. e par. 4.2.

[182] J. GARDAM, *Necessity and Proportionality in* jus ad bellum *and* jus in bello, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275 ss., p. 276. Sulla questione v. *infra*, capitolo II, par. 4.3.

[183] J.M. HENCKAERTS e L. DOSWALD BECK, *Customary International Humanitarian Law*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 46 secondo cui '*State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts*'. V. poi A. CASSESE, *International Law*[2], cit., p. 418; J. GARDAM, *Necessity and Proportionality in* jus ad bellum *and* jus in bello, cit., p. 284. L'idea che gli artt. 57 e 58 del I Protocollo corrispondano ad una regola generale del diritto internazionale, addirittura dal contenuto più ampio rispetto a quella che si desumerebbe dalle disposizioni convenzionali, è stata sostenuta dal Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Iugoslavia nella sentenza relativa al caso *Kupreskić*. Il Tribunale ha accertato il carattere consuetudinario della regola sulla base di due considerazioni: l'esistenza di una regola generale sul divieto di attacchi indiscriminati, che sarebbe precisata e specificata dalle disposizioni convenzionali, e il fatto che numerosi Stati, anche non parti del I Protocollo, hanno applicato principi ad esso ispirati, o comunque, si siano astenuti dal contestarne la natura consuetudinaria. Come espressamente ammette il Tribunale, l'attribuzione di carattere consuetudinario alle regole di diritto bellico è fondata su un criterio metodologico che conferisce all'*opinio necessitatis* un peso maggiore rispetto all'esigenza di provare l'esistenza di un comportamento costante e ripetuto nel tempo. Per una opinione più sfumata circa la natura consuetudinaria della regola v. però E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 310.

secondo cui: '*(…) the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit*'[184]. Sorprende però che la regola relativa alla proporzionalità, formulata espressamente per la prima volta solo nel I Protocollo addizionale del 1977, non sia sancita da una disposizione *ah hoc* dello stesso ma sia piuttosto ricostruita sulla base di alcune norme relative alla protezione della popolazione civile come, ad esempio, dall'art. 51, che prevede il divieto di attacchi indiscriminati[185].

4.1. *Il divieto di attacchi indiscriminati e la regola della proporzionalità dei danni collaterali.*

La tendenza ad apportare limitazioni sempre maggiori all'uso della violenza militare nei conflitti armati si è giovata dell'affermarsi del principio di distinzione[186]. Nel corso di qualsiasi conflitto armato, la popolazione civile è protetta in base al fondamentale principio di distinzione che impone di dirigere gli attacchi esclusivamente contro combattenti ed obiettivi militari. Tale principio, implicito negli strumenti di diritto internazionale dei confliti armati più risalenti[187], si trova oggi espresso agli artt. 48 e 13, par. 2 dei Protocolli del 1977,

---

[184] Cfr. l'art. 22 del *Lieber Code*. V. A.P.V. ROGERS, *Armed Forces and the Development of the Law of War*, cit., p. 212. Nel caso *Galić* la Camera del Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Iugoslavia sostenne che '*the principle of proportionality, inherent to both the principles of humanity and military necessity upon which the law of conduct of hostilities is based, may be inferred,* inter alia*, from Articles 15 and 22 of the Lieber Code and from Article 24 of the Hague Air Warfare Rules (…) although these rules were never adopted in legally binding form, they are considered to be an authoritative interpretation of the law*': cfr. ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Trial Chamber I, case n. IT-98-29-T, 5 dicembre 2003, parr. 57. Tale ricostruzione, svolta da V. A.P.V. ROGERS, *Armed Forces and the Development of the Law of War*, cit., p. 201 ss., p. 212, è stata in seguito negata dallo stesso autore: cfr. ID., *The Principle of Proportionality*, in *The Legitimate Use of Military Force: the Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, a cura di H.M. Hensel, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 189 ss., p. 190.

[185] Uno dei primi riferimenti al principio di proporzionalità è rinvenibile nella trattazione di W.E. HALL, *A Treatise on International Law*[8], a cura di A. Pearce Higgins, Oxford, Clarendon Press, 1924, p. 635, secondo cui: '*in a general sense a belligerent has a right to use all kinds of violence against the person and property of his enemy which may be necessary to bring the latter to terms.* Prima facie *therefore all forms of violence are permissible. But the qualification that the violence used shall be necessary violence has a specific meaning; so that acts not only cease to be permitted so soon as it is shown that they are wanton, but when they are grossly disproportioned to the object to be attained*'.

[186] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 137.

[187] Fra questi, la Dichiarazione di San Pietroburgo stabilisce nel suo Preambolo che il solo scopo legittimo che gli Stati debbono prefiggersi durante la guerra è l'indebolimento delle forze militari del nemico, mentre i Regolamenti annessi alle Convenzioni de L'Aja relative alle leggi e agli usi della guerra terrestre (del 29 luglio 1899 e del 18 ottobre 1907) vietano l'attacco e il bombardamento delle località non difese (art. 25). Una tappa importante nell'affermazione del principio è stata segnata dalle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e de L'Aja del 1954, le quali, si riferiscono di frequente ad 'obiettivi militari' pur senza fornirne una positiva definizione. A tal proposito si vedano gli articoli 19 e 23 della I Convenzione di Ginevra del 1949 e l'art. 18 della IV Convenzione concernenti la protezione degli ospedali e delle zone sanitarie, nonché l'art. 8

addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949, nonché in diversi altri strumenti di diritto internazionale umanitario come, ad esempio, agli artt. 3, par. 7 e 2, par. 1 rispettivamente del II e III Protocollo addizionale alla Convenzione sulle armi convenzionali del 1980 e nel Preambolo della Convenzione di Ottawa del 18 settembre 1977 sul divieto d'impiego, stoccaggio, produzione, trasferimento e distruzione di mine antipersona[188].

Secondo quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulle armi nucleari, nel principio di distinzione è possibile individuare uno dei '*cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law*'[189], ovvero una delle regole fondamentali del diritto internazionale umanitario consuetudinario. Il principio è poi declinato nelle regole che vietano attacchi indiscriminati e prescrivono misure precauzionali tese ad evitare danni collaterali eccessivi rispetto al vantaggio militare che ci si propone di conseguire per mezzo dell'attacco[190]. Anche a tali regole è generalmente riconosciuta da Stati e organizzazioni internazionali, natura consuetudinaria[191].

Il principio di proporzionalità negli attacchi fu affermato per la prima volta nelle *draft rules* predisposte dal Comitato della Croce rossa internazionale a seguito della riunione di esperti svoltasi a Ginevra nel 1954 al fine di limitare il rischio per le popolazioni civili nel

---

della Convenzione de L'Aja sulla protezione dei beni culturali, riguardanti i rifugi protetti per i beni culturali mobili.

[188] Per un approfondimento del principio v. K. OBRADOVIC, *La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux*, in *RBDI*, 1976, p. 116 ss.; R.W. GEHRING, *Changing Rules for Changing Forms of Warfare: Protection of Civilian Infrastructures*, in *LCP*, 1978, p. 86 ss.; E. ROSENBLAD, *International Humanitarian Law of Armed Conflict. Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Genèva, Stockholm, Henry Dunant Institute, 1979, p. 135 ss. Cfr. poi UN GA Resolution 2444 (XXIII), *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, 19 dicembre 1968, Doc. A/RES/2444 (XXIII) e UN GA Resolution 2675 (XXV), Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 9 dicembre 1970, Doc. A/RES/2677 (XXV).

[189] ICJ, *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., parr. 78-79.

[190] V. gli artt. 51, 57 e 58 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra. Anche tali regole sono considerate corrispondenti al diritto internazionale consuetudinario dal Comitato Internazionale della Croce Rossa: v. ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 37 ss., su cui v. M. BOTHE, *Customary International Humanitarian Law, Some Reflections on the ICRC Study*, in *YIHL*, 2005, VIII, p. 143 ss.

[191] G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 462. La regola relativa alla proporzionalità è oramai inserita nei manuali militari pubblicati dal 1977, non solo fra gli Stati che hanno ratificato il I Protocollo (v. ad esempio *German Defence Ministry*, 1992, par. 456; *Australian Defence Force*, 1996, par. 535; *United Kingdom Ministry of Defence*, 2004, par. 2.6), ma anche fra quelli che non l'hanno ratificato. Così, la formulazione del principio contenuto nel manuale militare statunitense prevede che '*the anticipated loss of life and damage to property incidental to attacks must not be excessive in relation to the concrete and direct military advantage expected to be gained*': v. *United States Army, Judge Advocate General's School*, 2003, p. 9 e il manuale militare navale degli Stati Uniti prevede che '*incidental injury or collateral damage must not, however, be excessive in light of the military advantage anticipated by the attack*': v. *US Naval War College*, 1997, par. 8.1.2.1. In tale sede si afferma poi che la regola in questione '*is inherent in both the principles of humanity and necessity upon which the law of armed conflict is based*': v. *US Naval War College*, 1997, par. 4.

corso di conflitti armati. Le regole in questione, pubblicate nel 1956[192], vennero presentate l'anno successivo a Nuova Delhi in occasione della XIX Conferenza internazionale della Croce Rossa e in seguito trasmesse ai governi degli Stati. L'art. 8 delle *draft rules* sancisce l'obbligo di '*renoncer à l'attaque s'il resort de cet examen que les pertes et destructions probables seraient hors de proportion avec l'avantage militare attendu*'. Nel relativo commentario il Comitato di esperti ribadiva natura generale alla proporzionalità nell'attacco, intesa come rapporto di proporzionalità fra il vantaggio militare atteso e il rischio per la popolazione civile[193].

Anche il Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Iugoslavia ha riconosciuto nel principio di proporzionalità nell'attacco, e nell'obbligo di precauzioni nell'attacco che ne costituisce il corollario, una norma di diritto internazionale consuetudinario; a suo avviso infatti: '*in the case of attacks on military objectives causing damage to civilians, international law contains a general principle prescribing that reasonable care must be taken in attacking military objectives so that civilians are not needlessly injured through carelessness. This principle, already referred to by the United Kingdom in 1938 with regard to the Spanish Civil War, has always been applied in conjunction with the principle of proportionality, whereby any incidental (and unintentional) damage to civilians must not be out of proportion to the direct military advantage gained by the military attack. In addition, attacks, even when they are directed against legitimate military targets, are unlawful if conducted using indiscriminate means or methods of warfare, or in such a way as to cause indiscriminate damage to civilians. These principles have to some extent been spelled out in articles 57 and 58 of the First Additional Protocol of 1977. Such provisions, it would seem, are now part of customary international law, not only because they specify and flesh out general preexisting norms, but also because they do not appear to have been contested by any State, including those which have not ratified the Protocol*'[194]. Una peculiare formulazione del principio di proporzionalità si trova poi all'art. 8, par. 2, lett. *b*), *iv*), dello Statuto della Corte penale internazionale che punisce come crimine di guerra il fatto di chi '*intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment*

[192] J.L. KUNZ, *The Laws of War*, in *AJIL*, 1956, L, p. 313 ss., p. 324.
[193] A.P.V. ROGERS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 203.
[194] ICTY, *The Prosecutor v. Kupreskić and others*, cit., par. 524; cfr. poi ICTY, *The Prosecutor v. Galić*, cit., par. 58.

which would be clear excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated'[195].

Per quanto attiene alla scelta dei legittimi obiettivi degli attacchi in occasione di un conflitto armato, il nodo cruciale è costituito dalla definizione di obiettivo militare[196]. In virtù del principio di distinzione l'obiettivo militare può essere identificato, in riferimento alle *persone*, esclusivamente nei combattenti nemici; la popolazione civile non può essere attaccata dalle forze armate avversarie. Una precisa definizione di 'obiettivo militare' è invece rinvenibile, in relazione ai *beni*, nell'art. 52, par. 2 del I Protocollo del 1977 applicabile ai conflitti armati internazionali secondo in relazione ad ogni bene che per la sua natura, ubicazione, destinazione o impiego fornisca 'un effettivo contributo all'azione militare' e la cui distruzione totale o parziale, cattura o neutralizzazione offrano, 'nelle circostanze del momento', un 'vantaggio miliatare preciso'[197]. Il duplice criterio ('effettivo contributo' e 'vantaggio militare preciso') che consente di qualificare il bene come obiettivo militare deve essere verificato nelle 'circostanze del momento', escludendo dunque situazioni pregresse o realizzabili in futuro[198]. Nonostante alcuni profili di incertezza nell'interpretazione delle norme[199], la prassi degli Stati è orientata nel senso di riconoscere in linea di principio i criteri

[195] Secondo K. DORMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 161 ss., il '*concrete and direct overall military advantage*' si riferisce al vantaggio militare prevedibile al momento in cui l'azione è posta in essere e può essere o meno collegato all'obiettivo dell'attacco dal punto di vista temporale e geografico. Nel termine '*overall*' si intendeva inoltre ricomprendere situazioni, come gli attacchi simulati per celare l'attacco principale, in cui il vantaggio militare era pianificato realizzarsi più tardi, ma non fino a ricomprendere i vantaggi politici di lungo termine o la vittoria della guerra.

[196] L'originaria definizione positiva della nozione si trova nella *IX Convention Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War*, The Hague, 18 ottobre 1907, che individua come obiettivi del bombardamento da parte di forze navali '*military works, military or naval establishments, depots of arms or war material, workshops or plant which could be utilized for the needs of the hostile fleet or army, and the ships of war in the harbour*': (cfr. art. 1, par. 2).

[197] La definizione corrisponde quasi letteralmente all'omologa disposizione contenuta all'art. 24 dei Regolamenti de L'Aja del 1923. Sulla genesi e il contenuto della norma si veda H. MEYROWITZ, *Bûts de guerre et objectifs militaires*, in *RDPMG*, 1983, p. 35 ss.

[198] G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 467.

[199] Alcuni profili di incertezza permangono, ad esempio, in relazione alla possibilità di considerare obiettivo militare le stazioni delle emittenti radio-televisive. Per la recente prassi in materia v. G. BARTOLINI, *Air Operations against Iraq (1991 and 2003)*, in *The Law of Air Warfare. Contemporary Issues*, a cura di N. Ronzitti, G. Venturini, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, p. 243 ss.; M. MANCINI, *Air Operations against the Federal Republic of Yugoslavia (1999)*, in *The Law of Air Warfare. Contemporary Issues*, cit., p. 273 ss., pp. 290-292; C. PONTI, *Air Operations against Afghanistan (2001-2002)*, in *The Law of Air Warfare. Contemporary Issues*, cit., pp. 307 ss., p. 308; M. SASSÒLI e L. CAMERON, *The Protection of Civilian Objects - Current State of the Law and Issues* de lege ferenda, in *The Law of Air Warfare. Contemporary Issues*, cit., p. 35 ss., pp. 53-55. Per le diverse opinioni in dottrina v. ID., *The Protection of Civilian Objects - Current State of the Law and Issues* de lege ferenda, cit., pp. 53-55 e note 71-76. Cfr. poi il *Final Report to the Prosecutor by the*

enunciati dall'art. 52, par. 2 del I Protocollo del 1977 ai fini dell'individuazione degli obiettivi militari non solo nei conflitti armati internazionali, ma anche nei conflitti interni[200].

Le disposizioni ora richiamate riferiscono la nozione di obiettivo militare al vantaggio che l'azione è volta a conseguire; la possibilità di individuare in un determinato bene un obiettivo militare risulta, infatti, strettamente connessa allo specifico fine dell'attacco sferrato da una delle parti del conflitto e viene meno in assenza di tale legame. Di conseguenza si deve ritenere vietata in quanto non necessaria ogni azione diretta contro obiettivi i quali, essendo inidonei a fornire alle parti del conflitto un vantaggio militare concreto e preciso, non possono essere legittimamente considerati obiettivi militari.

La norma codificata all'art. 52, par. 2, del I Protocollo addizionale del 1977 indica i criteri discretivi in relazione agli obiettivi militari applicabili alle operazioni terrestri, aeree e navali. Rispetto a tali due ultimi settori, però, l'interpretazione della norma ha sollevato numerose questioni. Con riferimento alle operazioni navali, si tratta di determinare le conseguenze del I Protocollo sugli istituti tradizionali della guerra marittima, primo fra tutti il blocco, che può provocare la carestia nel territorio dello Stato che lo subisce[201]. In relazione alle operazioni aeree si pone invece il problema dell'ammissibilità o meno del c.d. bombardamento strategico o 'a zona' ovvero la possibilità di assimilare *in toto* una zona di territorio ad un obiettivo militare quando essa contribuisca - in ragione dell'ubicazione, destinazione o impiego - all'azione militare e la sua distruzione totale o parziale, occupazione o neutralizzazione possano costituire un sicuro vantaggio militare. A tal proposito, nonostante le dichiarazioni rese dagli Stati al momento della firma del I Protocollo depongano nel senso di una ampia

---

Committee Established to Review the NATO Bombing Compaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 1999, in *ILM*, 2000, p. 1257 ss., pp. 1278-1279.

[200] Le istruzioni contenute nei manuali ad uso delle forze armate si conformano a detti criteri. V. ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 29-32; in dottrina v. M. SASSÒLI e L. CAMERON, *The Protection of Civilian Objects - Current State of the Law and Issues* de lege ferenda, cit., pp. 49-50.

[201] In relazione alle operazioni navali si ritiene preferibile l'opinione di chi fa leva sulla disposizione di cui all'art. 49, par. 3, ai sensi del quale '*the provisions of this section apply to any land, air or sea warfare which may affect the civilian population, individual civilians or civilians objects on land. They further apply to all attacks from the sea or from the air against objectives on land (…)*', ritenendo che le precauzioni negli attacchi e più in generale la protezione della popolazione civile, come il divieto di provocarne la morte per fame come metodo di combattimento, dovrebbero applicarsi anche in deroga a norme consuetudinarie quali appunto la disciplina dell'istituto del blocco: v. E. RAUCH, *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Conventions on the Law of the Sea. Repercussions on the Law of Naval Warfare*, Berlin, Duncker and Humblot, 1984, p. 80 ss. In senso contrario v. però H. MEYROWITZ, *Le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et le droit de la guerre maritime*, in *RGDIP*, 1985, p. 243 ss. L'A., facendo leva sulla riserva contenuta nel secondo capoverso dello stesso articolo ai sensi della quale '*(…) but do not otherwise affect the rules of international law applicable*

discrezionalità riservata ai comandanti militari nel considerare una determinata zona nel suo complesso come obiettivo militare[202], la norma in esame sembra dover essere intesa piuttosto alla luce del fondamentale principio di distinzione, integrato, in caso di incertezza circa la natura civile o militare di un determinato obiettivo, dalla regola presuntiva in favore della protezione nonché dal divieto di attacchi indiscriminati[203]. Di conseguenza, l'interpretazione della nozione di 'obiettivo militare zonale' dovrebbe essere svolta in senso restrittivo, potendosi riferire solo ad aree la cui destinazione le renda effettivamente assimilabili ad un obiettivo militare unitario, ad esclusione di quelle che in base a più ampie considerazioni di natura tattico-strategica appaiono rivestire un interesse militare per uno degli Stati parti del conflitto[204]. Nel dubbio circa la destinazione civile o militare di un determinato obiettivo, il I Protocollo del 1977 pone una presunzione favorevole alla protezione, stabilendo che esso deve essere ritenuto tale da non apportare un contributo effettivo all'azione militare. Tale disposizione deve essere applicata dai comandanti militari i quali, secondo le dichiarazioni interpretative rese note dai Paesi occidentali, dovranno decidere sulla base di tutte le informazioni disponibili al momento dell'azione. Appare evidente allora l'importanza delle istruzioni impartite agli organi militari, ed è significativo che i principali manuali militari già contengano, sia pure con diverse sfumature, disposizioni che prescrivono il rispetto del

---

in armed conflict at sea or in the air', ritiene che la disciplina della guerra navale sia salvaguardata nei suoi aspetti tradizionali.

[202] Il concetto di bombardamento strategico o zonale è espresso con chiarezza dalla dichiarazione resa dal suo principale sostenitore, il Regno Unito, al momento della firma del I Protocollo addizionale del 1977 secondo la quale: '*(…) a specific area of land may be a military objective if, because of its location or other reasons specified in the Article (52) its total or partial destruction, capture or neutralisation in the circumstances ruling at the time offers definite military advantage*' (il testo della dichiarazione inglese è riportato in appendice da M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*: *Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, cit., p. 721). Il manuale statunitense sulla guerra aerea, di un anno precedente al I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, già prevede regole di contenuto analogo in tema di precauzioni nell'attacco e protezione della popolazione civile, assumendo una posizione in linea di principio contraria al bombardamento strategico (Cfr. *The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, cit., pp. 5-12, par. 5.3 e 5.15, nota 9).

[203] In questo senso v. G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 143.

[204] Nonostante la dottrina si sia dimostrata restìa ad ammettere la liceità del bombardamento zonale, ritenuto contrario ai principi fondamentali del diritto internazionale umanitario, in presenza di una prassi non omogenea degli Stati solo l'assunzione di vincoli pattizi potrebbe fornire un chiaro criterio di valutazione del comportamento degli Stati. Su tali aspetti v. M.W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, New York, Vinal, 1928, p. 132 ss.; J.M. SPAIGHT, *Air Power and War Rights*[3], London, Longmans, 1947, p. 272; J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*[2]*: a Treatise on the Dynamics of Disputes and War Law*, London, Stevens, 1959, p. 627; E. ROSENBLAD, *Area Bombing and International Law*, in *RDPM*, 1976, p. 62 ss.; H. BLIX, *Area Bombardment: Rules and Reasons*, in *BYIL*, 1979, p. 31 ss.; L.C. GREEN, *Aerial Considerations in the Law of Armed Conflict*, in *Annals ASL*, 1980, p. 89 ss.

principio di distinzione e l'obbligo di attaccare esclusivamente obiettivi militari[205]. Nonostante la mancata ratifica del I Protocollo da parte di alcune importanti potenze militari come India, Israele e Stati Uniti, tali Stati sono certamente vincolati al rispetto della norma consuetudinaria corrispondente[206].

L'effetto proibitivo della necessità militare opera in conclusione anche a favore della protezione dei civili e dei loro beni, escludendo dall'attacco gli obiettivi la cui distruzione non appare indispensabile per il conseguimento della vittoria, poiché non sussiste un collegamento fra gli stessi e il fine militare ricercato dall'avversario. La limitazione dell'impiego della forza assume in tale contesto una dimensione *qualitativa* che seleziona i legittimi obiettivi dell'attacco. Ad essa si ricollega inoltre una limitazione *quantitativa* della forza diretta contro gli obiettivi militari. Essi non possono infatti essere fatti oggetto di attacchi in misura superiore a quanto strettamente necessario a rendere gli stessi inoffensivi. Alla valorizzazione dell'elemento proibitivo della necessità militare operata dal I Protocollo addizionale del 1977, corrisponde infatti una analoga valorizzazione della proporzionalità, ad esso strettamente connessa. Nel Protocollo viene tratteggiata, per la prima volta in uno strumento internazionale, una precisa definizione del principio di proporzionalità in stretta connessione con la protezione della popolazione civile e il principio di distinzione, cui sono attribuite peculiari e specifiche funzioni.

La chiave di volta del sistema ora descritto consiste dunque nella definizione da attribuire alla nozione di *danno collaterale* da considerarsi eccessivo rispetto al vantaggio militare. Su questo punto vertono le dichiarazioni interpretative di taluni Stati occidentali, secondo i quali il vantaggio militare previsto come scopo di un attacco deve essere riferito all'attacco nel suo insieme, qualsiasi dimensione esso abbia, e non può essere limitato dalla considerazione di un particolare o speciale settore dell'attacco[207]. Nonostante simili interpretazioni, la disposizione

[205] V. le istruzioni impartite dai manuali tedesco, statunitense, inglese e svizzero (ZDv 15, *Kriegsvölkerrecht, Leitsätze für die Allgemeine Ausbildung*, cit., p. 10, n. 13; *The Law of Land Warfare*, cit., p. 19, p. 23, nn. 41 e 56; *The Law of War on Land*, cit., p. 96, n. 288; *Handbuch über die Gesetze und Gebräuche des Krieges*, cit., p. 10, n. 26). Successive integrazioni del manuale statunitense sulla condotta delle operazioni terrestri hanno inserito in esso disposizioni di contenuto del tutto analogo alle norme del I Protocollo in tema di distinzione fra combattenti e popolazione civile, definizione di obiettivi militari e precauzioni negli attacchi (FM 27-10 C1, *Department of the Army Field Manual, The Law of Land Warfare*, 15 July 1976); l'affermazione del principio di distinzione è decisa e reiterata anche nell'ultimo manuale sulla condotta delle operazioni navali (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, cit., p. 5, n. 53 e p. 11, nn. 11.1, 2).

[206] V. A.P.V. ROGERS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 191.

[207] Secondo la dichiarazione del Regno Unito: '*the military advantage anticipated from an attack is intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and from isolated and particular parts of the attack*': cfr. M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*: *Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, cit., p. 721. La stessa dichiarazione è stata poi

costituisce una chiara prescrizione rispetto alle scelte tattiche dei comandanti militari che guidano la condotta delle ostilità tesa a garantire, limitando le modalità della condotta consentita ai combattenti, la protezione della popolazione civile di entrambe le parti del conflitto armato. Le norme relative alla proporzionalità ora richiamate obbligano infatti gli Stati a tenere in debita considerazione sia le perdite e i danni ai quali può andare incontro la popolazione civile nemica, sia quelle che possono colpire i loro stessi cittadini[208]. Quest'ultimo aspetto costituisce uno dei tratti salienti del I Protocollo del 1977. Nessun obbligo specifico era infatti mai stato in precedenza posto in capo degli Stati riguardo al trattamento dei propri cittadini nel corso di un conflitto armato. Tale preoccupazione dell'odierno diritto dei conflitti armati riguardo la garanzia di una protezione efficace agli individui nei confronti dello Stato di cittadinanza è influenzata positivamente dal movimento per la tutela dei diritti dell'uomo[209].

La commisurazione del danno al vantaggio militare concreto e diretto derivante dall'attacco dovrebbe rendere meno difficile determinare il danno eccessivo, ovviando al rischio che solo il danno evidentemente sproporzionato possa essere considerato tale. Al contrario, poiché il fine al quale vanno commisurate le perdite collaterali è quello riconducibile ad ogni singolo attacco, sia pure considerato nel suo complesso[210], è chiaro che non potranno ritenersi giustificate perdite riconducibili ad ampie necessità di strategia militare ed eccedenti lo specifico vantaggio realizzabile nella situazione concreta[211]. Se la valutazione

---

letteralmente ripresa dall'Italia all'atto del deposito, presso il dipartimento federale svizzero degli affari esteri, dello strumento di ratifica del I Protocollo (27 febbraio 1986: v. CICR, *Protocoles additionnels du 8 juin 1977. Réserves, déclarations et communications au 30 juin 1986*, Genève, Nijhoff, 1987, p. 13). A sua volta la Svizzera, all'atto della firma del I Protocollo, ha reso una dichiarazione ove si afferma che la responsabilità del rispetto degli obblighi posti dall'art. 57, n. 2 spetta agli ufficiali comandanti di battaglione o di rango più elevato; la dichiarazione è stata ripetuta al momento del deposito dello stumento di ratifica, effettuato dal governo svizzero il 17 febbraio 1982: cfr. CICR, *Protocoles additionnels du 8 juin 1977. Réserves, déclarations et communications au 30 juin 1986*, cit., p. 16.

[208] La popolazione civile dello Stato aggredito ben può essere coinvolta nelle operazioni di difesa contro l'aggressore, come potrà esserlo quella residente nel territorio di quest'ultimo qualora la reazione difensiva si spinga contro di esso. Circa l'evoluzione del diritto umanitario verso una maggiore protezione dei cittadini degli Stati parti del conflitto, nei confronti dell'azione dei propri organi militari, si vedano F. KRUGER-SPRENGEL, *Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre*, in *RDPM*, 1980, p. 193 ss. e H. MEYROWITZ, *Une révolution inaperçue: l'article 49, 2 du Protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949*, in *ZAÖRV*, 1981, p. 29 ss.

[209] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 148.

[210] V. J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force*, cit., pp. 99-100.

[211] Si deve pertanto ritenere che un vantaggio futuro ed imprecisato non sia idoneo a giustificare maggiori perdite collaterali; correlativamente una parte del conflitto non potrebbe lecitamente impiegare stratagemmi atti ad ingannare il nemico circa la dislocazione dei propri obiettivi militari, inducendo così ad attaccare invece la popolazione e i beni civili. Su questo problema, con particolare riferimento alla guerra aerea v. B.M. CARNAHAN, *The Law of Air Bombardment in its Historical Context*, in *AFLR*, 1975, p. 60 ss. e ID., *Protecting Civilians under the Draft Geneva Protocol: a Preliminary Enquiry*, in *AFLR*, 1976, p. 32 ss.

dell'illiceità degli attacchi indiscriminati è indipendente dal verificarsi di perdite effettive fra la popolazione civile[212], resta da capire se ciò avvenga anche nel caso di un attacco atto a produrre danni collaterali rispetto al vantaggio militare concreto e diretto avuto di mira. A tal proposito sembra ragionevole ritenere che il requisito della proporzionalità debba piuttosto essere apprezzato caso per caso, con riferimento alla specifica situazione concreta. L'obbligo di tener conto dei danni collaterali previsti nella pianificazione delle operazioni militari non potrà dirsi adempiuto se non a seguito di un accertamento di fatto, in occasione del quale il contenimento delle perdite fra la popolazione civile potrà fornire la prova della sua osservanza. Lo stesso può dirsi in relazione all'obbligo di interrompere un attacco quando emerga che ne deriveranno danni collaterali eccessivi[213].

Il principio di precauzione nell'attacco espresso dal I Protocollo addizionale del 1977 e, come detto, idoneo a commisurare la liceità di un attacco alle perdite arrecate alla vita e ai beni dei civili, esprime una più recente *declinazione* del principio di proporzionalità, che si affianca alla tradizionale funzione di complemento all'aspetto proibitivo della necessità militare, che vieta di arrecare ai combattenti sofferenze eccessive e sproporzionate rispetto al fine militare in concreto avuto di mira. Appare peraltro importante stabilire la portata della regole relative alla proporzionalità consacrate nel I Protocollo del 1977; in particolare si tratta di capire se ad esse debba riconoscersi efficacia *erga omnes* o *inter partes*. Le regole che esprimono l'elemento proibitivo della necessità militare sono senz'altro vincolanti per tutti gli Stati, traendo la loro forza obbligatoria dalla consuetudine; né la codificazione del 1977 innova in modo radicale risetto a quella del 1907. La medesima formazione consuetudinaria, anche se consolidatasi in tempi più recenti, caratterizza il principio di distinzione fra legittimi combattenti e popolazione civile che il I Protocollo codifica alla stregua di un principio generalmente riconosciuto dai membri della società internazionale[214]. Al momento

[212] In questo senso v. E. RAUCH, *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, in *RDPMG*, 1980, p. 227: *'l'art. 51, 4 c, est formulé en termes généraux et abstraits. Il n'utilise pas les mots 'qui frappent indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil', mais l'expression 'qui sont propres à frapper indistinctement'. Par conséquent, une attaque qui réunit ces conditions serait illicite même s'il n'y avait pas de pertes civiles à plaindre*'.

[213] Contrariamente alla tendenza espressa dalle dichiarazioni degli Stati occidentali, durante i lavori della Conferenza diplomatica che ha portato alla stipulazione del I Protocollo del 1977 la regola di proporzionalità è stata collegata proprio ad una definizione restrittiva del vantaggio militare concreto e diretto. Sul punto v. le osservazioni di G.H. ALDRICH e F. KALSHOVEN, *Human Rights and Armed Conflicts: Conflicting Views*, in *Proceedings ASIL*, 1973, LXVII, p. 141 ss. e B.L. BROWN, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, in *Cornell ILJ*, 1976, X, p. 134 ss.

[214] Circa l'odierno valore generale del principio di distinzione fra obiettivi militari e popolazione civile v. poi W.A. SOLF, W.G. GRANDISON, *International Humanitarian Law Aplicable in Armed Conflict*, in *JILE*, 1975, p. 583 ss.; E. ROSENBLAD, *International Humanitarian Law of Armed Conflicts: Some Aspects of the Principle of*

dell'inserimento nel I Protocollo non era facilmente riscontrabile una corrispondenza fra le disposizioni in parola e norme generalmente riconosciute; in esse erano piuttosto rinvenibili specifici obblighi pattizi, vincolanti per i soli Stati parti dello strumento. Sembra tuttavia si possa oramai affermare l'efficacia *erga omnes* anche in relazione alle disposizioni sulla proporzionalità dei danni collaterali. L'entrata in vigore di tale strumento, seguita da un numero piuttosto nutrito di ratifiche, ha dato infatti l'impulso ad una revisione in conformità ai suoi principi e in particolare al divieto di attacchi indiscriminati e all'obbligo di limitare i danni collaterali delle istruzioni impartire agli eserciti anche in relazione a Stati non parti del Protocollo[215].

Accanto alla norma pattizia sembra essersi formata una regola generale in tema di proporzionalità delle perdite inflitte alla popolazione e ai beni civili che si affianca alle altre norme consuetudinarie relative alle limitazioni dell'impiego dell'uso della forza militare a quanto strettamente necessario nell'estensione e nelle modalità, a conseguire lo specifico fine militare avuto di mira[216].

4.2. *La proporzionalità nella considerazione dei vantaggi militari*

Da quanto sin qui emerso nel sistema del I Protocollo la proporzionalità costituisce uno dei criteri in base ai quali valutare gli attacchi consentiti. Sono vietati, in quanto indiscriminati, gli attacchi che non siano diretti contro un obiettivo militare determinato, che impiegano metodi o mezzi di combattimento che non possono essere diretti contro un obiettivo militare

---

Distinction and Related Problems, Geneva, Henry Dunant Institute, 1979, p. 55 ss.; G.H. ALDRICH, *New Life for the Laws of War*, in *AJIL*, LXXV, p. 778 ss.

[215] Secondo le più recenti istruzioni impartite all'esercito tedesco, ad esempio, non si deve dar luogo ad attacchi contro obiettivi militari se le perdite collaterali prevedibili risultano non proporzionate al vantaggio militare atteso (ZDv 15/10 *Kriegsvölkerrecht, Leitfaden fur den Unterricht, Teil 7*, pp. 47-48, nn. 68-69). Disposizioni di analogo tenore sono contenute nel manuale svizzero (*Handbuch über die Gesetze und Gebräuche des Krieges*, cit., n. 28), negli aggiornamenti del manuale statunitense sulla guerra terrestre (*The Law of Land Warare*, cit., FM 27-10 C1, *Change n. 1*, pp. 4-5, parr. 40-41) e di quello britannico (*The Law of Armed Conflict, Rev. 1981*, p. 13, n. 4 *b*)), fino al più recente manuale degli Stati Uniti sulle operazioni navali (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, cit., p. 8-1, n. 8.1, 2).

[216] In questo senso v. J.M. HENCKAERTS e L. DOSWALD BECK, *Customary International Humanitarian Law*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 46 secondo cui '*State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts*'; A. CASSESE, *International Law*[2], cit., p. 418; A.P.V. ROGERS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 189 ss., p. 190.

determinato, o i cui effetti non possono essere limitati, ma sono idonei a colpire indistintamente obiettivi militari e persone civili o beni di carattere civile[217].

Accanto all'art. 51, par. 5, lett. *b*), la regola relativa alla proporzionalità è delineata negli articoli 52 e 57, par. 2, lett. *a*), *iii*) e lett. *b*), del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, che integrano e reiterano in parte il contenuto della stessa[218], imponendo due importanti obblighi a carico delle parti contraenti: il divieto di sferrare attacchi nei confronti di obiettivi militari allorché possa comportare danni collaterali per persone e beni estranei alle ostilità spoporzionati rispetto al vantaggio militare immediato e diretto[219] e l'obbligo di interrompere un attacco nel momento stesso in cui si appalesi la sua evidente sproporzione rispetto al vantaggio militare che ci si prefigge di conseguire[220]. Tali obblighi consolidano la proibizione generale di cui all'art. 51, inclusa dal Comitato Internazionale della Croce Rossa fra le regole di diritto internazionale umanitario di natura consuetudinaria e proibiscono sia gli attacchi indiscriminati che quelli in relazione ai quali '*may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects or a combination thereof, which would be (excessive) in relation to the concrete and direct military advantage anticipated*'. Tali attacchi sproporzionati sono considerati indiscriminati e, in quanto tali, vietati[221]; essi rappresentano però solo una delle possibili tipologie di attacchi

[217] Cfr. A.P.V. ROGERS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 190.

[218] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, a cura di Y. Sandoz e C. Pilloud, Geneva, Nijhoff, 1987, p. 683. Gli artt. 51, par. 5, let. *b*) e 57, par. 2, lett. *a*) *iii*) inglobano il concetto di proporzionalità senza mai enunciare esplicitamente tale espressione ma piuttosto quella di '*excessive*' in relazione alle perdite civili.

[219] Per le resistenze che hanno accompagnato l'inserimento del principio nel I Protocollo cfr., per tutti, P. BRETTON, *Le problème de* '*méthodes et moyens de guerre ou de combat*' *dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, in *RGDIP*, 1978, LXXXII, p. 32 ss.

[220] La specificazione della regola di proporzionalità dei danni collaterali nell'ambito delle precauzioni da adottare nel corso degli attacchi è effettuata dall'art. 57, n. 2, lett. *a*) e *b*). Particolarmente delicata è la questione della responsabilità derivante da un attacco non proporzionato. Con riferimento all'obbligo di tenere conto del rapporto fra perdite collaterali e vantaggio militare, e a quello di annullare o sospendere un attacco che provochi danni sproporzionati, la responsabilità spetta ovviamente all'autorità superiore. Questo però non dovrebbe esonerare il singolo combattente dall'interrompere la sua personale azione offensiva nel momento in cui si rende conto che obiettivo dell'attacco sono divenuti civili o i loro beni. Sotto il primo profilo v. DE MULINEN, *The Law of War*, cit., p. 41; per il secondo cfr. M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, cit., pp. 366-367. Cfr. poi A.P.V. ROGERS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 191.

[221] Il divieto di attacchi indiscriminati è sancito all'art. 51, n. 4, del I Protocollo addizionale del 1977. In esso si proibisce espressamente ogni attacco non diretto contro obiettivi militari determinati, condotti con mezzi o metodi che non possono essere diretti contro un obiettivo militare determinato o i cui effetti non possono essere controllati. L'assimilazione degli attacchi non proporzionati agli attacchi indiscriminati è sancita all'art. 51, n. 5, lett. *b*). Per le opposizioni degli Stati in relazione a tale regola v. M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Cnflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, cit., p. 309 ss.

indiscriminati vietati[222]. Così, ad esempio, l'impiego di un'arma di *natura* tale da impedire il rispetto del principio di distinzione fra obiettivi civili e militari è di per sé illegittimo in quanto costituisce un attacco indiscriminato[223]. Solo nell'ipotesi in cui in virtù della natura dell'arma impiegata sia possibile distinguere beni civili e obiettivi militari viene in gioco l'ulteriore questione della proporzionalità negli effetti[224]: questo *test* rende necessaria una valutazione da parte del comandante militare riguardo gli interessi che deriverebbero dal vantaggio militare conseguente all'attacco e il *vulnus* prevedibile alla protezione dei civili e dei loro beni in modo che vi sia una ragionevole corrispondenza fra le legittime conseguenze provocate e gli effetti collaterali connessi all'attacco.

Il principio di proporzionalità bilancia dunque essenzialmente le '*necessities of war and humanitarian requirements*'[225]. Mentre la violazione dell'art. 57, par. 2, lett. *a*), *iii*), del I Protocollo addizionale, che specificamente applica il principio di proporzionalità è definito una '*grave breach*' ed è di conseguenza punibile come un crimine di guerra particolarmente grave[226], la sua interpretazione resta ambigua[227]. La difficoltà consiste nella valutazione del sacrificio di vite che può essere considerato accettabile *vis-à-vis* all'esigenza del raggiungimento dell'obiettivo militare. Resta poi la questione irrisolta dell'entità del rischio al quale un comandante militare dovrebbe esporre le sue truppe per proteggere le vite dei civili in conformità con il requisito di proporzionalità[228]. Come hanno notato alcuni autori, sussiste un '*very heavy burden of responsibility imposed by this article on military commanders, particularly as the various provisions are relatively imprecise and open to a fairly broad margin of judgment*'[229]. La tutela apprestata dall'art. 57 del I Protocollo sembra seriamente viziata dalla soggettività del criterio; tale regola permette infatti una grande libertà nel determinare i 'vantaggi militari' e i singoli attacchi possono essere combinati per bilanciare un vantaggio militare complessivo dell'operazione contro le perdite civili in ogni singolo

[222] La maggior parte di tali disposizioni sono riflesse in consuetudini: v. J. GARDAM, *Non Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1993.
[223] L'art. 51, par. 4, lett. *b*) del I Protocollo codifica tale regola e definisce altri attacchi che possono essere considerati indiscriminati e proibiti.
[224] J. GARDAM, *Proportionality as a Restraint in the Use of Force*, cit., p. 284.
[225] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 683.
[226] Cfr. l'art. 85, par. 3 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra.
[227] D. STEPHENS, *Human Rights and Armed Conflict - the Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case*, in *Yale HR&DLJ*, 2001, IV, p. 1 ss., p. 19.
[228] J. GARDAM, *Proportionality as a Restraint in the Use of Force*, in *Australian YBIL*, 1999, XX, p. 161 ss., p. 171 ss.
[229] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 679.

impegno. In questo modo i comandanti militari potrebbero perseguire un vantaggio militare strategico di lungo periodo, nonostante le perdite civili possano essere sproporzionate all'immediato obiettivo militare che deve essere raggiunto in ogni specifico attacco. Esito questo non corrispondente a quanto prefigurato dai redattori della disposizione[230]. Il *test* contenuto all'art. 57, oltre a permettere una ampia interpretazione attraverso il termine 'vantaggio militare', potrebbe essere influenzato dalla percepita legittimità dell'intera operazione militare. Il rapporto di proporzionalità fra vantaggio militare e danni collaterali sembra valere solo come requisito di legittimità dell'azione, e non anche come criterio di scelta fra più azioni alternative. Ciò consegue della circostanza che le esigenze umanitarie vengono in gioco come un limite esterno rispetto alla libertà del belligerante nell'individuazione della condotta da adottare. In altri termini, il belligerante non sarebbe vincolato da questa norma a scegliere l'azione che realizzi la migliore proporzione fra vantaggi e danni, ma solo a curare che nell'ambito dell'azione intrapresa tale rapporto in qualche modo sussista[231].

Il problema si è posto, ad esempio, in occasione degli attacchi operati nel 1991 da una coalizione di Stati contro l'Iraq, su autorizzazione del Consiglio di sicurezza, finalizzati alla liberazione del Kuwait. I comandanti militari avevano scelto modalità di azione, in particolare la c.d. guerra aerea[232], tese a minimizzare le proprie perdite, pur a costo di elevati danni collaterali a carico di civili dell'altra parte. La scelta di ricorrere alla guerra terrestre avrebbe potuto ridurre i danni a carico dei civili, a costo però di perdite presumibilmente maggiori fra le truppe alleate[233]. In tale circostanza i comandanti militari si sono preoccupati di due aspetti formalistici della regola della proporzionalità ovvero che i civili non fossero oggetto di

[230] J. GARDAM, *Proportionality as a Restraint in the Use of Force*, cit., p. 409; ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 685.

[231] Solo in presenza di una equivalenza fra vantaggi militari, la scelta dell'obiettivo dovrà essere tale da minimizzare gli effetti collaterali dell'attacco: v. l'art. 57, par. 2, lett. *c*) del Protocollo. Sulla questione v. *infra*, capitolo III, par. 4.

[232] Con l'espressione si fa riferimento alla particolare modalità di conduzione delle ostilità belliche condotta su larga scala da uno Stato prevalentemente o esclusivamente con l'utilizzo di mezzi aerei al fine di minimizzare le perdite fra i membri delle proprie forze armate: cfr. E. CANNIZZARO, *Le operazioni della NATO contro la Repubblica federale di Iugoslavia e il diritto umanitario*, cit., p. 133; G. ANGELUCCI, *Il diritto internazionale umanitario e la guerra aerea*, in *Strumenti per la didattica e la ricerca*, a cura di G. Angelucci e L. Vierucci, Firenze, Pubblicazioni dell'Università di Firenze, 2010.

[233] Sul punto cfr. K. KAIKOBAD, *Self-Defence, Enforcement Action and the Gulf Wars*, 1980-1991, in *British YIL*, 1992, LXIII, p. 338 ss., il quale ritiene non proporzionata la condotta delle forze alleate nel corso della guerra contro l'Iraq - concretatasi sostanzialmente nella scelta della guerra aerea in luogo di azioni terrestri - sotto il profilo del rispetto della proporzionalità nella legittima difesa. Dubbi sul rispetto del criterio della proporzionalità da parte delle forze alleate sono espressi anche da J. GARDAM, *Proportionality and Force in*

attacchi diretti e che gli attacchi pianificati non fossero condotti con negligenza[234]. Laddove nella regola di proporzionalità non si ravvisasse un limite esterno all'azione bensì una condizione di legittimità nella scelta dell'azione, ciò imporrebbe di ricercare il miglior rapporto possibile fra l'interesse a massimizzare il vantaggio militare e quello di minimizzare i danni collaterali[235]. Allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale è comunque difficile sostenere che il diritto bellico ponga dei limiti di proporzionalità così pervasivi da condizionare in tale misura la scelta dei mezzi di conduzione delle ostilità[236].

L'applicazione dell'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici al processo decisionale relativo alle scelte militari, individuata dalla Corte internazionale di giustizia nel parere relativo alle armi nucleari[237], permette di definire ulteriormente tali considerazioni al fine di determinare la proporzionalità di una determinata azione. La Corte si riferisce infatti all'art. 6 come ad una cornice attraverso la quale limitare l'ampia discrezionalità nella determinazione delle scelte militari. Il diritto alla vita riconosciuto all'art. 6 opererebbe limitando ulteriormente le valutazioni militari relative all'entità delle perdite civili nell'ambito dello specifico attacco. In tal modo i comandanti militari non devono solo determinare il '*concrete and direct*' vantaggio militare che deve essere raggiunto nello specifico attacco, ma riconoscere che il diritto alla vita non può essere arbitrariamente negato da una sommaria valutazione di ciò che costituisce una eccessiva perdita di vite. In tale determinazione è ugualmente significativo il comparabile valore delle vite dei combattenti. Il Governo australiano, al momento della ratifica del I Protocollo addizionale ha effettuato tale

---

International Law, in *AJIL*, 1993, LXXXVII, p. 391 ss., p. 408; R. NORMAND e C. JOCHNICK, *The Legitimation of Violence: a Critic Analysis of the Gulf War*, in *Harvard ILJ*, 1994, XXXV, p. 387 ss.

[234] J. GARDAM, *Proportionality as a Restraint in the Use of Force*, cit., p. 410; R. NORMAND e C. JOCHNICK, *The Legitimation of Violence: a Critical History of the Laws of War*, in *Harvard ILJ*, 1994, XXXV, p. 50 ss. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 310. Il problema si è riproposto più di recente a proposito della campagna di bombardamenti aerei operati sul territorio della Repubblica federale di Iugoslavia dalle forze NATO in occasione della crisi nella regione del Kosovo. Esprime dubbi sulla proporzionalità dell'azione in quanto le modalità di questa avrebbero posto a carico dei civili iugoslavi l'esigenza di minimizzare le perdite dei militari delle forze alleate R.A. FALK, *Kosovo, World Order and the Future of International Law*, in *AJIL*, 1999, XCIII, 4, p. 847 ss., p. 855, il quale ritiene che una azione avente finalità umanitarie debba adottare *standards* particolarmente rigorosi di protezione dei civili da danni collaterali. Sulla questione si dirà *amplius*, *infra*, capitolo III, par. 4.

[235] E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 310.

[236] *Ibidem*.

[237] Cfr. ICJ, *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 25: '*the Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life however, then falls to be determined by the applicable* lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities*'.

dichiarazione: '*In relation to paragraph 5(b) of article 51 and to paragraph 2(a)(iii) of article 57, it is the understanding of Australia that (…) the term 'military advantage' involves a variety of considerations including the security of attacking forces (…)*'[238]. Di conseguenza, un comandante militare australiano dovrebbe determinare il costo in termini di vite sia dei civili che dei combattenti al momento di determinare il vantaggio militare derivante dall'attacco. Il comandante deve dunque basare la valutazione su di una combinazione di fattori fra i quali emergono le prioritarie esigenze umanitarie evidenziate dalla Corte. L'intento evidente è quello di garantire che le valutazioni militari considerino il concreto e diretto vantaggio militare verosimilmente realizzabile nell'attacco[239].

4.3. *I limiti nell'impiego dei mezzi e metodi di combattimento.*

Una norma fondamentale del diritto internazionale dei conflitti armati di riconosciuta valenza generale[240] vieta l'impiego di armi in grado di causare mali superflui o sofferenze non necessarie a fini bellici. Tale regola si trova espressa negli articoli 22 e 23, lett. *e*), dei Regolamenti annessi alle Convenzioni de L'Aja del 1899 e del 1907 ed è ripresa, contemplando nell'attuale formulazione anche i *metodi di guerra*, dall'art. 35, par. 2 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949[241]. I belligeranti non hanno dunque un diritto illimitato nella scelta dei mezzi cui ricorrere in occasione di un conflitto armato[242].

---

[238] Cfr. la riserva interpretativa dell'Australia formulata e depositata contestualmente alla ratifica del 21 giugno 1991.

[239] D. STEPHENS, *Human Rights and Armed Conflict - the Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case*, cit., p. 21.

[240] Cfr. ICJ, *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 78: '*(…) the cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following (…). According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm or uselessly aggravating their suffering*': v. N. SINGH e E. MCWHINNEY, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 115 ss.

[241] Sull'argomento v. A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, in *RDI*, 1975, LVIII, p. 12 ss.; M.G. COWLING, *The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict*, in *South African YIL*, 2000, XXV, p. 131 ss.

[242] Secondo D. BINDSCHEDLER-ROBERT, *A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts*, in *Conference on Contemporary Problems of International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1971, p. 28, dall'art. 22 del Regolamento de L'Aja si potrebbe desumere un obbligo generale a carico dei belligeranti di astenersi da ogni comportamento crudele e perfido. Secondo una più corretta interpretazione, però, tale disposizione lascia impregiudicata la disciplina giuridica dell'uso delle armi non espressamente proibite dal Regolamento de L'Aja, la cui liceità dovrà essere valutata in base alla presenza di diverse, specifiche norme

Nulla quaestio in relazione alle proibizioni o restrizioni di specifiche tipologie di armi in grado di cagionare lesioni superflue e sofferenze non necessarie in forza della loro *natura* e previste da specifiche convenzioni o protocolli di diritto internazionale umanitario, a partire dalla seconda metà XIX secolo[243], cui sia riconosciuta valenza generale[244]. In tal caso il problema della loro proporzionalità è evidentemente già risolto ad opera della norma primaria stessa[245].

A partire dagli anni Quaranta questo ambito del diritto internazionale è oggetto di progressiva espansione sia in relazione alla protezione degli individui, in particolare ad opera delle Convenzioni di Ginevra del 1949 che hanno dettato una disciplina organica a tutela delle vittime dei conflitti[246], poi ampliata dal I Protocollo addizionale, adottato nel 1977[247].

---

internazionali: v. A. CASSESE, *Means of Warfare: the Traditional and the New Law*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, p. 161 ss., che richiama a sostegno di tale interpretazione i manuali militari inglese e statunitense. Sulla questione si dirà, *infra*, con specifico riferimento all'arma nucleare, capitolo III, par. 2.

[243] Le parti contraenti della Dichiarazione di San Pietroburgo si impegnavano inoltre a '*reconcile the necessities of war with the laws of humanity*' (per il testo e le parti contraenti v. P. VERRI, *Diritto per la pace e diritto nella guerra*. Edizione speciale della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Roma, 1980, V, pp. 127-128). V. poi le due Dichiarazioni della Conferenza de L'Aja del 29 luglio 1899 sul divieto dell'impiego di proiettili *dum-dum* e di gas asfissianti, il Protocollo di Ginevra del 17 giugno 1925 che ha esteso il divieto di gas asfissianti o tossici alle armi batteriologiche (il testo delle due Dichiarazioni de L'Aja è riprodotto in D. SCHINDLER, *Droit des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, a cura del CICR, Genève, Institut Henri Dunant, 1996, p. 103 ss., p. 115), il Protocollo addizionale del 1995 alla Convenzione delle Nazioni Unite relativa ad alcune armi convenzionali del 10 ottobre 1980 sul divieto di laser accecanti (per il testo v. A. ROBERTS, *Documents the Laws of War*[3], Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 467 ss.); la Convenzione di Parigi del 13 gennaio 1993 sul divieto di sviluppo, produzione, stoccaggio e impiego di armi chimiche e sulla loro distruzione (in *ILM*, 1993, p. 800 ss.) su cui v. M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Le statut international des armes chimiques, progrès et limites*, in *Droit du pouvoir, pouvoir di droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, cit., p. 875 ss.

[244] Cfr. A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, cit., p. 14. Se l'accordo circa l'individuazione di principi generali relativi all'uso delle armi è stato raggiunto con relativa facilità, la formazione del consenso circa le restrizioni relative a specifiche armi è risultata decisamente più problematica: cfr. F. KALSHOVEN, *Arms, Armaments and International Law*, in *Recueil*, 1985-II, vol. 191, p. 183 ss., p. 225 ss.; L. DOSWALD-BECK, *Obstacles to Regulating New Weaponry: Battlefield Laser Weapons*, in *Effecting Compliance*, a cura di H. Fox e M. Meyer, London, British Institute of International and Comparative Law, 1993, p. 107 ss.; R.J. MATHEWS e T.L.H. MCCORMACK, *The Influence of Humanitarian Principles in the Negotiation of Arms Control Treaties*, in *IRRC*, 1999, LXXXI, n. 834, p. 331 ss.

[245] Per una indicazione completa di norme che ricorrono a questa tecnica cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 130 ss.

[246] La I Convenzione per il miglioramento della condizione dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna ha sostituito quelle del 1864, 1906 e 1929, fra le parti contraenti dell'una e delle altre. La II Convenzione per il miglioramento della condizione dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate in mare ha sostituito la Convenzione de L'Aja del 1907 sull'adattamento alla guerra marittima dei principi della Convenzione di Ginevra del 1906, fra le parti contraenti di entrambe. La III Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra ha sostituito l'omonima convenzione del 1929, fra le parti contraenti di entrambe. La IV Convenzione sulla protezione dei civili in tempo di guerra, infine, ha integrato i regolamenti annessi alle Convenzioni de L'Aja sulle leggi e consuetudini della guerra terrestre del 1899 e del 1907, fra le parti contraenti dell'una e delle altre, predisponendo un articolato complesso di garanzie per i civili che si trovino nelle mani di uno Stato belligerante o di una Potenza occupante di cui non siano cittadini. Tutte le Convenzioni di Ginevra sono riprodotte sul sito del Comitato Internazionale della Croce Rossa (*http://www.cicr.org*).

Disposizioni sulla protezione dei fanciulli nei conflitti armati sono state inserite anche nella Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e nel Protocollo opzionale del 2000[248]. L'uso di determinati mezzi e metodi di combattimento è stato invece limitato o del tutto vietato dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1976 sul divieto di impiego di tecniche di modifica dell'ambiente per scopi militari o altri scopi ostili[249]; la Convenzione delle Nazioni Unite del 1980 sulle armi inumane[250], con tre Protocolli riguardanti le schegge non localizzabili, le mine, e le armi incendiarie[251], cui è seguito nel 1995 il Protocollo sulle armi laser accecanti[252]; la Convenzione di Parigi del 1993 sulle armi chimiche[253]; la Convenzione di Ottawa del 1997 sulle mine antipersona[254]. Da ultimo è da segnalare la Convenzione sulle munizioni a grappolo, adottata a Dublino il 30 maggio 2008 e aperta alla firma ad Oslo il 3 dicembre successivo[255].

La rapida e continua evoluzione delle tecnologie belliche rende però *de facto* impossibile provvedere ad una regolamentazione convenzionale esaustiva della materia. Tale circostanza rende ancor più significativo il ruolo svolto dai principi generali. Così, ad esempio,

---

[247] *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977*, riprodotto sul sito del Comitato Internazionale della Croce Rossa (*http://www.cicr.org*). Oltre al II Protocollo addizionale relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati interni, anch'esso del 1977, nel 2005 è stato adottato il *Protocol Additional to the Geneve Conventions of 12 August 1949, Relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem* (Protocol III), 8 dicembre 2005, reperibile all'indirizzo:*http://www.cicr.org*.

[248] Cfr. *Convention on the Rights of the Child*, 20 novembre 1989; *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict*, 25 maggio 2000, entrambi reperibili sul sito dell'Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani all'indirizzo: *http:www.ohchr.ch*.

[249] Cfr. *Convention on the Prohibition of Military or Any Hostile Use of Environmental Modification Techniques*, New York, 18 maggio 1977, in vigore dal 5 ottobre 1978, in *UNTS*, vol. 1108, p. 151 ss. e reperibile all'indirizzo: *http:www.cicr.org*.

[250] Cfr. *Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which May Be Deemed to Be Injurious or to Have Indiscriminate Effects*, Genève, 10 ottobre 1980; v. poi il testo dell'art. 1 emendato il 21 dicembre 2001 dalla Conferenza di riesame della Convenzione, entrambi reperibili all'indirizzo: *http://www.cicr.org*.

[251] Cfr. *Protocol on Non-Detactable Fragments (Protocol I)*, Ginevra, 10 ottobre 1980; *Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices (Protocol II)*, Ginevra, 10 ottobre 1980, emendato dalla Conferenza di riesame della Convenzione nel 1996: cfr. *Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Cnventions as amended on 3 May 1996)*; *Protocol on Prohibitions or Restrictons on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III)*, Ginevra, 10 ottobre 1980, tutti reperibili all'indirizzo: *http://www.cicr.org*.

[252] Cfr. *Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention)*, 13 ottobre 1995, reperibile all'indirizzo: *http://www.cicr.org*.

[253] Cfr. *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction*, Parigi, 13 gennaio 1993, reperibile all'indirizzo: *http://www.opcw.org*.

[254] Cfr. *Convention on the Prohibition of the Use, Trasfer of Antipersonnel Mines and on their Destruction*, 18 settembre 1997, reperibile all'indirizzo: *http://www.cicr.org*.

[255] Cfr. *Convention on Cluster Munitions*, in vigore dal 1° agosto 2010, reperibile all'indirizzo: *http://treaties.un.org*.

l'illegittimità dell'uso di alcune armi o di particolari modalità di utilizzo delle stesse potrebbe essere desunta, anche in assenza di una specifica previsione pattizia, *inter alia*, dalla proibizione di mali superflui o sofferenze sproporzionate rispetto al preciso e concreto vantaggio militare che si intende conseguire[256], in forza degli '*usages established among civilised peoples*'[257]. In termini pratici ciò significa che, ancor prima della natura, tipologia o tecnologia impiegata, si dovranno valutare gli effetti concreti che l'arma è in grado di provocare[258].

In conformità alle regole relative ai mezzi e metodi di combattimento, che costituiscono il nucleo del diritto internazionale dei conflitti armati, le armi devono essere utilizzate dai belligeranti allo scopo di raggiungere '*their only legittimate object*'[259], ovvero indebolire le forze militari del nemico[260]. In questo contesto, la nozione di lesioni superflue e di sofferenze non necessarie rappresenta l'esito del bilanciamento fra due principi fondamentali del diritto internazionale umanitario: il principio di necessità militare e il principio di umanità.

Specifiche considerazioni militari sono necessariamente svolte rispetto alla valutazione della legittimità delle armi utilizzate nel corso del conflitto: particolare rilievo assumono le conseguenze dell'utilizzo dell'arma, la sua capacità offensiva, la disponibilità e l'efficacia di armi alternative nonché l'impatto dell'uso dell'arma sul morale delle truppe di entrambi gli schieramenti[261]. Un esame obiettivo di tali elementi dovrebbe guidare ogni decisione relativa all'impiego di determinate armi nel corso di un conflitto armato. Ad ogni modo, anche quando simili circostanze siano note agli organi abilitati ad assumere le decisioni militari, vi è sempre il rischio di un'intepretazione soggettiva delle stesse, dettata da opportunità politico-militari. Tali considerazioni richiedono di volgere l'attenzione su di un ulteriore concetto fondamentale del diritto internazionale dei conflitti armati: il principio di umanità. Questo,

---

[256] A. CASSESE, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Napoli, Scientifica, 1974, p. 165; M.G. COWLING, *The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict*, cit., p. 154.
[257] V. G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*[3], cit., p. 135.
[258] Si veda, ad esempio, l'art. 23 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1907, relativo alle leggi ed usi della guerra terrestre, il quale contiene norme di entrambi i tipi. Il divieto di utilizzare armi atte a causare mali superflui è poi recepito all'art. 35, par. 2 del I Protocollo addizionale del 1977. Sulla questione dell'identificazione del contenuto della norma v. A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Sufering: Are They Prohibited?*, cit., p. 269 ss.; H. MEYROWITZ, *Le principe des maux superfluous. De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionel I de 1977*, in *RICR*, 1994, LXXVI, n. 299, p. 107 ss. Per indicazioni complete sulle proibizioni specifiche concernenti l'impiego di armi atte a causare mali superflui: v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 130 ss.
[259] I. DETTER, *The Law of War*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 276.
[260] V. la Dichiarazione di San Pietroburgo, par. 3.
[261] V. P.J. CAMERON, *The Limitation on Methods and Means of Warfare*, in *Australian YIL*, 1985, IX, p. 247 ss.

vietando sofferenze, offese o lesioni non *causally linked* a legittimi fini militari, è in grado di prevenire '*arbitrary judgment of military commanders*'[262] nelle scelte strategiche compiute nel corso del conflitto armato.

Le regole sulla condotta delle ostilità relative ai mezzi e metodi di combattimento e quelle in senso stretto umanitarie risultano così strettamente correlate in quanto entrambe tese al miglioramento delle condizioni dell'individuo nell'ambito di situazioni di conflitto[263]; la proibizione delle sofferenze non necessarie in relazione all'impiego di armi consegue direttamente dal principio di umanità[264], considerato '*le principal et le plus ancien des principes du droit international humanitaire*'[265] in quanto teso alla protezione dell'individuo nell'ambito di situazioni di conflitto[266].

Come detto, secondo quanto riconosciuto per la prima volta sul piano internazionale in occasione della Conferenza di San Pietroburgo, le lesioni e le sofferenze generate dall'impiego di armi si considerano generalmente necessarie nel corso di un conflitto se provocate dai belligeranti al fine di raggiungere '*the only legitimate objective which States should endeavour to accomplish during war*' ovvero '*to weaken the military forces of the enemy*' e, a tal fine '*to disable the greatest possible number of men*'[267]. Si considerano invece non necessarie nelle ipotesi in cui le modalità di impiego delle armi sono tali da lasciar trasparire, come unico fine, l'aggravamento delle lesioni di combattenti già posti *hors de combat*[268], o quando la morte del nemico, inevitabile in ragione della natura della specifica

[262] V. il Preambolo della Convenzione de L'Aja del 1907, par. 7, riprodotto in *Documents on the Laws of War*[3], Oxford, Oxford University Press, 2000, a cura di A. Roberts e R. Guelff, p. 69 ss.
[263] V. in questo senso I. DETTER, *The Law of War*[2], cit., p. 213; R.J. MATHEWS e L.H. MCCORMACK, *The Influence of Humanitarian Principles in the Negotiation of Arms Control Treaties*, cit., p. 331 ss. e H.S. LEVIE, *History of the Law of War on Land*, in *IRRC*, 2000, LXXXII, n. 838, p. 339.
[264] V. W.J. FENRICK, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, cit., p. 3; I.P. BLISHCHENKO, *Les principes de droit international humanitaire*, cit., p. 293.
[265] Ivi, pp. 291-292.
[266] V. K. OBRADOVIC, *Que faire face aux violations du droit international humanitaire? Quelques réflexions sur le rôle possible du CICR*, in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles*, cit., p. 484; T. FARER, *Illicit Means for the Conduct of Armed Conflicts*, in *RDPMDG*, 1973, XII, p. 153 ss., p. 168.
[267] Cfr. *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight*, in *AJIL*, 1907, Supplement I, 2, pp. 95-96. Sul punto v. A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are they Prohibited?*, cit, p. 16.
[268] L'art. 23, lett. *c*) e *d*) del Regolamento del 1907, come già la corrispondente disposizione del 1899, vieta, rispettivamente, '*to kill or wound an enemy who, having laid down his arms, or having no longer means of defence, has surrendered at discretion*' nonché '*to declare that no quarter will be given*'. Sulla natura consuetudinaria di tali norme si veda J.L. KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitaetsrecht*, Wien, Springer, 1935, p. 82 ss.

arma utilizzata, non consente di raggiungere alcun vantaggio militare[269] o, ancora, quando la sofferenza causata non è proporzionata e rilevante per il raggiungmento di uno specifico e definito fine militare[270]. Tali regole, espressione della funzione proibitiva della necessità militare, sono tese a limitare le modalità della condotta delle ostilità[271].

Si potrebbe ragionevolmente ritenere che il principio che vieta le sofferenze non necessarie sia un '*another way of stating the rule of proportionality*'[272], in relazione all'uso delle armi e alla necessità militare: dopo aver posto un combattente *hors de combat*, ogni attacco ulteriore si rivela infatti non necessario: non rilevante e non proporzionato allo scopo militare perseguito[273]. Così la valutazione circa la legittimità (necessarietà) delle sofferenze provocate dall'utilizzo di un'arma può essere svolta sulla base della sua proporzionalità rispetto ad un diretto e concreto vantaggio militare[274]. In tal senso si sono espressi i manuali militari tedesco e austriaco, entrambi del 1961[275] e la Corte distrettuale di Tokyo nella decisione resa nel caso *Shimoda*[276], in cui è stato stabilito che '*however great the inhumane result of a weapon may*

[269] In questo senso v. F. KALSHOVEN, *Constraints on the Waging of War*, cit., p. 30; v. poi A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are they Prohibited?*, cit, p. 16, nota 11.

[270] V. M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additionals to the Geneva Conventions of 1949*, cit., p. 195. Non v'è dubbio che i proiettili *dum-dum*, ad esempio, già banditi dalla prima Conferenza di pace de L'Aja del 1899, causassero conseguenze non necessarie al fine di mettere il combattente nemico *hors de combat*. L'uso di bombe al napalm è stato da alcuni giustificato: è stato affermato che nonostante causassero '*terrible suffering is generally viewed as lawful because it is uniquely effective for certain military purposes, particularly against underground fortification and against armor*'. Per una critica v. G.H. ALDRICH, *Human Rights and Armed Conflicts, Conflicting views, Comment*, in *ASILP*, 1973, p. 141 ss., p. 148. V. anche F. KALSHOVEN, *Constraints on the Waging of War*, cit., p. 160.

[271] Lo stesso divieto di perfidia posto dall'art. 23, lett. *b*) che vieta l'uccisione o il ferimento di persone del Paese o esercito nemico a tradimento non è estraneo all'aspetto considerato: la perfidia colpisce l'avversario in un momento in cui egli non è in grado di difendersi; in simili circostanze sembra dunque possibile compiere l'operazione senza un attacco diretto alla persona. Sono invece consentiti gli stratagemmi di guerra (art. 24): sulla distinzione si vedano E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tübingen, Mohr, 1959, cit., p. 128 e L. OPPENHEIM, *International Law*[7], cit., p. 428.

[272] V. S. OETER, *Methods and Means of Combat*, in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, a cura di D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 114-116.

[273] Ivi, p. 219.

[274] V. A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, cit., p. 27.

[275] *Ibidem*.

[276] Cfr. *Shimoda case*, Corte distrettuale di Tokyo, 7 dicembre 1963, in *Japanese AIL*, 1964, VIII, p. 241 ss., parzialmente riprodotto nella traduzione in lingua inglese: ivi, p. 234 ss., in cui la Corte ha prospettato l'esistenza di una regola generale di proporzionalità fra vantaggio militare e danni provocati come uno sviluppo concettuale del divieto di attacchi indiscriminati con riferimento alla questione della liceità del bombardamento atomico di Hiroshima e Nagasaki nel 1945. Il Presidente degli Stati Uniti, Truman, all'indomani del bombardamento, aveva affermato la natura di obiettivo militare della città di Hiroshima (la dichiarazione è riprodotta in *United States Foreign Policy*, 1945, p. 1376 ss.). Peraltro il governo giapponese, il quale aveva protestato nell'immediatezza dell'attacco, ne ha poi sostenuto la piena proporzionalità rispetto all'esigenza della vittoria finale. Il Giappone, costituitosi nel procedimento giudiziario, ha affermato che '*the use of atomic bombs hastened the Japanese surrender, and resulted in the prevention of casualties of human life of both belligerents which would be caused by the continuance of war (…)*': v. *United States Foreign Policy*, 1945, p. 1376 ss.

be, the use of the weapon is not prohibited by international law, if it has a great military efficacy'[277]. La questione circa la determinazione delle sofferenze non necessarie e dunque non legittime resta però ancora piuttosto incerta. Nel 'diritto de L'Aja' si è previsto che ciò avvenga quando le armi provocano '*incurable wounds*', ovvero lesioni che permangono anche al termine del conflitto, nel caso in cui una arma renda la morte del combattente inevitabile o abbia una '*high degree of probability (…) to incapacitate men with lasting effects*'[278].

Al fine di valutare la legittimità delle sofferenze causate da alcune armi si è poi proposta una comparazione degli effetti da esse provocati con quelli realizzati da armi già vietate in alcuni strumenti internazionali[279]. Tale soluzione non sembra però ragionevolmente praticabile in forza del rapido progresso tecnologico che caratterizza i moderni mezzi di combattimento. Come è stato osservato, '*the rule of unnecessary suffering appears too vague to permit a great many practical results. Apart from the case that States expressly agree to forbid employment of a specified weapon (…) they will not lightly decide to discard a weapon, one admitted into their arsenals, on the ground that it is said to cause unnecessary suffering*'[280].

La difficoltà di rendere tali regole più concrete ha portato i redattori del I Protocollo di Ginevra del 1977, a differenza di quanto previsto nello Statuto del Tribunale penale internazionale per la *ex*-Iugoslavia (artt. 2 e 3) e dallo Statuto della Corte penale internazionale del 1998 (art. 8), ad evitare di qualificare l'impiego di armi di natura tale da causare lesioni inutili e sofferenze superflue come 'grave violazione' delle norme del diritto internazionale umanitario[281]. Ad ogni modo, le Convenzioni di Ginevra del 1949 (artt. 50, 51, 130 e 147) hanno qualificato 'gravi violazioni' tutti gli atti commessi contro persone o proprietà protette dalle Convenzioni, tali da provocare volontariamente grandi sofferenze non giustificate dalla necessità militare e poste in essere '*unlawfully and wantonly*'. Inoltre, le Parti contraenti delle Convenzioni di Ginevra si sono impegnate ad adottare ogni

[277] Cfr. *Shimoda case*, cit., p. 241.
[278] V. A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, cit., pp. 17-18.
[279] N. SITAROPOULOS, *Weapons and Superfluos Injury or Unnecessary Suffering in International Humanitarian Law: Human Pain in Time of War and The Limits of Law*, cit., p. 82; A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, cit., p. 27.
[280] V. F. KALSHOVEN, *Constraints on the Waging of War*, cit., p. 30.
[281] Ivi, p. 133.

provvedimento necessario al fine di predisporre effettive sanzioni penali a carico di chi commette o ordina la commissione delle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra[282].

Anche se la definizione di '*superfluous injury or unnecessary suffering*' resta piuttosto vaga, vi è l'esigenza di consolidare i limiti *ratione instrumenti* che si riferiscono all'uso di particolari tecniche o mezzi di combattimento che non rispettano le regole di diritto internazionale umanitario[283]. Il diritto dei conflitti armati abbisogna infatti di *concrete rules* relative all'uso delle armi e ai loro effetti. Anche se tale risultato non è stato forse pienamente raggiunto, non si può nemmeno affermare l'assenza di una regolamentazione in materia. Come detto, infatti, il principio di umanità e il conseguente divieto di lesioni superflue e sofferenze non necessarie sono state incorporate in documenti del diritto dei conflitti armati ampiamente accettati e condivisi come la Dichiarazione di San Pietroburgo e le *Red Cross Fundamental Rules of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* del 1978[284].

Un tentativo di attribuire oggettività alla nozione giuridica, precisando i caratteri delle armi in grado di provocare 'mali superflui o sofferenze non necessarie' è stato compiuto dal gruppo di esperti chiamato, nel 1996, dal Comitato Internazionale della Croce Rossa ad identificare gli effetti delle armi impiegate nei conflitti della seconda metà del XX secolo, in base a criteri oggettivi e incontestabili, nell'ambito del 'Progetto SIrUS' (*Superflous Injury or Unnecessary Suffering*).

Il rapporto finale del gruppo di esperti elenca una serie di conseguenze che non si sono verificate normalmente in occasione dei conflitti armati presi in considerazione[285], qualificate come 'mali superflui o sofferenze non necessarie'. Sebbene lo scopo dichiarato del progetto non fosse tanto svolgere una valutazione circa la liceità dei diversi tipi di armi esistenti, ma piuttosto indicare agli Stati dei criteri in base ai quali procedere allo sviluppo di nuove armi[286], è significativo che il rapporto evidenzi che tutte le armi vietate da specifiche

[282] Cfr. la I, II, III e IV Convenzione di Ginevra del 1949 (artt. 49, 50, 129, 146, par. 1). V. S. MIYAZAKI, *The Martens Clause and International Humanitarian Law*, cit., p. 438.
[283] G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, London, Stevens, 1960, p. 189.
[284] In particolare cfr. il par. 6, che proibisce l'impiego di ogni arma di natura tale da causare perdite non necessarie o sofferenze eccessive.
[285] Si tratta di malattie non dipendenti dal trauma fisico subito, anomalie fisiologiche o psicologiche non derivanti dal trauma fisico, incapacità o deturpazioni specificamente dipendenti dal tipo di arma impiegato, morte inevitabile o ferite di terzo grado (in base alla classificazione della Croce Rossa), incurabilità allo stato dell'arte medica: v. ICRC, *The SIrUS Project: Towards a Determination of Which Weapons Cause* '*Superfluous Injury or Unnecessary Suffering*', Geneva, ICRC, 1997, p. 25.
[286] L'obbligo di accertarsi, nello studio, messa a punto, acquisizione o adozione di una nuova arma, che essa non sia vietata dal diritto internazionale è posto a carico degli Stati parti del I Protocollo addizionale alle

convenzioni di diritto internazionale umanitario producessero conseguenze proprie di una (o più) delle categorie individuate dal gruppo di lavoro[287]. Gli esiti del Progetto SIrUS delineano dunque, *in concreto*, criteri oggettivi che permettono di valutare la legittimità dell'uso di specifiche armi[288] e di limitare la discrezionalità degli Stati rispetto all'impiego di armi di natura tale da pregiudicare gravemente la salute di civili e combattenti, in violazione delle regole e principi di diritto internazionale umanitario[289].

5. Jus cogens *e* 'principes intransgressibles' *del diritto internazionale umanitario*.

Al fine di valutare la *natura* degli obblighi di diritto internazionale umanitario viene in gioco lo specifico obbligo incombente sugli Stati '*to respect and to ensure respect*' delle norme di diritto internazionale umanitario '*in all circumstances*'[290] sancito dall'art. 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 nonché dall'art. 1, par. 1 del I Protocollo addizionale del 1977[291].

Tale obbligo, infatti, lontano dall'essere una mera clausola di stile, svolge una fondamentale funzione al fine di valutare la natura, la portata e l'estensione delle norme di diritto internazionale umanitario. In primo luogo, insieme all'abbandono della clausola '*si omnes*', esso è indice della trasformazione avvenuta all'interno del sistema del diritto

---

Convenzioni di Ginevra dal suo art. 36. V. J. DE PREUX, *Article 36 - Armes nouvelles*, in *Commentaire des Protocoles additionnels*, a cura di Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, Genève, Nijhoff, 1986, p. 423 ss.

[287] ICRC, *The SIrUS Project: Towards a Determination of Which Weapons Cause* '*Superfluous Injury or Unnecessary Suffering*', cit., p. 24.

[288] V. ICRC, *The SIrUS Project and Reviewing the Legality of New Weapons*, Report del 1° gennaio 2000; Y. SANDOZ, *ICRC Involvement in Banning or Restricting the Use of Certain Weapons, paper* del 9 febbraio 2000, reperibili all'indirizzo: *www.icrc.org*; v. anche R.M. COUPLAND, *Abhorrent Weapons and* '*Superfluous Injury or Unnecessary Suffering*'*: from Field Surgery to Law*, in *British MJ*, 1997, CCCXV, p. 1450 ss.

[289] N. SITAROPOULOS, *Weapons and Superfluos Injury or Unnecessary Suffering in International Humanitarian Law: Human Pain in Time of War and The Limits of Law*, cit., p. 84.

[290] L'espressione non è affatto usuale nella prassi redazionale delle convenzioni internazionali: se l'impegno a 'rispettare' parrebbe, infatti, superfluo dal momento che ogni disposizione convenzionale in vigore '*is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*' (cfr. l'art. 26 della Convenzione di Vienna del 1969) e ciò, evidentemente, in tutte le circostanze previste da tali disposizioni, l'obbligo di 'far rispettare' sembra invece implicare l'obbligo per ogni Stato - che sia o meno parte di un conflitto - di agire al fine di ottenere dagli altri Stati il rispetto del diritto internazionale umanitario.

[291] Storicamente l'espressione '*to respect and to ensure respect*' ha un precedente nelle due Convenzioni di Ginevra del 27 luglio 1929 per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati e sul trattamento dei prigionieri di guerra (rispettivamente negli articoli 25, comma 1 e 82, comma 1), che prescrivono l'obbligo di 'rispettare' in ogni circostanza le disposizioni in esse contenute. Secondo la Corte internazionale di giustizia ogni Stato parte delle Convenzioni che sia parte o meno di un determinato conflitto, ha l'obbligo di assicurare che si ottemperi alle disposizioni di tali strumenti: cfr. ICJ, *Legal Consequences of the Constuction of a Wall in the Ocupied Palestinian Territory*, cit., par. 158.

internazionale umanitario moderno. Non v'è dubbio che all'intero *corpus* del diritto internazionale umanitario in senso stretto debba essere riconosciuto carattere *erga omnes*[292] in quanto teso a tracciare un reticolo di obblighi il cui rispetto è dovuto nei confronti della società internazionale *as a whole*. In tal senso si è fra l'altro espresso il Tribunale penale internazionale per l'*ex*-Iugoslavia riconoscendo che tali disposizioni costituiscono '*obligations owed towards all the other members of the international community (…) the violation of such obligation simultaneously constitutes a breach of the correlative right of all members of the international community and gives rise to a claim for compliance accruing to each and every member*'[293]. Il rispetto degli impegni convenzionalmente assunti è concepito come incondizionato e indipendente dalla condotta dell'avversario nel conflitto: tali obblighi sono infatti per lo più sottratti alla logica della reciprocità. L'ulteriore conferma della natura incondizionata e non sinallagmatica delle obbligazioni di diritto umanitario è offerta dall'art. 60, par 5[294] della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che, in ipotesi di violazione sostanziale di un trattato, esclude la possibilità per le parti che hanno subito tale violazione di porvi fine o di sospenderne l'applicazione per quanto riguarda le '*provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character*'[295],

[292] Sulla nozione cfr. ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (New Application: 1962)*, cit., parr. 33-34. V. poi ICTY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskić and others*, Trial Chamber II, case n. IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, par. 520.

[293] V. ICTY, *The Prosecutor v. Furundzija*, Trial Chamber II, case IT-95-17/1, 10 dicembre 1998, par. 151.

[294] La disposizione prevede: '*Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties*'. Per un commento v. I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*[2], Manchester, Manchester University Press, 1984; S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, cit., p. 136 ss.

[295] L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances*', cit., p. 21. Se in numerose disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in particolare in materia di estinzione dei trattati, si possono ritenere incorporati principi di diritto internazionale generale, ciò sembra potersi affermare in particolare in relazione all'art. 60 della Convenzione stessa. La Corte internazionale di giustizia ha osservato: '*the rules laid down by the Vienna convention on the Law of Treaties concerning termination of a treaty relationship on account of breach (adopted without a dissenting vote) may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject*': v. in tal senso ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, 21 giugno 1971, in *ICJ Reports*, 1971, par. 94. La Corte stabilisce poi espressamente che tali considerazioni riguardano l'intero art. 60, compreso il par. 5 specificando: '*(…) it would be necessary to show that the mandates system, as established under the League, excluded the application of the general principle of law that a right of termination on account of breach must be presumed to exist in respect of all treaties, except as regards provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character (as indicated in art. 60, para. 5, of the Vienna Convention). The silence of a treaty as to the existence of such a right cannot be interpreted as implying the exclusion of a right which has its source outside of the treaty, in general international law, and is dependent on the occurrence of circumstances which are not normally envisaged when a treaty is concluded*' (ivi, par. 96).

espressione che si intende comunque riferibile anche alle convenzioni relative alla protezione dei diritti della persona umana[296].

Inoltre, l'art. 50, par. 1, lett. *b*) e *c*) del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati riflette il generale divieto di rappresaglie contro gli individui previsto dal diritto internazionale umanitario ampliando ulteriormente i limiti alle contromisure rispetto alla Convenzione di Vienna: sono infatti escluse le contromisure in grado di pregiudicare norme imperative di diritto internazionale umanitario e a tutela dei diritti umani fondamentali[297].

Se tutte le norme di diritto internazionale umanitario pongono obblighi *erga omnes partes*, e ciò spiega la natura della protezione irrinunciabile da parte dei beneficiari[298], non necessariamente l'intero diritto internazionale umanitario rispecchia norme di *jus cogens*[299]. Si rende a questo punto necessario valutare in quale misura alle norme di diritto internazionale umanitario sia attribuibile carattere cogente[300].

La formulazione letterale dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati non agevola tale operazione. La norma si presta ad un processo di individuazione successiva

---

[296] La lettura ampia della nozione di 'trattati di natura umanitaria' è generalmente accolta: in tal senso v., fra gli altri, P. REUTER, *Introduction au droit des traites*[3], Paris, Presses Universitaires de France, 1985, p. 175; G. BARILE, *The Protection of Human Rights in Article 60, Paragraph 5 of the Vienna Convention of the Law of Treaties*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*. Studi in onore di Roberto Ago, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 3 ss., p. 14; M.R. SAULLE, Jus cogens *and Human Rights*, ivi, p. 385 ss., p. 388; S. ROSENNE, *Breach of Treaty*, Cambridge, Grotius Publications, 1985, p. 118. Cfr. S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, cit., pp. 136-138.

[297] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 50, par. 8. V. K.J. PARTSCH, '*Reprisals*', in *Encyclopedia of Public International Law*, IV, a cura di R. Bernhardt, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 200 ss., pp. 203-204; S. OETER, '*Methods and Means of Combat*', in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, a cura di D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 105 ss., pp. 204-207.

[298] Cfr. gli artt. 7 e 8 comuni alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

[299] Sulla distinzione v., fra gli altri, P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi* 'erga omnes'*: studi critici di diritto internazionale*, Napoli, Jovene, 2006, p. 629 ss.; ID., *La distinzione tra norme internazionali di* 'jus cogens' *e norme che producono obblighi* 'erga omnes', cit., pp. 14-20; S. FORLATI, *Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi* erga omnes, in *RDI*, 2001, LXXXIV, 1, p. 69 ss., pp. 124-125 e p. 136; J. TAMS, *Enforcing Obligations* erga omnes *in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 138 ss.

[300] L'interesse per il concetto di *jus cogens* è riflesso dal considerevole numero di scritti in materia: v., fra gli altri, A. VERDROSS, *Forbidden Treaties in International Law*, in *AJIL*, 1937, XXXI, p. 571 ss.; ID., Jus dispositivum *and* jus cogens *in International Law*, in *AJIL*, 1966, LX, p. 55 ss.; più di recente W.T. GANGL, *The* jus cogens *Dimension or Nuclear Technology*, in *Cornell ILJ*, 1980, XIII, p. 63 ss.; J.J. PAUST, *The Reality of* jus cogens, in *Connecticut JIL*, 1991, VII, p. 81 ss.; G. DANILENKO, *International* jus cogens*: Issues of Law Making*, in *EJIL*, 1991, II, 1, p. 42 ss.; A.P. RUBIN, Jus ad bellum *and* jus cogens*: is Immorality Illegal*, in *Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead*, a cura di A. Delissen, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 595 ss.; G.A. CHRISTENSON, Jus cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society*, in *Virginia JIL*, 1988, XXVIII, p. 584; M. LACHS, *The Development and General Trends of International Law in Our Time*, in *Recueil*, 1980-IV, vol. 169, p. 9 ss., pp. 201-202; M.W. JANIS, *The Nature of* jus cogens, in *Connecticut JIL*, 1988, IV, p. 360 ss.; M.E. TURPEL e P. SANDS, *Peremptory International Law and Sovereignty: Some Questions*, in *Connecticut JIL*, 1988, 3, p. 364 ss. V. di recente, R. KOLB, *Théorie du* ius cogens *international*, Paris, Pedone, 2001.

delle regole di *jus cogens* attraverso la prassi degli Stati e lo sviluppo del diritto internazionale ad opera dei Tribunali internazionali. Tuttora, infatti, non vi è unformità di opinioni circa il novero delle norme di diritto internazionale aventi carattere cogente[301]. Già nella sentenza resa nell'affare relativo alla determinazione della frontiera marittima fra Guinea-Bissau e Senegal, il Tribunale arbitrale si dimostrò ben consapevole delle difficoltà inerenti al concetto di *jus cogens*[302].

Qualche indicazione si può rinvenire nel parere sulle armi nucleari. In quell'occasione la Corte internazionale di giustizia constatava che il *corpus* di diritto internazionale umanitario contenuto nelle Convenzioni che lo codificano è costituito per l'essenziale da norme consuetudinarie: '*great many rules of humanitarian law (…) are to be observed by al1 States whether or not they have ratified the conventions that contain them (…)*'[303]. Nella IV Convenzione de L'Aja del 1907 e nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 si ravvisa '*a corpus of treaty rules the great majority of which had already become customary*' al momento della loro codificazione '*and which reflected the most universally recognized humanitarian principles*'[304]. Anche in riferimento al I Protocollo addizionale del 1977, seppur con maggior cautela, la Corte internazionale di giustizia ha affermato: '*(…) all States are bound by those rules in Additional Protocol I which, when adopted, were merely the expression of the pre-existing customary law*'[305].

---

[301] Cfr. J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted?*, in *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 181 ss., p. 182. V. ad esempio R. JENNINGS e A. WATTS, *Oppenheim's International Law*[9], Harlow, Longman, 1996, p. 7; M.N. SHAW, *International Law*[4], Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 97 e p. 665; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*[7], Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 512-515; G. PERRIN, *La nécessité et les dangers du jus cogens*, in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, cit., p. 751 ss., p. 759; P. PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di* 'jus cogens' *e norme che producono obblighi* 'erga omnes', in *RDI*, 2008, XCI, 1, p. 5 ss., p. 8.

[302] Cfr. TRIB. ARB., *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, 31 luglio 1989, in *UNRIAA*, XX, p. 119 ss. Nel caso specifico, il Tribunale si limitò ad escludere l'esistenza di una norma imperativa, invocata dalla Guinea-Bissau quale corollario del principio di autodeterminazione dei popoli, che vieti ad uno Stato di concludere trattati relativi ad un territorio sottoposto a dominio coloniale dopo l'inizio del processo di liberazione nazionale: cfr. ivi, par. 41. Il Tribunale giunse a simile conclusione in virtù del fatto che la Guinea-Bissau non era riuscita a dimostrare che la norma invocata costituisse un corollario del principio di autodeterminazione dei popoli: cfr. ivi, par. 43.

[303] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 79.

[304] Ivi, par. 82.

[305] Ivi, par. 84. Circa il carattere consuetudinario delle principali regole codificate nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel I Protocollo addizionale del 1977 v., fra gli altri, J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted*, cit., pp. 193-194. I diversi elementi pertinenti ai fini della rilevazione del diritto internazionale umanitario consuetudinario sono presi in considerazione nello studio affidato al Comitato Internazionale della Croce Rossa dalla XXVI Conferenza internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa (Cfr. ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, I e

Le regole fondamentali del diritto internazionale umanitario sono poi qualificate dalla Corte internazionale di giustizia '*intransgressible principles of international customary law*'[306]. La Corte evita tuttavia un esplicito riferimento al carattere cogente o meno di tali norme rinunciando ad esprimersi circa la loro natura e il loro contenuto perdendo una importante occasione per un chiarimento del concetto di *jus cogens*[307]. Il carattere cogente dei principi e delle regole fondamentali del diritto dei conflitti armati individuati dalla Corte - e in particolare di quelli che costituiscono il diritto internazionale umanitario in senso stretto -, è comunque affermato espressamente nelle opinioni individuali di alcuni giudici. Il giudice Weeramantry si esprime in modo categorico: '*the rules of the humanitarian law of war have clearly acquired the status of jus cogens*'[308]. Il giudice Koroma, da parte sua, nota: '*(a)lready in 1980, the Commission observed that 'some of the rules of humanitarian law are, in the opinion of the (International Law) Commission, rules which impose obligations of jus cogens*'[309].

L'espressione '*principes intrasgressibles*' costituisce una *première* nel vocabolario della Corte e si presta a molteplici interpretazioni[310]. Esclusa la possibilità di una interpretazione letterale - ogni prescrizione giuridica si caratterizza infatti per il carattere vincolante[311] -, è

II, Cambridge, Cambridge University Press, 2005). La metodologia seguita considera quale prassi sia il comportamento materiale degli Stati, sia la legislazione nazionale (in particolare, i manuali militari) la giurisprudenza interna, sia infine le dichiarazioni, le posizioni, le proteste espresse dagli Stati con riferimento alla disciplina dei conflitti armati, con una scelta che pare esemplificare quello che è stato definito '*the collapse of opinions of States into the concept of practice*': l'espressione è di J. KAMMERHOFER, *Uncertain in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems*, in *EJIL*, 2004, XV, 3, p. 523 ss., p. 526. Nello studio del Comitato Internazionale della Croce Rossa, peraltro, tali manifestazioni sono esaminate anche nel contesto dell'*opinio juris* (v. J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD BECK, *Introduction*, in *ICRC, Customary International Humanitarian Law*, I, pp. XXXII-XXXXIX; altri profili critici del metodo di rilevazione del diritto consuetudinario utilizzato dallo studio del CICR sono messi in luce da C. EMMANUELLI, *L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coûtume en question*, in *RGDIP*, 2006, CX, 2, p. 435 ss., pp. 438-442), realizzando di conseguenza un duplice effetto sulla ricostruzione della normativa consuetudinaria, che non può non suscitare perplessità sotto il profilo metodologico. Comunque, a prescindere dalla qualificazione che si voglia dare agli atti raccolti nella ricerca del CICR e dalla valutazione dello stato del diritto consuetudinario che essa ha inteso ricostruire, il suo valore sta, appunto, nella puntuale e sistematica rilevazione dei diversi elementi che concorrono alla formazione della consuetudine internazionale (G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 449).

[306] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 79.

[307] Così J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted?*, cit., p. 1183.

[308] Cfr. *Dissenting Opinion of judge Weeramantry*, p. 46.

[309] Cfr. *Dissenting Opinion of judge Koroma*, pp. 13-14. Cfr. poi l'opinione separata del Presidente Bedjaoui, par. 21: '*Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tous cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant de maux superflus, font partie du* jus cogens'.

[310] R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, dérogation* '*positive*' *et* '*negative*', cit., p. 324.

[311] In tal senso si è espresso L. CONDORELLI, *Nuclear Weapons: a Weighty Matter for the International Court of Justice*, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 316, p. 14.

necessario indagare circa il rapporto fra tale concetto e la nozione di *jus cogens*, nozione cui la Corte sembra avvicinare tali norme[312].

Il termine '*intransgressible*' sembra rinviare all'idea di una 'normatività rafforzata', inerente alle regole fondamentali del diritto internazionale umanitario; resta però da capire in cosa essa consista nella valutazione della Corte.

Alcuni autori hanno ritenuto che l'espressione impiegata tenga conto del peculiare carattere del diritto internazionale umanitario. Tale disciplina conosce infatti numerosi accordi speciali che modificano le Convenzioni pertinenti in senso migliorativo per le persone protette, spesso incentivati dalle stesse Convenzioni in materia[313]. La peculiarità della protezione accordata dalle regole di diritto internazionale umanitario consiste infatti nella sua natura di 'protezione minima'. La qualificazione di tali norme *tout court* in termini di *jus cogens* non avrebbe valorizzato tale tratto funzionale delle norme in questione le quali impediscono 'deroghe negative', in senso sfavorevole alle persone protette, ma allo stesso tempo consentono la facoltà di deroga in termini migliorativi della condizione delle stesse. Così intese, le norme *intransgressibles* costituirebbero una sottocategoria delle norme cogenti, caratterizzate dal fatto di ammettere in ogni circostanza una deroga positiva. Le norme cogenti che non ammetterebbero una simile possibilità di deroga di favore secondo tale ricostruzione dovrebbero invece essere ricondotte nella categoria della 'intangibilità'[314].

A nostro avviso, però, l'espressione impiegata dalla Corte dovrebbe essere interpretata, come per lo più è avvenuto, nell'accezione di norme imperative[315]. D'altra parte, solo di recente le istanze internazionali hanno fatto espresso riferimento alle norme di *jus cogens*

---

[312] L. CONDORELLI, *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une* terra *a peu pres* incognita *pour elle*, cit., p. 234. Cfr. poi la Dichiarazione del Presidente della Corte Bedjaoui, par. 21.

[313] V. ad esempio gli artt. 6, 10, 15, 23, 28, 31, 36, 37 e 52 della I Convenzione di Ginevra del 1949; gli artt. 6, 10, 18, 31, 38, 39, 40, 43, e 54 della II Convenzione di Ginevra; gli artt. 6, 10, 23, 28, 33, 60, 65, 66, 67, 72, 73, 75, 109, 110, 118, 119, 122 e 132 della III Convenzione di Ginevra e gli artt. 7, 11, 14, 15, 17, 36, 108, 109, 132, 133 e 149 della IV Convenzione di Ginevra.

[314] R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, derogation* '*positive*' *et* '*negative*', cit., p. 326, cita, come esempio di norme cogenti intangibili l'art. 34, par. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Sul punto v. anche A.P. FACHIRI, *The Permanent Court of International Justice*[2], Oxford, Oxford University Press, 1932, p. 62. G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Court and Tribunals*[3], cit., pp. 434-435.

[315] V. ad esempio V. CHETAIL, *The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law*, in *RICR*, 2003, LXXXV, n. 850, p. 235 ss., pp. 250-252 secondo cui la Corte allude indirettamente allo *jus cogens*. In tal senso si è espressa anche la Commissione del diritto internazionale: v. *ILC. Commentary*, 2001, cit., sub art. 40, par. 5. Alcuni hanno poi suggerito che tale espressione possa riferirsi ad uno *jus cogens in statu nascendi*: V. CHETAIL, *The Contribution of The International Court of Justice to International Humanitarian Law*, cit., p. 251. In senso contrario v. però, R. KOLB, G. PORRETTO e S. VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales.*

nelle proprie decisioni[316]. Il primo riconoscimento espresso si trova infatti nella sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Adsani*, nella quale la Corte ha affermato: '*(…) the prohibition on torture is a peremptory norm or* jus cogens *(…) that is a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even 'ordinary' customary rules*'[317].

Prima di allora, la Corte internazionale di giustizia aveva forse fatto riferimento al diritto cogente nel caso delle attività militari e paramilitari in Nicaragua nella parte in cui riconosceva: '*the Court thus finds that both Parties take the view that the principles as to the use of force incorporated in the United Nations Charter correspond, in essentials, to those found in customary international law. The Parties thus both take the view that the* fundamental principle *in this area is expressed in the terms employed in Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter*'[318].

In definitiva, nonostante la grande prudenza di cui da prova nel riferirsi a tali norme - mai qualificate 'imperative' o di *jus cogens* - sembra verosimile che la Corte, nel parere relativo alla liceità della minaccia delle armi nucleari, abbia voluto affermare il carattere cogente delle *fondamentali* norme di diritto internazionale umanitario applicabile nel corso dei conflitti armati[319]. Chiarito tale aspetto, resta però da valutare quale sia in concreto il nucleo cogente del diritto internazionale umanitario.

Nell'opinione di alcuni, l'intero *corpus* consuetudinario del diritto internazionale umanitario in senso stretto avrebbe valenza cogente[320]. In tale prospettiva, seguendo la

---

Forces de paix et administrations civiles transitoires, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 337 e R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, derogation 'positive' et 'negative'*, cit., p. 305 ss.

[316] Ciò anche in virtù della costante opposizione del giudice Guillaume all'uso del termine da parte della Corte. Alcuni Stati, infatti, fra i quali la stessa Francia, non hanno ancora ratificato la Convenzione di Vienna per l'opposizione agli articoli 53 e 64 della stessa.

[317] Corte EDU, *Al-Adsani* (*Al-Adsani v. United Kingdom*), (ric. n. 35763/97), 21 novembre 2001, par. 57 e parr. 144-154. Per un commento critico alla sentenza v. E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of* jus cogens *and its Implication for National and Costumary Law*, in *EJIL*, 2004, XV, 1, p. 97 ss. La nozione è stata poi accolta e sviluppata in numerose occasioni dalla Corte inter-americana dei diritti dell'uomo: cfr., *ex multis*, Corte IDH, *Goiburú y otros v. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 22 settembre 2006, Serie C, n. 153, parr. 84-85, 93, 128, 131. V. poi l'opinione formulata dal giudice Antonio Cançado Trindade nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros v. Perú*, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 24 novembre 2006, Serie C, n. 158, par. 4 ss.

[318] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Merits)*, 27 giugno 1986, in *ICJ Reports*, 1986, par. 188.

[319] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 79. In tal senso v. P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., p. 136.

[320] L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances*, cit., pp. 33-34. Tale considerazione discenderebbe dall'impegno a '*respecter le droit humanitaire en toutes circonstances*' sancito dall'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dal I Protocollo addizionale del 1977. Nel senso di

definizione di *jus cogens* offerta dall'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, si è spesso fatto leva sulla circostanza che lo stesso diritto internazionale umanitario escluda la possibilità di accordi 'separati' in grado di pregiudicare la condizione delle persone protette[321]. Si è infatti osservato che sarebbe difficile individuare regole di diritto internazionale umanitario che non siano - direttamente o indirettamente - tese alla tutela dei diritti delle persone protette nei conflitti armati internazionali: sia nell'ambito di conflitti armati internazionali che in quelli non internazionali tali regole proteggerebbero '*basic rights of the human person*', indicati come classici esempi di norme cogenti[322].

Tale prospettiva non sembra però convincente. Il riconoscimento pieno della cogenza dei principi consuetudinari richiamati dalla Corte non sembra condivisibile: se così fosse tali regole non sarebbero infatti in alcun caso convenzionalmente derogabili e l'esame operato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alla liceità delle armi nucleari circa il regime pattizio ad esse applicabile si sarebbe rivelato del tutto inutile[323].

Altri ancora hanno ipotizzato che l'espressione utilizzata dalla Corte si riferisca all'impossibilità di invocare l'operatività di circostanze esimenti al fine di escludere il carattere illecito dei comportamenti contrari a tutte le regole di diritto internazionale umanitario[324], ricavabile, a loro avviso, dall'art. 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, e poi ripreso dall'art. 1, par. 1 del I Protocollo del 1977, ai sensi del quale '*the High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for this Protocol in*

---

riconoscere al diritto internazionale umanitario valenza imperativa si sono espressi anche J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* Jus Cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted?*, cit., p. 184.

[321] In tal senso v. J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted?*, cit., p. 194. Gli A. osservano che gli artt. 6 e 7 comuni alle quattro convenzioni di Ginevra proibiscono agli Stati parti di concludere accordi speciali che potrebbero '*adversely affect*' la condizione delle persone tutelate, o potrebbero restringere i diritti conferiti in forza di tali Convenzioni. Inoltre, secondo quanto previsto dagli artt. 7 e 8 comuni alle medesime Convenzioni, le persone protette: '*may in no circumstances renounce in part or in its entirety the rights secured to them*' dalle Convenzioni con accordi speciali. Cfr. UN GA Resolution n. 2674 (XXV) secondo la quale: '*the principles of the Geneva Protocol of 1925 and the Geneva Conventions of 1949 should be strictly observed by all States and that States violating these international instruments should be condemned and held responsible to the world community*'.

[322] Cfr. ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, cit., par. 34; v. in questo senso J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted?*, cit., p. 194.

[323] Cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 74.

[324] V. in questo senso L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'*, cit., p. 17 ss., in cui si esclude l'operatività della sola esimente del consenso dell'avente diritto e della possibilità di ricorrere alle contromisure. Più avanti, però, L. CONDORELLI, *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une* terra *a peu pres* incognita *pour elle*, cit., pp. 234-235, giunge ad affermare l'inoperatività di ogni circostanza esimente in ipotesi di violazione di norme di diritto internazionale umanitario.

all circumstances'[325], finendo così per attribuire a tutte le norme consuetudinarie di diritto internazionale umanitario la peculiare caratteristica sancita in riferimento alle *norme imperative* del diritto internazionale dall'art 26 del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati.

La stessa natura pienamente consuetudinaria della codificazione ginevrina è stata tuttavia messa in discussione a seguito dei più recenti conflitti[326]. Dall'analisi della prassi più vicina nel tempo emerge infatti qualche perplessità circa la natura di integrale codificazione del diritto internazionale consuetudinario spesso riconosciuta a tali strumenti; sembrerebbe piuttosto residuare qualche spazio per una interpretazione e attuazione più riduttiva delle pertinenti norme[327]. In questo senso si può ricordare quanto affermato dalla *Claims Commission* che, incaricata di giudicare le violazioni del diritto internazionale umanitario compiute dai belligeranti nel corso del conflitto fra Eritrea ed Etiopia[328], ha riconosciuto a carico della parte che invochi la mera efficacia convenzionale di alcune disposizioni della Convenzione l'onere di fornirne la relativa prova[329]. Ammettendo, sia pure astrattamente, la prova contraria, è stata implicitamente respinta la tesi della completa corrispondenza delle Convenzioni del 1949 al diritto consuetudinario e, di conseguenza, si è esclusa, sempre implicitamente, la completa sovrapponibilità di tali norme al diritto cogente.

A nostro avviso è piuttosto condivisibile l''approccio selettivo' adottato dalla Corte internazionale di giustizia che, evitando di riconoscere *tout court* natura cogente alle norme

[325] Nonostante l'espressione non sia riprodotta nel II Protocollo addizionale del 1977 sui conflitti armati non internazionali, essa si ritiene generalmente applicabile anche a tali conflitti: cfr. L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'*, cit., p. 17.

[326] Il rapporto fra il diritto consuetudinario e la codificazione di Ginevra in tema di trattamento dei prigionieri di guerra è stato di recente affrontato dalla *Claims Commission* incaricata di giudicare le violazioni del diritto internazionale umanitario compiute dai belligeranti nel corso del conflitto fra Eritrea ed Etiopia (1998-2000): cfr. G. VENTURINI, *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, cit., p. 455.

[327] Ivi, p. 456.

[328] Nel corso delle ostilità, l'Eritrea non era vincolata dalle Convenzioni di Ginevra, alle quali ha aderito solo nell'agosto del 2000, a seguito del cessate il fuoco fra le parti stabilito dall'accordo di Algeri del 18 luglio dello stesso anno: cfr. *Agreement on Cessation of Hostilities between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of State of Eritrea*. Il testo è allegato alla lettera del 19 giugno 2000 inviata al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite dal rappresentante permanente dell'Algeria (UN Doc. S/2000/601).

[329] Cfr. *Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, The Hague*, 1° luglio 2003, p. 39; *Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claims 4, The Hague*, 1° luglio 2003, p. 32. Le decisioni della *Claims Commission* sono reperibili nel sito della Corte permanente di arbitrato, all'indirizzo: *http://www.pcacpa.org.*

consuetudinarie di diritto internazionale umanitario[330], ritiene possibile indagare circa la natura imperativa o meno di sue singole norme *fondamentali*[331] anche se, in concreto, nel parere sulle armi nucleari ritiene di non dover procedere ad una simile operazione[332].

Anche seguendo tale approccio, non è comunque facile individuare una posizione univoca circa il contenuto delle norme cogenti di diritto internazionale umanitario. Nell'opinione di alcuni il 'nocciolo duro' (*Kerngehalt*), inderogabile, del diritto dei conflitti armati sarebbe costituito dalle sole regole fondamentali relative ai mezzi e metodi di combattimento e alla protezione delle vittime[333]. Altri autori limitano invece, il diritto imperativo in materia alle garanzie fondamentali sancite dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra[334].

Come si è detto, alcuni trattati di diritto internazionale umanitario contengono delle clausole in conformità alle quali è fatto divieto alle Parti contraenti di concludere accordi separati che possano provocare effetti pregiudizievoli per le persone protette[335]. Simili clausole, come ha riconosciuto anche la Commissione del diritto internazionale, non identificano però altrettante regole imperative di diritto internazionale[336]. L'esempio più importante è dato dagli accordi speciali previsti dagli artt. 6 e 7 comuni alle Convenzioni di

---

330 Già nell'opinione di Roberto Ago le regole di *jus cogens* comprenderebbero '*the fundamental rules concerning the safeguarding of peace, and notably those which forbid recourse to force or threat of force; fundamental rules of humanitarian nature (prohibition of genocide, slavery and racial discrimination, protection of essential rights of the human person in time of peace and war)*': R. AGO, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, in *Recueil*, 1971-III, vol. 134, p. 297 ss., p. 324, nota 37.

331 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 83; Manfred Lachs, membro della Commissione del diritto internazionale fra il 1962 e il 1966, sosteneva la necessità di inserire nel progetto di art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati alcuni esempi di norme cogenti, fra cui la violazione dei '*basic humanitarian principles*' (cfr. M. LACHS, *Development and General Trends of International Law*, cit.), sul punto v. poi J. WERKSMAN e R. KHALASTCHI, *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted*, cit., p. 189. Nel senso della necessità di procedere ad un esame dettagliato dei testi normativi per determinare, caso per caso, quali siano le regole che possono essere considerate fondamentali per il diritto internazionale umanitario e, di conseguenza, imperative, v. R. KOLB, G. PORRETTO e S. VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires*, cit., p. 337 e R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, derogation* '*positive*' *et* '*negative*', cit., p. 305 ss.

332 Cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 83.

333 D. SCHINDLER, *Probleme des humanitären Völkrrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91*, in *RSDIE*, 1991, I, p. 12; E. DAVID, *The Status of Nuclear Weapons in the Light of the Court's Opinion of 8 July 1996*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., p. 209 ss., p. 227; L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers Publishing, 1988, p. 469 ss.

334 B.D. TITTEMORE, *Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations*, in *Stanford JIL*, 1997, XXXIII, p. 105 ss.

335 V. gli esempi in J. SZTUCKI, Jus cogens *and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal*, New York, Springer, 1974, p. 36 ss.

336 Cfr. *YILC*, 1966, II, p. 270; v. nello stesso senso J. SZTUCKI, Jus cogens *and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal*, cit., pp. 39-40. Sul punto v. anche R. KOLB, Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, dérogation 'positive' et 'negative'*, cit., p. 306.

Ginevra[337] che proibiscono espressamente ogni accordo teso a pregiudicare la situazione delle persone protette o volto a limitare i diritti ad esse riconosciuti; ma la prassi è particolarmente ricca di accordi speciali che contribuiscono in modo significativo al miglioramento della sorte delle persone protette[338]. In relazione a tali norme si osserva che la nozione di *jus cogens* non è mai stata richiamata né nell'ambito dei lavori preparatori né nel corso della discussione svoltasi in seno alla Conferenza di Ginevra sul diritto umanitario[339]. Si può dunque piuttosto agevolmente ritenere che gli Stati abbiano stabilito la mera illiceità di tali accordi speciali, che non sarebberò però nulli[340].

Carattere cogente sembra piuttosto potersi attribuire al divieto delle '*grave breaches*'[341] previste dagli artt. 50, 51, 130 e 147 rispettivamente delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dall'art. 85, par. 1 del I Protocollo addizionale del 1977; tale qualificazione è a nostro avviso suggerita dall'esclusione espressa, sancita dagli artt. 51, 52, 131 e 148 delle Convenzioni di Ginevra, della possibilità per gli Stati di stipulare speciali accordi di esonero dalla responsabilità internazionale in relazione alle gravi violazioni ivi sancite, espressione che sembra richiamare la caratteristica inoperatività delle esimenti in ipotesi di violazione di norme cogenti[342].

Ciò sembra confermato dall'indicazione contenuta nell'art. 89 del I Protocollo addizionale del 1977 che, con riferimento a tali gravi violazioni del diritto umanitario prevede, in linea con quanto stabilito dall'art. 41 del Progetto del 2001 in relazione alle gravi violazioni di

---

[337] V. in particolare J. PICTET, *La Convention de Genève I, Commentaire*, Genève, CIRC, 1952, p. 73 ss.

[338] Per un elenco v. F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, CICR, 1994, p. 1205 ss.

[339] Cfr. F. MUNCH, *Bemerkungen zum* jus cogens, Festschrift Mosler, 1983, p. 623, nota 35; tale nozione non compare nemmeno nel commentario di J. PICTET, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, a cura di J. Pictet, Genève, CICR, 1958.

[340] In senso contrario v. però, G. PERRIN, *La nécessité et les dangers du* jus cogens, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en honneur de Jean Pictet*, cit., p. 751 ss., p. 755. L'A. ritiene che tali clausole, se inserite all'interno di uno strumento dotato di valenza generale - quale a suo avviso è l'intero *corpus* ginevrino - siano idonee ad attribuire carattere cogente ai diritti ivi sanciti.

[341] Secondo quanto indicato dall'art. 147 della IV Convenzione di Ginevra: '*Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly*'.

[342] Secondo le disposizioni in questione, '*no party shall be allowed to absolve itself or any other party of any liability incurred in respect of the grave breaches*'. Sul punto v. L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, cit., p. 605. Cfr. poi L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de* '*respecter et faire respecter*' *le droit international humanitaire* '*en toutes circonstances*', cit., p. 23. Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 6.

norme cogenti, l'obbligo delle Parti contraenti '*to act jointly or individually, in co-operation with the United Nations and in conformity with the United Nations Charter*', al fine di rimuovere la violazione. Se tale ricostruzione è corretta, evidentemente, anche la concreta possibilità di deroga per necessità militare riconosciuta dalle stesse norme primarie in relazione a simili violazioni finirebbe per essere in concreto di molto ridimensionata[343]. Ciò sembra evidente quanto meno in relazione al divieto di tortura[344] e di pene o trattamenti inumani e degradanti nonché in relazione alle garanzie minime riconosciute alla persona umana[345] che concorrono alla realizzazione della convergenza fra diritto umanitario e diritti dell'uomo[346].

[343] Cf. gli artt. 50, 51, 130 e 147 rispettivamente delle quattro Convenzioni di Ginevra.
[344] Il carattere intangibile del divieto di tortura è sancito dall'art. 2, par. 2 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti inumani e degradanti. Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 6.1.d.
[345] In tal senso, D. PLATTNER, *Droit international humanitaire et droits de l'homme intangibles ou non susceptibles de dérogation*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, cit., p. 333 ss., p. 348.
[346] Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 6.1.d.

CAPITOLO III

JUS AD BELLUM E NECESSITÁ MILITARE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'ampiezza della necessità militare nella disciplina della legittima difesa. - 3. La necessità militare e l'impiego della forza nell'ambito di missioni svolte ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. - 4. Necessità militare ed intervento umanitario.

1. *Introduzione.*

Le considerazioni svolte circa il fondamento e la natura giuridica della necessità militare[1] impongono di valutare se il titolo giuridico in base al quale l'azione può ritenersi legittima nel contesto dello *jus ad bellum* sia in grado di condizionare l'ampiezza della necessità militare nell'ambito dello *jus in bello*: così in relazione ai mezzi e ai metodi di combattimento consentiti, alla legittimità di specifici obiettivi militari, nonché con riferimento alle specifiche esigenze di tutela delle persone. Invero, se, come detto, la necessità militare costituisce un elemento delle norme primarie del diritto internazionale umanitario il cui fondamento giuridico è rinvenibile nella regola relativa alla violenza bellica ammessa nel contesto di un conflitto armato, tale circostanza non è scevra da conseguenze circa i rapporti con la disciplina dello *jus ad bellum*. La regola primaria sull'uso della forza che disciplina le ipotesi di ricorso legittimo alla forza nelle relazioni fra Stati ben potrebbe incidere sulle modalità concrete del suo esercizio.

Alcune indicazioni in merito alla possibilità che l'ampiezza della necessità militare risulti in qualche misura condizionata dal titolo giustificativo della legitima difesa sembrano potersi ricavare dal parere reso dalla Corte internazionale di giustizia in relazione alla *vexata quaestio* del regime giuridico delle armi nucleari[2]. In particolare, in un brano del parere relativo alla

[1] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo II, par. 2.

[2] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 226 ss. Per un commento v. I. DETTER DE LUPIS, *The Law of War*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 239 ss.; N. RONZITTI, *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., p. 861 ss.; R.A. FALK, *Nuclear Weapons, International Law and the World Court*, in *AJIL*, 1997, XCI, 1, p. 64 ss.; M.J. MATHESON, *The Opinion of the International Court of Justice on the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons*, in *TL&CP*, 1997, VII, 2, p. 353 ss.; S. CHESTERMAN, *The International Court of Justice, Nuclear Weapons and the Law*, in *Netherlands ILR*, 1997, XLIV, 2, p. 149 ss.; V. COUSSIRAT-COUSTERE, *La licéité des armes nucléaires en question*, in *Le droit international des armes nucléaires*, Société Française pour le Droit

disciplina di tale arma nel contesto dello *jus in bello* la Corte sembra affermare la possibilità di una 'espansione' dei parametri di proporzionalità e di necessità (militare) in relazione alle specifiche esigenze difensive ravvisabili nel caso concreto[3].

La prassi degli Stati e la dottrina maggioritaria riconoscono la possibilità che impieghi limitati della forza vengano in gioco anche in relazione all'esigenza di fornire adeguata protezione a propri cittadini all'estero laddove l'incolumità di questi si trovi in serio pericolo e lo Stato territoriale non sia in grado di disporre adeguate misure per la loro protezione o non ne abbia la volontà[4]. Tale modalità di intervento, ammesso dal diritto internazionale generale precedente alla Carta delle Nazioni Unite[5], ha trovato una conferma anche a seguito della sua adozione; meno frequenti sono i riscontri nella prassi più recente[6]. Solitamente si ricordano in particolare il *raid* israeliano condotto nell'aeroporto di Entebbe in Uganda[7] e il fallito *raid* in Iran teso alla liberazione degli ostaggi statunitensi sequestrati presso l'ambasciata a Teheran[8].

In relazione a simili ipotesi, in assenza del consenso dello Stato territoriale, l'impiego limitato della forza armata è talora ritenuto lecito in virtù di un autonomo titolo giustificativo[9], che configura un'eccezione al divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali[10].

International, a cura di S. Sur, Paris, Pedone, 1998, p. 93 ss.; N. GRIEF, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in *ICLQ*, 1997, p. 681 ss.; W.D. VERWEY, *The International Court of Justice and the Legality of Nuclear Weapons: some Observations*, in *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Boston, London, 1998, p. 751 ss.

[3] Sulla questione si dirà *amplius*, *infra*, capitolo III, par. 2.

[4] A. GIOIA, *Brevi riflessioni sul* ius ad bellum *alla luce della prassi recente*, in *Comunicazioni e Studi*, XXIII, p. 414 ss., p. 437.

[5] A.F. PANZERA, *A proposito del* 'raid' *statunitense in Iran*, in *RDI*, 1981, LXIV, p. 67 ss.; E.C. STOWEL, *La théorie et la pratique de l'intervention*, in *Recueil*, 1932-II, vol. 40, p. 89 ss., p. 93; N. RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, Nijhoff, 1985, p. 21 ss.

[6] Sull'intervento a protezione di cittadini all'estero vedi, fra gli altri, A.F. PANZERA, Raids *e protezione dei cittadini all'estero*, in *RDI*, 1978, LXI, 4, p. 759 ss.; ID., *A proposito del* raid *statunitense in Iran*, cit., p. 67 ss.; T. SCHWEISFURTH, *Operations to Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights*, in *German YBIL*, 1980, p. 159 ss.; A. JEFFERY, *The American Hostages in Teheran: the I.C.J. and the Legality of Rescue Missions*, in *ICLQ*, 1981, p. 717 ss.; D.W. BOWETT, *The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad*, in *The Current Regulation of the Use of Force*, a cura di A. Cassese, Dordrecht, Nijhoff, 1986, p. 39 ss.; J. RABY, *The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals*, in *Canadian YIL*, 1988, p. 253 ss.; R.B. LILLICH, *Forcible Protection of National Abroad: the Liberian Incident of 1990*, in *German YBIL*, 1992, p. 205 ss.

[7] Per una ricostuzione della vicenda v., fra gli altri, A.F. PANZERA, Raids *e protezione dei cittadini all'estero*, cit., p. 760 ss.

[8] Sulla vicenda v., per tutti, F. PANZERA, *A proposito del* raid *statunitense in Iran*, cit., p. 68 ss.

[9] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., pp. 224-225, rileva che simili iniziative non hanno dato luogo a condanne da parte del Consiglio di sicurezza; la condanna dell'Assemblea generale dell'intervento effettuato dagli Stati Uniti a Panama non sembra un'eccezione significativa in tal senso in virtù del voto contrario del suo rappresentante: cfr. UN GA Resolution, *Effects of the Military Intervention by the United States of America in Panama on the Situation in Central America*, Doc. A/RES/44/240. Per le altre giustificazioni fornite dagli Stati 'interventori' in simili ipotesi v., per tutti, N. RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, cit., p. 53 ss.

L'intervento a protezione di cittadini all'estero, a differenza dell'intervento umanitario, comporta una limitata presenza in territorio altrui[11]. Per porre in essere legittimamente l'azione armata circoscritta, lo Stato deve operare l'intrusione non autorizzata nel territorio straniero in termini *strettamente funzionali* alla sola ed effettiva protezione dei propri cittadini, senza arrecare un pregiudizio prolungato ed irreversibile per la sovranità territoriale e l'indipendenza politica dello Stato che subisce l'intervento[12]. In simili contesti, nonostante i limitati mezzi impiegati nell'intervento, il diritto internazionale umanitario trova applicazione ogniqualvolta nel corso dell'operazione vi sia l'esigenza di impiegare la forza, come nell'ipotesi in cui si registrino scontri con insorti o fazioni che detengono gli ostaggi[13].

Anche in simili situazioni possono venire in gioco le regole che espressamente prevedono la clausola di necessità militare con la possibilità che il titolo giustificativo dell'impiego della forza in esame possa eventualmente modificarne l'ampiezza. Tuttavia, l'ipotesi in esame non sembra recare particolari problemi di coordinamento con la disciplina dello *jus in bello* in virtù della natura circoscritta delle azioni armate svolte sulla base di tale titolo giustificativo dell'uso della forza. Per tali ragioni la questione non sarà esaminata in modo specifico nel presente capitolo.

Si deve piuttosto valutare se nel contesto di azioni militari caratterizzate da uno sforzo bellico di maggior intensità il titolo giustificativo dell'uso della forza eserciti un impatto significativo sull'ampiezza della clausola di necessità militare comprimendo o, al contrario, estendendo i margini della sua operatività. Così, ad esempio, in relazione allo specifico mandato autorizzatorio formulato dal Consiglio di sicurezza in ipotesi di missioni autorizzate di Stati, gruppi di Stati o organizzazioni regionali[14] o nel caso di interventi armati nel territorio di altri Stati per finalità umanitarie in assenza di alcuna autorizzazione in virtù, secondo quanto prospettato da alcuni, di un autonomo titolo giustificativo dell'uso della forza radicato nel diritto internazionale generale[15].

---

[10] N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 49.
[11] Ivi, p. 51.
[12] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 225.
[13] H.L. WEISBERG, *The Congo Crisis 1964: a Case Study in Humanitarian Intervention*, in *Virginia JIL*, 1972, p. 261 ss.; N. RONZITTI, *Il ricorso alla forza armata a protezione dei cittadini all'estero e per ragioni di umanità*, Pisa, ETS, 1980, p. 83.
[14] Sulla questione v. *amplius*, *infra*, capitolo III, par. 3.
[15] V. *amplius*, *infra*, capitolo III, par. 4.

Nell'analisi sembra inoltre significativo esaminare gli interventi armati svolti per mezzo di forze militari istituite dalle Nazioni Unite e operanti sotto l'egida dell'Organizzazione in virtù delle specifiche funzioni svolte da tali missioni[16].

Vero è che con tale modello organizzativo si sono per lo più realizzate operazioni di *peace-keeping* prive di carattere coercitivo e connotate da 'imparzialità' proprio in virtù della caratteristica natura di forza di interposizione operante con il consenso delle parti[17]. Accettando lo svolgimento dell'operazione sul proprio territorio, lo Stato ospite riconosce le funzioni e il mandato che essa è chiamata a svolgere e si impegna a fornire la necessaria cooperazione[18]; tale consenso è normalmente espresso attraverso l'accettazione della risoluzione del Consiglio di sicurezza che istituisce la missione, o è contenuto in un accordo di pace, concluso fra le parti in conflitto[19]. Altre volte i rapporti fra le Nazioni Unite e lo Stato ospite sono disciplinati da *Status of Forces Ageements* (SOFAs), specifici trattati che regolano dettagliatamente la condizione dell'operazione e dei membri della stessa, per l'intera durata della missione[20]. In simili contesti la forza militare può essere per lo più dispiegata per finalità difensive dei 'caschi blu' e al fine di salvaguardare la stessa 'missione' assegnata in caso di opposizione armata[21]. Tuttavia, nonostante la funzione di *peace-enforcement* in relazione ad azioni di carattere propriamente coercitivo sia per lo più realizzata per mezzo delle potenzialità operative di coalizioni di Stati (*willing coalition*) autorizzati all'impiego della forza[22], le missioni delle Nazioni Unite possono assumere anche funzioni coercitive di polizia internazionale[23].

---

[16] Sulla questione v. *infra*, capitolo III, par. 3.
[17] N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 67 ss.
[18] Così C.D. GRAY, *Host-State Consent and United Nations Peacekeeping in Yugoslavia*, in *Duke JCIL*, 1996, VII, 1, p. 241 ss., p. 251.
[19] Così A. CARLEVARIS, *Recenti sviluppi nella prassi degli 'Status of Forces Agreements' per le operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, cit., p. 667.
[20] Specifici SOFAs sono stati conclusi per quasi tutte le operazioni sinora condotte, con l'eccezione dei casi in cui l'assenza di un'autorità effettiva sul territorio o controversie circa l'entità legittimata alla conclusione lo hanno impedito. SOFAs non sono stati conclusi, ad esempio, in relazione ad alcune operazioni in Medio Oriente (UNEF II e UNDOF), e in Somalia (UNOSOM I e II); solo nel 1995, a più di quindici anni dall'inizio delle operazioni, si è giunti alla conclusione di un SOFA per l'UNIFIL in Libano. Su tali questioni v. ampiamente A. CARLEVARIS, *Recenti sviluppi nella prassi degli 'Status of Forces Agreements' per le operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, cit., p. 667 ss. Gli Stati fornitori di truppe in generale avvertono la necessità che specifici SOFA siano conclusi prima dell'inizio dell'operazione o nelle sue fasi immediatamente iniziali: sul punto v. G. BLOOM, *Protecting Peacekeepers: the Convention on the Safety of the United Nations and Associated Personnel*, in *AJIL*, 1995, LXXXIX, 3, p. 628 ss.
[21] O. CORTEN e P. KLEIN, *Action humanitaire et Chapitre VII: la redéfinition du mandat et des moyens d'action des forces des Nations Unies*, in *Annuaire FDI*, 1993, XXXIX, p. 105 ss., p. 122.
[22] Ivi, pp. 122-123.
[23] V., fra gli altri, J.M. SOREL, *La Somalie et les Nations Unies*, in *Annuaire FDI*, 1992, XXXVIII, p. 77 ss, p. 83.

Come si è detto[24], in questo capitolo non saranno invece esaminate in modo specifico le problematiche inerenti all'ampiezza della necessità militare nella disciplina dei conflitti armati non internazionali nonché le numerose questioni richiamate nell'ambito di conflitti asimmetrici e, in particolare, del contrasto al terrorismo internazionale; l'analisi di tali problematiche finirebbe infatti per dilatare eccessivamente l'ambito dell'indagine.

2. *L'ampiezza della necessità militare nella disciplina della legittima difesa.*

In occasione del parere reso sulla liceità della minaccia o dell'impiego delle armi nucleari[25], alla Corte internazionale di giustizia è stata sottoposta una questione giuridica collocata al centro del dibattito dottrinale e delle relazioni internazionali fin dalla seconda guerra mondiale[26].

In tale occasione, la Corte internazionale di giustizia ha ritenuto di non avere '*sufficient elements (…) to conclude with certainty that nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in any circumstance*'[27], e in particolare in '*an extreme circumstance of national self-defence in which the very survival of a State would be at stake*'[28]. In definitiva la questione sollevata dall'Assemblea generale[29]

[24] Cfr. introduzione e piano dell'indagine, par. 3.
[25] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 226 ss.
[26] L'entità delle aspettative riposte sulla pronuncia ha probabilmente accresciuto la generale insoddisfazione espressa dai molti commentatori in relazione alle statuizioni ivi espresse: in questo senso v. per tutti L. CONDORELLI, *La Cour internationale de justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 823, p. 9 ss. Per l'A., infatti, '*Il est facile de tirer à boulets rouges contre l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*' (ivi, p. 9).
[27] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 95.
[28] Ad avviso della Corte, '*However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence*', (ivi, parr. 97-105). Per un commento v. N. RONZITTI, *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., p. 877 ss.; C.M. GREENWOOD, Jus ad bellum *and* jus in bello *in the Nuclear Weapons Advisory Opinion*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 247 ss., p. 263 ss.; S. SANNA, *L'uguaglianza dei belligeranti e il parere sulle armi nucleari della Corte Internazionale di Giustizia*, in *Seminari di storia e diritto. 'Guerra giusta'? Le metamorfosi di un concetto antico*, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 241 ss., p. 262 ss.
[29] Il 14 maggio 1993 l'Assemblea mondiale della salute dell'OMS poneva alla Corte la questione seguente: '*In view of the health and environmental effects, would the use of nuclear weapons by a State in war or other armed conflict be a breach of its obligations under international law including the WHO Constitution?*', (Resolution WHA 46.40). La Corte rifiutava però di pronunciarsi sulla questione rilevando che il parere richiesto non si fondava su di una questione giuridica ricollegabile all'ambito di attività dell'Organizzazione, come imposto

ovvero se '*the threat or use of nuclear weapons in any circumstance is permitted under international law*'[30], resta priva di una risposta chiara e definitiva[31] tanto che nelle conclusioni formulate dalla Corte si è spesso individuata una ipotesi di *non liquet* o *not - finding*[32].

Criticabile sotto molteplici prospettive, l'*avis* presenta comunque il merito di aver esplorato per la prima volta nell'ambito della giurisprudenza della Corte, seppur piuttosto sommariamente[33], la disciplina del diritto internazionale umanitario[34].

Nel parere la Corte si limita tuttavia a prospettare, senza scioglierlo, il dubbio che il ricorso alle suddette armi sia consentito allo Stato aggredito nella circostanza estrema in cui

---

dall'art. 96, par. 2 della Carta delle Nazioni Unite: cfr. ICJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 8 luglio 1996, in *ICJ Report*, 1996, p. 75 ss., par. 20 ss.

[30] Cfr. la richiesta di parere consultivo sottoposta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite alla Corte internazionale di giustizia: UN GA Resolution, Doc. A/Res.49/75K, 15 dicembre 1994. Sulla genericità della questione sottoposta alla Corte v. C.M. GREENWOOD, *The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law*, cit., p. 247 ss.

[31] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 97. Cfr. R. MÜLLERSON, *On the Relationship between* jus ad bellum *and* jus in bello *in the General Assembly Advisory Opinion*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., p. 267 ss., p. 273. La posizione della Corte è stata da molti criticata sotto molteplici profili: v., ad esempio, L. CONDORELLI, *La Cour internationale de justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., p. 9 ss. La persistente problematicità della questione dell'impiego dell'arma nucleare e l'incertezza della soluzione proposta dalla Corte emerge chiaramente nella recente posizione di W. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2009, il quale conclude la ricostruzione relativa all'impiego dell'arma nucleare affermando: '*it remains to be seen whether such weapons will be used in the future and in what circumstances*' (ivi, p. 223).

[32] Per la prima volta dall'inizio della sua attività, la Corte afferma di non conoscere il contenuto della regola di diritto internazionale esistente nella particolare ipotesi sottoposta alla sua attenzione. Nell'opinione di alcuni giudici che hanno preso parte alle deliberazioni della Corte, si tratterebbe di un *non liquet*: v. la Dichiarazione del giudice Vereshchetin, p. 279; le opinioni dissenzienti dei giudici Schwebel, p. 322, Shahabuddeen, p. 389 e Higgins, p. 583; v. poi T.L.H. MCCORMACK, *Un* non liquet *sur les armes nucléaires. La Cour internationale de justice élude l'application des principes généraux du droit international humanitaire*, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 823, p. 82 ss., p. 95 ss; J. MCNEILL, *L'avis consultatif de la CIJ en l'affaire des armes nucléaires - Première évaluation*, in *RICR*, 1997, p. 114. Nell'opinione di alcuni, tuttavia, la pronuncia di un giudizio di *non liquet* sarebbe invece solo apparente: in tal senso v. L. CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., p. 12; ID., *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une* terra *a peu près* incognita *pour elle*, in *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 229 ss.; T.L.H. MCCORMACK, *Un* non liquet *sur les armes nucléaires. La Cour internationale de justice élude l'application des principes généraux du droit international humanitaire*, cit., p. 78 ss.; D. BODANSKY, Non liquet *and the Incompleteness of International Law*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., p. 153 ss.

[33] Il giudice Higgins rimprovera la Corte di essersi limitata ad un'analisi generale e approssimativa invece di studiare in modo accurato le disposizioni specifiche del diritto umanitario (cfr. l'opinione dissenziente del giudice Higgins, parr. 9 e 10 e l'opinione individuale del giudice Guillaume, par. 5).

[34] Prima di allora la Corte aveva esaminato alcuni profili attinenti alla disciplina dello *jus in bello* in una sola occasione: cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, cit., par. 113. Le occasioni per occuparsi della disciplina sono state in seguito più numerose: v. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 86 e par. 89 ss.; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19 dicembre 2005, in *ICJ Reports*, 2005, p. 168 ss.; ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russia Federation), (Request for Provisional Measures)*, 15 ottobre 2008, in *ICJ Reports*, 2008, p.

sia in pericolo la sua stessa sopravvivenza[35]. A ben guardare, benché non ometta di far riferimento all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, la Corte prefigura un diritto di legittima difesa da esercitare in situazioni estreme (*extreme circumstance of self-defence*) richiamando la nozione di 'diritto di conservazione' o '*self-preservation*', la cui conformità alla Carta delle Nazioni Unite è generalmente contestata[36]. È infatti difficile conciliare un preteso diritto di conservazione dello Stato con l'art. 51 della Carta, e in particolare con i requisiti rigorosi da cui tale disposizione fa dipendere la liceità dell'azione in legittima difesa[37], individuati nella già citata 'formula Webster', di riconosciuta valenza consuetudinaria[38].

Sembra dunque legittimo chiedersi se la Corte abbia inteso riconoscere alla necessità militare, in passato in più occasioni ricollegata alla nozione di conservazione[39], un ruolo più esteso rispetto a quanto riconosciutole nel diritto internazionale umanitario in relazione ad impieghi della forza legittimi in virtù del generale riconoscimento di un '*inherent right to self-defence*' in capo agli Stati[40]. Si tratta dunque di capire se in relazione all'esercizio del diritto di legittima difesa il principio di necessità militare sia in grado di estendere il proprio ambito di operatività fino al limite dell''estrema necessità' di conservazione dello Stato che legittimerebbe l'uso delle armi nucleari.

Al fine di valutare la liceità della minaccia o dell'impiego dell'arma nucleare la Corte ritiene necessario un esame integrato dei profili attinenti alla disciplina dello *jus ad bellum* e a quella dello *jus in bello*, non limitando l'indagine alle condizioni esplicitamente o implicitamente indicate nella Carta delle Nazioni Unite[41].

L'esame dei due ambiti normativi non può, a suo avviso, che essere coordinato; infatti, '*the proportionality principle may thus not in itself exclude the use of nuclear weapons in self-defence in all circumstances. But at the same time a use of force that is proportionate under the law of self-defence, must, in order to be lawful, also meet the requirements of the law applicable in armed conflict which comprise in particular the principles and rules of*

353 ss.; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), (Jurisdiction and Admissibility)*, 3 febbraio 2006, in *ICJ Reports*, 2006, p. 6 ss.

[35] M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 222.

[36] Cfr. R. AGO, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, cit., pp. 16-17.

[37] N. RONZITTI, *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., p. 878.

[38] J. YOO, *International Law and the War in Iraq*, in *AJIL*, 2003, XCVII, 3, p. 563 ss.

[39] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo II, par. 1.

[40] In questo senso v. J. STONE, *Legal Controls of International Conflict: a Treatise on the Dynamics of Disputes - and War - Law*^{2}, London, Stevens, 1959, pp. 352-353.

[41] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., parr. 39-42.

humanitarian law'[42]. D'altra parte un'arma vietata dal diritto dei conflitti armati o un impiego della violenza bellica non conforme alle esigenze del diritto internazionale umanitario non potrebbero considerarsi lecite in virtù della sola legittimità dello scopo perseguito ai sensi della Carta[43]. Esse dovrebbero piuttosto risultare altresì compatibili con le prescrizioni del diritto internazionale applicabile nei conflitti armati nonché al diritto di neutralità.

Con specifico riferimento al diritto internazionale umanitario, la questione della liceità dell'impiego o della minaccia del ricorso ad armi nucleari si inserisce nell'ambito della disciplina dei mezzi e metodi di combattimento che, come detto, si caratterizza per la presenza di specifici divieti pattizi nei confronti di alcune armi o metodi di combattimento[44]. Tali divieti non influiscono tuttavia sulla facoltà degli Stati di impiegare armi 'nuove' o non specificamente previste da particolari Convenzioni[45].

Talune norme convenzionali, come il divieto di impiegare mezzi di guerra in grado di provocare danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente naturale contenuto nel I Protocollo addizionale del 1977[46], o alcune previsioni della Convenzione sul divieto di impiegare tecniche di modifica dell'ambiente per scopi militari o ostili[47], ben potrebbero riferirsi anche all'impiego dell'arma nucleare e risultare vincolanti anche nei confronti degli Stati non Parti nella misura in cui siano espressione di norme di valenza consuetudinaria. Se il divieto previsto da tale Convenzione riguarda esclusivamente le tecniche di modifica deliberata

[42] Ivi, par. 42.
[43] L. CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., p. 17.
[44] V. *supra*, capitolo II, par. 4.3.
[45] Sulle ragioni storiche, i vantaggi e gli inconvenienti del ricorso a specifici divieti v. A. CASSESE, *Means of Warfare: the Traditional and New Law, in the New Humanitarian Law of Armed Conflict*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, 1980, p. 166 ss. Per una panoramica sulle convenzioni che limitano o vietano l'uso di determinate armi, con particolare riguardo a quelle suscettibili di provocare danni incontrollabili alla popolazione civile v. S. GONZALEZ GALVEZ, *Controles al uso de ciertas armas convencionales en el derecho internacional*, México, Universidad Nacional Autònoma de México, 1982, p. 19 ss., nonché, più di recente, N. SITAROPOULOS, *Weapons and Superfluous Injury or Unnecessary Suffering in International Humanitarian Law: Human Pain in Time of War and the Limits of Law*, cit., p. 84 ss.
[46] Questo era, d'altra parte, l'intento espresso da numerosi Stati, soprattutto in via di sviluppo, nel corso dei negoziati della Conferenza diplomatica di Ginevra. L'art. 35, par. 3 vieta l'impiego di metodi o mezzi di guerra concepiti con lo scopo, o dai quali ci si può attendere che provochino, danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente naturale; la proibizione è reiterata all'art. 55, par. 1, che la collega alla salvaguardia della salute e della sopravvivenza della popolazione e vi associa il divieto di rappresaglia (art. 55, par. 2).
[47] Cfr. *Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques* (ENMOD), 18 maggio 1977, in *ILM*, 1977, p. 90 ss., art. 1, par. 2. Nella Convenzione ENMOD del 1977 ricorre *l'espressione* '*widespread, longlasting or severe effects*' (art. 1.1), specificata dalle intese interpretative, ai sensi delle quali per danno '*widespread*' si intende un danno i cui effetti interessano una superficie di alcuni chilometri quadrati; '*longlasting*' sono considerati gli effetti che permangono per qualche mese, ovvero circa una stagione; per '*severe*' si intendono gli effetti che provocano una perturbazione o un danno serio o importante per la vita umana, le risorse naturali ed economiche o altri beni.

dell'ambiente (*metodi* di guerra), le disposizioni del I Protocollo del 1977 riguardano sia i *mezzi* (le armi) e i *metodi* 'concepiti' per causare deliberatamente danni di tal specie all'ambiente naturale sia quelli le cui conseguenze dannose durevoli, estese e gravi siano semplicemente 'prevedibili'. Per tale ragione le condizioni delineate nel I Protocollo sono state intese in termini più rigorosi; si tratta però, a differenza di quanto previsto nella Convenzione ENMOD, di condizioni cumulative. Di conseguenza la loro occorrenza risulta piuttosto difficile da provare[48].

In senso difforme va tuttavia la prassi delle Potenze nucleari occidentali le quali hanno sempre negato l'esistenza - sia nel diritto generale che in quello pattizio - di norme relative alla condotta delle ostilità applicabili alle armi nucleari. Emblematiche sono le dichiarazioni interpretative degli Stati Uniti e del Regno Unito al momento della firma del I Protocollo addizionale del 1977 - alle quali si è riferita anche l'Italia in occasione del deposito del suo strumento di ratifica - nelle quali si escludeva espressamente che gli articoli 35, par. 3 e 55, par. 1 del I Protocollo rispecchiassero norme consuetudinarie[49]. Nella medesima direzione vanno poi alcuni manuali militari[50]; inoltre, i Paesi membri della NATO, e altri Paesi che dispongono dell'arma nucleare, hanno depositato riserve interpretative ai sensi delle quali le disposizioni del I Protocollo relative ai metodi e ai mezzi di guerra si applicherebbero esclusivamente alle armi convenzionali e non avrebbero effetto con riguardo alle armi nucleari[51].

Su una simile posizione sembra collocarsi la Corte internazionale di giustizia nel parere in esame laddove ritiene che la protezione contenuta negli strumenti internazionali in materia di

[48] In questo senso si esprime il rapporto finale del comitato istituito per esaminare la campagna di bombardamenti condotta nel 1999 dalla NATO contro la Repubblica Federale di Iugoslavia: v. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 1999*, cit., p. 1262.

[49] Le dichiarazioni interpretative di Gran Bretagna e Stati Uniti si possono leggere in M. BOTHE, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, cit., p. 722. Analoga ad esse è la dichiarazione italiana, depositata unitamente allo strumento di ratifica secondo cui: '*It is the understanding of the Government of Italy that the rules relating to the use of weapons introduced by Additional Protocol I were intended to apply exclusively to conventional weapons. They do not prejudice any other rule of international law applicable to other types of weapons*'.

[50] Cfr. il manuale britannico *The Law of War on Land*, cit., p. 42, par. 113; il più recente manuale statunitense sulla guerra marittima ne subordina l'utilizzo al rispetto del principio di distinzione, limitando il potere di autorizzarne l'utilizzo al solo Presidente (cfr. *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, cit., p. 10-1, n. 10.2). Le istruzioni militari previste dalle stesse potenze nucleari, pur ribadendo la liceità dell'uso di tali armi, da un lato ne affermano la sottoposizione ai principi generali del diritto dei conflitti armati internazionali e, dall'altro, tendono a limitare al massimo grado la sfera dell'autorità interna responsabile di autorizzarne l'impiego.

ambiente non mini il diritto dello Stato alla difesa sancito dall'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite e non vieti necessariamente l'uso di armi nucleari in ipotesi di esercizio di tale diritto[52], sempre che sia rispettato il requisito di proporzionalità, fra l'altro, in virtù del fatto che - a differenza di quanto avviene in relazione allo sviluppo e alla sperimentazione delle stesse[53] -, nessuna regola convenzionale o consuetudinaria vieta specificamente il loro utilizzo[54].

Nonostante in virtù dell'assenza di uno specifico divieto espresso in relazione all'arma nucleare se ne sia spesso affermato il libero impiego[55], tale circostanza non equivale alla rinuncia dell'ordinamento internazionale ad una regolamentazione giuridica della materia. Resta infatti la disciplina generale dettata dalle norme di diritto internazionale umanitario[56], e in particolare la clausola *Martens*[57]. Così, ad esempio, la regola che limita la libertà degli Stati

---

[51] V. la prassi riprodotta nello studio del Comitato Internazionale della Croce Rossa, ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, II, Practice, Part 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 877, pp. 882-883 e p. 894.

[52] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., parr. 27-30. L'esame della Corte si sofferma in particolare sul I Protocollo adizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977, sulla Convenzione relativa alle tecniche di modifica ambientale, sulla Dichiarazione di Rio del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo nonché sul diritto internazionale consuetudinario espresso nella Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano adottata a Stoccolma il 16 giugno 1972.

[53] La Corte sembra affermare la sussistenza di un vero e proprio obbligo per gli Stati di portare a conclusione le negoziazioni tese ad un futuro disarmo nucleare (cfr. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., parr. 98-103), probabilmente nei termini individuati nel trattato di non proliferazione nucleare (su cui v. P. FOIS, *Il consenso ad obbligarsi nel trattato sulla non-proliferazione nucleare*, in *RDI*, 2008, XCI, 1, p. 39 ss.). Si potrebbe forse trattare di *ultra petitum* anche se non è chiaro se tale concetto possa venire in gioco rispetto ai pareri della Corte: cfr. sul punto L. CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., p. 13, nota 8.

[54] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., parr. 64-73.

[55] V. in questo senso E.C. STOWELL, *The Laws of War and the Atomic Bomb*, in *AJIL*, 1945, XXXIX, 4, p. 784 ss.; R.W. TUCKER, *The Law of War and Neutrality at the Sea*, Washington, US Government Print Office, 1957, pp. 54-55; G. SCHWARZENBERGER, *The Legality of Nuclear Weapons*, London, Stevens, 1958, pp. 18-22; J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*[2], London, Stevens, 1958, pp. 343-344. La Corte internazionale di giustizia, nel parere sulla liceità delle armi nucleari conclude che né il diritto internazionale consuetudinario né il diritto convenzionale specificamente autorizzano o proibiscono la minaccia o uso delle armi nucleari (v. par. 105 del parere citato).

[56] Come osserva R.A. FALCK, *Nuclear Weapons, International Law and the World Court: a Historic Encounter*, in *AJIL*, 1997, XCI, 1, p. 64 ss., nessuna potenza nucleare ha comunque mai contestato che la minaccia o l'uso delle armi nucleari sia governata dalle regole applicabili relative al diritto dei conflitti armati e al diritto internazionale umanitario. Che tali divieti siano in linea di principio idonei a ricomprendere l'impiego di armi nucleari è ammesso da gran parte della dottrina: v., fra gli altri, E. CASTREN, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, Suomalaisen, 1954, p. 206; N. SINGH, *Nuclear Weapons and International Law*, London, Stevens, 1959, pp. 222-223; J.E. FAWCETT, *Intervention in International Law*, cit., p. 420; S. GLASER, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964, pp. 52-53; A. CASSESE, *Violenza e diritto nell'era nucleare*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 63-64. Nel 1963 la Corte distrettuale di Tokyo ritenne che il lancio della bomba atomica su Hiroshima e Nagasaki da parte degli Stati Uniti avesse violato il divieto di utilizzare armi che provocano sofferenze superflue nonché il divieto di bombardare città indifese (cfr. la sentenza resa nel caso *Shimoda*, cit., p. 212 ss.).

[57] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 78. Sulla clausola si è detto *supra*, introduzione e piano dell'indagine, par. 2; capitolo I, par. 6.1.d.; capitolo II, par. 2.3.a.

nell'impiego di mezzi per nuocere al nemico, il divieto di utilizzare armi che provochino sofferenze superflue e il principio di distinzione[58].

Vero è che gli Stati che affermano la liceità del ricorso all'arma nucleare per lo più ritengono che tale arma possa essere impiegata in modo conforme alle regole di diritto internazionale umanitario. Così, non sarebbe violato l'obbligo di distinzione laddove, ad esempio, tale arma fosse impiegata contro un obiettivo militare situato in una zona scarsamente popolata o contro una nave da guerra in alto mare[59]. La legittimità dell'impiego dell'arma in virtù dell'obbligo di non cagionare sofferenze non necessarie dovrebbe poi essere valutata in relazione all'importanza dell'obiettivo militare e ai criteri di necessità e proporzionalità di volta in volta precisati.

Inoltre, i belligeranti devono tenere indenne il territorio degli Stati neutrali da ogni danno cagionato nell'esercizio di attività belliche; in caso contrario si configurerebbe un illecito internazionale ai danni dello Stato neutrale[60]. Tuttavia, il principio di neutralità non risulterebbe necessariamente violato nell'ipotesi di impiego di armi nucleari nell'ipotesi in cui esse siano in grado di limitare i propri effetti al territorio degli Stati belligeranti, evitando l'insorgere di effetti transfrontalieri. Si deve peraltro dare atto dell'opinione di quanti hanno interpretato il parere nel senso del riconoscimento di un limitato impiego legittimo dell'arma nucleare alle sole ipotesi di '*extreme self-defence*', sempre che tale impiego sia contenuto nell'ambito della cornice normativa predisposta dal diritto internazionale umanitario[61]. In tal senso si è fatto riferimento all'ipotesi di armi nucleari 'pulite', in grado di provocare danni collaterali proporzionati all'obiettivo militare legittimamente perseguito: così nel caso - per la verità a nostro avviso piuttosto improbabile - di una bomba nucleare dotata di tecnologia avanzata e priva di emissioni radioattive a lungo raggio sganciata su di una divisione nemica nel mezzo del deserto[62]. Una simile interpretazione non sembra tuttavia in linea con le

[58] Circa il valore di tali norme rispetto all'impiego di nuove armi convenzionali v. R. BLINDSCHEDLER, *A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts*, cit., p. 28; G. MALINVERNI, *Armes conventionelles modernes et droit international*, in *ASDI*, 1974, p. 23 ss.; A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Suffering*, cit., p. 20 ss.; E. RAUCH, *Attack Restraints, Target Limitations and Prohibitions or Restrictions of Use of Certain Conventional Weapons*, in *RDPM*, 1979, p. 53 ss.

[59] Cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 91, in cui sono riportate le posizioni espresse da Regno Unito e Stati Uniti.

[60] N. RONZITTI, *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., p. 875.

[61] In tal senso v. L. CONDORELLI, *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une* terra *a peu pres* incognita *pour elle*, cit., pp. 242-243, il quale, *re melius perpensa*, rivede la precedente opinione espressa in L. CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., pp. 20-21.

[62] *Ibidem*.

opinioni espresse dai giudici che hanno preso parte alle deliberazioni della Corte[63] secondo cui '*(…) in the present stage of weapon development, there may be very limited prospects of a State being able to comply with the requirements of humanitarian law*'[64].

In relazione alle armi atomiche a basso potenziale chiamate solitamente 'armi atomiche tattiche'[65], la Corte osserva che '*none of the States advocating the legality of the use of nuclear weapons under certain circumstances, including the 'clean' use of smaller, low yield, tactical nuclear weapons, has indicated what, supposing such limited use were feasible, would be the precise circumstances justifying such use; nor whether such limited use would not tend to escalate into the all-out use of high yield nuclear weapons*'[66]. Di conseguenza la Corte afferma di non avere elementi sufficienti per valutare la validità di una simile prospettazione e di non poter quindi prendere posizione in merito alla tesi che afferma la liceità delle armi nucleari tattiche impiegate in conformità ai principi di diritto internazionale umanitario[67]. La Corte, nel prosieguo del parere, non fa dunque riferimento a tali peculiari armi atomiche a basso potenziale rispetto alle quali non ritiene di avere sufficienti elementi per poter esprimere una valutazione precisa.

Il riconoscimento della possibilità di impiegare armi nucleari nel corso delle ostilità risulterebbe così particolarmente problematico in quanto *ictu oculi* '*scarcely reconcilable*' con i principi del diritto dei conflitti armati ricordati[68]. In generale la Corte riconosce che il rispetto delle regole di diritto internazionale umanitario sembrerebbe impedire il ricorso alle armi nucleari in virtù dell'obbligo di distinguere fra obiettivi militari e civili e dell'obbligo di non causare danni e sofferenze sproporzionati rispetto ai vantaggi militari attesi[69]. È infatti

[63] I giudici Guillaume e Fleischauer sostengono l'opinione secondo la quale, in una situazione estrema come quella considerata, il diritto di 'conservazione' dello Stato dovrebbe prevalere sull'osservanza rigorosa del diritto internazionale umanitario (cfr. l'opinione individuale del giudice Guillaume, par. 8 e l'opinione individuale del giudice Fleischauer, par. 5). Il giudice Higgins, nel contestare la decisione afferma: '*(…) the Court necessarily leaves open the possibility that a use of nuclear weapons contrary to humanitarian law might nonetheless be lawful*' (cfr. l'opinione dissenziente del giudice Higgins, par. 29). Infine, il giudice Ranjeva individua nel riferimento alla '*légitime défense extrême*' un'eccezione all'applicazione del diritto internazionale umanitario e del diritto dei conflitti armati. Il Presidente della Corte Bedjaoui, infine, al par. 22 della propria dichiarazione afferma che '*il peut (…) se produire, dans certaines circonstances, une opposition irréductible, une collision frontale de principes fondamentaux dont l'un ne saurait se réduire à l'autre*'.

[64] Cfr. l'opinione dissenziente del giudice Higgins, par. 26.

[65] Cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., parr. 37-42.

[66] Ivi, par. 94.

[67] Ivi, parr. 41-44. Sul punto v., in particolare, N. RONZITTI, *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., p. 875.

[68] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 95. Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 4.1. ss.

[69] E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 325. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 74 ss. del parere e punto E del dispositivo. In tal senso il

evidente che l'impiego di mezzi di combattimento che per loro *natura* non rendono agevole o impediscono *in concreto* di limitare le conseguenze dannose dell'attacco e inidonei a preservare, per quanto possibile, la popolazione dagli effetti pregiudizievoli dell'attacco, costituirebbe una violazione del diritto internazionale umanitario e, segnatamente, del principio di distinzione e del divieto di provocare lesioni inutili e sofferenze non necessarie[70]. Tanto più che a detta della stessa Corte tali '*fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law*'[71].

Tuttavia, in un passaggio immediatamente successivo si afferma: '*nor can the Court make a determination on the validity of the view that the recourse to nuclear weapons would be illegal in any circumstance owing to their inherent and total incompatibility with the law applicable in armed conflict*[72]'. Nel contesto dello *jus in bello* dunque, '*the Court considers that it does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance*'[73]. Il ragionamento della Corte si fonda dunque su valutazioni strettamente inerenti al diritto dei conflitti armati nel cui contesto, sembra di capire, nelle peculiari circostanze che di volta in volta si potrebbero concretizzare, i requisiti di proporzionalità e di necessità (militare) potrebbero venire in gioco con una diversa ampiezza, imponendo una valutazione caso per caso circa la liceità dell'uso dell'arma nucleare.

Subito dopo il ragionamento della Corte si volge a considerare gli aspetti relativi alla disciplina dello *jus ad bellum*; così '*furthermore, the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in*

---

giudice Fleischhauer ha osservato che '*the nuclear weapon cannot distinguish between civilian and military targets, (…) it causes immeasurable suffering*' e che '*the radiation released by it is unable to respect the territorial integrity of a neutral State*': cfr. la Dichiarazione del giudice Fleischhauer, parr. 2 e 3.

[70] A tal proposito è stato osservato che non è *in abstracto* possibile nell'epoca in cui viviamo controllare l'effetto di taluni tipi di armi: in tal senso v. M.W. ROYSE, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, cit., pp. 132-133 e W.V. O'BRIEN, *Legitimate Military Necessity in Nuclear War*, Washington, Georgetown University, Institut of World Policy, 1960, p. 36 ss., p. 86. V. poi l'opinione dissenziente del giudice Shahabuddeen, p. 34; L. CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., p. 14; S.E. NAHLIK, *Le problème des sanctions en droit international humanitaire*, cit., p. 478.

[71] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 79. Sulla nozione si è detto diffusamente *supra*, capitolo II, par. 5.

[72] Ivi, par. 95.

[73] *Ibidem*.

accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake'[74]. La compiuta disciplina dell'impiego delle armi nucleari non può dunque prescindere dal coordinamento fra le norme relative all'uso della forza in ipotesi di legittima difesa e quelle relative all'impiego della forza nello *jus in bello*[75]; in tale coordinamento tuttavia la Corte utilizza in modo interscambiabile i parametri di proporzionalità e di necessità delineatisi in modo differente nel contesto delle due discipline. In questo senso individua una forma indiretta di regolamentazione delle armi nucleari in relazione alla disciplina dello *jus ad bellum* nel passaggio in cui afferma che l'impiego di armi nucleari è sottoposto, come quello di ogni altro strumento di violenza bellica, alla condizione di proporzionalità nell'impiego della forza a fini difensivi[76]. Le condizioni specifiche che giustificherebbero l'uso della forza e la scelta dei mezzi, eventualmente nucleari, con i quali esercitare il diritto di legittima difesa, costituirebbero quindi altrettante realizzazioni sul piano concreto della regola generale di proporzionalità[77].

La disciplina della specifica condotta deriverebbe dall'applicazione del principio di proporzionalità, che attiene ad ipotesi estreme nelle quali la sopravvivenza dello Stato aggredito sia in pericolo e l'unico mezzo per far fronte all'attacco sia l'impiego di armi nucleari[78]. In tali ipotesi la Corte sembra affermare che le esigenze tutelate dalle norme umanitarie potrebbero cedere di fronte alle esigenze della legittima difesa, in un nesso di stretta proporzionalità rispetto alla salvaguardia delle esigenze da questa preservate.

La formula evasiva utilizzata dalla Corte sembrerebe così riflettere la necessità di applicare la regola della proporzionalità nelle specifiche circostanze del caso concreto al fine di valutare la legittimità dell'impiego delle armi nucleari caso per caso. Così, secondo l'interpretazione di alcuni, la Corte non avrebbe affermato l'impossibilità di una valutazione giuridica circa la legittimità dell'impiego di armi nucleari ma avrebbe piuttosto riconosciuto l'impossibilità di

[74] Ivi, par. 96.
[75] *Ibidem*. Questa possibilità è considerata ed esclusa da M. KOSKENNIEMI, *The Silence of Law, the Voice of Justice, in International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., p. 488 ss., secondo il quale l'impiego della proporzionalità avrebbe l'effetto di creare un criterio giuridico di applicazione delle armi nucleari, con il corollario che il calcolo di costi e benefici verrebbe applicato a beni fondamentali quale l'interesse alla vita e all'integrità personale di individui estranei al conflitto. L'impiego di tale criterio estenderebbe quindi l'argomentazione giuridica ad un fenomeno che dovrebbe rimanere fuori da essa.
[76] V. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 42 ss.
[77] V. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 324.
[78] R.A. FALK, *Nuclear Weapons, International Law and the World Court*, cit., p. 69, nota che il criterio di proporzionalità utilizzato dalla Corte internazionale di giustizia condurrebbe ad escludere la legittimità del bombardamento atomico da parte degli Stati Uniti sulle città giapponesi di Hiroshima e Nagasaki nel 1945.

procedere ad una simile valutazione in assenza di precisi elementi di fatto[79]. A nostro avviso, però, tale ricostruzione non è pienamente convincente dal momento che la stessa Corte ha sentito l'esigenza di svolgere il proprio ragionamento in relazione ad una ipotesi concreta da essa stessa prospettata: il ricorso all'arma nucleare nell'esercizio del diritto di legittima difesa laddove sia in gioco la sopravvivenza stessa dello Stato che esercita tale diritto. È proprio in relazione a tale peculiare ipotesi, e non in generale, che la Corte ritiene di non poter valutare la proporzionalità dell'impiego dell'arma nucleare.

L'opinione espressa dalla Corte non è tuttavia condivisibile. Se il ricorso alla legittima difesa è funzionale ad esigenze di 'ordine internazionale' in quanto connaturato alla garanzia internazionale della sovranità dello Stato[80], l'azione militare incide pur sempre sulla sicurezza di altri Stati e della società internazionale nel suo insieme. Così, se il carattere proporzionale della legittima difesa ne consente l'esercizio solo nei limiti necessari per ripristinare la sovranità territoriale violata, in ipotesi di impiego di armi nucleari risulta difficile commisurare l'azione di legittima difesa in termini di proporzionalità; è infatti alquanto problematico che gli effetti derivanti dal suo impiego restino rispettosi di tale parametro[81]. Ciò sembrerebbe possibile solo laddove si riconoscesse la configurabilità di armi nucleari tattiche a basso potenziale offensivo - sempre che sia possibile escludere che il loro impiego conduca ad una *escalation* nel ricorso generalizzato ad armi nucleari ad alto potenziale nucleare - circostanza che la stessa Corte non ritiene comunque dimostrata[82].

Nel sistema della Carta il diritto di difesa dello Stato, che riprende una norma generale al riguardo[83], non configura un 'diritto assoluto' dello Stato membro dell'Organizzazione quando ciò sia incompatibile con i fini delle Nazioni Unite, ovvero con il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale[84]. Il riconosciuto diritto all'esercizio della legittima

[79] E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 326.
[80] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 214.
[81] Ivi, p. 206. L'utilizzo dell'arma nucleare anche da parte di un solo Stato provocherebbe inevitabilmente effetti pregiudizievoli non solo nei confronti dell'avversario, ma anche di un numero imprecisabile di Stati estranei al conflitto; sembra difficile individuare il fondamento della facoltà di interferire nella sfera sovrana dei neutrali che in tal modo si finirebbe per riconoscere. Ad avviso di W.V. O'BRIEN, *Legitimate Military Necessity in Nuclear War*, cit., p. 75 e p. 95, il concetto di proporzionalità applicato alla guerra nucleare deve intendersi in senso 'triangolare', dovendosi rapportare agli effetti a carico dello Stato che impiega l'arma nucleare, del suo avversario e degli Stati terzi. Si pone così il problema del rispetto dei diritti degli Stati neutrali in presenza di attività lecite fra i belligeranti ma lesive dei diritti degli Stati non coinvolti nel conflitto.
[82] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 94.
[83] Cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 176. V. poi A. CASSESE, *Una modesta proposta sulla legittima difesa preventiva*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, cit., p. 189 ss., p. 191.
[84] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 211.

difesa, anche laddove sia teso alla tutela della sopravvivenza dello Stato, deve infatti pur sempre esercitarsi '*in accordance with Article 51 of the Charter*'[85]; non è invece contemplato un diritto di conservazione dello Stato che permetta di superare i limiti previsti da tale disciplina.

Lo stesso art. 51 della Carta, oltre ai requisiti di necessità e proporzionalità, richiede che le misure adottate in esercizio del diritto di legittima difesa siano immediatamente comunicate al Consiglio di sicurezza e che '*these measures shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security (…) whatever the means of force used in self-defence*'[86]. Sembra difficile immaginare che la deflagrazione di un conflitto nucleare non pregiudichi la possibilità del Consiglio di sicurezza di esercitare le prerogative riconosciutegli in virtù della Carta al fine di ripristinare la pace e la sicurezza internazionale.

Laddove si interpretasse il parere reso dalla Corte nel senso di sottrarre lo Stato che tuteli il diritto alla 'conservazione' in ipotesi di '*extreme self-defence*' all'obbligo di rispettare integralmente le regole del diritto internazionale umanitario[87], ciò non sarebbe scevro da conseguenze rispetto al principio di uguaglianza fra belligeranti. Difficilmente infatti si potrebbe affermare la pari condizione fra belligeranti nello *jus in bello* laddove solo all'aggressore fosse proibito il ricorso alle armi nucleari, consentito invece all'altro Stato che si trovi a dover tutelare la propria sopravvivenza[88].

---

[85] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 97. Sulla disposizione v. A. RANDELZHOFER, *Article 51*, in *The Charter of the United Nations. A Commentary*[2], a cura di B. Simma, New York, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 661 ss.; A. CASSESE, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*[2], a cura di J.P. Cot, A. Pellet, Paris, Economica, 1991, p. 771 ss.; B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*[7], Padova, Cedam, 2005, p. 177 ss.

[86] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 44.

[87] Ciò emerge chiaramente dalla lettura delle opinioni individuali (Guillaume, Fleischauer e Ranjeva, rispettivamente par. 8, par. 5 e parr. 6-7) o dissenzienti (Higgins, par. 29) dei giudici che hanno partecipato alla deliberazione. Per una critica a tale conclusione della Corte v., fra gli altri, H. FUJITA, *The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons*, in *IRRC*, 1997, LXXIX, n. 823, p. 60 ss.; C.M. GREENWOOD, *The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law*, cit., p. 80 ss.; T.L.H. MCCORMACK, *Un* non liquet *sur les armes nucléaires. La Cour internationale de justice élude l'application des principes généraux du droit international humanitaire*, cit., p. 76 ss.; L. CONDORELLI, *La Cour internationale de justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., pp. 20-21.

[88] Secondo alcuni la Corte avrebbe operato una distinzione fra lo Stato che esercita il diritto di legittima difesa e lo Stato aggressore, il cui *status* assumerebbe una rilevanza peculiare non solo nell'ambito dello *jus ad bellum* ma anche nello *jus in bello*: v. R. MÜLLERSON, *On the Relationship between* jus ad bellum *and* jus in bello *in the General Assembly Advisory Opinion*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, cit., p. 268.

Il principio dell'uguaglianza fra belligeranti trova invece una conferma anche nei più recenti documenti della Commissione del diritto internazionale. Vero è che nel Progetto di articoli relativo agli effetti dei conflitti armati sui trattati[89] si consente al solo Stato aggredito la facoltà di sospendere l'operatività di un trattato per ragioni di legittima difesa[90] nella misura in cui sia incompatibile con l'esercizio di tale diritto e per il tempo strettamente necessario al suo esercizio[91]. In linea con il principio *ex injura jus non oritur*, la medesima facoltà non è invece concessa allo Stato aggressore per il caso in cui tale circostanza lo favorisca[92]. Da un lato, quindi, il giudizio di disvalore attribuito dall'ordinamento internazionale all'illegittimo ricorso alla forza porta con sé una serie di conseguenze ulteriori per lo Stato aggressore[93]; dall'altro, dal riconoscimento del diritto di legittima difesa individuale e collettiva consegue inevitabilmente, per esigenze di imprescindibile coerenza ordinatoria, l'esigenza di consentire il concreto esercizio del diritto in questione. È escluso tuttavia che tali previsioni possano operare anche in relazione alla sospensione di convenzioni di diritto internazionale umanitario. Ciò discende in primo luogo da una interpretazione sistematica del Progetto, alla luce della generale previsione dell'art. 7 in combinato disposto con la lett. *a*) del suo Allegato[94]. In particolare, con riferimento all'ipotesi di legittima difesa, la Commissione afferma '*a consequence that would not be tolerated in the context of armed conflict can equally not be accepted in the context of self-defence. For example, the right provided for does not prevail over treaty provisions that are designed to apply in armed conflict, in particular the provisions of treaties on international humanitarian law and on the law of armed conflict, such as the Geneva Conventions of 1949*'[95].

[89] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties*, UN Doc. A/66/10, 2011.
[90] In ciò accogliendo una indicazione proveniente dall'Istituto di Diritto internazionale: cfr. IDI, *Les effets des conflits armés sur les traités*, sessione di Helsinki, 1985, cit., art. 7: '*Un Etat qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet Etat serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité*'.
[91] Cfr. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties*, cit., art. 14: '*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*'.
[92] Cfr. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties*, cit., art. 15: '*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 the benefit of that State*'. Cfr. l'omologa disposizione inserita nell'art. 9 della risoluzione IDI su *Les effets des conflits armés sur les traités*, cit.
[93] Sulla questione v. *infra*, capitolo III, par. 3.
[94] Nel medesimo senso v. poi *ILC Commentary*, 2011, sub art. 14, par. 2, UN Doc. A/66/10, 2011.
[95] V. *ILC Commentary*, 2011, cit., sub art. 14, par. 2.

Tale soluzione, come anche quella individuata in relazione allo Stato aggressore[96], è evidentemente tesa ad evitare '*(…) any imbalance between the two sides*'[97].

In conclusione, a nostro avviso è difficile affermare la possibilità di una espansione dell'ampiezza della necessità militare in ipotesi di esercizio della legittima difesa, anche laddove si configuri un'ipotesi di '*extreme self-defence*' in cui sia la stessa sopravvivenza dello Stato a venire in gioco. Lo impedisce, fra l'altro, il principio di uguaglianza fra belligeranti che non sembra aver subito un reale *vulnus* ad opera della Corte nel parere reso sulle armi nucleari[98]. Anzi, il principio secondo cui il diritto internazionale umanitario deve essere rispettato allo stesso modo da tutte le parti coinvolte nel conflitto, senza considerazione alcuna per la *causa belli* ha forse trovato in tale occasione una chiara affermazione per via giurisprudenziale[99] proprio nella parte del parere in cui la Corte afferma la necessità che ogni azione difensiva legittima soddisfi contestualmente sia i requisiti dello *jus ad bellum* che le condizioni previste dallo *jus in bello*[100].

3. *La necessità militare e l'impiego della forza nell'ambito di missioni svolte ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.*

Le missioni intraprese ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite si svolgono secondo un duplice modello operativo.

In primo luogo i contingenti militari degli Stati possono essere messi a disposizione del Consiglio di sicurezza per lo svolgimento di una specifica missione sotto il comando del Segretario generale dell'Organizzazione[101]. L'autorità e il controllo delle forze delle Nazioni

[96] '*Which would undoubtedly emerge if the aggressor, having disregarded the prohibition on the use of force set out in Article 2, paragraph 4, of the Charter, were able, at the same time, to require the strict application of the existing law and thus deprive the attacked State, in whole or in part, of its right to defend itself*': v. *ILC Commentary*, 2011, cit., sub art. 14, par. 2.
[97] *Ibidem*.
[98] M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 222. Cfr. T. MERON, *Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War*, cit., p. 12; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*[2], cit., p. 156; L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de* '*respecter et faire respecter*' *le droit international humanitaire* '*en toutes circonstances*', cit., p. 24.
[99] L. CONDORELLI, *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires.* Jura non novit curia*?*, cit., p. 17.
[100] Così J. GARDAM, *Necessity and Proportionality in* jus ad bellum *and* jus in bello, cit., p. 285.
[101] Riguardo all'ipotesi in cui le Nazioni Unite realizzano operazioni di mantenimento della pace sotto il proprio comando e controllo v. P. BENVENUTI, *The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of United Nations Peace-Keeping Operations*, in *Law in Humanitarian Crisis*, Bruxelles, European

Unite, in quanto organi sussidiari del Consiglio di sicurezza, spetta in via esclusiva all'Organizzazione[102]. Il legame del singolo contingente con lo Stato fornitore non può dirsi tuttavia completamente reciso dal momento che quest'ultimo, oltre ad esercitare funzioni disciplinari sui singoli componenti[103], indica altresì più dettagliate regole d'ingaggio al proprio contingente nell'ambito di quelle stabilite dal Segretario generale[104].

Le missioni militari delle Nazioni Unite hanno assunto in più occasioni funzioni coercitive: in particolare ciò si è realizzato in relazione al traffico di armi[105], alla cattura di criminali[106], al rispetto del cessate il fuoco[107], alla ricostruzione dello Stato[108] e ad interventi umanitari[109]. Indipendentemente dalla funzione assegnata alla missione, essa si colloca sempre nell'alveo del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite laddove sia decisa dal Consiglio dopo aver constatato uno dei presupposti indicati nell'art. 39 della Carta. Il Consiglio di sicurezza è competente a valutare di continuo i presupposti della missione e può anche modificarne i compiti originari[110].

Diversamente, i contingenti possono altrimenti operare in virtù di una autorizzazione del Consiglio di sicurezza sotto la responsabilità esclusiva del comando nazionale o di una organizzazione regionale. In forza dei limiti insiti nella struttura operativa delle missioni delle Nazioni Unite, l'Organizzazione non è infatti sempre in grado di gestire direttamente ogni situazione in cui si renda necessaria una azione militare ai sensi del capitolo VII della Carta[111]. Com'è noto, ciò principalmente discende dalla mancata attuazione delle previsioni

---

Commission, 1995, p. 83 ss.; C. EMANUELLI, *Les forces des Nations Unies et le droit international humanitaire*, in *Les Nations Unies et le droit international humanitaire. Actes du Colloque de Genève*, a cura di L. Condorelli, A.M. La Rosa, S. Scherrer, Paris, Pedone, 1996, p. 346 ss.; C. GRENWOOD, *International Humanitarian Law and United Nations Military Operations*, in *YIHL*, 1998, p. 3 ss.

[102] Cfr. *First Report of the Secretary-General on the Implementation of Security Council Resolution 143 (1960)*, 14 luglio 1960, UN Doc. S/4389, 18 luglio 1960, par. 7.

[103] S. DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite*, cit., p. 908.

[104] P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 245.

[105] Cfr. UN SC Resolution, n. 814/1993, 26 marzo 1993, par. 10 (UNOSOM II) e UN SC Resolution, n. 1701/2006, 11 agosto 2006, par. 14 (UNIFIL).

[106] Cfr. UN SC Resolution, n. 837/1993, 6 giugno 1993, XI considerando e parr. 3 e 5 (UNOSOM II) e UN SC Resolution, n. 1638/2005, 11 novembre 2005, par. 1 (UNMIL).

[107] Cfr. UN SC Resolution, n. 751/1992, 24 aprile 1992, par. 3 (UNOSOM I).

[108] Cfr. UN SC Resolution, n. 792/1992, 30 novembre 1992 (UNTAC) e UN SC Resolution, n. 1270/1999, 22 ottobre 1999 (UNAMSIL).

[109] Cfr. UN SC Resolution, n. 758/1992, 8 giugno 1992, n. 770/1992, 13 agosto 1992, n. 776/1992, 14 settembre 1992 (UNPROFOR); Cfr. poi UN SC Resolution, n. 1590/2005, 24 marzo 2005, par. 4, n. 1706/2006, 31 agosto 2006, par. 8, n. 1755/2007, 30 aprile 2007, par. 5 (UNMIS).

[110] E. LAGRANGE, *Les opérations de maintien de la paix et le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1999, p. 27; B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*[7], cit., p. 184 ss.

[111] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 238.

contenute nell'art. 43 e seguenti della Carta delle Nazioni Unite[112]. Di conseguenza, per la realizzazione di azioni propriamente coercitive (di *peace-enforcement*) il Consiglio di sicurezza spesso si avvale delle potenzialità operative di Stati o organizzazioni internazionali in virtù di una prassi consuetudinaria oramai consolidatasi in tale contesto[113]. Le autorizzazioni agli Stati ad impiegare la forza da parte del Consiglio di sicurezza costituiscono oramai il punto di riferimento obbligato per ogni analisi circa l'attuale funzionamento del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite[114].

Come ampiamente riconosciuto, le missioni intraprese ai sensi del capitolo VII della Carta ricadono nell'ambito di applicazione del diritto internazionale umanitario[115]. Permangono tuttavia alcune differenze significative. Gli Stati operanti in virtù di una autorizzazione del Consiglio di sicurezza con propri contingenti militari sono infatti destinatari delle regole di diritto internazionale umanitario tanto consuetudinario quanto convenzionale, nei limiti degli obblighi pattizzi da questi assunti[116]. Le forze delle Nazioni Unite sono invece destinatarie

---

[112] Nell'impianto originario della Carta, com'è noto, si prevedeva la messa a disposizione del Consiglio di sicurezza di contingenti militari in forza permanente da parte degli Stati membri sulla base di accordi *ad hoc* per lo svolgimento delle azioni militari da attuare nell'ambito dell'art. 42 della Carta. Circa la conformità di tale prassi alla Carta delle Nazioni Unite v. G. GAJA, *Use of Force Made or Authorized by the United Nations*, in *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, a cura di C. Tomuschat, The Hague, Boston, London, Kluwer, 1995, p. 39 ss.; H. FREUDENSCHUSS, *Between Unilateralism and Collective Council*, in *EJIL*, 1994, V, 4, p. 522 ss.; P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *RDI*, 2003, LXXXVI, 2, p. 329 ss., p. 339.

[113] P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, in *Comando e controllo nelle forze di pace e nelle coalizioni militari*, a cura di N. Ronzitti, Lo spettatore internazionale, Milano, Angeli, 1999, p. 238; G. GAJA, *Problemi attuali concernenti l'uso della forza nel sistema delle Nazioni Unite*, in *L'ONU: cinquant'anni di attività e prospettive per il futuro*, a cura della SIOI, Roma, 1996, p. 422 ss.

[114] Cfr. P. PICONE, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistemi delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *RDI*, 2005, LXXXVIII, 1, p. 5 ss. Fra i lavori di rilievo monografico sul tema v., fra gli altri, D. SAROOSHI, *The United Nations and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of Its Chapter VII Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1999. Cfr. poi N. BLOKKER, *Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by 'Coalitions of the Able and Willing'*, in *EJIL*, 2000, XI, 3, p. 541 ss.

[115] Circa l'applicabilità del diritto internazionale umanitario in tale contesto v., fra gli altri, P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 242; C. EMANUELLI, *Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire*[2], Montréal, Wilson, 1997, p. 3 ss.

[116] V., fra gli altri, P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 242. Per più ampie considerazioni v. T.D. GILL, *Legal and some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter*, in *Netherlands YIL*, 1995, XXVI, p. 33 ss., p. 80 ss.; D. SCHEWEIGMAN, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter. Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 179 ss. Tale soluzione trova conferma nell'art. 2, par. 2 della Convenzione del 9 dicembre 1994 sulla sicurezza del personale delle Nazioni Unite ed associato. Cfr. il testo in *ILM*, 1995, XXXIV, p. 484 ss. Sul negoziato che ha condotto alla stipula della Convenzione e sul suo contenuto v. C. EMANUELLI, *La Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé: des rayons et des ombres*, in *RGDIP*, 1995, C, p. 849 ss.; E.T. BLOOM, *Protecting Peacekeepers: the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, in *AJIL*, 1995, LXXXIX, p. 621 ss.; A. BOUVIER, *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel: Presentation and Analysis*, in *IRRC*, 1995, n. 309, p. 638 ss.; F. HAMPSON,

delle regole di diritto internazionale umanitario consuetudinario e degli obblighi ulteriori eventualmente imposti dall'Organizzazione stessa. Così, ad esempio, il Segretario generale ha imposto, con circolare del 1999, ai contingenti impegnati in simili missioni il rispetto delle regole di diritto internazionale umanitario fissando altresì obblighi ulteriori rispetto a quelli convenzionalmente assunti da alcuni Stati fornitori[117].

Anche il regime di responsabilità dello Stato per attività internazionalmente illecite poste in essere dai suoi contingenti militari può variare a seconda che tali contingenti operino in virtù di una autorizzazione del Consiglio di sicurezza sotto la responsabilità esclusiva del comando nazionale o di una organizzazione regionale, o siano piuttosto messi a disposizione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per lo svolgimento della specifica missione[118].

In generale, in quest'ultima ipotesi, lo Stato non risponde degli illeciti da tali contingenti eventualmente commessi, laddove l'Organizzazione eserciti un '*effective control over that conduct*'[119]. I contingenti militari messi a disposizione dell'Organizzazione sono infatti posti sotto il comando del Segretario generale dell'Organizzazione ed inseriti all'interno della catena di comando che fa capo alle Nazioni Unite[120]. L'Organizzazione esercita il comando unitario della missione e assicura il carattere indipendente della forza di pace e dei suoi componenti[121]. In simili circostanze la determinazione del soggetto cui attribuire la condotta

---

States' Military Operations Authorized by the United Nations and International Humanitarian Law, in *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, cit., p. 371 ss.; P. BENVENUTI, *The Implementation of International Humanitarian Law*, cit., p. 90 ss.; T. FISHER, *At Risk in No-Man's Land: United States Peacekeepers, Prisoners of 'War', and the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, in *Minnesota LR*, 2000, LXXXV, 2, p. 663 ss.

[117] Cfr. il '*Bullettin*' del 1999 relativo all''*Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*' (Doc. ST/SGB/1999/13, 6 agosto 1999 riprodotto in *IRRC*, 1999, pp. 806 ss.). Sul punto v. P. BENVENUTI, *Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la circulaire du Secrétaire general*, in *RGDIP*, 2001, p. 355 ss., p. 365; ID., *Recenti sviluppi in tema di osservanza del diritto internazionale umanitario da parte delle forze delle Nazioni Unite: il bollettino del Segretario generale*, in *CI*, 2000, LV, p. 379 ss.

[118] Su cui v., in generale, V. M. ZWANENBURG, *UN Peace Operations between Independence and Accountability*, in *IOLR*, 2008, V, 1, pp. 23-47; T. DANNENBAUM, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: how Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, in *HILJ*, LI, 1, 2010.

[119] Cfr. l'art. 7 del Progetto del 2011. Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 2.2.

[120] V. P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi* Behrami *e* Saramati, in *RDI*, 2007, XC, 3, p. 682 ss., p. 687. A proposito della missione dell'ONUC in Congo, il Segretario generale aveva affermato: '*la force internationale au Congo est placée nécessairement sous le commandement exclusif de l'organisation des Nations Unies*' (cfr. il rapporto del 18 luglio 1960, citato da J.P. RITTER, *La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale*, in *AFDI*, 1962, p. 427 ss., p. 443).

[121] Cfr. ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 11 aprile 1949, in *ICJ Reports* 1949, p. 174 ss., p. 183 ss.

illecita dipende dal grado di controllo che l'organizzazione esercita sull'organo prestato[122]. Fintantoché l'Organizzazione *in concreto* non perde il controllo su tali contingenti, questi ultimi assumono la qualità di organi delle Nazioni Unite[123]. In questo senso, fra l'altro, si esprime l'art. 7 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011[124], che attribuisce ad una organizzazione internazionale la responsabilità dell'illecito commesso da un organo 'prestato' solo laddove questa eserciti un effettivo controllo sulla sua condotta.

La presunzione del legame organico con l'Organizzazione non viene meno laddove, come per lo più avviene, gli Stati fornitori conservino il controllo disciplinare e giurisdizionale sui componenti del contingente posto a disposizione delle Nazioni Unite: ciò si esaurisce piuttosto all'interno del rapporto fra Stati fornitori ed Organizzazione senza inficiare la responsabilità esclusiva dell'Organizzazione verso terzi[125].

Lo stesso non può dirsi in relazione alle unità di *peace-keeping* o di *peace-enforcement* autorizzate dalle Nazioni Unite, ma operanti sotto la responsabilità esclusiva dei rispettivi comandi nazionali o di una organizzazione regionale. La circostanza che il Consiglio abbia fissato con relativa precisione gli obiettivi militari che gli Stati sono autorizzati a perseguire e che debba essere periodicamente informato dallo Stato o organizzazione che detiene la guida della misssione circa l'attività da quest'ultima svolta, non è un elemento sufficiente per

[122] R. SIMMONDS, *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo*, The Hague, Nijhoff, 1968, p. 229; M. HIRSCH, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties. Some Basic Principles*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 64-67; C.F. AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 241-243; P. KLEIN, *La responsabilité des Organisations internationales dans les orders juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 379-380; K. WELLENS, *Remedies against International Organizations*, 2002, Cambridge, Cambridge University Press, p. 52; I. SCOBBIE, *International Organizations and International Relations*, in *A Handbook of International Organizations*, 1998, 2, p. 891; J.M. SOREL, *La responsabilité des Nations Unies dans les operations de maintien de la paix*, in *International Law Forum*, 2001, III, pp. 127-129; B. AMRALLAH, *The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried out by UN Peace-Keeping Forces*, in *REDI*, 1976, XXXII, p. 57 ss.

[123] V. S. DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite*, cit., p. 908.

[124] La prassi relativa alle forze di *peace-keeping* delle Nazioni Unite è la principale fonte sulla quale si fonda l'analisi ricostruttiva che ha portato all'elaborazione del criterio di attribuzione dell'art. 5 del Progetto adottato in prima lettura (ora art. 7 nel Progetto del 2011): v. G. GAJA, *Second Report on Responsibility of International Organizations*, UN Doc. A/CN.4/541, p. 14 ss.

[125] E. OLA, *Comments and Observations of the Office of Legal Affairs on the Draft Articles on Responsibility of International Organizations adopted by the International Law Commission on first Reading in 2009*, febbraio 2011, UN A/CN.4/637/Add.1, p. 10 e p. 16. Sulla problematica in esame v. L. CONDORELLI, *Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire*, in *RDI*, 1995, LXXVIII, 4, p. 881 ss.; S. DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peace-keeping*, cit., p. 903 ss.

stabilire il controllo diretto, continuo e completo sui singoli componenti della missione[126]. Tali contingenti non sono inquadrati all'interno della catena di comando che fa capo alle Nazioni Unite; viene dunque a mancare, in via di principio, l'elemento dell''*effective control*' che costituisce la condizione per l'attribuzione della loro condotta all'Organizzazione[127]. Tuttavia, l'autorizzazione ricevuta allo svolgimento della missione assorbe la stessa nei fini della Carta, in modo tale da ricomprenderla nella giurisdizione propria ed esclusiva delle Nazioni Unite. In generale, la mancata formalizzazione del legame organico delimita la responsabilità dell'organizzazione internazionale circoscrivendola alle sole determinazioni normative della stessa[128]. La missione esprime però l'esercizio di competenze proprie delle Nazioni Unite; di conseguenza l'Organizzazione ben potrebbe stabilire regole specifiche fino a rendere piena ed esclusiva la propria responsabilità *ex post*, secondo la regola generale dell'art. 9 del Progetto del 2011, o *ex ante*, nella forma della delega di funzioni allo Stato o all'organizzazione che agiscono pur sempre nell'ambito della sfera di giurisdizione esclusiva delle Nazioni Unite[129].

L'Organizzazione può poi rispondere ad altro titolo di atti illeciti posti in essere da missioni autorizzate. Così, in relazione all''*Operazione Turquoise*', svolta dalle truppe francesi in Ruanda su autorizzazione del Consiglio, la responsabilità per non aver impedito la fuga dei *leaders* hutu responsabili del genocidio ai danni della popolazione tutsi è ascrivibile alla Francia. Tuttavia, dal momento che le Nazioni Unite avrebbero pur sempre potuto condizionare l'attività operativa della missione, residua una responsabilità

[126] Corte EDU, Grande Camera, *Al-Jedda (Al-Jedda v. The United Kingdom), (Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 27021/08), 7 luglio 2011, par. 80. Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 434.

[127] I dati che si ricavano dalla prassi in materia confermano tale valutazione. In proposito, la Commissione del diritto internazionale ha osservato che gli articoli in materia di attribuzione da essa adottati, '*do not say, but only imply, that conduct of military forces of States or international organizations is not atributable to the United Nations when the Security Council authorizes States or international organizations to take necessary measures outside a chain of command linking those forces to the United Nations*': UN Doc. A/59/10, par. 102. Per alcune valutazioni sulla prassi v. G. GAJA, *Second Report on Responsibility of International Organizations*, cit., p. 15.

[128] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 434.

[129] Corte EDU, Grande Camera, (*Behrami and Behrami v. France* e *Saramati v. France, Germany and Norway), (Decision)*, (ricc. nn. 71412/01 e 78166/01), 31 maggio 2007, par. 130 ss. Per un commento v. A. BREITEGGER, *Sacrificing the Effectiveness of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: a Critique of Behrami & Saramati and Al Jedda*, in *ICLR*, 2009, XI, p. 155 ss.; P. KLEIN, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arret Behrami et Saramati*, in *AFDI*, 2007, LIII, p. 43 ss.; P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi* Behrami *e* Saramati, cit., p. 681 ss. Cfr. poi Corte EDU, *Berić (Berić and others v. Bosnia and Herzegovina)*, (ricc. nn. 36357/04, 36360/04, 38346/04), 16 ottobre 2007, par. 28.

dell'Organizzazione per non aver saputo o voluto prevenire il fatto illecito secondo i parametri propri della *due diligence*[130].

Il Consiglio di sicurezza ha autorizzato in numerose occasioni gli Stati membri ad intraprendere azioni coercitive implicanti l'uso della forza per lo più realizzate attraverso la costituzione di coalizioni volontarie di Stati (*willing coalition*)[131]. Tali missioni, spesso impegnate in attività di supporto a contingenti dell'Organizzazione[132], svolgono talora in modo pienamente autonomo la propria attività tesa alla realizzazione degli obiettivi di volta in volta indicati dal Consiglio di sicurezza[133].

Una puntuale formula autorizzatoria venne impiegata, ad esempio, a seguito dell'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq. In quell'occasione il Consiglio di sicurezza autorizzava, ai sensi del capitolo VII della Carta, gli Stati membri dell'Organizzazione ad intraprendere un'azione di *peace-enforcement* contro l'Iraq tramite l'adozione di '*all necessary means*'[134] laddove tale Stato avesse lasciato inadempiuta la risoluzione n. 660 del 1990 che ne ordinava il ritiro dal territorio del Kuwait occupato entro il 15 gennaio 1991[135].

La formula autorizzatoria è stata poi variamente utilizzata sia in relazione ad interventi massicci sia per interventi circoscritti e per finalità molto diverse fra loro[136].

Alle volte il Consiglio di sicurezza ha autorizzato gruppi di Stati membri ad intraprendere azioni di *peace-enforcement* con l'impiego di strumenti militari anche in situazioni caratterizzate dalla attuale ma inadeguata presenza di forze di pace delle Nazioni Unite. Ciò è avvenuto, ad esempio, con riguardo alla situazione in Somalia, attraversata da una violenta guerra civile. In tale occasione il Consiglio di sicurezza, con risoluzione n. 794 del 1992, ha accolto l'offerta di alcuni Stati membri di farsi promotori della missione *Restore Hope*. Tali

---

[130] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 434; S. DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite*, cit., p. 945.

[131] Già a seguito della crisi coreana intervenuta nell'immediato secondo dopoguerra (1950-1953) il Consiglio di sicurezza, con risoluzione n. 82, 25 giugno 1950, S/1501 (1950), aveva raccomandato agli Stati membri di fornire assistenza alla Repubblica di Corea nella misura in cui ciò si rendesse necessario al fine di respingere l'attacco armato proveniente dalla Corea del Nord e di ripristinare la pace e la sicurezza nell'area: v. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 238.

[132] Cfr., ad esempio, la risoluzione n. 836, 4 giugno 1993, S/RES/863 (1993), par. 10.

[133] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 243.

[134] Cfr. UN SC Resolution n. 678/1990, 29 novembre 1990, par 2. L'espressione '*all necessary means*' starebbe ad indicare una generica autorizzazione a ricorrere alla forza armata: v. P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 240.

[135] Cfr. In particolare la risoluzione n. 678 del 29 novembre 1990, par. 3 a seguito della quale ebbe luogo l'operazione '*Desert Storm*' cui presero parte 28 Paesi. Sulla vicenda v., fra gli altri, U. VILLANI, *L'intervento nella crisi del Golfo*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, a cura di P. Picone, Padova, Cedam, 1995, p. 15 ss.

[136] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 239.

Stati furono così autorizzati all'impiego di '*all necessary means*' al fine di costituire un ambiente sicuro per lo svolgimento delle azioni di assistenza umanitaria a favore della popolazione civile[137].

Anche per far fronte alla situazione ruandese il Consiglio di sicurezza ha autorizzato l'impiego della forza. Alcuni Stati avevano infatti offerto la loro collaborazione per la realizzazione degli obiettivi umanitari individuati dalle Nazioni Unite nel Paese[138]. In quell'occasione fu in particolare la Francia ad essere autorizzata all'impiego di '*all necessary means*' al fine, fra l'altro, di contribuire in modo imparziale alla sicurezza e alla protezione delle persone sfollate e rifugiate e dei civili in Ruanda e di supportare le operazioni di messa in sicurezza e di distribuzione degli aiuti umanitari. Ciò si rendeva in particolare necessario fintantoché la missione delle Nazioni Unite, l'UNAMIR, non si fosse rafforzata al punto di poter agire autonomamente[139].

La costituzione di una forza multinazionale sotto un comando e controllo unificato è stata poi autorizzata a far uso di '*all necessary means*' al fine di agevolare la dipartita del *leader* militare golpista da Haiti per consentire il rientro della legittima autorità di governo[140].

La formula autorizzatoria fu poi utilizzata per sostenere le autorità costituite in conflitti interni (Bosnia-Erzegovina[141]) e per azioni incisive di *State-building* tese alla garanzia del principio di autodeterminazione dei popoli (Timor orientale)[142].

---

[137] Sulle complesse vicende v. M. CREMASCO, *Il caso Somalia*, in *Comando e controllo nelle forze di pace e nelle coalizioni militari*, cit., p. 173 ss.; C.M. PONTECORVO, *Somalia e Nazioni Unite*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 201 ss.

[138] A seguito della risoluzione n. 929 del 22 giugno 1994, si è creata una operazione temporanea (*Operation Turquoise*) sotto il comando e il controllo nazionale francese che andava ad affiancarsi alla missione di assistenza delle Nazioni Unite per il Ruanda (UNAMIR).

[139] Tale rafforzamento era stato già deciso dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 918 del 17 maggio 1994, S/RES/918 (1994). Per un esame della vicenda v. G. CATALDI, *Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e la questione del Ruanda*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 445 ss.

[140] Cfr. UN SC Resolution, n. 940/1994, 31 luglio 1994. Sulla vicenda v., fra gli altri, S. NEGRI, *L'intervento delle Nazioni Unite nella crisi haitiana e il principio di legittimità democratica nell'ordinamento internazionale*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 337 ss.; Y. DAUDET, *L'ONU et l'OEA en Haïti et le droit international*, in *AFDI*, 1992, p. 89 ss. In relazione alla situazione della Bosnia ed Erzegovina il Consiglio di sicurezza ha autorizzato gli Stati membri, a livello nazionale o tramite accordi regionali, a ricorrere ad *ogni mezzo necessario* al fine di rendere effettiva la *no fly zone* istituita nello spazio aereo di quel Paese, dare sostegno alle Forze delle Nazioni Unite (UNPROFOR) nell'adempimento del loro mandato e a scoraggiare attacchi contro Sarajevo e le altre zone protette istituite al fine di tutelare la popolazione civile gravemente minacciata dalla politica di pulizia etnica messa in atto. Sulla questione v., fra gli altri, P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 241.

[141] Cfr. la risoluzione n. 816/1993, 31 marzo 1993, par. 4. Sulla vicenda v., fra gli altri, V. GRADO, *Il Consiglio di sicurezza e la crisi iugoslava*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 149 ss.

[142] Cfr. UN SC Resolution, n. 1264/1999, 15 settembre 1999, par. 3.

La regola consuetudinaria che dà facoltà al Consiglio di sicurezza di autorizzare una missione coercitiva si aggiunge alle altre opportunità offerte dalla Carta in virtù del capitolo VII. Resta pertanto nelle competenze del Consiglio modificare i termini originari dell'autorizzazione concessa[143], sostituire una missione autorizzata ad una precedente propria missione[144], istituire una propria missione in luogo di quella precedentemente autorizzata[145] o, infine, coordinare più iniziative rispetto alla medesima situazione[146]. Data l'ampiezza della prassi autorizzatoria ora indicata si è di recente auspicato un suo formale riconoscimento nel progetto di riforma della Carta delle Nazioni Unite[147].

In virtù di tali autorizzazioni, gli Stati membri sono solitamente invitati ad adottare *ogni mezzo necessario* al fine di raggiungere un obiettivo di volta in volta precisato in modo più o meno puntuale nelle risoluzioni del Consiglio[148]. L'espressione, oramai rituale nella prassi recente del Consiglio, è tesa principalmente ad autorizzare l'impiego della forza militare[149]. Il carattere omnicomprensivo della formula in questione lascia tuttavia agli Stati un notevole margine di apprezzamento circa la natura, il contenuto e l'estensione delle misure da adottare nonché in relazione alle modalità e al momento della loro adozione. Gli Stati dispongono quindi di un ampio margine discrezionale circa l'applicazione di tali misure[150], con il limite del rispetto dei principi di diritto internazionale umanitario rilevanti.

---

[143] Cfr. UN SC Resolution, n. 1510/2003, 13 ottobre 2003.
[144] Cfr. UN SC Resolution, n. 1031/1995, 15 dicembre 1995, par. 34.
[145] Cfr. UN SC Resolution, n. 1509/2003, 19 settembre 2003, par. 1.
[146] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., pp. 242-243.
[147] Cfr. UN Doc. A/59/565, parr. 207-208, reperibile all'indirizzo: *http://www.un.org/secureword.* Sull'esigenza di una riforma della Carta delle Nazioni Unite v., fra gli altri, D.D. CARON, *The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council*, in *AJIL*, 1993, LXXXVII, p. 552 ss.
[148] V., ad esempio, la risoluzione n. 794 del 3 dicembre 1992 sulla situazione in Somalia in cui l'autorizzazione '*to use all necessary means to establish as soon as possible a secure environment for humanitarian relief operations in Somalia*' è rivolta al Segretario generale e ad una categoria di Stati membri (ivi, par. 10). Sulla questione v., fra gli altri, G. GAJA, *Refléxion sur le rôle du Conseil de securité dans le nouvel ordre mondial. A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des Etats*, cit., p. 298.
[149] Così P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 240. Il Consiglio di sicurezza impiega tale espressione al fine di autorizzare il ricorso alla forza militare nel caso ciò si renda necessario per raggiungere gli scopi precisati nella medesima autorizzazione: sul significato e la portata dell'espressione v. L.A. SICILIANOS, *Sanctions institutionnelles et contre-measures: tendances récentes*, in *Le sanctions économiques en droit international*, a cura di L. Picchio Forlati e L.A. Sicilianos, The Hague, Nijhoff, 2000, p. 3 ss, p. 27 ss.; R. MCLAUGHLIN, *United Nations Mandated Naval Interdiction Operations in the Territorial Sea?*, in *ICLQ*, 2002, LI, 2, p. 249 ss.
[150] Se è vero che tale autorizzazione si fonda sulla qualificazione della situazione in virtù dell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite e che gli Stati sono tenuti ad informare regolarmente il Consiglio di sicurezza circa le misure adottate e sull'evoluzione della situazione allo scopo di consentirgli di esercitare un certo controllo sullo svolgimento delle operazioni, tale controllo resta tuttavia limitato: v. L.A. SICILIANOS, *Le contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense*, cit., p. 84; J. QUIGLEY, *The 'Privatization' of Security Council Enforcement Action: a Threat to Multilateralism*, in *Michigan JIL*, 1996, XVII, p. 249 ss., p. 262.

Ai contingenti militari delle forze multinazionali delle Nazioni Unite o da esse autorizzate è quindi riconosciuta la facoltà di contrastare le forze o i gruppi armati dell'avversario, purché con mezzi e metodi di combattimento legittimi e nel rispetto degli obblighi imposti nei confronti degli avversari *hors de combat*. Tali contingenti militari costituiscono, a loro volta, obiettivi legittimi che ben potrebbero essere oggetto di offesa da parte dell'avversario sempreché essa sia realizzata per mezzo di mezzi e metodi di combattimento consentiti. Tutte le parti coinvolte sono poi tenute al rispetto di ogni altra regola di diritto internazionale umanitario e, in particolare, del principio di distinzione[151]. Un chiaro richiamo al rispetto degli obblighi di diritto internazionale umanitario si trova in particolare nelle regole di ingaggio (*Rules of Engagement* o ROE) predisposte (o precisate) dagli Stati di invio in relazione alla specifica missione[152], recanti le direttive circa l'impiego della violenza bellica nello specifico contesto conflittuale[153]. Così, ad esempio, l'intervento americano ad Haiti si è distinto per l'utilizzo di ROE in virtù delle quali l'impiego della forza era ammesso anche in via preventiva rispetto a minacce solo paventate; in tale contesto, le forze statunitensi, incaricate anche di compiti di polizia e di ordine pubblico, non hanno esitato ad aprire il fuoco, una volta percepita una minaccia imminente e concreta, anche costituita da un gruppo di poliziotti armati allo sbando[154], ovvero da singoli individui sorpresi a commettere *serious*

[151] P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 242.

[152] Si tratta per lo più di atti di natura amministrativa coperti dal segreto nella loro più specifica formulazione: P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 242. Le regole d'ingaggio costituiscono le '*directives that a government may establish to define the circumstances and limitations, including targeting limitations, under which its forces will initiate and continue responsive actions to eliminate the threat posed by an attack. That response might include the complete or partial destruction, through technical or other means, of the critical communications or information infrastructure of an adversary, where proportional to the threat*': cfr. J.P. TERRY, *The Lawfulness of Attacking Computer Networks in Armed Conflict and in Self-Defense in Periods Short of Armed Conflict: what Are the Targeting Constraints?*, in *MLR*, 2001, CLXIX, p. 82. Nel manuale delle forze armate statunitensi le regole d'ingaggio sono definite: '*directives issued by competent military authority which delineate the circumstances and the limitations under which forces will initiate and/or continue combat engagement with other forces encountered*': cfr. Joint Chiefs of Staff, Joint Publication 1-02, Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, Washington, 23 marzo 1994, p. 329. Tali regole, '*provided by the National Command Authority*', sono poi inoltrate '*through the Joint Chiefs of Staff (JCS) to subordinate headquarters and deployed forces both during armed conflict and in periods of crisis short of war*': v. Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Joint Chiefs of Staff Instruction 3121.01A, Standing Rules of Engagement for U.S. Forces (SROE), Washington, 15 gennaio 2000. Cfr. H.W. PARKS, *Deadly Force Is Authorized*, in *Naval Institute Proceedings*, 2001 reperibile all'indirizzo: *http://www.usni.org/proceedings/Articles01/PROparks1.html*. V. poi M.L. WARREN, *Operational Law - a Concept Matures*, in *MLR*, 1996, CLII, p. 52 ss. Sul tema v. poi R.J. GRUNAWALT, *JCS Standing Rules of Engagement: a Judge Advocate's Primer*, in *AFLR*, 1997, XLII, p. 245 ss.

[153] Cfr. M. TONDINI, *Regole d'ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rassegna dell'Arma*, 2005, n. 1, p. 1 ss.

[154] Cfr. M. L. WARREN, *Operational Law - a Concept Matures*, cit., p. 57 ss.

crimes[155]. La Missione italiana *Alba*, condotta dalle forze armate italiane in Albania nel 1997, ha visto l'utilizzo di regole d'ingaggio piuttosto restrittive, con la previsione di un uso minimo della forza e comunque solo a seguito di idoneo avvertimento alle forze ostili, anche a protezione di civili da condotte criminose[156]. Tali regole erano coerenti con l'obiettivo della missione di ripristinare la sicurezza nel Paese, creare un ambiente sicuro per la fornitura di aiuti e per le attività di assistenza internazionale[157].

Anche laddove una parte belligerante ricorra alla forza in virtù del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite troverebbe applicazione il principio di uguaglianza fra belligeranti[158]. Con riguardo ad un eventuale impiego della forza da parte del Consiglio di sicurezza o da questo autorizzato, il manuale di San Remo sul diritto internazionale applicabile ai conflitti armati in mare, approvato dall'Istituto internazionale di diritto umanitario nel 1994, precisa che, salvo l'obbligo degli Stati terzi di non prestare assistenza allo Stato riconosciuto dal Consiglio responsabile di una violazione della pace o di un atto di aggressione e il diritto degli stessi di assistere lo Stato aggredito, '*the rules set out in this document and any other rules of*

[155] Ivi, p. 63; cfr. poi P. SLEVIN, *U.S. Rules of Engagement Shift in Haiti*, in *Washington Post*, 11 marzo 2004, p. 1 ss.

[156] Nello specifico, le regole d'ingaggio utilizzate dalle forze armate italiane in Albania imponevano il pieno rispetto del diritto internazionale umanitario; il diritto/dovere di autodifesa individuale e di reparto; l'uso della forza solo in assenza di altro mezzo militare idoneo ad assolvere la missione e in grado di assicurare la sicurezza delle forze; l'obbligo di impiego della forza solo a seguito di intimazione, o avvertimento ovvero di compiere ogni sforzo per evitare il confronto; l'obbligo di impiegare il livello minimo di forza necessaria in relazione ad intensità e durata; l'obbligo di evitare danni collaterali a beni e persone nell'uso della forza; la proibizione dell'uso punitivo della forza; la possibilità di difendere la propria posizione: le unità non erano dunque obbligate a ritirarsi o a cedere la propria posizione e, ancora, il diritto di usare la forza al fine di proteggere le persone da gravi atti criminosi. Cfr., fra l'altro, la conferenza stampa dell'Ammiraglio G. Venturoni del 14 aprile 1977 sulla istituzione della missione Alba: P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 250.

[157] P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 248. Sulla operazione *Alba* v., fra gli altri, A. DE GUTTRY, *La Forza Multinazionale di Protezione e le Nazioni Unite*, in *La crisi albanese del 1997*, a cura di A. De Guttry e F. Pagani, Milano, Giuffrè, 1999, p. 59 ss.; F. PAGANI, *Il mandato e lo* status *della Forza Multinazionale di Protezione*, in *La crisi albanese del 1997*, cit., p. 81 ss.; G. DI PAOLA, *La catena di comando della Forza Multinazionale di Protezione ed il coordinamento tra i contingenti nazionali*, in *La crisi albanese del 1997*, cit., p. 104 ss.

[158] Così, ad esempio, nel corso del conflitto in Corea, il rappresentante degli Stati Uniti presso le Nazioni Unite informò il Segretario generale che le forze delle Nazioni Unite osservavano le Convenzioni di Ginevra del 1949, le parti rilevanti della IV Convenzione de L'Aja del 1907 nonché gli altri principi internazionali pertinenti: cfr. la lettera del 5 luglio 1951, UN Doc. S/2232, *Letter Dated 5 July 1951 from the Representative of the United States of America to the Secretary General.* Circa l'applicazione del diritto bellico da parte delle forze delle Nazioni Unite nel conflitto coreano v. F. SEYERSTED, *United Forces in the Law of Peace and War*, Leyden, Sijthoff, 1966, p. 182 ss.; R. HIGGINS, *United Nations Peacekeeping, 1946-1967, Documents and Commentary*, II, London, Bombay, Karachi, Kuala Lumpur, 1970, p. 191 ss.

international humanitarian law applicable to armed conflicts at sea shall apply to all parties to any such conflict which may ensue'[159].

La questione dell'uguale applicazione del diritto dei conflitti armati ai belligeranti è stata oggetto di studio anche da parte dell'*Institut de Droit international*. Nella risoluzione adottata nella sessione di Bruxelles del 1963 l'*Institut*, pur riconoscendo che '*les obligations ayant pour bût de restreindre les horreurs de la guerre et imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires par les Conventions en vigueur, par les principes généraux du droit et par les règles du droit coutumier, sont toujours en vigueur pour les parties dans toutes catégories de conflits armés et s'étendent également aux actions entreprises par les Nations Unies*', ha comunque rilevato che '*sous cette reserve, il ne peut y avoir complète égalité dans l'application des règles du droit de la guerre lorsque l'organe compétent des Nations Unies a constaté qu'un des belligérants a recouru à la force armée en violation des règles du droit des gens consacrées par la Charte des Nations Unies*', decidendo di indagare '*dans quelle mesure et sous quelle conditions cette inégalité devrait être acceptée*'[160].

La prassi degli Stati indica tuttavia che la discriminazione in parola riguarda solo la fase immediatamente successiva alla cessazione delle ostilità e, in particolare, l'obbligo di riparazione dell'illecito da parte dello Stato il cui comportamento in violazione del diritto internazionale sia stato accertato dal Consiglio di sicurezza[161]. Così, ad esempio, si è generalmente inteso il forte aggravio dell'obbligo di riparazione incombente sull'Iraq in relazione all'aggressione subita dal Kuwait. Infatti, in conformità alla prassi affermatasi a seguito del primo conflitto mondiale e consolidatasi dopo il secondo, lo Stato aggressore è tenuto a risarcire tutti i danni verificatisi nel corso delle ostilità, compresi quelli cagionati in virtù di condotte conformi alle norme dello *jus in bello* e quelli causati dallo Stato aggredito e dai suoi alleati[162]. L'entità del risarcimento dovuto da parte dello Stato aggressore in tal caso

[159] Cfr. IIHL, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, a cura di Doswald-Beck, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 80.
[160] Cfr. IDI, *L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflict armé*, sessione di Bruxelles, 1963, in *Annuaire IDI*, 1963-II, vol. L, p. 306 ss., p. 376.
[161] V., ad esempio, la risoluzione n. 674 del 29 ottobre 1990 nella quale il Consiglio di sicurezza: '*Reminds Iraq that under international law it is liable for any loss, damage or injury arising in regard to Kuwait and third States, and their nationals and corporations, as a result of the invasion and illegal occupation of Kuwait by Iraq*' (ivi, par. 8). V., fra gli altri, C. FOCARELLI, *Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: a Soap Bubble?*, cit., p. 163.
[162] A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2003, p. 533. Il principio della responsabilità dello Stato aggressore '*au point de vue de la réparation financière*' per tutti i danni cagionati in virtù di condotte contrarie o conformi allo *jus in bello*, è stato riconosciuto anche dall'Institut de droit international nella citata risoluzione: v. IDI, *L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflict armé*, cit., p. 19.

consegue dalla violazione delle regole di diritto internazionale relative alla disciplina dello *jus ad bellum*[163].

Una analoga discriminazione a discapito dello Stato riconosciuto aggressore dal Consiglio di sicurezza *pendente bello* in relazione all'obbligo di osservare le norme sancite dallo *jus in bello* non è invece configurabile. Così, ad esempio, non potranno essere addossati allo Stato responsabile dell'aggressione i danni conseguenti alle operazioni belliche condotte nell'esercizio del diritto di legittima difesa ma in violazione dello *jus in bello*[164]. Ciò fra l'altro discende dal divieto imposto alle Parti contraenti delle Convenzioni di Ginevra di pattuire una reciproca esenzione di responsabilità conseguente alla violazione di norme fondamentali di diritto internazionale umanitario[165].

Se non v'è dubbio che '*les règles de caractère humanitaire résultant du droit relatif aux conflits armés sont applicables de plein droit à l'Organisation des Nations Unies et doivent être respectées en toutes circonstances par ses Forces dans les hostilities où celles-ci sont engagées*'[166], alcuni obblighi relativi alla condotta delle ostilità potrebbero tuttavia risultare in concreto fortemente condizionati in ipotesi di missioni delle Nazioni Unite o da queste autorizzate in virtù dell'ampiezza del mandato o dell'autorizzazione ricevuti.

L'impiego della forza può ad esempio essere vincolato al perseguimento di obiettivi militari più limitati come, ad esempio, impedire il sorvolo di certe aree da parte di velivoli militari o garantire la protezione di alcune aree o corridoi[167].

Tale obiettivo è solitamente raggiunto attraverso la predisposizione di specifiche regole d'ingaggio[168] le quali, proprio in virtù della loro maggior flessibilità, meglio si adattano alle peculiari finalità della missione; inoltre, sempre nel rispetto delle norme relative ai conflitti

[163] Sulla questione v. A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, cit., p. 535. L'A. ritiene che tale obbligo sia conforme al regime aggravato di responsabilità conseguente alla commissione di gravi violazioni di norme internazionali di carattere cogente; in tal senso v. anche M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Nazioni Unite e danni derivanti dalla guerra del Golfo*, Milano, Giuffré, 1995, p. 384 ss.
[164] Così A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, cit., p. 536.
[165] Il riferimento è agli articoli 51, 52, 131 e 148 rispettivamente delle quattro Convenzioni di Ginevra già in precedenza citati: v. *supra*, capitolo II, par. 5.
[166] IDI, *Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilities dans lesquelles les forces des Nations Unies peuvent être engages*, sessione di Zagabria, 1971, in *Annuaire IDI*, 1971-II, vol. LIV, p. 449 ss.
[167] P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 244.
[168] A.J. ROACH, *Rules of Engagement*, in *Readings on International Law from the Naval War College Review*, 1978-1994, a cura di J. Norton Moore e R.F. Turner, Newport, Naval War College, 1995, International Law Studies, LXVIII, p. 479 ss.

armati, le regole d'ingaggio possono essere modificate nel corso dell'operazione[169] garantendo la versatilità necessaria a far fronte alle molteplici e mutevoli situazioni che si possono verificare in un contesto tipicamente caratterizzato da forte instabilità.

Infatti, mentre le norme di diritto internazionale umanitario '*remain static, (…) ROE, which comprise military, legal and political objectives*[170]*, can shift and adapt to changing circumstances during conflict, thus altering what is* militarily necessary'[171]. Di conseguenza, '*International Humanitarian Law compliance becomes positively affected by a State's military ROE*'[172].

In generale si riscontra una certa varietà fra le diverse regole d'ingaggio. D'altra parte esse sono elaborate per far fronte a situazioni che, per quanto presentino alcuni tratti comuni, rimangono pur sempre caratterizzate da elementi di spiccata unicità in virtù dello specifico contesto geo-politico in cui ci si trova ad operare.

Tuttavia, le operazioni di assistenza umanitaria a favore della popolazione civile effettuate su autorizzazione delle Nazioni Unite o da sue forze evidenziano, in conformità agli specifici limiti insiti nell'autorizzazione o mandato, l'elaborazione di ROE più restrittive rispetto alle condizioni e modalità del ricorso alla violenza bellica. Così, ad esempio, nella missione *Support Hope* in Ruanda, l'utilizzo di ROE puramente difensive rifletteva il carattere di

---

[169] Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 144. Le regole d'ingaggio derivando direttamente dal livello politico-militare hanno valore regolamentare e sono subordinate ad ogni altra fonte normativa di rango superiore. Dal momento che le regole di diritto internazionale dei conflitti armati sono per lo più attuate tramite l'adozione di singoli provvedimenti di legge ciò dovrebbe assicurare la stretta rispondenza delle ROE al diritto nazionale e internazionale. In realtà, mentre alcune forze armate, come quelle australiane o statunitensi considerano le ROE come veri e propri ordini che, se disattesi, configurano il reato di disobbedienza, altri Stati, fra cui il Canada e la Nuova Zelanda, considerano le regole d'ingaggio semplici linee guida: sulla questione cfr. T. FINDLAY, *The Use of Force in UN Peace Operations*, Oxford, Oxford University Press, New York, 2002, p. 371.

[170] Cfr. G.J. CARTLEDGE, *Legal Constraints on Military Personnel Deployed on Peacekeeping Operations*, in *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, a cura di H.Durham e T.L.H. McCormack, The Hague, Nijhoff, 1999, p. 123.

[171] M.A. LEMIEUX, *From Bagdad to Kabul: the Impact of International Humanitarian Law on Coalition Airpower and their Consequences for Humanitarian Action*, Department of Political Science, McGill University, Montreal, Canada, 2002, reperibile all'indirizzo: *http://www.jha.ac/articles/a110.htm.*

[172] Cfr. M.A. LEMIEUX, *From Bagdad to Kabul: the Impact of International Humanitarian Law on Coalition Airpower and their Consequences for Humanitarian Action*, cit. In generale, sono le *Military Operations Other Than War* (MOOTW) ad attrarre maggiormente l'attenzione della dottrina sul fenomeno delle regole d'ingaggio in forza dell'estrema varietà e flessibilità delle possibili risposte a minacce fra loro molto diverse e che oramai vedono come assai improbabile l'eventualità di un attacco armato sferrato in forma tradizionale: cfr. M. TONDINI, *Regole d'ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rassegna dell'Arma*, 2005, n. 1, p. 3. Tali operazioni militari, per definizione a bassa intensità di violenza bellica, non prevedono combattimenti su larga scala. Di conseguenza, le relative regole d'ingaggio risultano normalmente *più restrittive* di quelle adottate in situazioni conflittuali in cui la violenza bellica dispiegata è di maggior intensità: cfr. M.L. SMIDT, *Yamashita, Medina and beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Oparations*, in *MLR*, 2000, CLXIV, p. 159, nota 14.

operazione di assistenza umanitaria, con mandato delle Nazioni Unite espressamente enunciato[173]. Lo stesso può dirsi in relazione all'azione militare *Restore Hope* autorizzata per finalità umanitarie in Somalia[174] affidata ad una *coalition of the willing* a guida statunitense (UNITAF) le cui regole d'ingaggio ricalcavano per lo più quelle all'epoca impiegate dalle forze americane in tempo di pace[175].

Inoltre, la prassi più recente relativa alle autorizzazioni all'uso della forza evidenzia la volontà del Consiglio di sicurezza di individuare non solo le precise finalità per le quali gli Stati sono autorizzati a dispiegare la loro forza bellica ma anche gli specifici mezzi e metodi di combattimento attraverso cui il mandato ricevuto potrà essere adempiuto. D'altra parte in simili ipotesi gli Stati agiscono con contingenti nazionali posti sotto il proprio comando e controllo non tanto per il perseguimento di fini particolari, loro propri, bensì pur sempre per scopi che sono tendenzialmente espressione degli interessi della società degli Stati nel suo insieme[176].

Così, ad esempio, con riferimento al recente conflitto in Libia, il Consiglio di sicurezza ha autorizzato l'intervento nell'area allo specifico fine di proteggere la popolazione civile preoccupandosi altresì di indicare gli specifici mezzi e metodi di intervento a tal fine consentiti '*while excluding a foreign occupation force of any form on any part of Libyan territory*'[177].

Laddove il Consiglio di sicurezza si preoccupi di definire ulteriormente i limiti del mandato autorizzatorio non è a nostro avviso possibile ravvisare una generica autorizzazione agli Stati all'impiego della forza. Ciò sembra evidente nella misura in cui il Consiglio discrimini l'impiego della forza bellica di volta in volta ammesso nell'adempimento dell'autorizzazione concessa per il raggiungimento di un determinato fine stabilito dall'Organizzazione. Di conseguenza, impieghi non uniformi nel *quantum* della violenza

[173] M.L. WARREN, *Operational Law - a Concept Matures*, cit., p. 44. Sulla vicenda v. G. CATALDI, *Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la questione del Ruanda*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 445 ss.
[174] Cfr. la risoluzione n. 794/1992, 3 dicembre 1992. V. D. VESEL, *The Lonely Pragmatist: Humanitarian Intervention in an Imperfect World*, in *BYUJ*, 2003, XLIV, 1, p. 23; C.M. PONTECORVO, *Somalia e Nazioni Unite*, cit., p. 210 ss.
[175] Cfr. *U.S. Department of the Army, Samples Rules of Engagement: Rules of Engagement for Operation Restore Hope*, FM 100-23, Washington, DC, December 1994, appendix D. Sulla questione v. poi A. PIGOLI, *La riforma delle operazioni di mantenimento della pace: Nazioni Unite, organizzazioni regionali e nuove potenze emergenti*, Centro militare di studi strategici (CMSS), 2010, reperibile all'indirizzo: http://www.difesa.it/SMD/CASD/Istituti_militari/CeMISS/Pubblicazioni/News206/201103/Documents/PIGOLI.pdf.
[176] Ivi, p. 223.
[177] Cfr. UN SC Resolution, n. 1973/2011, 17 marzo 2011, par. 4.

bellica dispiegata in virtù di titoli giustificativi omogenei ma in qualche misura pur sempre differenziati nel contesto dello *jus ad bellum* potrebbero giocare un ruolo al fine di restringere ulteriormente l'impiego della violenza bellica ammessa nel contesto dello *jus in bello*.

Simili determinazioni, riconducibili al titolo giustificativo della forza, non sono infatti scevre da conseguenze nell'ambito dello *jus in bello*. Esse comportano piuttosto una limitazione concreta alla libertà di azione in relazione alla definizione degli obiettivi militari legittimi[178] nonché con riferimento ai mezzi e metodi di combattimento ammessi.

Gli scarsi elementi della prassi cui è possibile riferirsi non agevolano nell'indagine. In generale, infatti, un'autorizzazione generica all'uso della forza formulata dal Consiglio di sicurezza non è di per sé in grado di incidere sulla disciplina concreta delle ostilità; in simili ipotesi, dunque, la disciplina relativa allo *jus in bello* non è oggetto di alcuna modifica o deroga. È però evidente che il mandato relativo alla missione in Libia, escludendo la possibilità per gli Stati di impiegare forze di terra, era tendenzialmente in grado di escludere l'applicazione delle regole relative all'occupazione bellica nel contesto dello *jus in bello* e, di conseguenza, l'operatività delle clausole di deroga relative alla necessità militare previste in numerose sue norme. Ciò non impedisce comunque che le norme di diritto internazionale umanitario si applichino laddove l'azione autorizzata degeneri in una occupazione del territorio in virtù dell'applicabilità delle regole di diritto internazionale umanitario secondo un criterio di obiettività situazionale. Laddove ciò avvenisse - sempreché non intervenga una modifica espressa del mandato o una ratifica *ex post* dell'azione realizzata - sarebbe configurabile un obbligo di riparazione in relazione ad ogni condotta 'esorbitante' il mandato, anche se posta in essere nel rispetto delle regole relative allo *jus in bello*. Nell'ipotesi prospettata, infatti, la violazione dei termini del mandato ricevuto configurerebbe pur sempre un caso di occupazione illegittima.

I parametri di proporzionalità e di necessità militare cui riferirsi nell'ambito di missioni delle Nazioni Unite o da esse autorizzate dovrebbero quindi essere rimodulati nel contesto della specifica operazione; evidentemente tali aspetti non possono essere definiti una volta per tutte ma dovranno piuttosto essere risolti nell'ambito delle regole d'ingaggio elaborate in relazione a ciascuna missione proprio al fine di modulare l'impiego della violenza bellica in funzione dell'esatto adempimento del mandato ricevuto[179]. Ciò risulta in concreto più problematico laddove, nell'esercizio delle proprie competenze, il Consiglio di sicurezza

[178] P. BENVENUTI, *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, cit., p. 244.

modifichi in termini significativi l'originario mandato o autorizzazione concessi. Tale circostanza potrebbe ad esempio verificarsi laddove la facoltà di azione delle forze autorizzate venga ampliata fino al punto di consentire l'impiego di mezzi e metodi di combattimento prima esclusi o, al contrario, venga limitata escludendo l'utilizzo di mezzi e metodi prima ammessi. Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione all'eventuale ridefinizione degli specifici fini della missione e, di conseguenza, degli obiettivi militari legittimi.

In conclusione, laddove il Consiglio di sicurezza si orientasse, come a noi sembra auspicabile, nel senso di adottare specifiche risoluzioni recanti autorizzazioni all'impiego della forza da parte degli Stati sempre più precise e dettagliate, ciò a nostro avviso potrebbe incidere *direttamente*, ad esempio in virtù della tendenziale esclusione delle regole relative all'occupazione bellica, o *indirettamente*, in virtù delle specifiche regole d'ingaggio adottate nel contesto della missione autorizzata, sulla concreta condotta delle ostilità nonché sulle specifiche ipotesi in cui la deroga di necessità militare può venire in gioco, sempre che espressamente prevista. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alle missioni delle Nazioni Unite; queste, in virtù delle peculiari caratteristiche sopra evidenziate in relazione alle modalità di esercizio del comando e controllo e alla catena di comando, evidenziano una maggiore incisività nelle modalità concrete di conduzione delle operazioni belliche, finanche nella predisposizione di regole d'ingaggio tendenzialmente omogenee.

In entrambe le ipotesi è comunque difficile affermare che sia il titolo giustificativo dello *jus ad bellum* ad influenzare la disciplina concreta dello *jus in bello*. Piuttosto, la circostanza che l'azione sia posta in essere nell''interesse delle Nazioni Unite' non è scevra da conseguenze. Infatti, al Consiglio di sicurezza, sulla base del capitolo VII della Carta, è riconosciuta la facoltà di derogare alle norme di diritto internazionale, ivi comprese quelle di diritto internazionale umanitario, con il solo limite delle regole cui è riconosciuta natura cogente[180].

In particolare, per quanto in questa sede interessa, l'impatto sulle regole dello *jus in bello* nel contesto di interventi di *peace-enforcement* svolti da missioni delle Nazioni Unite o da *coalitions of the willing* autorizzate dal Consiglio di sicurezza in forza di una decisione assunta in virtù del capitolo VII della Carta discende dal 'primato' normativo riconosciuto alla

[179] Ivi, p. 243.
[180] Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 5.

Carta[181]. Il primato delle decisioni vincolanti del Consiglio di sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta, pur non espressamente previsto dalla Carta delle Nazioni Unite, è stato ampiamente riconosciuto nella prassi[182] e in dottrina[183]. Com'è noto, infatti, l'art. 103 della Carta non stabilisce tanto la prevalenza della Carta delle Nazioni Unite su altri obblighi assunti dagli Stati che ne sono parte ma piuttosto la prevalenza di '*obligations under the Charter*'. Tale previsione, oltre ad includere diritti ed obblighi previsti dalla Carta, comprende anche gli obblighi derivanti dalle decisioni vincolanti degli organi delle Nazioni Unite: *in primis* ciò si realizza in relazione all'art. 25 della Carta in virtù del quale: '*the Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter*'.

Così, ad esempio, nelle ipotesi di 'occupazione terapeutica'[184], il Consiglio di sicurezza può autorizzare la Potenza occupante ad esercitare alcuni poteri in deroga alle norme di *jus in bello* e, in particolare, alle norme della IV Convenzione de L'Aja del 1907, univocamente intese alla conservazione dell'ordinamento precostituito[185]. Così, in deroga all'art. 43 della IV Convenzione de L'Aja, che impone alla Potenza occupante il rispetto dell'ordinamento vigente nello Stato occupato '*unless absolutely prevented*', l'Autorità occupante ben potrebbe

---

[181] F. SALERNO, *Diritto internazinale. Principi e norme*[2], cit., p. 267. V. poi *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, Commentary*, 2011, cit., sub art. 16, par. 2: '*(…) in addition to the rights and obligations contained in the Charter itself, article 103 applies to obligations flowing from binding decisions taken by United Nations bodies. In particular, the primacy of Security Council decisions under article 103 has been widely accepted in practice as well as in writings on international law*'.

[182] V, fra l'altro, Corte EDU, *Al-Jedda (Al-Jedda v. The United Kingdom), (Grand Chamber)*, cit., parr. 89-91; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Jurisdiction and Admissibility)*, cit., par. 107; ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), (Request for Provisional Measures)*, 14 aprile 1992, in *ICJ Reports*, 1992, p. 3 ss., par. 39; ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), (Request for Provisional Measures)*, 14 aprile 1992, in *ICJ Reports*, 1992, p. 114 ss., par. 42.

[183] Cfr. *Analytical Study of the Study Group of the Commission on Fragmentation of International Law*, Doc. A/CN.4/L.682, par. 328 ss., par. 331. Così, secondo alcuni, '*(a)s far as members of the UN are bound by art. 25 'to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter', they are also bound, according to art. 103, to give these obligations priority over any other commitments*': R. BERNHARDT, *Article 103*, in *The Charter of the United Nations. A Commentary*[2], cit., 2002, p. 1295 ss. V. poi, fra gli altri, P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, in *Recueil*, 2003, vol. 297, p. 9 ss., p. 240; K. ZEMANEK, *The Legal Foundations of the International System*, in *Recueil*, 1977, vol. 266, p. 9 ss., pp. 227-230; R. KOLB, *Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?*, in *ZAÖRV*, 2004, LXIV, 1, p. 21 ss. In senso contrario v. D. BOWETT, *The Impact of Security Council Decisions to Dispute Settlement Procedures*, in *EJIL*, 1994, V, 1, p. 92: '*(a) Council decision* is not *a treaty obligation. The obligation to comply may be, but the decision* per se *is not*'.

[184] Su cui v. P. B. POTTER, *L'intervention en droit international moderne*, in *Recueil*, 1930-II, vol. 32, p. 611 ss., p. 624; A. MIELE, *L'indipendenza degli Stati*, in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, 2004, I, p. 169 ss., p. 180.

[185] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 267.

modificare l'ordinamento giuridico locale in forza di una decisione vincolante adottata dal Consiglio di sicurezza ai sensi del capitolo VII della Carta.

La stessa possibilità di incidere sulla disciplina dello *jus in bello* si ravvisa nell'ipotesi in cui l''occupazione terapeutica' sia posta in essere direttamente dalle Nazioni Unite, attraverso apposite agenzie. Così, ad esempio, tanto l'UNTAET per Timor orientale quanto l'UNMIK nel Kosovo hanno lasciato in vigore la legislazione anteriore solo nella misura in cui essa fosse compatibile con gli obblighi internazionali generali a tutela dei diritti dell'uomo[186].

4. *Necessità militare ed intervento umanitario.*

Un profilo che non si può tralasciare in questa sede, anche in virtù di una prassi significativa ancorché piuttosto limitata e controversa, riguarda la possibilità di singoli Stati o di organizzazioni internazionali di impiegare la forza armata al fine di far fronte a gravi situazioni di emergenza umanitaria[187]. In particolare, il problema si pone in relazione alla protezione della popolazione di un Paese contro atti di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità o altre violazioni gravi commesse su larga scala dei diritti umani fondamentali laddove le autorità locali si dimostrino *unable* o *unwilling* di prevenire e reprimere tali condotte[188].

Secondo parte della dottrina questo tipo di interventi, sia se condotti formalmente nel quadro del sistema di sicurezza collettiva e secondo le sue procedure, sia qualora siano effettuati al di fuori di tale schema multilaterale di riferimento, sarebbero radicati nel diritto internazionale generale. In relazione a simili ipotesi si configurerebbe una norma primaria autonoma recante una ulteriore eccezione al divieto dell'uso della forza armata non contemplata dalla Carta delle Nazioni Unite e ricollegabile ai valori fondamentali della società internazionale nel suo insieme[189]. Tale possibilità ha assunto un ruolo centrale nel dibattito dottrinale a seguito dell'affermazione della categoria delle norme di diritto internazionale generale produttive di obblighi *erga omnes* in capo agli Stati, ovvero di

[186] Ivi, pp. 245-246. Cfr. UNTAET/REG/1991/1; UNMIK, Regulation n. 1999/24.
[187] E. SCISO, *L'uso della forza nella (mancata) riforma delle Nazioni Unite*, in *CI*, 2006, LXI, 1, p. 17 ss., p. 30.
[188] Ivi, p. 31.
[189] P. PICONE, *La 'guerra del Kossovo' e il diritto internazionale generale*, in *RDI*, 2000, LXXXII, 2, p. 309 ss.; ID., *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi* erga omnes, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 517 ss. Cfr. ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, cit., par. 33; ICJ,

obblighi incombenti sugli Stati nei confronti della società internazionale nel suo insieme ed esigibili collettivamente dagli Stati in quanto gestori *uti universi* degli interessi della stessa[190].

Così, ad esempio, con riferimento all'operazione *Provide Comfort* del 1991 in Iraq, l'intervento militare non autorizzato dal Consiglio di sicurezza veniva motivato in forza di asserite esigenze umanitarie e, in particolare, in virtù dell'esigenza di costituire un corridoio umanitario in favore della popolazione curda nel nord del Paese[191]. Inoltre, l'intervento armato unilaterale dei Paesi NATO contro la Serbia-Montenegro nel 1999 è stato presentato da alcuni governi, e in particolare dal Regno Unito, come un intervento a carattere umanitario volto a far cessare la brutale violazione dei fondamentali diritti umani della popolazione albanese del Kosovo[192].

Reservations to the Convention on Genocide, (Advisory Opinion), 28 maggio 1951, in *ICJ Reports*, 1951, p. 15 ss., p. 23.

[190] P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, cit., p. 333. La sintetica definizione qui accolta è espressa in numerosi scritti dell'autore: v., fra gli altri, P. PICONE, *Obblighi reciproci e obblighi* erga omnes *degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, a cura di V. Starace, Milano, Giuffrè, 1983, p. 15 ss., p. 25 ss. V. poi A. DE HOOGH, *Obligations* erga omnes *and International Crimes. A theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibiulity of States*, The Hague, Nijmegen, Kluwer, 1996; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations* erga omnes, Oxford, Clarendon, 1997. Vero è che il Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati prevede un regime aggravato di responsabilità in relazione alla violazione di norme cogenti (artt. 40 e 41). Per simili ipotesi si attribuiscono agli Stati responsabilità comuni in ordine alla cessazione dell'illecito, all'obbligo di non riconoscere la situazione prodottasi in violazione di norme di *jus cogens* e di non contribuire al consolidamento della stessa. Tuttavia, non sembra che gli Stati diversi da quello specificamente leso possano ricorrere nei confronti dell'autore dell'illecito a contromisure né, tanto meno, a misure comportanti l'uso della forza armata in deroga al divieto posto dalla Carta delle Nazioni Unite, che il Progetto stesso pone fra i limiti generali delle contromisure (art. 50). Sul punto v. E. SCISO, *L'uso della forza nella (mancata) riforma delle Nazioni Unite*, cit., pp. 33-34.

[191] Cfr. la posizione del Regno Unito circa la liceità dell'operazione condotta insieme a Stati Uniti e Francia in *BYIL*, 1992, LXIII, p. 827 ss. e L.A. SICILIANOS, *Entre multilatéralisme et unilatéralisme: l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force*, in *Recueil*, 2009, vol. 339, p. 9 ss., pp. 184-189.

[192] Cfr. in tal senso le dichiarazioni rese dai rappresentanti degli Stati che avevano effettuato l'intervento in Kosovo nel corso della LIV° sessione dell'Assemblea generale riprodotte in E. SCISO, *L'intervento in Kosovo. Problemi internazionalistici e interni*, a cura di E. Sciso, Milano, Giuffrè, 2001, p. 268 ss. L'uso della forza fu in quell'occasione giustificato da varie parti, compreso il Segretario generale delle Nazioni Unite con motivazioni umanitarie ma solo la Gran Bretagna affermò chiaramente la liceità dell'intervento in virtù del diritto internazionale; gli altri Stati membri della NATO invocarono per lo più una implicita autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di sicurezza. Sugli aspetti giuridici sollevati dalla guerra del Kosovo cfr. S. ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *RDI*, 1999, LXXXII, p. 975 ss.; N. RONZITTI, *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2000; P. PICONE, *La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale*, cit., p. 309 ss. Per l'esposizione delle giustificazioni addotte dai governi che hanno preso parte all'intervento v. S.D. MURPHY, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, in *AJIL*, 1999, XCIII, 1, p. 161 ss.; B. SIMMA, *Nato, the UN and the Use of Force, Legal Aspects*, in *EJIL*, 1999, X, 1, p. 1 ss.; A. CASSESE, Ex iniuria ius oritur*: Are we Moving Towards International Legitimations of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Comunity?*, in *EJIL*, 1999, X, 1, p. 23 ss.; P. PICONE, *La 'guerra del Kossovo' e il diritto internazionale generale*, cit., p. 309 ss.; C. TOMUSCHAT, *Kossovo and the International Community*, The Hague, Nijhoff, 2002.

Di recente poi il dibattito circa la liceità dell'intervento umanitario si è spostato sulla possibilità di configurare una norma di diritto internazionale generale *emergente* relativa alla *responsibility to protect*[193]. L'origine del dibattito, com'è noto, risale al rapporto predisposto e pubblicato nel 2001 dalla *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, istituita su iniziativa del governo canadese[194]. Tale rapporto ha avuto ampia risonanza nella dottrina e in varie sedi internazionali; da allora si è infatti assistito ad una proliferazione di documenti non vincolanti che hanno posto la dottrina della *responsibility to protect* al centro del dibattito[195].

L'intervento umanitario è stato talvolta giustificato in virtù dell'esimente dello stato di necessità. Se non v'è dubbio che un atto di aggressione non può trovare giustificazione nell'esimente in forza del limite del rispetto dello *jus cogens* delineato dall'art. 26 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale[196], un limitato impiego della forza non autorizzato dal Consiglio di sicurezza né fondato sul consenso dello Stato territoriale è stato da alcuni ritenuto lecito, sempre che rispetti le condizioni delineate

[193] Fra gli altri, v. A. PETERS, *The Security Council's Responsibility to Protect*, in *IOLR*, 2011, VIII, p. 1 ss., p. 7 ss.; R. THAKUR, *The United Nations, Peace and Security: from Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; C. VERLAGE, *Responsibility to Protect*, Tübingen, Siebeck, 2008; G. EVANS, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2008; A. BELLAMY, *A Responsibility to Protect: the Global Effort to End Mass Atrocities*, Cambridge, Polity Press, 2009. La dottrina della responsabilità di proteggere per alcuni non sarebbe altro che uno 'specifico *restyling* del concetto tradizionale di intervento umanitario': v., in questo senso, C. FOCARELLI, *La dottrina della 'responsabilità di proteggere' e l'intervento umanitario*, in *RDI*, 2008, XCI, 2, p. 316 ss., p. 329. Alcuni hanno poi esteso la dottrina ai disastri naturali: v. T.R. SAECHAO, *Natural Disaster and Responsibility to Protect: from Chaos to Clarity*, in *Brooklyn JIL*, 2007, XXXII, 2, p. 663 ss.; J. WONG, *Reconstructing the Responsibility to Protect in the Wake of Cyclones and Separatism*, in *Tulane LR*, 2009, LXXXIV, p. 219 ss.

[194] Il rapporto è reperibile all'indirizzo: *http://www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf*. Il rapporto è stato concepito fin dall'origine al fine di individuare una soluzione giuridicamente accettabile ai tradizionali interrogativi sollevati dagli interventi umanitari. V. C. FOCARELLI, *La dottrina della 'responsabilità di proteggere' e l'intervento umanitario*, cit., p. 316 ss.

[195] Si tratta del rapporto *A More Secure World: our Shared Responsibility* elaborato dall'*High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*, istituito dal Segretario generale delle Nazioni Unite (cfr. UN Doc. A/59/565), del rapporto *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, predisposto nel 2005 sempre del Segretario generale (cfr. UN Doc. A/59/2005), e del *World Summit Outcome*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2005 (cfr. UN Doc. A/RES/60/1, 20 settembre 2005).

[196] Quando, nel contesto del diritto dei trattati, la Commissione del diritto internazionale ha elaborato il concetto di *jus cogens*, l'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite è stata l'unica norma indicata come '*a conspicuous example of a rule in international law having the character of* jus cogens': v. *YILC*, 1996, II, p. 247 e H. WALDOCK, *Second Report on the Law of Treaties*, in *YILC*, 1963, II, p. 198; A. MARCHESI, *Stato di necessità e intervento umanitario. Brevi considerazioni*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, cit., p. 181 ss.

dall'esimente[197]. In tale contesto l'esimente generale potrebbe essere invocata a protezione di valori essenziali della società internazionale degli Stati piuttosto che di un singolo Stato[198].

Una possibile apertura verso una limitata applicazione dello stato di necessità con riferimento a violazioni *minoris generis* del divieto dell'uso della forza, come nel caso di *raids*, venne d'altra parte prospettata dallo stesso relatore speciale Ago[199]; non mancano inoltre alcune recenti, seppur isolate, manifestazioni della prassi e dell'*opinio juris* favorevoli al ricorso allo stato di necessità rispetto ad interventi di carattere umanitario[200].

La possibilità di invocare l'esimente in esame in ipotesi di intervento umanitario non è affrontata direttamente dalla Commissione del diritto internazionale[201]. Tuttavia, nel commento al Progetto di articoli del 2001 si afferma, seguendo la posizione espressa dal relatore speciale Crawford[202], che l'intervento umanitario, se configurabile, sarebbe comunque regolato da una norma primaria sull'uso della forza e non dall'esimente in

[197] In senso affermativo v., fra gli altri, A. LAURSEN, *The Use of Force and (the State of) Necessity*, in *Vanderbilt JTL*, 2004, XXXVII, pp. 485-526; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*[3], cit., p. 422; F. LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento d'umanità*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 97 ss.; T. NARDIN, *Humanitarian Intervention*, New York, New York University Press, 2006, p. 52 ss.; O. SPIERMANN, *Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of* jus cogens, in *Nordic JIL*, 2002, LXXI, p. 523 ss. Per qualche indicazione contraria: V. HUET, *Les circonstances excluant l'illiceité et le recours à la force*, in *JDI*, 2008, 1, p. 75 ss.; M.G. KOHEN, *L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau désordre juridique international*, in *RBDI*, 1999, 1, p. 132 ss.

[198] Sulla questione v., per tutti, G. GAJA, *La possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour protéger les intérêts de la communauté internationale*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Melanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 417 ss., p. 422. In relazione all'ampiezza dell'interesse essenziale rilevante ai fini dell'invocazione dell'esimente v., *supra*, capitolo I, par. 5.a.

[199] Cfr. R. AGO, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, cit., par. 64 ss. Circa la distinzione fra forme più gravi di uso della forza e forme di minor gravità v. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 191.

[200] Cfr. ICJ, *The Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), (Request for Provisional Measures)*, 2 giugno 1999. In particolare si veda la posizione assunta dal Belgio in relazione ai bombardamenti effettuati nel 1999 da alcuni Paesi NATO contro la Serbia a seguito delle gravi violazioni dei diritti umani commesse in Kosovo (v. *Requests for the Indications of Provisional Measures, Public Sitting*, 10 maggio 1999, in *ICJ, Pleadings*, UN Doc. CR9915, p. 11). Nel 1960 il Belgio ha poi invocato l'esimente per giustificare l'intervento militare in Congo. La questione non venne però discussa nell'ambito del Consiglio di sicurezza in termini di necessità: v. *Official Records of the Security Council*, *Fifteenth Year*, 873rd meeting, 13-14 luglio 1960, par. 144, par. 182 e par. 192; 877th meeting, 20-21 luglio 1960, par. 31 et ss. e par. 142; 878th meeting, 21 luglio 1960, par. 23 e par. 65 e 879th meeting, 21-22 luglio 1960, par. 80 ss., par. 118 e par. 151. Nel senso dell'applicabilità della causa di esclusione dell'illecito in esame ad alcune ipotesi di uso limitato della forza v. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*[3], cit., p. 422; ID., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 47; V. HUET, *Les circonstances excluant l'illiceité et le recours à la force*, cit., pp. 75-99; P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., pp. 150-151; O. SPIERMANN, *Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of* jus cogens, in *Nordic JIL*, 2002, LXXI, pp. 523-543.

[201] Per una critica di tale scelta della Commissione del diritto internazionale v. I. JOHNSTONE, *The Plea of Necessity in International Legal Discourse: Humanitarian and Counter-Terrorism*, in *Columbia JTL*, 2005, XLIII, p. 337 ss.

[202] J. Crawford, evitando di entrare nel merito del problema della liceità o meno dell'intervento umanitario, precisa che l'ipotesi non sarebbe comunque regolata dalla norma sullo stato di necessità ma piuttosto in virtù di una norma primaria specifica: v. J. CRAWFORD, *Second Report on State Responsibility*, cit., par. 286.

questione[203]. Simili considerazioni vengono poi svolte nel rapporto relativo alla *Responsibility to protect* della *International Commission on Intervention and State Sovereignty*[204].

L'esclusione della possibilità di invocare lo stato di necessità in simile contesto discende dall'indisponibilità dell'esimente laddove l'azione di per sé illecita dello Stato pregiudichi l'interesse essenziale di un diverso Stato[205]. In ipotesi di intervento umanitario, infatti, uno Stato che non versi in condizioni di anarchia subisce inevitabilmente l'ingerenza militare di uno o più Stati o organizzazioni internazionali fino a perdere la propria indipendenza, vedendo così senza dubbio leso un proprio interesse essenziale, anche laddove l'intervento sia teso a reagire a gravi violazioni dei diritti dell'uomo[206].

D'altra parte, dal momento che il divieto dell'uso della forza nell'ordinamento internazionale è riconosciuto da una norma di natura cogente, le eccezioni ad esso, costituendo deroghe ad un principio essenziale per la società internazionale, devono essere interpretate in senso restrittivo e devono comunque essere previste da norme della medesima natura. Sarebbe inaccettabile che lo stato di necessità, codificato nel diritto internazionale con una formulazione tale da evitare gli abusi del passato, venisse utilizzato per sostenere la liceità di azioni coercitive non giustificabili sulla base delle eccezioni all'uso della forza espressamente previste nel diritto consuetudinario[207]. Il regime normativo relativo all'uso della forza, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite, esclude poi, implicitamente, la possibilità di invocare la necessità, in conformità a quanto previsto dall'art. 25, par. 2, lett *a*)

[203] *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 21. Sulla questione si è detto *supra*, capitolo II, par. 2.2.

[204] L'*International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) fu istituita sotto l'autorità del Governo canadese nel 2001 al fine di chiarire il concetto di '*responsibility to protect*'. In particolare, la Commissione si proponeva di rispondere alla domanda formulata dall'allora Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan: '*if humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda, to a Srebrenica - to gross and systematic violations of human rights that affect every precept of our common humanity?*'. Il rapporto è reperibile nella sua versione integrale all'indirizzo: *http://www.iciss.ca/menu-en.asp*.

[205] V. *supra*, capitolo I, par. 5.c.

[206] Sull'intervento umanitario v. I. BROWNLIE, *Humanitarian Intervention*, in *Law and Civil War in the Modern World*, a cura di J.N. Moore, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1974, p. 217 ss.; L. CONDORELLI, *Intervention humanitaire et/ou assistance humanitaire? Quelques certitudes et beaucoup d'interrogations*, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, a cura di N. Al-Nauimi, The Hague, Boston, London, Nijhoff, 1995, p. 999 ss.; F. LATTANZI, *Assistenza umanitaria e interventi d'umanità*, cit., p. 97 ss.; F.R.TESON, *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*[3], Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2005; T.G. WEISS, *Humanitarian Challenges and Intervention*[2], Boulder, Westview, 2000; T. NARDIN, *Humanitarian Intervention*, New York, New York University Press, 2006; G. MOLIER, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect after 9/11*, in *Netherlands ILR*, 2006, p. 37 ss.

[207] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 429.

del Progetto della Commissione del diritto internazionale[208]. La Carta delle Nazioni Unite regola in termini rigorosi l'esercizio legittimo della forza fra Stati indipendenti. Di conseguenza, non potrebbe implicitamente permettere l'invocazione dell'esimente come elemento di deroga al divieto generale di uso della forza[209].

Il titolo giuridico dell'intervento umanitario, se ritenuto sussistente, andrebbe quindi ricercato in una specifica norma di diritto internazionale generale[210]; la possibilità di affermare la sussistenza di una norma consuetudinaria che configuri una ulteriore eccezione al divieto dell'uso della forza nel diritto internazionale generale, tuttavia, è ancora oggi decisamente controversa[211]. Lo testimoniano il vivo dibattito in dottrina sul tema[212] nonché le posizioni di recente espresse dall'*Institut de Droit International*. Nella sessione del 2007[213] la commissione incaricata dell'esame della disciplina relativa all'intervento umanitario, riconoscendo l'impossibilità di elaborare una posizione comune[214], preferiva evitare di

[208] V. in questo senso, fra gli altri, O. CORTEN, *L'état de nécessité peut-il justifier un recours à la force non constitutif d'agression?*, in *Global Community YILJ*, 2004, I, pp. 11-50, in particolare pp. 17-18.

[209] V. J.E. RYTTER, *Humanitarian Intervention without the Security Council: from San Francisco to Kosovo and beyond*, in *Nordic JIL*, 2001, LXX, 1, pp. 121-160, in particolare p. 133 ss. La posizione favorevole all'affermazione di una regola internazionale autonoma sul legittimo uso della forza per ragioni di intervento umanitario affiora nel corso dei lavori preparatori della Carta delle Nazioni Unite (sul punto v. N. RONZITTI, *Il ricorso alla forza armata a protezione dei cittadini all'estero e per ragioni di umanità*, cit., p. 34, nota 51) e nei successivi commenti (v. L.F. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, I, in *Peace*[8], a cura di H. Lauterpacht, London, Longmans, 1955, p. 312) nonché nella definizione di aggressione (M. AKEHURST, *The Use of Force to Protect Nationals Abroad in International Relations*, cit., p. 10) senza però mai un trovare formale riscontro in tali strumenti.

[210] In questo senso, fra gli altri, v. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 226; N. RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, cit., p. 50 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi della comunità internazionale*, II, a cura di P. Gaeta, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 75; C. TOMUSCHAT, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in *Recueil*, 1999, vol. 281, p. 13 ss., p. 218 ss.

[211] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., pp. 427-443.

[212] V., con riferimento al recente conflitto in Libia la *querelle* fra P. PICONE, *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia*, in *DUDI*, 2011, V, 2, p. 212 ss. e N. RONZITTI, *Intervento in Libia, cosa è permesso e cosa no*, reperibile all'indirizzo: *www.affarinternazionali.it*, 20 marzo 2011.

[213] IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - Actions humanitaires*, sessione di Santiago, 2007, reperibile all'indirizzo: *http://www.idi-iil.org*.

[214] In relazione alla '*question des actions militaires n'ayant pas été autorisées par les Nations Unies, (…) l'Institut a débattu de manière approfondie la question de la licéité des actions militaires qui n'ont pas été autorisées par les Nations Unies mais dont l'objectif declaré est de mettre fin à un génocide, à des crimes contre l'humanité de grande ampleur ou à des crimes de guerre de grande ampleur. Tandis que certains Membres furent d'avis que ces actions pourraient être licites dans certaines circonstances et moyennant certaines conditions, certains autres Membres furent d'avis que tel n'est pas le cas en droit international contemporain, et en particulier selon la Charte des Nations Unies. Vu ces différences d'opinions et considérant qu'un autre sous-groupe traite spécifiquement des problèmes actuels du recours à la force en droit international et de l'autorisation du recours à la force par les Nations Unies, l'Institut a décidé de renvoyer cette question particulière à ce sous-groupe afin d'en débattre lors d'une session ultérieure (…)*': cfr. la Dichiarazione del Presidente della sottocommissione sul punto (ivi, p. 1).

assumere una specifica determinazione[215] e demandare il problema ad una diversa commissione incaricata di studiare le questioni relative all'autorizzazione delle Nazioni Unite circa il ricorso alla forza. Tuttavia, nemmeno tale commissione è stata in grado di giungere ad una soluzione condivisa[216].

La dottrina favorevole all'esistenza di una norma generale sull'intervento umanitario ne limita comunque molto rigidamente l'ambito applicativo, considerandolo quale *extrema ratio* cui fare ricorso esclusivamente in ipotesi di previo fallimento delle misure non implicanti l'uso della forza[217] e solo per contrastare le gravi violazioni dei diritti umani[218] di cui si è detto. Del resto, anche la Corte internazionale di giustizia ha affermato che l'uso della forza non può considerarsi un mezzo appropriato per verificare e assicurare il rispetto dei diritti dell'uomo[219].

A nostro avviso gli scarsi e parziali elementi della prassi più recente non permettono di affermare agevolmente la sussistenza di una norma consuetudinaria in materia: oltre alla *diuturnitas*, sembra fare difetto l'*opinio juris* generalizzata in tal senso[220]. Al momento attuale

---

[215] Cfr. il par. VI della risoluzione: '*Cette résolution ne porte pas sur la question de la licéité des actions militaires qui n'ont pas été autorisées par les Nations Unies, mais dont l'objectif déclaré est de mettre fin à un génocide, à des crimes contre l'humanité de grande ampleur ou à des crimes de guerre de grande ampleur*' (ivi, p. 2).

[216] IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies*, sessione di Rodi, 2011, reperibile all'indirizzo: *http://www.idi-iil.org*. V. in particolare la Dichiarazione del Presidente M. Roucounas: '*Eu égard aux très sérieux problèmes soulevés par cette question et aux différences d'opinions parmi ses membres, l'Institut considère que ce sujet mérite davantage d'attention et d'études. Pour cette raison, la présente résolution sur 'L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies' ne porte pas sur cette question et est sans préjudice de travaux ultérieurs de l'Institut à cet égard*' (ivi, p. 4).

[217] In questo senso si è rilevata la necessità di coordinare le nozioni di assistenza e di intervento umanitari nel senso che un'azione implicante l'uso della forza sarebbe ammissibile solo quando le misure di assistenza umanitaria si siano rivelate inefficaci: L. CONDORELLI, *Intervention humanitaire et/ou assistance humanitaire? Quelques certitudes et beaucoup d'interrogations*, cit., p. 1001 ss.

[218] Fra gli autori favorevoli all'intervento umanitario quale reazione a gravi violazioni di diritti umani v. P. PICONE, *La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale*, cit., p. 337 ss.; ID., *L'évolution du droit international coutumier sur l'emploi de la force entre obligations 'erga omnes' et autorisations du Conseil de sécurité*, in *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, a cura di E. Cannizzaro e P. Palchetti, Leiden, Boston, Nijhoff, 2005, p. 316 ss. Nel medesimo senso U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 323 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il mulino, 2004, pp. 189-191; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., pp. 225-228 e p. 442. In senso contrario all'affermazione di una norma consuetudinaria v. P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 431; A. CASSESE, *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and* opinio necessitatis, in *EJIL*, 1999, X, 4, pp. 797-799; A. CASSESE e P. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, Il mulino, 2008, pp. 43-44; C. FOCARELLI, *La dottrina della 'responsabilità di proteggere' e l'intervento umanitario*, cit., p. 343 e p. 345.

[219] Così ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Merits)*, cit., par. 268.

[220] In questa direzione sembra esprimersi anche IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies*, nella misura in cui, per le ipotesi di

si può forse più propriamente evidenziare l'affermarsi di una tendenza di tal specie riscontrabile principalmente, anche se non in via esclusiva[221], nella componente occidentale della società internazionale[222].

Tale posizione sembra corroborata dai principali documenti elaborati in vista della riforma della Carta delle Nazioni Unite, fra i quali il Rapporto '*In a larger freedom: towards security, development and human rights for all*', elaborato dal Segretario generale delle Nazioni Unite[223]. In essi, dopo l'affermazione della '*responsibility to protect*' in capo agli Stati membri rispetto alle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali si circoscrive con precisione l'intervento umanitario alle ipotesi di *previa autorizzazione* del Consiglio di sicurezza[224]. D'altra parte, in presenza di una prassi scarsa ed incerta, non sembra trascurabile l'*opinio juris ac necessitatis* degli Stati emersa, fra l'altro, nel corso dell'ampio dibattito svoltosi in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite nell'aprile 2005 in occasione della presentazione del Rapporto. In tale occasione, infatti, gli Stati favorevoli ad interventi di carattere umanitario attuativi della responsabilità di proteggere (con l'unica eccezione degli Stati Uniti) ne riconoscevano l'ammissibilità esclusivamente nell'ambito del sistema di sicurezza delle Nazioni Unite[225].

---

impossibilità del Consiglio di sicurezza di giungere ad una determinazione sull'uso della forza in ragione dell'esercizio del diritto di veto di uno dei membri permanenti, '*l'Assemblée générale devrait (…) éxercer sa compétence de recommander les mesures qu'elle juge appropriées*' (ivi, art. 7).

[221] L'atto istitutivo dell'Unione Africana adottato a Lomè il 7 novembre 2000, in vigore dal 26 maggio 2001 (reperibile all'indirizzo *http://www.au.int*), attribuisce infatti all'Organizzazione il diritto di intervenire con poteri coercitivi per ragioni umanitarie nel territorio di uno Stato membro, se autorizzato da due terzi dei Paesi membri. Il suo art. 4, lett. *b*) sancisce '*the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely war crimes, genocide and crimes against humanity*'. Per qualche considerazione v. A. MARCHESI, *Stato di necessità e intervento umanitario. Brevi considerazioni*, cit., p. 187.

[222] In tal senso v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 52; C. ANTONOPOULOS, *The NATO Military Action against the Federal Republic of Yugoslavia (Kosovo) and the International Law on the Use of Force*, in *RHDI*, 1999, LII, p. 411 ss.; ID. *The Unilateral Use of Force by States in International Law*, Athènes, Sakkoulas, 1997, p. 452 ss. Nel senso della legittimità di un intervento umanitario esclusivamente sulla base di un'autorizzazione del Consiglio di sicurezza v. *Note de la Diréction du droit international public du Département des affaires étrangères en date du 20 janvier 1993*, in *RSDIE*, 1994, IV, p. 624.

[223] Il testo è reperibile all'indirizzo: *http://www.un.org/largerfreedom/contents.htm.*

[224] Cfr. *Report of the Secretary-General*, '*In a Larger Freedom: towards Security, Development and Human Rights for All*', cit., par. 125-126 e 135. Sul punto v. anche A. GIOIA, *Brevi riflessioni sul* ius ad bellum *alla luce della prassi recente*, cit., p. 440, nota 55. Del resto, anche in passato quando gli Stati hanno realizzato degli interventi per asserite ragioni umanitarie hanno per lo più giustificato l'azione sulla base di una vera o presunta autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di sicurezza. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione all'intervento della NATO in Kosovo nel 1999: così N. RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, cit., p. 50 ss.

[225] C. FOCARELLI, *La dottrina della 'responibilità di proteggere' e l'intervento umanitario*, cit., p. 330. Gli Stati favorevoli alla responsabilità di proteggere hanno tutti sottolineato che la decisione di porre in essere un intervento militare spetti esclusivamente al Consiglio di sicurezza. Alcuni Stati hanno inoltre precisato che

Nonostante si debba riconoscere che nessuno fra i rapporti elaborati in relazione alla *responsibility to protect* esclude *espressamente* la possibilità di un intervento umanitario unilaterale, anche se tutti presuppongono una competenza *prioritaria*, tendenzialmente esclusiva, del Consiglio di sicurezza[226], allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale è a nostro avviso preferibile ritenere che un intervento a fini umanitari sia ammesso solo laddove l'azione sia preventivamente autorizzata dal Consiglio di sicurezza a seguito dell'accertamento della peculiare situazione di 'crisi umanitaria' in virtù dei poteri di cui il Consiglio dispone in forza dell'art. 39 della Carta[227].

Svolte tali necessarie considerazioni si deve comunque valutare in quale misura una azione militare posta in essere per finalità umanitarie (o asserite tali), in assenza di una autorizzazione espressa del Consiglio di sicurezza, possa in qualche modo condizionare la portata degli obblighi di diritto internazionale umanitario e, in particolare, l'ampiezza della necessità militare nel contesto dello *jus in bello*. È evidente che la questione si pone in termini più problematici in relazione ad interventi condotti al di fuori dello schema di gestione multilaterale di riferimento, in cui è di fatto assente ogni indicazione circa le concrete modalità di svolgimento dell'operazione nell'ambito dello *jus in bello*.

In tali situazioni è escluso che gli Stati intervenienti possano essere svincolati dal rispetto delle regole relative allo *jus in bello*: lo impedisce l'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra che impone ai belligeranti il rispetto delle norme rilevanti del diritto internazionale umanitario indipendentemente da ogni valutazione circa le finalità o motivazioni dell'azione[228].

Si pone piutttosto il problema di valutare se, in simili ipotesi, siano configurabili dei limiti ulteriori per gli Stati che ricorrono alla violenza bellica; ciò proprio in virtù delle finalità

---

l'autorizzazione del Consiglio dovrebbe essere adottata solo come *extrema ratio* e sempre *prima* dell'intervento (ivi, p. 334).

[226] Ivi, p. 329; L. BOISSON DE CHAZOURNES e L. CONDORELLI, *Quelles perspectives pour la résponsabilité de protéger?*, in *Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Prof. Giorgio Malinverni*, Gèneve, Schulthess, 2007, p. 529 ss. Per un confronto fra i documenti su tale specifica questione v. C. STAHN, *Responsibility to Protect: Politic Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, in *AJIL*, 2007, CI, 1, p. 102 ss. L'assenza di una posizione netta in merito crea tuttavia una forte incertezza; alcuni autori ritengono infatti possibile un intervento unilaterale alle condizioni stabilite dal *World Summit* del 2005 affermando, fra l'altro, che: '*in the absence of a functioning international institution, one must look to the overriding purpose of the Summit agreement*': v. A.L. BANNON, *The Responsibility to Protect. The U.N. World Summit and the Question of Unilateralism*, in *Yale LJ*, 2006, CXV, 5, p. 1157 ss., p. 1162.

[227] Alcuni autori si sono interrogati sulla possibilità di individuare una soluzione definitiva al problema: così R. KOLB, *Conflits entre normes de* jus cogens, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, cit., p. 481 ss., p. 498.

[228] V., fra gli altri, C. FOCARELLI, *Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: a Soap Bubble?*, cit., p. 163 ss.

dichiarate, tese a guidare l'azione nello specifico contesto conflittuale. In relazione ad azioni intraprese per finalità umanitarie le regole stabilite dalla disciplina dello *jus in bello* dovrebbero a nostro avviso trovare una applicazione ancor più rigorosa, sia in relazione ai metodi e mezzi di combattimento, sia in relazione alla tutela della popolazione civile imponendo una interpretazione stringente degli obblighi relativi al trattamento dei civili, degli *hors de combats* o dei prigionieri di guerra nonché della proibizione dell'impiego di determinate armi. Ciò non discende tanto da una interpretazione più rigorosa dei parametri di proporzionalità e di necessità militare[229] quanto piuttosto dalla valorizzazione della peculiare rilevanza attribuita in tale contesto alla protezione e tutela della popolazione civile. Le esigenze di tutela della popolazione finalisticamente intese dovrebbero infatti giocare un ruolo centrale nella valutazione della proporzionalità e necessità (militare) dell'azione in concreto svolta. Ad ogni modo, *de jure condito*, in simili ipotesi è a nostro avviso difficile affermare che lo *jus ad bellum* condizioni lo *jus in bello* limitando gli obiettivi legittimi, la valutazione della proporzionalità dell'attacco degli stessi[230] o, ancora, l'ampiezza della clausola di necessità militare.

In virtù delle medesime finalità umanitarie, anche in relazione ad asseriti interventi 'umanitari' non autorizzati dal Consiglio di sicurezza dovrebbero essere impiegate regole d'ingaggio piuttosto restrittive. Tuttavia, nonostante non sia possibile conoscerne l'esatto contenuto in virtù della nota segretezza relativa alla più specifica formulazione delle stesse, sembra difficile immaginare che tale circostanza si sia pienamente concretizzata in relazione agli 'interventi umanitari' sin qui realizzati; proprio tali considerazioni hanno messo in luce i punti di maggior criticità di missioni di tal specie svolte al di fuori della formale autorizzazione del Consiglio di sicurezza. Così, ad esempio, l'impiego da parte delle forze della NATO di bombe a grappolo nonché l'impiego massiccio e sistematico di bombardamenti aerei in Serbia hanno certamente tradito l'intento umanitario della missione[231] nel corso della quale l'Italia mise a disposizione le proprie basi aeree ed effettuò alcuni *raids* aerei[232].

---

[229] In tal senso si esprime J. PATTISON, *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect and* jus in bello, in *Global Responsibility to Protect*, 2009, I, p. 364 ss., p. 375, nota 29.
[230] Ivi, nota 28.
[231] V. A. BELLAMY, *Motives, Outcomes, Intent and the Legitimacy of Humanitarian Intervention*, in *Journal of Military Ethics*, 2004, III, 3, p. 216 ss., p. 229; G. LUCAS, *From* jus ad bellum *to* jus ad pacem, cit., p. 77; E. HEINZE, *Humanitarian Intervention: Morality and International Law on Intolerable Violations of Human Rights*, in *IJHR*, 2004, VIII, 4, p. 471 ss.; S. ZAPPALÁ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 4, p. 975 ss.
[232] N. RONZITTI, *Il diritto applicabile alle forze armate italiane all'estero: problemi e prospettive*, in *Servizio Studi*. Istituto Affari Internazionali, 2008, n. 90, p. 3 ss.

La guerra del Kosovo ha segnato probabilmente un punto di svolta decisivo nell'impiego di regole d'ingaggio nel contesto di analoghe azioni militari. Con l'introduzione della c.d.'nuova dottrina strategica della NATO'[233], elaborata quando l'operazione in Kosovo era ancora in corso, si imponeva un cambiamento nelle regole d'ingaggio dell'Alleanza in senso estensivo includendovi operazioni non più esclusivamente difensive. La forza era infatti destinata ad essere impiegata secondo schemi differenti rispetto all'originaria previsione di un suo dispiegamento limitato a situazioni di esercizio del diritto di legittima difesa collettiva dei Paesi del Trattato Nord Atlantico[234]. Pur senza prevedere veri e propri obblighi di partecipazione a carico degli Stati membri, tale atto ribadisce anzitutto la possibilità, da parte dell'organizzazione, di intraprendere operazioni 'fuori area' a tutela della pace e della sicurezza nell'area euro-atlantica, specificando espressamente le ipotesi di svolgimento di tali operazioni e ricomprendendovi l'ipotesi di gravi violazioni dei diritti dell'uomo[235]

A seguito dell'istituzione del catalogo base di ROE della NATO[236], nella fase finale dell'intervento aereo effettuato nell'ambito dell'operazione *Allied Force* gli aerei NATO sono stati autorizzati a colpire, fra l'altro, anche bersagli *dual-use*[237], con l'obiettivo di indurre la popolazione jugoslava oramai allo stremo a ritirare il proprio supporto alla *leadership* al potere[238]. Le stesse regole d'ingaggio utilizzate nel corso dei bombardamenti autorizzavano i velivoli a colpire bersagli anche da notevole altitudine, con l'evidente finalità di sicurezza per gli equipaggi e gli aeromobili ma con l'inevitabile conseguenza di un forte aumento di errori

[233] La dottrina è stata elaborata nel corso del vertice NATO di Washington svolto fra il 23 e il 25 aprile 1999 nell'ambito del quale veniva affermata la funzione dell'Alleanza nella gestione delle situazioni di crisi internazionale.

[234] Si fa per lo più riferimento a tali missioni con l'espressione '*non-article 5 missions*' che richiama la clausola di mutua assistenza militare in caso d'attacco contenuta proprio nell'art. 5 del Trattato NATO: cfr. B. SIMMA, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspect*, cit., p. 1 ss.; F. CAFFIO, *Il nuovo concetto strategico dell'Alleanza. Aspetti d'interoperabilità giuridica*, in *Informazioni della Difesa*, 2000, 2, p. 14 ss.

[235] Sulla questione v. E. CANNIZZARO, *La nuova dottrina strategica della NATO e gli interventi 'fuori area'*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 4, p. 729 ss., a giudizio del quale dovrebbe comunque configurarsi a carico degli Stati non partecipanti a tali operazioni l'obbligo di consentire l'utilizzazione delle strutture comuni dell'Alleanza site nei rispettivi territori.

[236] Cfr. *North Atlantic Military Committee, MC 362 (Military Decision), NATO Rules of Engagement*, 9 novembre 1999.

[237] Gli obiettivi *dual-use* sono definiti all'art. 52, par. 2 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra come obiettivi, principalmente di carattere civile, che '*by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage*'. Sulla questione v. D. VESEL, *The Lonely Pragmatist: Humanitarian Intervention in an Imperfect World*, cit., p. 45.

[238] Cfr. M.A. LEMIEUX, *From Bagdad to Kabul: the Impact of International Humanitarian Law on Coalition Airpower and their Consequences for Humanitarian Action*, cit. Sul tema cfr. H. SHUE, D. WIPPMAN, *Limiting Attacks on Dual Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions*, in *Cornell ILJ*, 2002, XXXV, 3, p. 559 ss.

nella distruzione di obiettivi rivelatisi in seguito civili[239]. Tale circostanza ha raggiunto dimensioni tali che nell'aprile del 1999 l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani elaborava numerosi rapporti in cui si condannavano le modalità di svolgimento dell'operazione da parte della NATO, con particolare riferimento al principio di proporzionalità negli attacchi[240].

Tuttavia, nel 2000 il Procuratore presso il Tribunale penale internazionale per la *ex*-Iugoslavia, accogliendo le conclusioni del rapporto predisposto da un Comitato di esperti nominato dallo stesso Procuratore[241], decideva di non instaurare alcun procedimento relativo alle condotte delle forze armate dei Paesi membri della NATO nel corso dell'intervento contro la Repubblica federale di Iugoslavia[242]. Nel rapporto si riconosceva in generale la liceità della 'guerra aerea'[243]; l'ampio ricorso ad azioni aeree nel caso di specie veniva inoltre considerato coerente con il principio di proporzionalità fra vantaggi militari e danni collaterali imposto dagli artt. 51, par. 5 e 57, par. 2 del I Protocollo addizionale del 1977[244].

Tuttavia, il ricorso sistematico ad azioni aeree ha minimizzato le perdite fra le forze armate intervenute a costo di un aumento dei danni collaterali rispetto a quelli che si sarebbero cagionati con azioni di altra specie[245]. Una corretta interpretazione del criterio di proporzionalità avrebbe dovuto guidare anche l'individuazione dei metodi e mezzi di conduzione dell'azione più idonei imponendo di preferire modalità meno penalizzanti per i civili e i loro beni. Le specifiche esigenze di protezione dei civili espresse in interventi di

[239] V., fra gli altri, N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], cit., p. 264 ss.; E. CANNIZZARO, *Le operazioni aeree della NATO contro la Repubblica Federale di Iugoslavia e il diritto umanitario*, in *RDI*, 2001, LXXXIV, 1, p. 133 ss.; G. HAFKIN, *The Russo-Georgian War of 2008: Developing the Law of Unauthorized Humanitarian Intervention after Kosovo*, in *Boston UILJ*, 2010, XXVIII, p. 219 ss., pp. 230-236. Sono noti gli episodi del ponte colpito in occasione del passaggio di un convoglio ferroviario, della carovana di profughi albanesi colpiti a Djakovica e della distruzione dell'Ambasciata cinese a Belgrado: cfr. R.J. BUTLER, *Modern War, Modern Law, and Army Doctrine: Are We in Step for the 21st Century?*, in *Parameters*, 2002, p. 45 e ss.

[240] A. CASSESE, *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and* opinio necessitatis, cit., p. 792.

[241] Il testo del Rapporto è riprodotto in *ILM*, 2000, p. 1257 ss.

[242] Per una critica del Rapporto e della conseguente decisione del Procuratore v. E. CANNIZZARO, *Le operazioni della NATO contro la Repubblica federale di Iugoslavia e il diritto umanitario*, in *RDI*, 2001, LXXXIV, 1, p. 133 ss.; per una critica analoga riferita alla valutazione della proporzionalità delle azioni militari operate in Iraq nel 1991 cfr. J. GARDAM, *Proportionality and Force in International Law*, in *AJIL*, 1993, LXXXVII, 3, p. 391 ss., p. 409.

[243] Sulla nozione v. *supra*, capitolo II, par. 4.2.

[244] Sulla questione v. R.A. FALK, *Kosovo, World Order, and the Future of International Law*, in *AJIL*, 1999, XCIII, 4, p. 847 ss., p. 855.

[245] E. CANNIZZARO, *Le operazioni della NATO contro la Repubblica federale di Iugoslavia e il diritto umanitario*, cit., p. 134.

carattere umanitario impongono infatti di scegliere, fra più modalità che assicurino vantaggi militari equivalenti, quella meno penalizzante per la popolazione civile[246].

Se, in concreto, può rendersi necessario colpire direttamente il nemico combattente o alcune infrastrutture strategiche al fine di contrastare la situazione di crisi umanitaria, l'impiego della forza in operazioni di tal specie non solo dovrebbe essere strettamente necessaria e proporzionata all'obiettivo legittimo avuto di mira ma dovrebbe essere in ogni caso impiegata come *extrema ratio*[247]. Si è ad esempio affermato che se in Kosovo fossero state dispiegate truppe di terra, la missione non avrebbe dovuto comportare uno scontro convenzionale contro la milizia serba; si sarebbe piuttosto dovuto evitare che tali milizie potessero colpire i civili e prevenire gli scontri diretti fra milizie serbe e kosovare[248]. Ciò significa che laddove l'impiego della forza armata per finalità umanitarie sia effettuato, come nel caso di specie, nel contesto di vere e proprie guerre civili, lo sforzo bellico non dovrebbe in alcun modo interferire nel conflitto in corso, dirigendosi direttamente o indirettamente contro una delle parti in lotta[249]. In tale contesto, al contrario, gli stessi obiettivi militari oggetto dei *raids* aerei sin dall'inizio dell'intervento, lungi dal caratterizzarsi in base a criteri di selettività strettamente legati alle finalità (asseritamente) umanitarie dello stesso, sono stati individuati sull'intero territorio della Jugoslavia. Tale circostanza sembra spiegarsi in virtù del carattere sanzionatorio assunto dai *raids* nei confronti della Repubblica federale di Jugolsavia che emerge con evidenza dalle dichiarazioni ufficiali dell'epoca[250].

Le osservazioni ora svolte in relazione ai mezzi e metodi di conduzione delle ostilità trovano ancora maggior spazio con riferimento alle esigenze di protezione della popolazione civile dal momento che proprio nella preoccupazione della salvaguardia e tutela degli

---

[246] Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 4.2.

[247] T. PFAFF, *Peacekeeping and the Just War Tradition*, Strategic Studies Institute, US Army War College, 2000, p. 5. L'A. incentra tuttavia la sua analisi principalmente sulle forze di *peace-keeping*. Estende tale ragionamento anche all'intervento umanitario: J. PATTISON, *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect and* jus in bello, cit., p. 367.

[248] G. LUCAS, *From* jus ad bellum *to* jus ad pacem*: Re-Thinking Just-War Criteria for the Use of Military Force for Humanitarian End's*, in *Ethics and Foreign Intervention*, a cura di D.K. Chatterjee e D.E. Scheid, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 77.

[249] Così V. GRADO, *Guerre civili e terzi Stati*, Padova, Cedam, 1998, p. 307 ss.

[250] Così P. DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, in *Ragion pratica*, 1999, XIII, p. 141 ss., pp. 152-153. In questo senso si vedano le dichiarazioni formulate nel mese di marzo dal Presidente statunitense nelle quali la riduzione del potenziale militare iugoslavo era ricompresa fra gli obiettivi dell'intervento: *http://www.usia.gov/current/news/products/washfile/newsItem.shtml*. Cfr. poi l'art. 3 dello *Statement on Kosovo* adottato dai capi di Stato e di Governo degli Stati membri della NATO in cui si ribadiva il carattere sanzionatorio dell'intervento nei confronti del regime di Milosević: *Statement on Kosovo Issued by the Heads of State and Government Participating in the Meeting of the North Atlantic Council in Washington DC*, NATO Press Release S-1(99) del 23 aprile 1999, punto 3.

individui dovrebbe rinvenirsi la legittimazione dell'intervento armato nell'ambito dello *jus ad bellum*[251]. La condotta svolta nell'esercizio di una presunta *responsibility to protect* nell'interesse dell'intera società internazionale dovrebbe infatti essere strettamente funzionale all'obiettivo della protezione dei civili e del mantenimento della pace internazionale[252]. La rilevanza di tale circostanza è del resto confermata dalla stessa assenza di proteste registrata in seno alla società internazionale rispetto all'intervento effettuato nel 1991 da una coalizione di Stati nel Kurdistan iracheno a protezione dei rifugiati curdi e in relazione all'intervento condotto in Liberia, a partire dal 1990, dagli Stati parti della Comunità economica degli Stati africani (ECOWAS). Tale atteggiamento troverebbe spiegazione proprio nel fine autenticamente umanitario delle indicate operazioni[253].

Dall'esame della prassi emerge tuttavia la forte discrezionalità degli Stati rispetto alle modalità del ricorso alla forza in simili contesti laddove l'azione si sia svolta al di fuori dell'alveo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Né è possibile ritenere che il Consiglio di sicurezza abbia autorizzato *ex post facto* l'intervento a guida NATO con la risoluzione n. 1244 (1999)[254], come sembra confermare la posizione di recente espressa dall'*Institut de Droit International* in relazione ad ipotesi di tal specie[255].

Le medesime questioni si potrebbero tuttavia prospettare anche in relazione ad autorizzazioni del Consiglio di sicurezza non sufficientemente precise negli obiettivi e nell'indicazione dei mezzi e metodi di combattimento ammessi[256].

---

[251] Circa l'importanza del fine perseguito nel contesto dell'intervento umanitario v., fra gli altri, J. PATTISON, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene?*, Oxford, Oxford University Press, 2010; R. FERNANDO TESON, *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*[3], New York, Transnational Publishers, 2005, p. 113 ss.

[252] Così P. DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, cit., p. 150.

[253] Così V. GRADO, *Guerre civili e terzi Stati*, cit., p. 322 ss.

[254] Cfr. UN SC Resolution, n. 1244/1999, 10 giugno 1999. In tal senso v. N. RONZITTI, *Raids aerei contro la Repubblica federale di Iugoslavia e Carta delle Nazioni Unite*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 2, p. 476 ss., 480 ss.; M. SPINEDI, *Uso della forza da parte della Nato in Jugoslavia e diritto internazionale*, in *Quaderni Forum*, 1999, III, p. 23 ss., p. 28 ss.; P. DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, cit., p. 156. Nel senso della configurabilità di un'autorizzazione successiva sembrano tuttavia esprimersi, fra gli altri, B. SIMMA, *NATO, the UN, and the Use of Force: Legal Aspects*, cit., p. 10; A. PELLET, *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, in *EJIL*, 2000, XI, 2, p. 387 ss.; R. WEDGWOOD, *Unilateral Action in the UN System*, in *EJIL*, 2000, XI, 2, p. 358 ss., p. 359.

[255] IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies*, cit., art. 13: '*L'absence de réaction du Conseil de sécurité à l'emploi de la force sans autorisation préalable, ou de sa condamnation par le Conseil, ne peut être interprétée comme une autorisation implicite ou* ex post facto. *Cela est sans préjudice du pouvoir du Conseil de sécurité d'examiner la situation et d'autoriser des opérations militaires en cours*'.

[256] La genericità delle risoluzioni di autorizzazione è messa in luce anche da G. GAJA, *Use of Force Made or Authorized by the United Nations*, in *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, a cura di C. Tomuschat, Kluwer Law International, Dordrecht, 1995, p. 42 ss., con particolare riferimento alla risoluzione

Di conseguenza, nel contesto di specifiche situazioni di 'crisi internazionale' il Consiglio di sicurezza è investito di un ruolo di cruciale importanza sia con riferimento all'individuazione delle situazioni in cui il ricorso alla forza è legittimo nel contesto dello *jus ad bellum*, sia in relazione alla possibilità di individuare peculiari limiti ulteriori all'impiego della violenza bellica ammessa nello specifico contesto conflittuale.

È auspicabile quindi che il Consiglio di sicurezza assolva pienamente il suo ruolo di primario 'gestore' dell'impiego della forza formulando specifici mandati in grado di impedire impieghi della violenza bellica più estesi[257]. Nell'ipotesi in cui, in virtù dell'esercizio del potere di veto da parte di uno dei suoi membri permanenti, il Consiglio di sicurezza non sia in grado di assumere qualsivoglia determinazione in ordine alle funzioni di mantenimento della pace assegnategli *in via principale* dalla Carta delle Nazioni Unite[258], potrebbe comunque residuare il solo ruolo suppletivo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite[259], esercitabile fra l'altro in conformità alla risoluzione *Uniting for Peace*[260]. Lo sviluppo di una regola consuetudinaria in tal senso in grado di integrare *praeter legem* la Carta delle Nazioni Unite si è oramai attestato nella prassi dell'Organizzazione[261] trovando l'avallo della stessa Corte internazionale di giustizia[262]. L'Organizzazione delle Nazioni Unite potrebbe così 'assorbire' ogni attività 'unilaterale' degli Stati a tutela di obblighi *erga omnes* operando ai sensi del capitolo VII della Carta in relazione alle situazioni rilevanti *ex* art. 39 della medesima. In tal modo si giungerebbe ad escludere la possibilità di una azione unilaterale, seppur in via

---

relativa all'intervento in Somalia. Per una critica circa la genericità della formulazione delle risoluzioni adottate in relazione alla crisi libica v. P. PICONE, *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia*, cit., p. 215, p. 218 e p. 221.

[257] In senso contrario v., fra gli altri, P. PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi* erga omnes, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, cit., p. 518 ss., p. 541; P.M. DUPUY, *Implications of the Institutionalization of International Crimes of States*, in *International Crimes of States*, a cura di H. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, Berlin, New York, 1989, p. 170 ss.; B. SIMMA, *Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses of Obligations* erga omnes*?*, in *The Future of International Law Enforcement. New Scenarios-New Law?*, a cura di J. Delbrück, Berlin, Duncker und Humblot, 1993, p. 125 ss., p. 136.

[258] L'art. 24, par. 1 della Carta statuisce: 'In order to ensue 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'.

[259] IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies*, cit., art. 7.

[260] Cfr. UN GA Resolution, n. 377 A/V, 3 novembre 1950, par. 1. Sulle circostanze dell'adozione della risoluzione e un'approfondita analisi v. diffusamente H. REICHER, *The Uniting for Peace Resolution on the Thirtieth Anniversary of its Passage*, in *Columbia JTL*, 1981, XX, 1, p. 1 ss.

[261] Sulla base di tale risoluzione l'Assemblea generale, decidendo a maggioranza qualificata, nel 1956 ha fra l'altro raccomandato la costituzione della UNEF I nel Sinai: v. UN GA Resolution, n. 998/ES-I.

[262] Cfr. ICJ, *Certain Expenses of the United Nations*, 20 luglio 1962, p. 151 ss., p. 163 ss. e ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., par. 30.

sussidiaria, di singoli Stati potenziali gestori di interessi della società internazionale ai sensi del diritto internazionale generale[263].

[263] In tal modo la facoltà di reagire 'unilateralmente' ad illeciti *erga omnes* sarebbe dunque circoscritta entro i limiti della previsione di cui all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, in ipotesi di attacco armato. Di diverso avviso P. PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi* erga omnes, cit., p. 574.

CONCLUSIONI

Dall'analisi che precede emerge che la necessità esprime un'esigenza insopprimibile dell'ordinamento internazionale contemporaneo. Seppur rigidamente regolata, essa si estrinseca in peculiari manifestazioni sia nella disciplina dello *jus ad bellum* che in quella dello *jus in bello*.

Negli stretti limiti e alle condizioni stringenti delineate dalla disciplina consuetudinaria relativa all'esimente codificata, a Stati e organizzazioni internazionali è in generale riconosciuta la possibilità di non incorrere nella responsabilità internazionale per la violazione di specifici obblighi in situazioni tali da configurare uno stato di necessità. È dunque ammessa la possibilità di valorizzare determinati interessi dei soggetti internazionali al fine di un loro bilanciamento successivo con diritti di altri soggetti, ma pur sempre nel rispetto dei parametri predeterminati nella definizione dell'esimente generale.

Tuttavia, nell'esercizio dell'autonomia ordinatoria che gli è propria[1], l'ordinamento internazionale, in considerazione del contenuto delle norme e dei valori ad esse sottesi, ritiene talora opportuno predeterminare il punto di bilanciamento degli interessi in gioco attraverso la previsione di specifiche norme primarie in qualche misura in grado di assorbire l'esigenza espressa dall'esimente generale. Tali valutazioni non sono scevre da conseguenze in relazione all'applicabilità dell'esimente generale dello stato di necessità nel contesto normativo considerato[2] nonché rispetto all'individuazione dei limiti inerenti all'esercizio delle deroghe ammesse nelle diverse ipotesi di necessità, nel rispetto del principio di proporzionalità.

La stessa invocabilità dell'esimente *generale* in qualche misura dipende dalle norme primarie; la disciplina di determinate fattispecie, infatti, indipendentemente dalla fonte consuetudinaria o pattizia, può escludere *tout court* la facoltà di invocare l'esimente. In simili ipotesi ogni bilanciamento di interessi successivo alla formazione della regola primaria deve ritenersi escluso in quanto già effettuato, una volta per tutte, al momento della redazione delle relative regole primarie, senza che possa residuare una qualche facoltà di invocare l'esimente generale, ad eccezione dei limitati fini interpretativi della regola cui l'esimente è sottesa.

Così, ad esempio, le clausole di deroga contenute nei trattati in materia di diritti umani configurano altrettante norme primarie in grado di assolvere, all'interno della cornice

[1] F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], cit., p. 16.
[2] P. PUSTORINO, *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, cit., p. 416.

regolatoria delineata dallo specifico sistema pattizio, l'esigenza di tener conto di circostanze eccezionali con le quali lo Stato può doversi confrontare[3]. I diritti sanciti in tali strumenti pattizi restano dunque esclusi da ogni possibilità di deroga al di fuori delle condizioni previste e dei meccanismi predisposti nelle relative clausole di salvaguardia, deroga o limitazione[4]. Deve pertanto escludersi la possibilità di un riferimento all'esimente generale.

Anche nel contesto del diritto internazionale umanitario, complementare e convergente rispetto alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo[5], ogni bilanciamento di interessi successivo alla formazione della regola primaria deve ritenersi escluso in virtù della specifica natura giuridica e delle peculiari funzioni riconducibili alla necessità militare[6]. Tale bilanciamento è infatti già effettuato, una volta per tutte, al momento della redazione delle relative regole primarie, senza che possa residuare una qualche facoltà circa l'invocabilità dell'esimente generale, sottesa alle norme primarie del diritto internazionale umanitario in quanto *ratio* stessa del suo regime giuridico[7].

La possibilità di ricorrere all'esimente generale dello stato di necessità nel contesto del diritto internazionale umanitario dovrebbe essere in concreto esclusa in virtù dello stesso art. 25, par. 1, lett. *b*) del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale che preclude l'operatività dell'esimente in relazione alla violazione di interessi *essenziali* della società internazionale nel suo insieme[8]. Ciò si ripercuote inevitabilmente sulla invocabilità dell'esimente in relazione alla natura *cogente* di alcuni obblighi di diritto internazionale umanitario. È evidente che nella misura in cui le regole di diritto internazionale umanitario configurino norme di *jus cogens*, la possibilità di invocazione dell'esimente generale sarebbe *tout court* esclusa, anche in forza del limite imposto dall'art. 26 del Progetto della Commissione del diritto internazionale[9]. In tali norme - ravvisabili nel nucleo comune fra *grave breaches* del diritto internazionale umanitario e diritti inderogabili nel contesto della tutela internazionale dei diritti dell'uomo - si realizza la piena convergenza fra la tutela dei diritti offerta dalle due discipline.

---

[3] V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, cit., pp. 66-67.
[4] A.L. SVENSSON-MCCARTY, *The International Law of Human Rights and State of Exception*, The Hague, Nijhoff, 1998.
[5] E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, cit., p. 473 ss.
[6] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., p. 123 ss.
[7] Così T. GAZZINI, W.G. WERNER e I.F. DEKKER, *Necessity across International Law: an Introduction*, cit., p. 9.
[8] Sulla questione v. *supra*, capitolo I, par. 5.c.
[9] Anche per tale aspetto v. *supra*, capitolo I, par. 5.c.

In generale, però, l'inapplicabilità dell'esimente in tale ambito normativo discende a nostro avviso dalla peculiare natura giuridica riconosciuta alla necessità militare[10]. Seguendo la Commissione del diritto internazionale, '*as embodied in article 25, the plea of necessity is not intended to cover conduct which is in principle regulated by the primary obligations*'[11].

Così, secondo quanto sostenuto da alcuni autori già nella prima metà del Novecento[12], lo stato di necessità non può essere invocato ogniqualvolta in occasione dell'elaborazione della norma primaria si sia già tenuto conto della situazione di necessità in cui lo Stato in causa potrebbe trovarsi[13].

In termini assoluti ciò veniva affermato con riferimento al progetto di articolo 33 relativo allo stato di necessità adottato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale nell'opinione della quale: '*the rules of humanity law relating to the conduct of military operations were adopted in full awareness of the fact that military necessity was the very criterion of the conduct. The representatives of States who formulated those rules intended, by so doing, to impose certain limits on States (…). The purpose of the humanitarian law conventions was to subordinate, in some fields, the interests of a belligerent to a higher interest*'[14].

Peraltro la necessità militare non costituisce una circostanza *speciale* di esclusione dell'illiceità non codificata nei Progetti della Commissione del diritto internazionale, strettamente inerente al diritto applicabile nei conflitti armati e in grado di operare nella sfera circoscritta dall'oggetto e dallo scopo delle convenzioni internazionali che la contemplano[15]. In tal caso, sarebbe possibile un coordinamento con l'esimente generale nel senso di una sua integrazione, in virtù del profilarsi della medesima natura giuridica e funzionale.

D'altra parte, se così non fosse, il belligerante che abbia distrutto o requisito proprietà nemiche in costanza di imperiose necessità della guerra sarebbe tenuto, ad esempio,

[10] Sulla questione v. *supra*, capitolo II, par. 2.1.
[11] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 21.
[12] J.P.A. FRANÇOIS, *Règles générales du droit de la paix*, cit., p. 183; v. anche C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, cit., pp. 74-108. In tal senso si sono successivamente espressi molti altri autori, fra cui, *ex multis*, E. DAVID, *L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité*, cit., p. 65 ss.
[13] N. TSAGOURIAS, *Necessity and the Use of Force: a Special Regime*, cit., p. 29. Ciò è generalmente ammesso in relazione alla necessità militare intesa come principio informatore del diritto internazionale umanitario nonché in relazione alla sua funzione restrittiva della forza consentita: G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, cit., p. 50, nota 14. In questo senso v. poi P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, cit., pp. 136-138; T. CHRISTAKIS, *Necessité n'à pas de loi?*, cit., p. 20; R. KOLB, *La nécessité militaire dans le droit des conflits armés*, cit., pp. 153-156 e pp. 164-166.
[14] Cfr. *Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session*, cit., par. 28.
[15] L. SBOLCI, *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, cit., p. 653 ss.

all'obbligo di versare una somma a titolo di *indennizzo* alla controparte belligerante in virtù delle conseguenze pregiudizievoli patite dai cittadini di quest'ultima. Non v'è infatti motivo per escludere l'applicabilità della disciplina generale dettata dall'art. 27 del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati in relazione ad eventuali cause speciali di esclusione dell'illecito delineate dal diritto internazionale generale o pattizio. La prassi degli Stati va tuttavia nel senso di non riconoscere alcun indennizzo in ipotesi, ad esempio, di distruzione della proprietà privata individuale da parte delle forze della Potenza belligerante nemica in costanza di imperiose necessità militari. Ciò discende dalla conformità della condotta posta in essere a quella imposta dalla norma primaria nell'ambito dello *jus in bello* ovvero, nell'esempio sopra riportato, all'art. 23, lett. *g*) del Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja del 1899 sulle leggi e consuetudini della guerra terrestre e all'omologo articolo del Regolamento annesso alla corrispondente Convenzione de L'Aja del 1907. Inoltre, anche laddove l'indennizo sia riconosciuto, è la norma primaria stessa a prevederlo quale requisito di legittimità dell'azione[16].

La necessità militare è piuttosto un elemento costitutivo delle norme primarie di fonte consuetudinaria e convenzionale del diritto internazionale umanitario[17] il cui fondamento giuridico è rinvenibile nella norma primaria relativa alla violenza bellica consentita nel contesto di un conflitto armato. In questo senso, fra l'altro, si è espressa la Commissione del diritto internazionale laddove fa riferimento alle '*rules relating to (…) the question of* '*military necessity*' *(…)*' attribuendo loro natura giuridica di '*primary obligations*' e avvicinandole a quelle relative all'uso della forza e, in particolare, all'intervento umanitario.

La stessa interpretazione letterale e in termini restrittivi dell'art. 25, par. 2, lett. *a*) del Progetto del 2001, come si è detto, limita l'invocabilità dell'esimente in ipotesi di esclusione convenzionale, esplicita o implicita, della necessità[18]. Come osservato dalla Commissione del dirito internazionale, '*certain humanitarian conventions applicable to armed conflict expressly exclude reliance on military necessity*'[19]. Se è vero che tale circostanza non accomuna l'intero *corpus* normativo in considerazione, l'indisponibilità dell'esimente generale, anche laddove la norma primaria preveda circostanze eccezionali di necessità, in

[16] Così, ad esempio, l'art. 52 della IV Convenzione de L'Aja del 1907: v. *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, cit., par. 32.
[17] T. GAZZINI, W.G. WERNER e I.F. DEKKER, *Necessity across International Law: an Introduction*, cit., p. 8.
[18] V. *supra*, capitolo I, par. 4.4.b.

simili ipotesi consegue dall'oggetto e dallo scopo delle regole in questione che '*are intended to apply in abnormal situations of peril for the responsible State and plainly engage its essential interests*'[20]. Infatti, la regolamentazione giuridica dell'impiego della forza militare nell'ambito dello *jus in bello* è governata proprio dal concetto di necessità militare: ciò attribuisce al suo regime giuridico un carattere peculiare[21]. La necessità, declinata nel principio di necessità militare e bilanciata con i fondamentali principi di umanità, costituisce il fondamento delle regole che disciplinano i conflitti armati[22].

D'altra parte, le argomentazioni addotte dagli Stati al fine di sfuggire alla responsabilità internazionale che scaturisce dalla violazione di obblighi di diritto internazionale umanitario non si fondano sull'invocazione dello stato di necessità ma piuttosto sulla negazione *tout cout* dei fatti contestati o, ancora, su una interpretazione e applicazione delle regole sostanziali avulsa dal contesto in cui le stesse sono inserite[23].

Inoltre, seguendo la Commissione del diritto internazionale, '*while considerations akin to those underlying article 25 may have a role, they are taken into account in the context of the formulation and interpretation of the primary obligations*'[24]. Al di là di tale funzione interpretativa svolta dall'esimente generale in conformità con la previsione di cui all'art. 31, par. 3, lett. *c*) della Convenzione di Vienna[25], l'esimente *generale* non sembra giocare un qualche ruolo né nell'ambito delle norme primarie relative allo *jus in bello* né nel contesto delle regole relative allo *jus ad bellum*[26].

---

[19] V. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub. art. 25, par. 19; cfr. poi S. BOELAERT-SUOMINEN, *Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare*, cit., p. 301.

[20] V. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 19 e par. 21; cfr. poi J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, cit., p. 185; J.J.A. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, cit., p. 261; H. MCCOUBREY, *The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity*, cit., p. 216 ss.; S. BOELAERT-SUOMINEN, *Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare*, cit., p. 301.

[21] Così T. GAZZINI, W.G. WERNER e I.F. DEKKER, *Necessity across International Law: an Introduction*, cit., p. 9.

[22] J. GARDAM, *Necessity and Proportionality in* jus ad bellum *and* jus in bello, cit., p. 276.

[23] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo II, par. 2.2.

[24] Cfr. *ILC Commentary*, 2001, cit., sub art. 25, par. 21.

[25] *Ibidem*. V. in tal senso D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 207; C. DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, cit., p. 74; N.C.H. DUNBAR, *Military Necessity in War Crimes Trials*, cit., p. 442; C. GREENWOOD, *Historical Development and Legal Basis*, cit., pp. 30-33; Y. DINSTEIN, '*Military Necessity*', cit., pp. 395-397. Sul punto v. *amplius*, supra, capitolo I, par. 2.4.b.

[26] Sulla questione v. *supra*, capitolo III, par. 4.

Esclusa la possibilità di un riferimento all'esimente generale nel contesto del diritto internazionale umanitario, l'unico bilanciamento di interessi successivo alla redazione delle sue regole risiede nella valorizzazione dell'elemento della proporzionalità.

Il principio di proporzionalità è strettamente connesso alla necessità nell'intero ordinamento internazionale[27]. Così, ad esempio, nel contesto della tutela internazionale dei diritti dell'uomo la proporzionalità viene in gioco al fine di valutare la legittimità delle misure di deroga o di limitazione di alcuni diritti sanciti dai relativi strumenti internazionali adottate dagli Stati per far fronte a determinate situazioni eccezionali. Nell'ambito del diritto internazionale umanitario la regola di proporzionalità svolge una duplice funzione: informa il contenuto positivo e l'applicazione concreta di molte sue regole e viene in gioco nell'operatività delle clausole di deroga che prevedono circostanze di necessità militare[28]. La proporzionalità guida infatti l'operatore e l'interprete nella valutazione del grado di 'elasticità' della norma in costanza delle diverse gradazioni di necessità militare che esprimono l'esatto punto di bilanciamento fra le esigenze in gioco.

Le valutazioni svolte circa la natura e il fondamento giuridico della necessità militare impongono di considerare, in questa specifica prospettiva, l'interrelazione fra la disciplina dello *jus ad bellum* e quella relativa allo *jus in bello*. In particolare, il titolo giuridico in base al quale l'azione può ritenersi legittima nell'ambito dello *jus ad bellum* sembra potenzialmente in grado di condizionare l'ampiezza della necessità militare nell'ambito dello *jus in bello* in relazione ai mezzi e ai metodi di combattimento consentiti nonché con riferimento alle specifiche esigenze di tutela delle persone. Al riguardo, la configurabilità di impieghi della forza non uniformi nel *quantum* della violenza bellica dispiegata, ma pur sempre legittimi in virtù di titoli giuridici differenziati nell'ambito dello *jus ad bellum*, non sembra passibile di estendere la rilevanza della necessità militare; può tuttavia giocare un ruolo al limitato fine di restringere ulteriormente l'impiego della forza ammessa nel contesto dello *jus in bello*.

D'altra parte, è difficile interpretare il giudizio di *non liquet* espresso dalla Corte internazionale di giustizia nel parere reso sulla questione delle armi nucleari nel senso di una estensione dell'ampiezza della necessità militare in ipotesi di '*extreme self-defence*' in cui è in gioco la stessa 'conservazione' dello Stato aggredito. Ne fa ostacolo lo stesso principio di uguaglianza fra belligeranti che, in concreto, non sembra indebolito dalle valutazioni espresse

[27] V., in generale, E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 1 ss.

dalla Corte[29]. Il principio in questione ha anzi trovato in tale occasione una chiara e autorevole affermazione per via giurisprudenziale proprio laddove la Corte afferma la necessità che ogni azione difensiva legittima soddisfi contestualmente sia i requisiti dello *jus ad bellum* che le condizioni previste dallo *jus in bello*[30].

Corrobora tale ricostruzione il recente Progetto di articoli elaborato dalla Commissione del diritto internazionale in relazione agli effetti dei conflitti armati sui trattati[31] in cui si esclude espressamente che lo Stato aggredito possa sospendere l'operatività di trattati di diritto internazionale umanitario per ragioni di legittima difesa[32].

Il titolo giustificativo dell'uso della forza non sembra quindi incidere sulla necessità militare provocando una dilatazione della sua ampiezza. Al contrario, il ruolo della necessità militare potrebbe risultare in concreto di molto compresso in virtù della specifica determinazione assunta dal Consiglio di sicurezza, in virtù del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, di autorizzare il ricorso alla forza.

Così, ad esempio, laddove il Consiglio di sicurezza non si limiti ad adottare una generica autorizzazione all'impiego della forza da parte degli Stati ma definisca in modo più o meno stringente i limiti e le modalità di impiego della stessa nell'ambito dello *jus in bello*, ciò si ripercuote inevitabilmente sulla condotta delle ostilità. Del resto, tale circostanza si è evidenziata anche di recente a seguito della risoluzione n. 1973/2011 relativa al conflitto in Libia con cui il Consiglio di sicurezza autorizzava l'intervento nell'area per proteggere la popolazione civile preoccupandosi altresì di indicare gli specifici mezzi e metodi di intervento a tal fine consentiti.

In simili ipotesi, tuttavia, il titolo giustificativo dello *jus ad bellum* influenza la disciplina concreta dello *jus in bello* solo *indirettamente* in virtù del 'primato' normativo riconosciuto alle decisioni vincolanti del Consiglio di sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite[33].

Con riferimento alle azioni militari intraprese per finalità umanitarie in assenza di una autorizzazione espressa del Consiglio di sicurezza, il titolo giustificativo dell'azione non

---

[28] A. ROBERTS e R. GUELFF, *Documents on the Law of War*[2], cit., p. 5, nota 2.
[29] M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 222. Cfr. T. MERON, *Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War*, cit., p. 12; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*[2], cit., p. 156; L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'*, cit., p. 24.
[30] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo III, par. 2.
[31] *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties*, cit., art. 7 e art. 14.
[32] Sulla questione si è detto *supra*, capitolo III, par. 2.

sembra condizionare la portata degli obblighi di diritto internazionale umanitario e, in particolare, l'ampiezza della necessità militare nel contesto dello *jus in bello*. Dall'esame della prassi emerge infatti la forte discrezionalità degli Stati rispetto alle modalità del ricorso alla forza in simili contesti laddove l'azione si sia svolta al di fuori dell'alveo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. È tuttavia auspicabile che nel contesto di specifiche situazioni di 'crisi internazionale' il Consiglio di sicurezza assolva pienamente il proprio ruolo di 'gestore' dell'impiego della forza nel diritto internazionale contemporaneo formulando specifiche autorizzazioni all'impiego della forza ulteriormente limitative della violenza bellica ammessa nel contesto dello *jus in bello* in ragione delle finalità umanitarie dell'intervento armato. Tanto più che al fine di assicurare uno *standard* di condotta adeguato da parte delle forze che svolgono missioni di intervento umanitario è di fondamentale importanza sia incrementare la formazione degli operatori rispetto alle regole dello *jus in bello*[34] sia sviluppare meccanismi internazionali in grado di verificare e garantire l'adeguatezza della condotta delle forze di intervento[35]. Tale ruolo, esercitato in maniera pregnante dall'Organizzazione in relazione alla condotta di sue forze o di forze autorizzate[36], risulta in concreto più problematico in ipotesi di missioni svolte al di fuori dell'ambito delle Nazioni Unite.

In tale prospettiva la tradizionale distinzione fra *jus ad bellum* e *jus in bello* conserva la propria attualità in quanto funzionale alla corretta contestualizzazione delle problematiche connesse all'impiego della forza[37]. Le questioni relative alla legittimità del ricorso alla forza e quelle correlate all'impiego della forza bellica nel corso delle ostilità restano due profili distinti, seppur non pienamente autonomi, con la possibilità di alcune influenze per l'intera durata del conflitto. Non è però configurabile una piena permeabilità fra la disciplina dello *jus ad bellum* e quella relativa allo *jus in bello* che porti a riconsiderare il principio di uguaglianza fra belligeranti.

---

[33] Sulla questione v. *supra*, capitolo III, par. 3.

[34] Così, fra gli altri, R. MURPHY, *International Humanitarian Law Training for Multinational Peace Support Operations - Lessons from Experience*, in *IRRC*, 2000, LXXXII, n. 840, p. 593 ss.; K. DIETMAR, *Training in International Humanitarian Law*, in *RICR*, 2000, LXXXII, n. 839, p. 653 ss.

[35] V. in tal senso, D. ARCHIBUGI, *Cosmopolitan Humanitarian Intervention is Never Unilateral*, in *International Relations*, 2005, XIX, 2, p. 220 ss., p. 224.

[36] T. FARER, *Cosmopolitan Humanitarian Intervention: a Five-Part Test*, in *International Relations*, cit., p. 219. In questo senso v. poi IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies*, cit., art. 2.

[37] K. OKIMOTO, *The Distinction and Relationship between* jus ad bellum *and* jus in bello, Oxford, Hart, 2011; A. ORAKHELASHVILI, *Legal Stability and Claims of Change: the International Court's Treatment of* jus ad bellum *and* jus in bello, in *Nordic JIL*, 2006, LXXV, p. 371 ss., p. 407.

Riassunto

Il presente lavoro è teso ad analizzare la rilevanza della necessità nel contesto del diritto internazionale dei conflitti armati, chiarendone l'ampiezza e precisando le modalità concrete del suo operare nella disciplina in questione.

A tal fine l'indagine è stata in una prima fase incentrata sull'esimente generale dello stato di necessità attraverso l'analisi della prassi rilevante e dei lavori di codificazione poi sfociati nei due Progetti di articoli sulla responsabilità internazionale (di Stati ed organizzazioni) elaborati in seno alla Commissione del diritto internazionale. Si è così verificato che negli stretti limiti e alle condizioni stringenti delineate dalla disciplina consuetudinaria relativa all'esimente codificata, a Stati e organizzazioni internazionali è in generale riconosciuta la possibilità di non rispondere del mancato rispetto di specifici obblighi in situazioni tali da configurare uno stato di necessità. È dunque ammessa la possibilità di valorizzare determinati interessi internazionali facenti capo ad enti dotati di personalità giuridica internazionale al fine di un loro bilanciamento successivo con diritti di altri soggetti, ma pur sempre nel rispetto dei parametri predeterminati nella definizione dell'esimente generale.

Si è reso poi necessario un esame delle clausole di limitazione e deroga inserite nei trattati relativi alla tutela internazionale dei diritti umani che consentono di limitare l'applicazione integrale degli obblighi assunti in presenza di esigenze *lato sensu* riconducibili alla necessità. In particolare, tale indagine ha condotto ad attribuire natura giuridica di norme primarie alle clausole in questione, escludendo la possibilità di un loro coordinamento con la disciplina generale relativa all'esimente dello stato di necessità.

Nell'esercizio dell'autonomia ordinatoria che gli è propria, l'ordinamento internazionale, in considerazione del contenuto delle norme e dei valori ad esse sottesi, ritiene infatti talora opportuno predeterminare il punto di bilanciamento degli interessi in gioco attraverso la previsione di specifiche norme primarie in qualche misura in grado di assorbire l'esigenza espressa dall'esimente generale. Tali valutazioni non sono scevre da conseguenze in relazione all'applicabilità dell'esimente generale dello stato di necessità nel contesto normativo considerato nonché rispetto all'individuazione dei limiti inerenti all'esercizio delle deroghe ammesse nelle diverse ipotesi di necessità, nel rispetto del principio di proporzionalità. La stessa invocabilità dell'esimente *generale* in qualche misura dipende dalle norme primarie; la disciplina di determinate fattispecie, infatti, indipendentemente dalla fonte consuetudinaria o

pattizia, può escludere *tout court* la possibilità di invocazione dell'esimente. In simili ipotesi ogni bilanciamento di interessi successivo alla formazione della regola primaria deve ritenersi escluso in quanto già effettuato, una volta per tutte, al momento della redazione delle relative regole primarie, senza che possa residuare una qualche facoltà di invocare l'esimente generale, ad eccezione dei limitati fini interpretativi della regola cui l'esimente è sottesa.

Nel secondo capitolo del lavoro l'indagine si incentra sulla disciplina giuridica relativa alla necessità nell'ambito del diritto internazionale dei conflitti armati ed è tesa, in particolare, ad individuarne la natura giuridica, anche in virtù delle funzioni da essa svolte, con particolare attenzione al ruolo assunto dalla proporzionalità, che ad essa è strettamente connessa. Ciò consente, fra l'altro, di escludere la possibilità di ogni bilanciamento di interessi successivo alla formazione delle regole primarie nell'ambito di tale sistema normativo e, di conseguenza, anche la possibilità del riferimento all'esimente generale. Tale bilanciamento è infatti già effettuato, una volta per tutte, al momento della redazione delle relative regole primarie, senza che possa residuare una qualche facoltà circa l'invocabilità dell'esimente generale, sottesa alle norme primarie del diritto internazionale umanitario in quanto *ratio* stessa del suo regime giuridico. Esclusa la possibilità di un riferimento all'esimente generale nel contesto del diritto internazionale umanitario, l'unico bilanciamento di interessi successivo alla redazione delle sue regole risiede nella valorizzazione dell'elemento della proporzionalità, strettamente connesso alla necessità nell'intero ordinamento internazionale. Nell'ambito del diritto internazionale umanitario la regola di proporzionalità svolge una duplice funzione: informa il contenuto positivo e l'applicazione concreta di molte sue regole e viene in gioco nell'operatività delle clausole di deroga che prevedono circostanze di necessità militare. La proporzionalità guida infatti l'operatore e l'interprete nella valutazione del grado di 'elasticità' della norma in costanza delle diverse gradazioni di necessità militare che esprimono l'esatto punto di bilanciamento fra le esigenze in gioco.

Il fondamento giuridico della necessità militare viene individuato nella norma relativa alla violenza bellica consentita nel contesto di un conflitto armato. In questo senso, fra l'altro, si esprime la Commissione del diritto internazionale nel commento all'art. 25 del Progetto di articoli del 2001 relativo alla responsabilità internazionale degli Stati laddove si riferisce alle regole relative alla necessità militare attribuendo loro natura giuridica di norme primarie ed avvicinandole a quelle relative all'uso della forza e, in particolare, all'intervento umanitario.

Le valutazioni svolte circa la natura e il fondamento giuridico della necessità militare hanno infine imposto di considerare, in questa specifica prospettiva, l'interrelazione fra *jus ad bellum* e *jus in bello*. In particolare, nell'ultimo capitolo dell'elaborato, si è verificata l'incidenza del titolo giustificativo del ricorso alla forza militare sulla rilevanza in concreto assunta dalla necessità militare nei diversi contesti in cui essa può venire in gioco nell'ambito di conflitti armati internazionali. Al riguardo, la configurabilità di impieghi della forza non uniformi nel *quantum* della violenza bellica dispiegata, ma pur sempre legittimi in virtù di titoli giuridici differenziati nell'ambito dello *jus ad bellum*, non sembra influire sull'ampiezza della necessità militare; può tuttavia giocare un ruolo al limitato fine di restringere ulteriormente l'impiego della forza ammessa nel contesto dello *jus in bello*.

D'altra parte, è difficile interpretare le valutazioni formulate dalla Corte internazionale di giustizia nel parere reso sulla questione delle armi nucleari nel senso di una estensione dell'ampiezza della necessità militare in ipotesi di '*extreme self-defence*' in cui è in gioco la stessa 'conservazione' dello Stato aggredito. Lo impedisce, fra l'altro, il principio di uguaglianza fra belligeranti che, in concreto, non sembra aver subito un reale *vulnus* ad opera della Corte. Anzi, il principio secondo cui il diritto internazionale umanitario deve essere rispettato allo stesso modo da tutte le parti coinvolte nel conflitto, senza considerazione alcuna per la *causa belli* ha forse trovato in tale occasione una chiara affermazione per via giurisprudenziale proprio nella parte in cui la Corte afferma la necessità che ogni azione difensiva legittima soddisfi contestualmente sia i requisiti dello *jus ad bellum* che le condizioni previste dallo *jus in bello*.

Il titolo giustificativo dell'uso della forza non sembra quindi incidere sulla necessità militare provocando una dilatazione della sua ampiezza. Al contrario, la necessità militare potrebbe risultare in concreto di molto compressa in virtù della specifica determinazione assunta dal Consiglio di sicurezza in virtù del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

Così, ad esempio, laddove il Consiglio di sicurezza non si limiti ad adottare una generica autorizzazione all'impiego della forza da parte degli Stati ma definisca in modo più o meno stringente i limiti e le modalità di impiego della stessa nell'ambito dello *jus in bello*, ciò si ripercuote inevitabilmente sulla condotta delle ostilità. In simili ipotesi, tuttavia, il titolo giustificativo dello *jus ad bellum* influenza la disciplina concreta dello *jus in bello* solo *indirettamente* in virtù del 'primato' normativo riconosciuto alle decisioni vincolanti del Consiglio di sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

Con riferimento alle azioni militari intraprese per finalità ‘umanitarie’ in assenza di una autorizzazione espressa del Consiglio di sicurezza, il titolo giustificativo dell’azione non sembra condizionare la portata degli obblighi di diritto internazionale umanitario e, in particolare, l’ampiezza della necessità militare nel contesto dello *jus in bello*. Dall’esame della prassi emerge infatti la forte discrezionalità degli Stati rispetto alle modalità del ricorso alla forza in simili contesti laddove l’azione si sia svolta al di fuori dell’alveo dell’Organizzazione delle Nazioni Unite.

In tale prospettiva la tradizionale distinzione fra *jus ad bellum* e *jus in bello* conserva la propria attualità in quanto funzionale alla corretta contestualizzazione delle problematiche connesse all’impiego della forza. Le questioni relative alla legittimità del ricorso alla forza e quelle correlate all’impiego della forza bellica nel corso delle ostilità restano due profili distinti, seppur non pienamente autonomi, con la possibilità di alcune influenze per l’intera durata del conflitto. Non è però configurabile una piena permeabilità fra la disciplina dello *jus ad bellum* e quella relativa allo *jus in bello*, che porti a riconsiderare il principio di uguaglianza fra belligeranti.

Summary

The present research aims to analyse the relevance of necessity in the context of international law of armed conflicts, clarifying its scope and the way in which it operates in this field of international law.

The first part of the work focuses on necessity as a circumstance precluding wrongfulness, by analysing the relevant international practice and the codification work by the International Law Commission that led to the adoption of the 2001 Draft Articles on State Responsibility and of the 2011 Draft Articles on Responsibility of International Organizations. States and international organizations generally have the possibility to invoke necessity as a circumstance precluding wrongfulness of acts that would otherwise give rise to international responsibility, under the stringent conditions set forth by customary international law. Thus, some interests of international legal persons can be protected and upheld in the balance against the rights of others, when complying with the predefined paramaters of the general justification clause.

Limitation clauses and derogations provided by human rights treaties that enable to limit the complete application of obligations assumed because of some exigences *lato sensu* linked to necessity are specifically taken into account. This part of the research led to qualify these clauses as primary rules of international law, therefore excluding the possibility of invoking, alongside them, also the plea of necessity.

When situations of necessity arise International Law, being an autonomous legal order, sometimes predefines the precise balance between the interests at stake by developing specific primary rules that absorb the need expressed by the general justification clause. This is not without consequences on the possibility of invoking necessity as a circumstance precluding wrongfulness in the specific context which is here considered. The possibility to rely on the plea of necessity under general international law depends, to some extent, on primary obligations which may, in fact, exclude such a possibility as Article 25, paragraph 2, *a*) of both 2001 and 2011 Draft Articles states. According to the author, in particular, States Parties are prevented from invoking a state of necessity in order to justify the violation of a human right enshrined in a treaty which provides for a derogation clause. When such a clause exists, the balance between individual interests and States needs is already struck by the primary

rule, and the secondary rule codified by Article 25 of the 2001 Draft can only play a limited interpretative role.

Chapter II focuses on the legal rules pertaining to military necessity in the context of international law of armed conflicts; in particular, the research aims to detect the function and nature of military necessity, by paying specific attention to the role assumed by the proportionality principle. International humanitarian law is complementary to international human rights law; it is contended that, also in that context, whenever situations of necessity arise the appropriate balance of interests is set once for all by the relevant primary rules, without the possibility of further invoking a state of necessity under general international law. Beyond that, any further balance of interests can be pursued only in assessing proportionality of a military action.

It should be recalled, in this regard, that proportionality is strictly connected to necessity in every area of international law. In international humanitarian law, proportionality performs a double function: it influences the content and the concrete application of most of its rules and it plays a role in the context of derogation clauses providing for military necessity clauses. The proportionality principle is a guideline in interpreting and applying those clauses, which allow for various degrees of military necessity to be taken into account, thus expressing the exact point of balance between different and opposing needs.

In its commentary to Article 25 of the 2001 Draft articles concerning State responsibility for internationally wrongful acts, the International Law Commission qualifies rules concerning military necessity as primary rules, assimilating them to rules relating to the use of force and, in particular, to the rule concerning humanitarian intervention. The legal basis of military necessity can actually be identified in the primary rule concerning the use of military force in the context of an armed conflict.

The conclusions reached as regards the nature and legal basis of military necessity bring the author to analyse, in this specific perspective, the interrelation between *jus ad bellum* and *jus in bello*. The last Chapter of the thesis verifies if and how the legal basis for the use of force in specific situations may influence the scope and relevance of military necessity. Different legal titles in the context of *jus ad bellum* do not seem to allow for broadening the scope of military necessity; they may however restrict further the use of force admitted in the context of *jus in bello*.

In the author's opinion, the *non liquet* contained in the 1996 ICJ advisory opinion on *Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons* may not lead to stretch the role of military necessity in cases of '*extreme self-defence*' in which the very 'survival' of the State subjected to an armed attack is in danger. This would be contrary to the principle of equality between belligerents, which does not seem to have been seriously cast in doubt by the Court. On the contrary, that principle was specifically reaffirmed when the Court held that every action in self-defence should satisfy, at the same time both *jus ad bellum* and *jus in bello* requirements.

Military necessity may suffer specific limitations whenever the the Security Council so decides under Chapter VII of the United Nation Charter. In such cases, however, the justification of recourse to force within *jus ad bellum* only *indirectly* influences the *jus in bello* legal framework by virtue of the 'primacy' recognized to Security Council's binding decisions.

As regards military intervention undertaken for humanitarian purposes without an express authorization by the Security Council, the title that may justify such action does not seem to modify IHL obligations and, in particular, the scope of military necessity in the context of *jus in bello*. In fact States' practice highlights their wide discretion concerning the choice of modalities of warfare when military action is carried outside the context of the United Nations Organization.

Although the legitimacy of resort to force, on one hand, and modalities of the use of force in the context of an armed conflict, on the other hand, are - to a certain extent - interdependent and may influence each other during the conflict, the traditional distinction between *jus ad bellum* and *jus in bello* still holds true, and the principle of equality between belligerent is still to be considered one of the pillars of the law of armed conflict.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE

Sentenze

Payement of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Kingdom of the Serbs, Croates and Slovenes), 12 luglio 1929, in *PCIJ Publications*, 1929, Series A/B, n. 20;

Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium), 12 dicembre 1934, in *PCIJ Publications*, 1934, Series A/B, n. 63;

Société Commerciale de Belgique (Belgium v. Greece), 15 giugno 1939, in *PCIJ Publications*, 1939, Series A/B, n. 78, e Serie C, n. 87.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Sentenze

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania),(Merits), 9 aprile 1949, in *ICJ Reports*, 1949, p. 4 ss.;

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), (Second Phase), (Preliminary Objections), 24 luglio 1964, in *ICJ Reports*, 1964, p. 6 ss.;

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (New Application: 1962), (Belgium v. Spain), (Second Phase), (Merits), 5 febbraio 1970, in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss.;

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), (Jurisdiction), 2 febbraio 1973, in *ICJ Reports*, 1973, p. 3 ss.;

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), (Merits), 25 luglio 1974, in *ICJ Reports*, 1974, p. 175 ss.;

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), (Merits), 25 luglio 1974, in *ICJ Reports*, 1974, p. 175 ss.;

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), 24 maggio 1980, in *ICJ Reports*, 1980, p. 3 ss.;

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Jurisdiction and Admissibility), 26 novembre 1984, in *ICJ Reports*, 1984, p. 392 ss.;

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Merits), 27 giugno 1986, in *ICJ Reports*, 1986, p. 14 ss.;

Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), 3 febbraio 1994, in *ICJ Reports*, 1994, p. 6 ss.;

East Timor (Portugal v. Australia), 30 giugno 1995, in *ICJ Reports*,1995, p. 90 ss.;

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), (Preliminary Objections), 11 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 595 ss.;

Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), (Preliminary Objection), 12 dicembre 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 803 ss.;

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, p. 7 ss.;

Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), (Jurisdiction), 4 dicembre 1998 , in *ICJ Rep*ort, 1998, p. 432 ss.;

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), (Request for Provisional Measures), 2 giugno 1999, in *ICJ Reports*, 1999, p. 124 ss.;

Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), (Preliminary Objections), 3 febbraio 2003, in *ICJ Reports*, 2003, p. 7 ss.;

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Italy), (Preliminary Objections), 15 dicembre 2004, in *ICJ Reports*, 2004, p. 865 ss.;

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), (Preliminary Objections), 15 dicembre 2004, in *ICJ Reports*, 2004. p. 279 ss.;

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 dicembre 2005, in *ICJ Reports*, 2005, p. 168 ss.;

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), (Jurisdiction and Admissibility), 3 febbraio 2006, in *ICJ Reports*, 2006, p. 6 ss.;

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), (Merits), 26 febbraio 2007, in *ICJ Reports*, 2007, p. 2 ss.

Pareri

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 11 aprile 1949, in *ICJ Reports*, 1949, p. 174 ss.;

Interpretation of Peace Treaties (Second Phase), 18 luglio 1950, in *ICJ Reports*, 1950, p. 221 ss.;

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 28 maggio 1951, in *ICJ Reports*, 1951, p. 15 ss.;

Certain Expenses of the United Nations, 20 luglio 1962, in *ICJ Reports*, 1962, p. 151 ss.;

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, 21 giugno 1971, in *ICJ Reports*, 1971, p. 16 ss.;

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, 8 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 66 ss.;

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 226 ss.;

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 luglio 2004, in *ICJ Reports*, 2004, p. 136 ss.

Ordinanze

South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa and Liberia v. South Africa), (Preliminary Objections), 21 dicembre 1962, in *ICJ Report*, 1962, p. 319 ss.;

South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa and Liberia v. South Africa), (Second Phase), (Merits), 18 luglio 1966, in *ICJ Report*, 1966, p. 6 ss.;

Fisheries Juridiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), (Request for Provisional Measures), 17 agosto 1972, in *ICJ Reports*, 1972, p. 12 ss.;

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (Request for Provisional Measures), 10 maggio 1984, in *ICJ Reports*, 1984, p. 169 ss.;

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), (Request for Provisional Measures), 14 aprile 1992, in *ICJ Reports*, 1992, p. 114 ss.;

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), (Request for Provisional Measures), 14 aprile 1992, in *ICJ Reports*, 1992, p. 3 ss.;

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), (Request for Provisional Measures), 8 aprile 1993, in *ICJ Reports*, 1993, p. 3 ss.;

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), (Counter-Claims), 17 dicembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, p. 3 ss.;

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United Kingdom), (Provisional Measures), 2 giugno 1999, in *ICJ Report*, p. 826 ss.;

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 29 novembre 2001, in *ICJ Reports*, 2001, p. 600 ss.;

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), 10 luglio 2002, in *ICJ Reports*, p. 219 ss.;

Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russia Federation), (Request for Provisional Measures), 15 ottobre 2008, in *ICJ Report*, 2008, p. 353 ss.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Spa Ferriera Valsabbia and others v. Commission, case n. 154/78, 18 marzo 1980, in *ECR* 1980, p. 1023 ss.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Reperibili all'indirizzo: http://cmiskp.echr.coe.int

Lawless (Lawless v. Ireland), (n. 3), (Merits), (ric. n. 332/57), 1° luglio 1961;

Affaire grecque (Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v. Greece), (Admissibility), (ricc. nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3324/67), 24 gennaio 1968;

Ireland v. The United Kingdom (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 5310/71), 18 gennaio 1978;

Drozd (Drozd and Janousek v. France and Spain), (Merits), (ric. n. 12747/87), 26 giugno 1992;

Funke (Funke v. France), (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 10828), 25 febbraio 1993;

Brannigan (Brannigan and McBride v. United Kingdom), (Merits), (ricc. nn.14553/89 e 14554/89), 26 maggio 1993;

Loizidou (Loizidou v. Turkey), (Preliminary Objections), (ric. n. 15318/89), 23 marzo 1995;

Aksoy (Aksoy v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 21987/93), 18 dicembre 1996;

Loizidou (Loizidou v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 15318/89), 18 dicembre 1996;

Sakik (Sakik and others v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction), (ric. da n. 23878/94 a 23883/94), 26 novembre 1997;

Socialist Party (Socialist Party and others v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 21237/93), 25 maggio 1998;

Ergi (Ergi v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 23818/94), 28 luglio 1998;

Cyprus v. Turkey (Merits), (ric. n. 25781/94), 10 maggio 2001;

Al-Adsani (Al-Adsani v. United Kingdom), (Merits), (ric. n. 35763/97), 21 novembre 2001;

Banković (Banković and others v. Belgium), (Grand Chamber), (Admissibility), (ric. n. 52207/99), 12 dicembre 2001;

Elci (Elci and Others v. Turkey), (Merits and Just Satisfaction), (ricc. nn. 23145/93 e 25091/94), 13 novembre 2003;

Isayeva (Isayeva, Yusupova e Bazayeva v. Russia), (Merits and Just Satisfaction), (ricc. nn. 57947/00, 57948/00 e 57949/00), 24 febbraio 2005;

Isayeva v. Russia (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 57950/00), 24 febbraio 2005;

Bosphorus (Bosphorus v. Ireland), (Merits), (ric. n. 45036/98), Grande Camera, 30 giugno 2005;

Behrami (Behrami and Behrami v. France e *Saramati v. France, Germany and Norway), (Decision)*, (ricc. nn. 71412/01 e 78166/01), 31 maggio 2007;

Beric (Beric and others v. Bosnia and Herzegovina), (ricc. nn. 36357/04, 36360/04, 38346/04), 16 ottobre 2007;

Kononov (Kononov v. Latvia), (Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 36376/04), 24 luglio 2008;

Kononov (Kononov v. Latvia), (Grand Chamber), (*Merits and Just Satisfaction)*, (ric. n. 36376/04), 17 maggio 2010;

Al-Jedda (Al-Jedda v. The United Kingdom), (Grand Chamber),(Merits and Just Satisfaction), (ric. n. 27021/08), 7 luglio 2011.

CORTE INTER-AMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Reperibili all'indirizzo: www.corteidh.or.cr.

Sentenze

Las Palmeras v. Colombia (Excepciones Preliminares), 4 febbraio 2000, Serie C, n. 67;

Bámaca Velásquez v. Guatemala (Fondo), 25 novembre 2000, Serie C, n. 70;

Las Palmeras v. Colombia (Fondo), 6 dicembre 2001, Serie C, n. 90;

19 Comerciantes v. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), 5 luglio 2004, Serie C, n. 109;

Los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), 8 luglio 2004, Serie C, n. 110;

Las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador (Excepciones Preliminares), 23 novembre 2004, Serie C, n. 118;

Las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas), 1° marzo 2005, Serie C, n. 120;

La Comunidad Moiwana v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 15 giugno 2005, Serie C, n. 124;

La Masacre de Mapiripán v. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), 15 settembre 2005, Serie C, n. 134;

Goiburú y otros v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 settembre 2006, Serie C, n. 153;

Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros v. Perú (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 24 novembre 2006, Serie C, n. 158.

Pareri

El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, OC-8/87, 30 gennaio 1987, Serie A, n. 8;

G*arantías Judiciales en Estados de Emergencia, OC-9/87*, 6 ottobre 1987, Serie A, n. 9.

COMMISSIONE INTER-AMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Reperibili all'indirizzo: www.corteidh.or.cr.

Caso La Tablada (Juan Carlos Abella v. Argentina), 18 novembre 1997, *Report* n. 55/97, case n. 11.137.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

Reperibili all'indirizzo: http://world-bank.org/icsid

LG&E (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic), 13 novembre 2002, ICSID case n. ARB/02/1;

CMS Gas Transmission Company (CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic), 12 maggio 2005, ICSID case n. ARB/01/8;

Enron Corporation and Ponderosa Assets LP (Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. Argentine), 4 giugno 2007, ICSID case ARB/01/3.

TRIBUNALE INTERNAZIONALE PER IL DIRITTO DEL MARE (ITLOS)

Reperibili all'indirizzo: http://www.itlos.org

The M.V Saiga case n. 2 (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), (Admissibility and Merits), 1° luglio 1999, in *ILR*, 1999, vol. 120, p. 143 ss.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO

Reperibili all'indirizzo: http://www.ilo.org

T.O.R.N. v. the European Organization for Nuclear Research (CERN), case n. 2183, 3 febbraio 2003.

TRIBUNALI ARBITRALI

Anglo-Portuguese Dispute, 1832 in *International Law Opinions*, II, a cura di A.D. McNair, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 232 ss.;

Caroline case, 1837, in *International Law Opinions*, II, a cura di A.D. McNair, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 22 ss.;

The Neptune case, in *International Adjudications*: *Ancient and modern history and documents together with mediatoral reports, advisory opinions and decisions of domestic commissions on international claims*, a cura di J.B. Moore, New York, Oxford University Press, 1929, p. 398 e 399;

Pacific Fur Seals Arbitration (United States v. Canada), 1893, in *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, I, a cura di J. B. Moore, Washington, DC, 1898, p. 755 ss.;

Company General of the Orinoco case *(France v. Venezuela)*, French-Venezuelan Mixed Claims Commission,1902, in *UNRIAA*, vol. X, p. 184 ss.;

French Company of Venezuela Railroads case *(France v. Venezuela)*, French-Venezuelan Mixed Claims Commission, 1902, in *UNRIAA*, vol. X, p. 285 ss.;

Russian Indemnity case (Russia v. Turkey), 11 novembre 1912, in *UNRIAA*, 1912, vol. XI, p. 421 ss.;

The Creole case (Great Britain v. United States), in *Recueil des arbitrages internationaux*[2], a cura di A.G. Lapradelle e N. Politis, Paris, Pedone, 1924 , p. 705 ss.;

Properties of the Bulgarian minorities in Greece, in *Report of the Commission of Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgaria and Greece*, League of Nations, Official Journal, 7th year, n. 2, 1926, annex 815;

Air Services Agreement Case (United States v. France), in *UNRIAA*, 1978, vol. XVIII, p. 443 ss.;

Guinea-Bissau v. Senegal, 31 luglio 1989, in *UNRIAA*, vol. XX, p. 119 ss.;

Rainbow Warrior case (New Zealand v. France), 30 aprile 1990, in *UNRIAA*, 1990, vol. XX, p. 215 ss.;

Rainbow Warrior case (New Zealand v. France), 30 aprile 1990, in *UNRIAA*, 1990, vol. XX, p. 215 ss.;

The Arbitral Award on British Claims in the Spanish Zone of Morocco, in *UNRIAA*, 1925, vol. II, p. 645 ss.;

Lybian Arab Foreign Investment Company (*Lybian Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi*), 1994, in *ILR*, 1994, vol XCVI, p. 279 ss.;

Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 1° luglio 2003;

Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claims 4, 1° luglio 2003;

Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5, 17 dicembre 2004;

Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 dicembre 2004.

TRIBUNALI MILITARI SPECIALI

Tribunale militare statunitense di Norimberga, *The Hostages case* (*in re List and others),* 19 febbraio 1948, in *Digest of International Law*, a cura di P. Whiteman, Washington, 1968, p. 386 ss.;

Tribunale militare statunitense di Norimberga (*in re Krupp and others*), 31 luglio 1948, in *Digest of International Law*, a cura di P. Whiteman, Washington, 1968, p. 302 ss.;

Tribunale penale speciale de L'Aja (*in re Rauter),* 4 maggio 1948, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, a cura di H. Lauterpacht, 1949, p. 533 ss.;

Tribunale militare statunitense di Norimberga (*In re Weizsaecker and others), (Ministries Trial),* 14 aprile 1949, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, a cura di H. Lauterpacht, 1949, p. 349 ss.;

Tribunale militare britannico di Amburgo (*United Kingdom v. von Lewinski, called von Manstein)*, 19 dicembre 1949, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, a cura di H. Lauterpacht, 1949, vol. XVI, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 509 ss.

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER L'*EX*-IUGOSLAVIA (ICTY)

Reperibili all'indirizzo: http://www.icty.org

The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Chamber, *(Jurisdiction)*, case n. IT-94-1, 2 ottobre 1995;

The Prosecutor v. Dusko Tadić, Trial Chamber II, case n. IT-94-1, 14 luglio 1997;

The Prosecutor v. Furundzija, Trial Chamber II, case IT-95-17/1, 10 dicembre 1998;

The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Chamber, *(Merits)*, case n. IT-94-1, 15 luglio 1999;

The Prosecutor v. Zoran Kupreskić and others, Trial Chamber II, case n. IT-95-16-T, 14 gennaio 2000;

The Prosecutor v. Darjo Kordić e Mario Čerkez, Trial Chamber III, case IT-95-14/2, 26 febbraio 2001;

The Prosecutor v. Galić, Trial Chamber I, case n. IT-98-29, 5 dicembre 2003.

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER IL RUANDA (ICTR)

Reperibili all'indirizzo: http://www.ictr.org.

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Appeals Chamber, ICTR-96-4, 1 giugno 2001.

TRIBUNALI INTERNI

Corte distrettuale di Tokyo, (*Shimoda)*, 7 dicembre 1963, in *Japanese AIL*, 1964, VIII, p. 241 ss.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE ED OPERE COLLETTANEE

ABI-SAAB G., *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, Giuffré, 1987, p. 59 ss.;

ABI-SAAB R., *Human Rights and Humanitarian Law in International Conflicts*, in *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, a cura di D. Warner, The Hague, Boston, London, Nijhoff, 1997, p. 107 ss.;

ABI-SAAB R., *The Implementation of Humanitarian Law*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflicts*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, 1979, p. 310 ss.;

AGO R., *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati.*, Napoli, Jovene, 1986;

ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, III, Roma, Athenaeum, 1915;

ARRIGO G., *Il diritto umanitario. Al di là della soglia dei conflitti armati*, Roma, Gangemi, 1992;

AUST A., *Modern Treaty Law and Practice*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2007;

BACK IMPALLOMENI E., *Il principio* rebus sic stantibus *nella convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Milano, Giuffrè, 1974;

BADIE B., *Un monde sans souveraineté, les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999;

BALLADORE PALLIERI G., *Diritto bellico*[2], Padova, Cedam, 1954;

BANNELIER K., *L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la seconde guerre mondiale*, in *La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2007;

BARBOZA J., *Necessity (Revisited) in International Law*, in *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, a cura di J. Makarczyk, The Hague, Boston, Lancaster, Nijhoff, 1984, p. 27 ss.;

BASSIOUNI M.C., *Les états d'urgence et d'exception: les violations des droits de l'homme et l'impunité sous couvert du droit*, in *Droits intangibles et états d'exception*, a cura di D. Prémont, C. Stenersen, I. Oseredczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 107 ss.;

BENVENUTI P., *Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario*, in *Comando e controllo nelle forze di pace e nelle coalizioni militari*, a cura di N. Ronzitti, Istituto affari internazionali, Roma, Franco Angeli, 1999, p. 222 ss.;

BENVENUTI P., *Il ritardo della legislazione italiana nell'adeguamento al diritto internazionale umanitario, con particolare riferimento alla disciplina dei conflitti armati non internazionali*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, a cura di P. Lamberti Zanardi, Milano, Giuffrè, 1998, p. 107 ss.;

BENVENUTI P., *La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 171 ss.;

BENVENUTI P., *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 107 ss.;

BENVENUTI P., *The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of United Nations Peace-Keeping Operations*, in *Law in Humanitarian Crisis*, Bruxelles, European Commission, 1995, p. 83 ss.;

BERNHARDT R., *Article 103*, in *The Charter of the United Nations: a Commentary*[3], a cura di B. Simma, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1295 ss.;

BEST G., *War and law since 1945*[2], Oxford, Claredon Press, 1997;

BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2003;

BESTAGNO F., *Le clausole di salvaguardia economica nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1998;

BINDER C., *Changed Circumstances in International Investment Law: Interfaces between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis*, in *International Investment Law in the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, a cura di C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, Oxford, Oxford University Press, p. 608 ss.;

BINDSCHEDLER-ROBERT D., *A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts*, in *Conference on Contemporary Problems of International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1971;

BJORKLUND A.K., *Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: the State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di P.T. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 495 ss.;

BLISHCHENKO I.P., *Judicial Decisions as Source of International Humanitarian Law*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, 1979, p. 41 ss.;

BLISHCHENKO I.P., *Les principes du droit international humanitaire*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, a cura di C. Swinarski, Genève, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 291 ss.;

BODANSKY D., Non liquet *and the Incompleteness of International Law*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 153 ss.;

BORSI U., *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1916;

BOTHE M. e KNITEL H.G., *Le droit de la guerre et les Nations Unies. A propos des incidents armés au Congo. Etudes et travaux de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales*, Genève, Droz, 1967;

BOTHE M., PARTSCH K.J., SOLF W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague, Boston, London, Nijhoff, 1982;

BOWETT D.W., *Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958;

BOWETT D.W., *The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad*, in *The Current Regulation of the Use of Force*, a cura di A. Cassese, Dordrecht, Nijhoff, 1986, p. 39 ss.;

BOWETT D.W., *Treaties and State Responsibility*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Melange Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 137 ss.;

BROWNLIE I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963;

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*[7], Oxford, New York, Oxford University Press, 2008;

BUGNION F., *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, CICR, 1994;

BUONOMO V., *I diritti umani nelle relazioni internazionali. La normativa e la prassi delle Nazioni Unite*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 1997;

CAHIER P., *Le changement fondamental de circonstances et la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 163 ss.;

CAMERON I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 2000;

CANÇADO TRINDADE A.A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: approximaciones y convergencias*, in *Memoria del Coloquio Internacional 'Diez Años de la Declaraciòn de Cartagena' - Declaraciòn de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994*, Institut interaméricain des droits de l'homme, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, San José de Costa Rica, UNHCR, 1995, p. 79 ss.;

CANÇADO TRINDADE A.A., *La jurisprudence de la Cour internationale de justice sur les droits intangibles*, in *Droits intangibles et états d'exception*, a cura di D. Prémont, C. Stenersen, I. Oseredczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 54 ss.;

CANNIZZARO E., *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000;

CANSACCHI G., *Nozioni di diritto internazionale bellico*[4], Torino, Giappichelli, 1963;

CASSELLA S., *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Nijhoff, 2011;

CASSESE A., *A Tentative Appraisal of the Old and the New Humanitarian Law of Armed Conflict*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, 1979;

CASSESE A., *I diritti umani oggi*[4], Roma, Laterza, 2009;

CASSESE A., *Means of Warfare: the Traditional and New Law*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, a cura di A. Cassese, Napoli, Scientifica, 1980, p. 166 ss.;

CASSESE A., *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Nijhoff, 1986;

CASSESE A., *The New Humanitarian Law of Armed Conflict. Proceedings of the 1976 and 1977 Conferences*, Napoli, Scientifica, 1980;

CASSESE A., *Violenza e diritto nell'era nucleare*, Milano, Giuffè, 1986;

CASSESE A. e GAETA P., *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2008;

CATALDI G., *Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la questione del Ruanda*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, a cura di P. Picone, Padova, Cedam, 1995, p. 445 ss.;

CATALDI G., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 753 ss.;

CAVAGLIERI A., *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1918;

CAVARRETTA G., *Lo stato di necessità nel diritto internazionale. Parte generale*, Palermo, Reber, 1910;

CHEMILLIER-GENDREAU M., *Le statut international des armes chimiques, progrès et limites*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 875 ss.;

CHESTERMAN S., *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001;

CHRISTAKIS T., *Les circonstances excluant l'illiceité: une illusion optique?*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, a cura di O. Corten, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 223 ss.;

CHRISTAKIS T., *Nécessité n'à pas de loi?*, in *La nécessité en droit international. Actes du Colloque de Grenoble*. Société Française de Droit international, Paris, Pedone, 2007;

CONCETTI G., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, Ave, 1982;

CONDORELLI L., *Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, a cura di P. Lamberti Zanardi, Milano, Giuffrè, 1998, p. 23 ss.;

CONDORELLI L., *Intervention humanitaire et/ou assistance humanitaire? Quelques certitudes et beaucoup d'interrogations*, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Nijhoff, 1995, p. 999 ss.;

CONDORELLI L., *L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire*, in *Mélanges offerts à Hubert Thierry: l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 127 ss.;

CONDORELLI L., *L'inchiesta ed il rispetto degli obblighi di diritto internazionale umanitario*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 225 ss.;

CONDORELLI L., *Le droit humanitaire dans la crise et la 'guerre' du Golfe*, in *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe. Aspects de droit international public et de droit international privé*, a cura di B. Stern, Paris, Montchrestien, 1991, p. 187 ss.;

CONDORELLI L., *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une* terra *a peu pres* incognita *pour elle*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 229 ss.;

CONDORELLI L., *Les Nations Unies et le droit international humanitaire. Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU*, Paris, Pedone, 1996;

CONDORELLI L. e BOISSON DE CHAZOURNES L., *Quelles perspectives pour la responsabilité de protéger?*, in *Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, a cura di A. Auer, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2007, p. 329 ss.;

CONDORELLI L. e BOISSON DE CHAZOURNES L., *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 17 ss.;

CONDORELLI L. e NAQVI Y., *The War against Terrorism and* jus in bello*: are the Geneva Conventions out of Date*?, in *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, a cura di A. Bianchi, Oxford, Hart, 2004, p. 25 ss.;

CONFORTI B., *Diritto internazionale*[8], Napoli, Scientifica, 2010;

COUSSIRAT-COUSTERE V., *La licéité des armes nucléaires en question*, in *Le droit international des armes nucléaires*. Société Française pour le Droit International, a cura di S. Sur, Paris, Pedone, 1998, p. 93 ss.;

CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001;

CRAWFORD J. e OLLESON S., *The Nature and Forms of International Responsibility*, in *International Law*, a cura di M.D. Evans, Oxford, Oxford University Press, 2003;

CURTI GIALDINO A., *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milano, Giuffrè, 1959;

DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*[4], Bruxelles, Bruylant, 2008;

DAVID E., *The Status of Nuclear Weapons in the Light of the Court's Opinion of July 1996*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 209 ss.;

DE ARECHAGA J., *International Responsibility*, in *Manual of Public International Law*, a cura di M. Sørensen, London, Melbourne, Toronto, New York, MacMillan, 1968, p. 531 ss.;

DE LA PRADELLE A.G., VONCKEN J. e DEHOUSSE F., *La réconstruction du droit de la guerre: analyses, documents, projets*, Bruxelles, Bruylant, 1936;

DE LA PRADELLE P., *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Paris, Les Editions Internationales, 1951;

DE SENA P., *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in *Ordine internazionale e valori etici*. VIII Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, a cura di N. Boschiero, Napoli, Scientifica, 2004, p. 195 ss.;

DE WET E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, 2004;

DE ZAYAS A.M., *La dérogation et le comité des droits de l'homme des Nations Unies*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, a cura di D. Prémont, C. Stenersen, I. Oseredczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 213 ss.;

DETTER DE LUPIS I., *The Law of War*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2000;

DINSTEIN Y., *Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law*, in *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, a cura di T. Meron, Oxford, Claredon Press, 1984, p. 345 ss.;

DINSTEIN Y., *Military Necessity*, in *Encyclopedia of Public International Law*, III, a cura di R. Bernhardt, Amsterdam, North-Holland, Elsevier, 1997, p. 395 ss.;

DINSTEIN Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*[2], Cambridge, Cambridge University Press, 2010;

DINSTEIN Y., *War, Aggression and Self-Defence*[4], Cambridge, Cambridge University Press, 2005;

DUFFY P., *Note sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, a cura di D. Prémont, C. Stenersen, I. Oseredczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 193 ss.;

EBOLI V., *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, Giuffrè, 2010;

ERGEC R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987;

EUSTATHIADES C., *La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, a cura di H. Accioly, Paris, Pedone, 1960, p. 183 ss.;

FACHIRI A.P., *The Permanent Court of International Justice*[2], Oxford, London, 1932;

FALCK R. e KIM S., *The War System: an Interdisciplinary Approach*, Princeton, Westview Press, 1980;

FLAUSS J.F., *Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, in *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, a cura di J.F. Flauss, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 117 ss.;

FLECK D., *Individual and State Responsibility for Violations of the* ius in bello. *An Imperfect Balance*, in *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen*, a cura di W.H. von Heinegg e V. Epping, Berlin, Heidelberg, Springer, 2007, p. 171 ss.;

FLECK D. e BOTHE M., *The Handbook of International Humanitarian Law*[2], a cura di D. Fleck e M. Bothe, Oxford, Oxford University Press, 2008;

FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005;

FOX G., *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008;

FRIGO M., *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffré, 1986;

GAJA G., *La possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour protéger les intérêts de la communauté internationale*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, a cura di O. Corten, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 417 ss.;

GAJA G., *Use of Force Made or Authorized by the United Nations*, in *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, a cura di C. Tomuschat, The Hague, Boston, London, Kluwer, 1995, p. 39 ss.;

GARDAM J., *Necessity and Proportionality in* jus ad bellum *and* jus in bello, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275 ss.;

GARDAM J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004;

GATTINI A., *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M. L. Alaimo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 431 ss.;

GATTINI A., *Le droit international de la panthère rose à aujourd'hui*, in *Regards d'une génération de juristes sur le droit international*, a cura di E. Jouannet, H. Ruiz e J.M. Sorel, Paris, Pedone, 2008, p. 177 ss.;

GATTINI A., *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2003;

GATTINI A., *Zufall und force majeure im System der Staatenverantwortlichkeit anhand der ILC-Kodifikationsarbeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991;

GIANELLI A., *Aspects of the Relationship between the Law of Treaties and State Responsibility*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, Scientifica, 2004, p. 757 ss.;

GIANELLI A., *Conseguenze di violazioni di norme imperative*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Milano, Giuffré, 2006, p. 245 ss.;

GIANELLI A. e MARCHESI A., *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, a cura di A. Gianelli e M.P. Paternò, Roma, Carocci, 2004, p. 149 ss.;

GIOIA A., *Brevi riflessioni sul* ius ad bellum *alla luce della prassi recente*, in *Comunicazioni e Studi*, XXIII, Istituto di Diritto Internazionale e Straniero, Milano, Giuffrè, 2007, p. 414 ss.;

GIOIA A., *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati*, in *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, a cura di F. Francioni, A. Del Vecchio, P. De Caterini, Milano, Giuffré, p. 71 ss.;

GIOIA A., *The Belligerent Occupation of Territory*, in *The 1998-2000 War between Eritrea and Etiopia: an International Legal Perspective*, a cura di A. De Guttry, H.H.G. Post, G. Venturini, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 351 ss.;

GLASER S., *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pedone, 1964;

GREEN L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*[3], Manchester, Manchester University Press, 2008;

GREENWOOD C., *Historical Development and Legal Basis*, in *The Handbook of International Humanitarian Law*[2], a cura di D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1 ss.;

GREENWOOD C., Jus ad bellum *and* jus in bello *in the Nuclear Weapons Advisory Opinion*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 247 ss.;

GREENWOOD C., *Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict*, in *International Law at Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, a cura di Y. Dinstein, Dordrecht, 1989, p. 273 ss.;

GREENWOOD C., *International Humanitarian Law (Laws of War)*, in *The Centennial of the First International Peace Conference*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 178 ss.;

GREENWOOD C., *The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law*, in *IRRC*, 1997, LXV, p. 247 ss.;

GREPPI E., *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, Utet, 2001;

GREPPI E., *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 801 ss.;

GUGGENHEIM P., *Traité de droit international public*, II, 1954, Geneva, Georg;

HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961;

HART H.L.A., *The Concept of Law*[2], Oxford, Clarendon Press, 1994;

HASIAN M., *In the Name of Necessity. Military Tribunals and the Loss of American Civil Liberties*, Alabama, University of Alabama Press, 2005;

HAYASHI M.N., *The Martens Clause and Military Necessity*, in *The Legitimate Use of Military Force. The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, a cura di H. M. Hensel, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 135 ss.;

HAYASHI M.N., *The Principle of Proportionality*, in *The Legitimate Use of Military Force. The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, a cura di H.M. Hensel, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 189 ss.;

HEATHCOTE S., *State of Necessity and International Law*, Ph.D dissertation, Genève, Graduate Institute of International Studies, 2005;

HEINTZE H.J., *Do Non-State Actors Challenge International Humanitarian Law?*, in *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen*, a cura di W.H. von Heinegg, Berlin, Heidelberg, Springer, 2007, p. 163 ss.;

HENCKAERTS J.M. e DOSWALD-BECK L., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005;

HENSEL H.M., *The Legitimate Use of Military Force. The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, a cura di H.M. Hensel, Aldershot, Ashgate, 2008;

HESTERMEYER H., *Human Rights and the WTO: the Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford, Oxford University Press, 2007;

HIRSCH M., *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties. Some Basic Principles*, Dordrecht, Boston, London, Nijhoff, 1995;

HORTON S., *Military Necessity, Torture and the Criminality of Lawyers*, in *International Prosecution of Human Rights Crimes*, a cura di W. Kaleck, Berlin, Springer, 2007, p. 169 ss.;

HRUSCHKA C., *On the History of Justification and Excuse in Cases of Necessity*, in *Kant and Law*, a cura di B.S. Byrd, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 323 ss.;

IOVANE M., *Tutela dei valori fondamentali e responsabilità degli Stati nel diritto internazionale*, Napoli, Scientifica, 1999;

JELLAMO A., *Il diritto dei popoli e il problema della guerra giusta*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto. Numero monografico 'Omaggio a John Rawls (1921-2002). Giustizia, diritto ordine internazionale'*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 545 ss.;

JIMENEZ DE ARECHAGA E., *International Responsibility*, in *Manual of Public International Law*, a cura di T. Sørensen, London, Melbourne, Toronto, New York, MacMillan, 1968;

JIMENEZ DE ARECHAGA E. e TANZI A., *International State Responsibility*, in *International Law: Achievements and Prospects*, a cura di M. Bedjaoui, Boston, London, Dordrecht, 1991, p. 347 ss.;

JOHNSON J.T., *Ideology, Reason and the Limitation of War. Religious and Secular Concepts 1200-1740*, Princeton, Princeton University Press, 1975;

KAMENOV T., *The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflicts*, in *Implementation of International Humanitarian Law*, a cura di F. Kalshoven, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 168 ss.;

KARAOSMANOGLU A.L., *Les actions militaries coercitives et non coercitives des Nations Unies*, Genève, Droz, 1970;

KELSEN H., *Principles of International Law*[2], New York, Rinehart, 1966;

KLEIN P., *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998;

KOHEN M.G., *La création de l'Etat d'Israel à la lumière du droit international*, in *International Law between Universalism and Fragmentation*, a cura di I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich, Leiden, Nijhoff, 2008, p. 441 ss.;

KOHEN M.G., *The Notion of 'State Survival'*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 293 ss.;

KOLB R., *Conflits entre normes de* jus cogens, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, a cura di O. Corten, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 481 ss.;

KOLB R., Ius in bello. *Le droit international des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2003;

KOLB R., *La nécessité militaire dans le droit des conflits armés*, in *La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2007, p. 151 ss.;

KOLB R., *Théorie du* ius cogens *international*, Paris, Pedone, 2001;

KOLB R., PORRETTO G. e VITE S., *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles, Bruylant, 2005;

KOTZSCH L., *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Genève, Droz, 1956;

LAGRANGE E., *Les opérations de maintien de la paix et le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1999;

LA HAYE E., *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, New York, Cambridge University Press, 2008;

LAMBERTI ZANARDI P., *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1972;

LATTANZI F., *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*, Torino, Giappichelli, 1997;

LATTANZI F., *Il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2004, p. 1985 ss.;

LATTANZI F., *Le garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, Giuffrè, 1983;

LAUTERPACHT H., *Private Law Sources and Analogies in International Law*[2], London, Archon Books, 1970;

LEANZA U., *Il rafforzamento della tutela internazionale del patrimonio culturale in tempo di guerra nel nuovo diritto dei conflitti armati*, in *Legittima difesa, autopreservazione e stato di necessità in diritto internazionale*, a cura di U. Leanza, Napoli, Morano, 1963;

LECA J., *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, Pichon & Durand, 1961;

LEVRAT N., *Les conséquences de l'engagement pris par le H.P.C. de 'faire respecter' les conventions humanitaires*, in *Implementation of International Humanitarian Law*, a cura di F. Kalshoven e Y. Sandoz, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 274 ss.;

LILLICH B., *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1973;

LUCKER-BABEL M.F., *Les droits non dérogeables de l'enfant à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, a cura di D. Prémont, Association de Consultants Internationaux en droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 365 ss.;

LYSEN G., *State Responsibility and International Liability for Lawful Acts: a Discussion of Principles*, Uppsala, Iustus, 1997;

MAISON R., *Nécessité militaire, 'purification ethnique', état de nécessité*, in *La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2007, p. 151 ss.;

MALINVERNI G., *L'interprétation jurisprudentielle du droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, a cura di S. Breitenmoser, Zürich, Dike Verlag, 2007, p. 427 ss.;

MALMVIG H., *Humanitarian Intervention and State Sovereignty. A Social Constructivist Analysis*, in *Human Rights in Turmoil. Facing Threats, Consolidating Achievements*, a cura di S. Lagoutte, Leiden, Nijhoff, 2007, p. 163 ss.;

MANCINI M., *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale. Studi di diritto internazionale*, a cura di A. Giardina, B. Nascimbene, N. Ronzitti, U. Villani, Torino, Giappichelli, 2009;

MARAZZI A., *Nozioni di diritto bellico*, Torino, Giappichelli, 1989;

MARCHESI A., *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite*, Milano, Giuffrè, 1996;

MARCHESI A., *Obblighi di condotta e obblighi di risultato. Contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Milano, Giuffrè, 2003;

MARCHESI A., *Stato di necessità e intervento umanitario. Brevi considerazioni*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 181 ss.;

MARCHESI A., *The Distinction between Obligations of Conduct and Obligations of Result Following its Deletion from the Draft Articles on State Responsibility*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2004, II, p. 827 ss.;

MARCHISIO S., *Il primato della Carta e la Comunità europea*, in *Sanzioni 'individuali' del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, a cura di F. Salerno, Padova, Cedam, 2010, p. 87 ss.;

MARINONI M., *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1913;

MARKS S.P., *Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations: under Development, Catastrophes and Armed Conflicts*, in *International Dimension of Human Rights*, a cura di K. Vasak, 1984, p. 177 ss.;

MCCOUBREY H., *International Humanitarian Law. The Regulation of Armed Conflicts*, Adershot, Dartmouth, 1998;

MCDOUGAL M.S. e FELICIANO F.P., *The International Law of War. Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven, New Haven Press, 1994;

MCNAIR A.D., *International Law Opinions*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1956;

MERIGHNAC A., *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la conférence de La Haye de 1899*, Paris, Chevalier-Marescq, 1903, p. 143 ss.;

MERON T., *Convergence of International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, a cura di D. Warner, The Hague, Nijhoff, 1997, p. 97 ss.;

MERON T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*[2], Oxford, Clarendon Press, 1991;

MEYROWITZ H., *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970;

MIELE A., *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1970;

MIYAZAKI S., *The Martens Clause and International Humanitarian Law*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, a cura di C. Swinarski, Genève, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 434 ss.;

MONACO R., *La responsabilità internazionale dello Stato per fatti di individui*, Roma, Athenaeum, 1939;

MONTINI M., *La necessità ambientale e le sue diverse funzioni nel diritto internazionale contemporaneo*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli e M.L. Alaimo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 153 ss.;

MONTINI M., *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, Cedam, 2001;

MOWBRAY A.R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart, 2004;

MÜLLERSON R., *On the Relationship between* jus ad bellum *and* jus in bello *in the General Assembly Advisory Opinion*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 267 ss.;

NIETO-NAVIA R., *International Peremptory Norms (*jus cogens*) and International Humanitarian Law*, in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, a cura di L.C. Vorah, The Hague, London, New York, Kluwer, 2003, p. 595 ss.;

O'DONNELL D., *Les normes internationales des droits de l'homme en matière de droit pénal de procedure et de dérogation*, in *Droits intangibles et états d'éxception*, a cura di D. Prémont, C. Stenersen, I. Oseredczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 141 ss.;

OETER S., *Methods and Means of Combat*, in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*[2], a cura di D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 126 ss.;

OKIMOTO K., *The Distinction and Relationship between* jus ad bellum *and* jus in bello, Oxford, Hart, 2011;

OKOWA P., *Defences in the Jurisprudence of International Tribunals*, in *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, a cura di G.S. Goodwin-Gill e S. Talmon, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 399 ss.;

ORAA J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992;

ORAA J., *La protéction des droits de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier*, in *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, Strasbourg, Council of Europe, 1997, p. 194 ss.;

ORAA J., *The Protection of Human Rights in Emergency Situations under Customary International Law*, in *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, a cura di G.S. Goodwin-Gill, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 413 ss.;

PANNUZI A., *Fatto illecito e responsabilità internazionale degli Stati tra codificazioni e normativa vigente*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 2001;

PARKS H., *Protection of Cultural Property from the Effects of War*, in *The Law of Cultural Property and Natural Heritage: Protection, Transfer and Access*, a cura di M. Phelan, Illinois, Evanston, 1998, p. 3 ss.;

PASTOR RIDRUEJO J.A., *Droit international et droit international des droits de l'homme - unité ou fragmentation?*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, a cura di S. Breitenmoser, Zürich, Dike Verlag, 2007, p. 537 ss.;

PATTISON J., *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect and* jus in bello, in *Global Responsibility to Protect*, a cura di A. Bellamy e S. Davies, Leiden, Nijhoff, 2009, p. 364 ss.;

PATTISON J., *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene?*, Oxford, Oxford University Press, 2010;

PEDRAZZI M., *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 281 ss.;

PELLET A., *L'imputabilité d'éventuels actes illicites - Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres*, in *Kosovo and the International Community*, a cura di C. Tomuschat, The Hague, London, New York, Kluwer, 2002, p. 193 ss.;

PEREZ GONZALEZ J., *Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional umanitario*, in *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, a cura di J. Cardona Lorens, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 315 ss.;

PERRIN G., *La nécessité et les dangers du* jus cogens, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en honneur de Jean Pictet*, a cura di C. Swinarski, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 751 ss.;

PICONE P., *Comunità internazionale e obblighi* 'erga omnes': *studi critici di diritto internazionale*, Napoli, Jovene, 2006;

PICONE P. e LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002;

PICTET J., *Développement et principes du droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1983;

PICTET J., *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Leiden, Genève, Institut Henry-Dunant, 1973;

PICTET J., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, a cura di J. Pictet, Genève, CICR, 1958;

PILLET J., *Les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907. Etude critique*, Paris, Pedone, 1918;

PILLITU P.A., *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia, Università di Perugia, 1981;

PISILLO MAZZESCHI R., '*Due Diligence*' *e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, Giuffré, 1989;

PISTOIA E., *Il ruolo del Fondo monetario internazionale nella crisi economico-finanziaria dell'Argentina*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, a cura di R. Orrù e L.G. Sciannella, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185 ss.;

PITEA C., *Diritto alla vita*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi* a cura di L. Pineschi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 314 ss.;

PLATTNER D., *Droit international humanitaire et droits de l'homme intangibles ou non susceptibles de dérogation*, in *Droits intangibles et états d'exception*, a cura di D. Prémont, C. Stenersen, I. Oseredczuk, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 333 ss.;

POCAR F., *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, Cedam, 1974;

POLITI M., *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot, Ashgate, 2004;

PORRO G., *Studi di diritto internazionale umanitario*[2], Torino, Giappichelli, 2004;

RAGAZZI M., *The Concept of International Obligations* erga omnes, Oxford, Clarendon Press, 1997;

RAMRAJ V.V., *No Doctrine More Pernicious? Emergencies and the Limits of Legality*, in *Emergencies and the Limits of Legality*, a cura di V.V. Ramraj, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 3 ss.;

RAPISARDI MIRABELLI A., *In tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1919;

REICHBERG G.M., Jus ad bellum, in *War: Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 11 ss.;

REICHBERG G.M., SYSE H. e BEGBY E., *The Ethics of War, Classic and Contemporary Readings*, Malden, Oxford, Blackwell, 2006;

REINISCH A., *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration*, in *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, a cura di I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittichreign, Leiden, Nijhoff, 2008, p. 107 ss.;

RENGGER N., *The* jus in bello *in Historical and Philosophical Perspective*, in *War: Essays in Political Philosophy*, a cura di L. May, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 30 ss.;

REUTER P., *Introduction to the Law of Treaties*, London, Pinter, 1989;

RODICK B.C., *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928;

ROGERS A.P.V., *The Principle of Proportionality*, in *The Legitimate Use of Military Force. The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, a cura di H.M. Hensel, Aldershot, Ashagate, 2008, p. 189 ss.;

RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*[3], Torino, Giappichelli, 2006;

RONZITTI N., *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, Nijhoff, 1985;

ROSENBLAD E., *International Humanitarian Law of Armed Conflict. Some Aspects of the Principles of Distinction and Related Problems*, Geneva, Stockholm, Henry Dunant Institute, 1979;

ROUSSEAU C., *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983;

SALERNO F., *Diritto internazionale. Principi e norme*[2], Padova, Cedam, 2011;

SALERNO F., *Sanzioni 'individuali' del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, Cedam, 2010;

SALMON J.A., *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, in *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, a cura di J. Makarczyk, La Haye, Boston, Lancaster, Nijhoff, 1984, p. 235 ss.;

SANDOZ Y., *Des armes interdites en droit de la guerre*, Genève, Grounauer, 1975;

SANDOZ Y., SWINARSKI C., ZIMMERMANN B., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Nijhoff, 1987;

SANNA S., *L'uguaglianza dei belligeranti e il parere sulle armi nucleari della Corte internazionale di Giustizia*, in *Seminari di storia e diritto: 'Guerra giusta'? Le metamorfosi di un concetto antico*, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 241 ss.;

SASSÒLI M., Ius ad bellum *and* ius in bello - *the Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?*, in *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness*, a cura di M.N. Schmitt e J. Pejic, Leiden, Nijhoff, p. 241 ss.;

SASSÒLI M., *La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Lutius Wildhaber*, a cura di S. Breitenmoser, Zurich, Dike, 2007, p. 709 ss.;

SASSÒLI M. e BOUVIER A.A., *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, 1999;

SBOLCI L., *Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, a cura di G. Badiali, Padova, Cedam, 1995, p. 654 ss.;

SCALESE G., *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Napoli, Scientifica, 2004;

SCHABAS W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*[4], Cambridge, Cambridge University Press, 2011;

SCHINDLER D. e TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Documents*[4], Leiden, Nijhoff, 2004;

SCHMITT M.N., *The Law of Armed Conflict as Soft Power Optimizing Strategic Choice*, in *International Law across the Spectrum of Conflict. Essays in Honour of Professor Green*, a cura di M.N. Schmitt, Naval War College, Newport, Rhode Island, 2000, p. 455 ss.;

SCHWARZENBERGER G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*[3], London, Stevens, 1986, p. 434 ss.;

SCHWARZENBERGER G., Jus pacis ac belli*? Prolegomena to a Sociology of International Law*, in *International Law across the Spectrum of Conflict. Essays in Honour of Professor Green*, a cura di M.N. Schmitt, Naval War College, Newport, Rhode Island, 2000, p. 483 ss.;

SCISO E., *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionalistici e interni*, Milano, Giuffrè, 2001;

SELVAGGI N., *Il Caso* Erdemović *tra ordine del superiore e stato di necessità*, in *Diritto penale internazionale*, a cura di E. Mezzetti, Torino, Giappichelli, 2006, p. 51 ss.;

SERENI M., *Diritto internazionale*, IV, Conflitti internazionali, Milano, 1965;

SEYERSTED F., *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leiden, Sijthoff, 1966;

SHELTON D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999;

SICILIANOS L.A., *Le contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense*, in *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, a cura di L.A. Sicilianos, 1995, p. 59 ss.;

SICILIANOS L.A., *Sanctions institutionnelles et contre-measures: tendances récentes*, in *Le sanctions économiques en droit international*, a cura di L. Picchio Forlati e L.A. Sicilianos, The Hague, Nijhoff, 2000, p. 3 ss.;

SIMMA B., *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, a cura di Y. Dinstein, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 821 ss.;

SIMMA B., *Reservations to Human Rights Treaties: some Recent Developments*, in *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, a cura di G. Hafner, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 659 ss.;

SINGH N. e MCWHINNEY E., *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1988;

SOCINI LEYENDECKER R., *Le azioni di soccorso nel diritto internazionale umanitario*, Milano, Giuffrè, 1979;

STEIN T., *Kosovo and the International Community. The Attribution of Possible Internationally Wrongful Acts: Responsibility of NATO or of its Member States?*, in *Kosovo and the International Community*, a cura di C. Tomuschat, The Hague, London, New York, Kluwer, 2002, p. 181 ss.;

SVENSSON-MCCARTHY A.L., *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague, Nijhoff, 1998;

TAMS J., *Enforcing Obligations* erga omnes *in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2005;

TICEHURST R., *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, in *A Manual of International Humanitarian Laws*, a cura di N. Sanajaoba, New Delhi, Regency, 2004, p. 312 ss.;

TOMUSCHAT C., *Conclusions générales*, in *La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*. Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2007, p. 381 ss.;

TOMUSCHAT C., *Human Rights between Idealism and Realism*[2], Oxford, Oxford University Press, 2008;

TORRELLI M., *Le droit international humanitaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989;

TUCKER R.V., *The Law of War and Neutrality at Sea. International Law Studies*, Newport, Naval War College, 1957;

TWISS T., *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*[2], Oxford, Oxford University Press, 1884;

VENAFRO E., *Lo stato di necessità*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, Giappichelli, 2005, p. 103 ss.;

VENTURINI G., *International Law and the Conduct of Military Operations*, in *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia: an International Legal Perspective*, a cura di A. De Guttry, H.H.G. Post, G. Venturini, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 279 ss.;

VENTURINI G., *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1988;

VERRI P., *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, Geneva, ICRC, 1992;

VERRI P., *Diritto per la pace e diritto nella guerra*[2], Roma, Edizioni speciali della Rassegna dell'Arma dei carabinieri, 1987;

VERWEY W.D., *The International Court of Justice and the Legality of Nuclear Weapons: some Observations*, in *International Law, Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Boston, London, Nijhoff, 1998;

VIERDAG E.W., *Some Remarks about Special Features of Human Rights Treaties*, in *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, a cura di L.A. Barnhoorn, The Hague, Nijhoff, 1995, p. 119 ss.;

VILLALPANDO P.S., *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, Pedone, 2005;

VIRALLY M., *Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités*, in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de*

l'homme. Quatrième Colloque du département des droits de l'homme, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 7 ss.;

VITE S., *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999;

WEIDEN P., *Necessity in International Law*, in *Transactions of the Grotius Society, Problems of Peace and War*, London, Longmans Green & Co, 1939, p. 105 ss.;

WERKSMAN J. e KHALASTCHI R., *Nuclear Weapons and* jus cogens *Peremptory Norms and Justice Pre-Empted?*, in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, a cura di L. Boisson de Chazournes e P. Sands, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 181 ss.;

WOLFKE K., *Can Codification of International Law Be Harmful?*, in *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, a cura di J. Makarczyk, The Hague, Boston, Lancaster, Nijhoff, 1984, p. 313 ss.;

ZAGATO L., *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Torino, Giappichelli, 2007;

ZAGATO L., *Nuovo ruolo di alcune clausole di salvaguardia dopo l'11 settembre*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, Scientifica, 2004, p. 2323 ss.;

ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*[2], Torino, Giappichelli, 2006;

ZIMMERMANN A., *Extraterritorial Application of Human Rights. The Case of Israel and the Palestinian Territories Revisited*, in *International Law between Universalism and Fragmentation*, a cura di I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich, Leiden, Nijhoff, 2008, p. 747 ss.;

ZOUREK J., *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, Leiden, Sijthoff, 1974.

ARTICOLI

ABI-SAAB R., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour internationale de justice*, in *RICR*, 2004, LXXXVI, n. 855, p. 633 ss.;

ABI-SAAB R., *De la codification: quelques réflexions sur la signification et son rôle en droit international*, in *JRMP*, 1996, XLIII, 1/2, p. 43 ss.;

ABI-SAAB R., *Fragmentation or Unification: some Concluding Remarks*, in *NYUJILP*, 1999, XXXI, 1, p. 919 ss.;

ABI-SAAB R., *Les mécanismes de mise en oeuvre du droit humanitaire*, in *RGDIP*, 1978, LXXXII, 1, p. 103 ss.;

ABRESCH W., *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya*, in *EJIL*, 2005, XVI, 4, p. 741 ss.;

ACCONCI P., *L'accesso ai farmaci essenziali. Dall'accordo TRIPS alla Dichiarazione della quarta Conferenza ministeriale di Doha*, in *CI*, 2001, LVI, 4, p. 637 ss.;

AGIUS M., *The Invocation of Necessity in International Law*, in *Netherlands ILR*, 2009, LVI, 2, p. 95 ss.;

AGO R., *Le délit international*, in *Recueil*, 1939-II, vol. 68, p. 419 ss.;

AGO R., *Science juridique et droit international*, in *Recueil*, 1956-II, vol. 90, p. 849 ss.;

ALLAIN J., *Derogation from the European Convention of Human Rights in Light of 'Other Obligations under International Law'*, in *EHRLR*, 2005, p. 480 ss.;

ALLOT P., *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, in *Harvard ILJ*, 1988, p. 1 ss.;

ALSTON P. e QUINN G., *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRQ*, 1987, IX, 2, p. 217 ss.;

ALVAREZ J. e KHAMSI K., *The Argentine Crisis and Foreign Investors: a Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, in *YILP*, 2009, I, p. 379 ss.;

AMRALLAH B., *The International Responsibility of the United Nations for the Activities Carried out by UN Peacekeeping Forces*, in *REDI*, 1976, XXXII, 1, p. 57 ss.;

ANNONI A., *Violazioni dei diritti umani e responsabilità dello Stato di invio per la condotta dei contingenti nazionali nell'ambito di una missione di peace-keeping: il caso* Nuhanović, in *DUDI*, 2009, III, 1, p. 177 ss.;

ANTONOPOULOS C., *The NATO Military Action against the Federal Republic of Yugoslavia (Kosovo) and the International Law on the Use of Force*, in *RHDI*, 1999, LII, p. 411 ss.;

ANZILOTTI D., *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers*, in *RGDIP*, 1906, XIII, 1, p. 285 ss.;

BALLADORE PALLIERI G., *Gli effetti dell'atto illecito internazionale*, in *RDP*, 1931, p. 84 ss.;

BALLADORE PALLIERI G., *Il problema della guerra lecita nel diritto internazionale comune e nell'ordinamento della Società delle Nazioni*, in *RDI*, 1930, IX, 3, p. 342 ss. e in *RDI*, 1931, X, 1 e 2 p. 32 ss. e p. 149 ss.;

BARILE P., Obligationes erga omnes *e individui nel diritto internazionale umanitario*, in *RDI*, 1985, LXVIII, 1, p. 5 ss.;

BASDEVANT J., *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1936-IV, vol. 58, p. 475 ss.;

BAXTER R., *Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law*, in *Harvard ILJ*, 1975, XVI, 1, p. 1 ss.;

BAXTER R.R., *The Role of Law in Modern War*, in *Proceedings ASIL*, 1953, p. 98 ss.;

BENNAFTALI O. e MICHAELI K.R., *We Must Not Make a Scarecrow of the Law: a Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings*, in *Cornell ILJ*, 2003, XXXVI, p. 233 ss.;

BENVENUTI P., *Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: la circulaire du Secrétaire general*, in *RGDIP*, 2001, p. 355 ss.;

BENVENUTI P., *Recenti sviluppi in tema di osservanza del diritto internazionale umanitario da parte delle forze delle Nazioni Unite: il bolletino del Segretario generale*, in *CI*, 2000, LV, 3, p. 379 ss.;

BIANCHI A., *Human Rights and the Magic of* jus cogens, in *EJIL*, 2008, XIX, 3, p. 491 ss.;

BINDER C., *Non Performance of Treaty Obligations in Cases of Necessity - From 'Necessity Knows no Law' via the 'Law(s) of Necessity' to Interfaces between Different 'Laws of Necessity'*, in *ARIEL*, 2008, XIII, p. 3 ss.

BLISHCHNKO I.P., *The National Liberation Movement and International Humanitarian Law*, in *RDPMG*, 1973, p. 308 ss.;

BLUM G., *The Laws of War and the 'Lesser Evil'*, in *Yale ILJ*, 2010, XXXV, 1, p. 1 ss.;

BLOOM E.T., *Protecting Peacekeepers: the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, in *AJIL*, 1995, LXXXIX, p. 621 ss.;

BOED R., *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, in *Yale HR&DLJ*, 2000, III, p. 1 ss.;

BORSI U., *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1916, V, 2, p. 156 ss.;

BOTHE M., *Conflits armés internes et droit humanitaire*, in *RGDIP*, 1978, LXXXII, 1, p. 82 ss.;

BRETTON P., *L'incidence des guerres contemporaines sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux*, in *JDI*, 1978, p. 208 ss.;

BRETTON P., *Le problème des méthodes et moyens de guerre ou de combat dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, in *RGDIP*, 1978, LXXXII, 1, p. 32 ss.;

BRIERLY J.L., *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1936-IV, vol. 58, p. 5 ss.;

BROWNLIE I., *Remedies in the Sphere of Human Rights*, in *New Zealand YIL*, 2005, II, p. 169 ss.;

BUERGENTHAL T., *Proceedings against Greece under the European Convention of Human Rights*, in *AJIL*, 1968, LXII, 3, p. 441 ss.;

BUGNION F., *Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire*, in *RICR*, 2002, LXXXIV, n. 847, p. 523 ss.;

BUGNION F., Jus ad bellum, jus in bello *and Non-International Armed Conflicts*, in *Yearbook IHL*, 2003, VI, p. 167 ss.;

BURKE-WHITE W.W. e STADEN A., *Investment Protection in Extra-Ordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia JIL*, 2008, XLVIII, 2, p. 307 ss.;

CANÇADO TRINDADE A.A., *Co-Existence and Coordination of Mechanism of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, in *Recueil*, 1987-II, vol. 202, p. 86 ss.;

CANNIZZARO E., *La nuova dottrina strategica della NATO e gli interventi 'fuori area'*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 4, p. 729 ss.;

CANNIZZARO E., *Le operazioni della NATO contro la Repubblica federale di Iugoslavia e il diritto umanitario*, in *RDI*, 2001, LXXXIV, 1, p. 133 ss.;

CARLEVARIS A., *Recenti sviluppi nella prassi degli 'status-of-force agreements' per le operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, in *CI*, 1998, LIII, 4, p. 667 ss.;

CARNAHAN B.M., *Lincoln, Lieber and the Laws of War. The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, in *AJIL*, 1998, XCII, 2, p. 213 ss.;

CASSESE A., *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and* opinio necessitatis, in *EJIL*, 1999, X, 4, p. 797 ss.;

CASSESE A., Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community*?, in *EJIL*, 1999, X, 1, p. 23 ss.;

CASSESE A., *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *EJIL*, 2000, XI, 1, p. 187 ss.;

CASSESE A., *Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?*, in *RDI*, 1975, LVIII, 1, p. 12 ss.;

CATALDI G., *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *DUDI*, 2008, II, 1, p. 51 ss.;

CATALDI G. e SERRA G., *Ordinamento italiano e corpi di spedizione all'estero fra diritto umanitario, diritto penale e tutela dei diritti umani. Riflessioni a margine del dibattito parlamentare sulla riforma della legge per la partecipazione italiana alle missioni militari internazionali*, in *DUDI*, 2010, IV, 1, p. 141 ss.;

CAVAGLIERI A., *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, in *RISG*, 1917, p. 89 ss. e p. 171 ss.;

CAVAGLIERI A., *Note critiche su la teoria dei mezzi coercitivi al di fuori della guerra*, in *RDI*, 1915, IV, 1 e 2, p. 23 ss. e p. 305 ss.;

CAVAGLIERI A., *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1929-I, vol. 26, p. 315 ss.;

CHARPENTER J., *L'affaire du 'Rainbow Warrior': la sentence arbitrale du 30 avril 1990*, in *Annuaire FDI*, 1990, p. 395 ss.;

CHIRCOP A.E., *Ships in Distress, Environmental Threats to Coastal States, and Places of Refuge New Directions for an Ancien Regime?*, in *ODIL*, 2002, XXXIII, 2, p. 207 ss.;

CHRISTAKIS T., *Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du comité* ad hoc *dans l'affaire* CMS c. Argentine, in *RGDIP*, 2007, CXI, 4, p. 879 ss.;

CONCOLINO B., *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: l'espulsione di presunti terroristi*, in *DUDI*, 2008, 3, p. 627 ss.;

CONDORELLI L., *De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*, in *RGDIP*, 2006, CX, 1, p. 11 ss.;

CONDORELLI L., *La Cour internationale de justice sous le poids des armes nucléaires*. Jura non novit curia*?*, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 823, p. 9 ss.;

CONDORELLI L., *Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire*, in *RDI*, 1995, LXXVIII, 4, p. 881 ss.;

CONFORTI B., *Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Italian YIL*, 2003, XIII, p. 3 ss.;

CONFORTI B., *Unité et fragmentation du droit international: glissez mortels, n'appuyez pas*, in *RGDIP*, 2007, CXI, p. 5 ss.;

CORTEN O., *L'état de nécessité peut-il justifier un recours à la force non constitutif d'agression?*, in *Global Community YILJ*, 2004, I, p. 11 ss.;

COURSIER H., *L'évolution du droit international humanitaire*, in *Recueil*, 1960-I, vol. 90, p. 357 ss.;

COWLING M.G., *The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict*, in *South African YIL*, 2000, XXV, p. 131 ss.;

CRAWFORD E., *The Modern Relevance of the Martens Clause*, in *ISIL Yearbook of IHLRL*, 2006, VI, p. 1 ss.;

CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a Retrospect*, in *AJIL*, 2002, XCVI, p. 874 ss.;

DAILLIER P., *Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix*, in *Recueil*, 2005, vol. 314, p. 233 ss.;

D'ASPREMONT J., *Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States*, in *IOLR*, 2007, IV, 1, p. 91 ss.;

DAVID E., *The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons*, in *IRRC*, n. 316, p. 21 ss.;

DE BREUCKER J., *La réserve de nécessité militaire dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels*, in *RDPMDG*, 1975, XIV, p. 255 ss.;

DE BROUCKERE L., *La prévention de la guerre*, in *Recueil*, 1934-IV, vol. L, p. 5 ss.;

DE NICOLA E., *A Shield for the 'Knights of Humanity': the ICC Should Adopt a Humanitarian Necessity Defense to the Crime of Aggression*, in *UPJIL*, 2008, p. 641 ss.;

DE SENA P., *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, in *Ragion Pratica*, 1999, XIII, p. 141 ss.;

DE VISSCHER P., *Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies*, in *Annuaire IDI*, 1971, I, p. 1 ss.;

DE VISSCHER P., *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, in *RGDIP*, 1917, XXIV, 1, p. 74 ss.;

DE WET E., *The Prohibition of Torture as an International Norm of* jus cogens *and its Implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004, XV, 1, p. 97 ss.;

DELLA MORTE G., *La Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *RDI*, 2010, XCIII, 3, p. 697 ss.;

DENNIS I., *Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-Incrimination*, in *CLJ*, 1995, p. 342 ss.;

DEPUE J.F., *The Amended First Article 10 to the First Draft Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949 - Its Impact upon Humanitarian Constraints Governing Armed Conflict*, in *MLR*, 1977, p. 71 ss.;

DOBOS D., *The Necessity of Precaution: the Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, in *Fordham ILJ*, 2001, XIII, p. 375 ss.;

DORIGO S., *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping*, in *RDI*, 2002, LXXXV, 4, p. 903 ss.;

DOSWALD-BECK L., *International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in *IRRC*, 1997, n. 316, p. 35 ss.;

DOSWALD-BECK L. e VITE S., *Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme*, in *RICR*, 1993, LXXIV, n. 293, p. 99 ss.;

DOWNEY W., *The Law of War and Military Necessity*, in *AJIL*, 1953, XLVII, 2, p. 251 ss.;

DRAPER G.I.A.D., *Military Necessity and Humanitarian Imperatives*, in *RDPMDG*, 1973, XII, 2, p. 129 ss.;

DRAPER G.I.A.D., *The Geneva Conventions of 1949*, in *Recueil*, 1965-I, vol. 114, p. 64 ss.;

DRAPER G.I.A.D., *The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts*, in *Israel YHR*, 1971, I, p. 191 ss.;

DUBOIS C., *Le droit pénal des conflits armés et la théorie de la nécessité*, in *Annales de droit de Louvain*, 1995, LV, p. 95 ss.;

DUNBAR N.C.H., *Military Necessity in War Crimes Trials*, in *BYIL*, 1952, XXIX, 2, p. 442 ss.;

DUPUY P.M., *Droit des traités, codification et responsabilité internationale*, in *Annuaire FDI*, 1997, p. 7 ss.;

EMANUELLI C., *La Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé: des rayons et des ombres*, in *RGDIP*, 1995, C, p. 849 ss.;

FARER T.J., *The Humanitarian Law of War in Civil Strife: toward a Definition of International Conflict*, in *RBDI*, 1971, VII, 1, p. 20 ss.;

FOCARELLI C., *La dottrina della 'responsabilità di proteggere' e l'intervento umanitario*, in *RDI*, 2008, XCI, 2, p. 317 ss.;

FOIS P., *Il consenso ad obbligarsi nel trattato sulla non-proliferazione nucleare*, in *RDI*, 2008, XCI, 1, p. 39 ss.;

FORLATI S., *Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi* erga omnes, in *RDI*, 2001, LXXXIV, 1, p. 69 ss.;

FORLATI S., *Sanzioni economiche e tutela umanitaria*, in *RDI*, 1997, LXXX, 3, p. 705 ss.;

FOSTER J., *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. The Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice, Human Security and Necessity*, in *New Zealand YIL*, 2005, p. 51 ss.;

FRANCK P. e RODLEY N., *After Bangladesh: the Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, in *AJII*, 1973, LXVII, 2, p. 275 ss.;

FRANÇOIS J.P.A., *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil*, 1938-IV, vol. 66, p. 5 ss.;

FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il diritto internazionale umanitario e i suoi processi di formazione*, in *RIDU*, 1994, VII, p. 425 ss.;

GAETA P., *May Necessity be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?*, in *JICJ*, 2004, II, p. 785 ss.;

GAJA G., *'Ius Cogens' beyond the Vienna Convention*, in *Recueil*, 1981-III, vol. 172, p. 271 ss.;

GAJA G., *Réflexion sur le rôle du Conseil de securité dans le nouvel ordre mondial. A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des Etats*, in *RGDIP*, 1993, p. 297 ss.;

GARDAM J., *Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action*, in *Michigan JIL*, 1996, XVII, p. 285 ss.;

GARDAM J., *Proportionality and Force in International Law*, in *AJIL*, 1993, LXXXVII, 3, p. 391 ss.;

GARIBALDI O.M., *General Limitations on Human Rights: the Principle of Legality*, in *HILJ*, 1976, XVII, p. 503 ss.;

GASSER H.P., *International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?*, in *German YIL*, 2002, XLV, p. 149 ss.;

GASSER H.P., *Quelques réflexion sur l'avenir du droit international humanitaire*, in *RICR*, 1984, LXVI, n. 745, p. 18 ss.;

GATHII J.T., *How Necessity May Preclude State Responsibility for Compulsory Licensing under the TRIPs Agreement*, in *North Carolina JILCR*, 2006, XXXI, p. 943 ss.;

GATTINI A., *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ's Genocide Judgment*, in *EJIL*, 2007, XVIII, 4, p. 695 ss.;

GATTINI A., *Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment*, in *JICJ*, 2007, V, 4, p. 889 ss.;

GATTINI A., *Post 1945 German International Law and State Responsibility*, in *German YIL*, 2007, L, p. 407 ss.;

GATTINI A., *Smoking/No Smoking: some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*, in *EJIL*, 1999, X, 2, p. 397 ss.;

GAUDREAU J., *Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre*, in *RICR*, 2003, LXXXV, n. 849, p. 143 ss.;

GAZZINI T., WERNER W.G. e DEKKER I.F., *Necessity across International Law: an Introduction*, in *Netherlands YIL*, 2010, XLI, p. 3 ss.;

GESLIN A., *Réflexions sur la répartition de la responsabilité entre l'organisation internationale et ses Etats membres*, in *RGDIP*, 2005, CIX, 3, p. 539 ss.;

GIOIA A., *The Development of International Law relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: the Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, in *Italian YIL*, 2001, p. 25 ss.;

GIRAUD E., *L'interdiction du recours à la force. La théorie et la pratique des Nations Unies*, in *RGDIP*, 1963, LXVII, 3, p. 503 ss.;

GOMEZ ROBLEDO J.M., *L'avis de la C.I.J. sur les consequences juridiques de l'edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé: timidité ou prudence?*, in *RGDIP*, 2005, CIX, 3, p. 521 ss.;

GREPPI E., *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani. Profili di una convergenza*, in *CI*, 1996, LI, 3, p. 473 ss.;

GUTTERIDGE H.C., *The Geneva Conventions of 1949*, in *BYIL*, 1949, XXVI, p. 294 ss.;

HAFKIN G., *The Russo-Georgian War of 2008: Developing the Law of Unauthorized Humanitarian Intervention after Kosovo*, in *Boston UILJ*, 2010, XXVIII, p. 219 ss.;

HAMBRO E., *Les conditions d'application des règles autres que les règles humanitaires relatives aux conflits armés et aux hostilités dans lesquelles les forces des Nations Unies peuvent etre engagées*, in *Annuaire IDI*, 1975, III, p. 81 ss.;

HAPPOLD M., *International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment*, in *Leiden JIL*, 2005, XVIII, 2, p. 283 ss.;

HARTMAN J.F., *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, in *Harvard ILJ*, 1981, XXII, 1, p. 1 ss.;

HAYASHI N., *Requirement of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law*, in *Boston UILJ*, 2010, XXVIII, p. 39 ss.;

HEATHCOTE S., *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, in *RBDI*, 2007, XL, 1, p. 53 ss.;

HEINTZE J.H., *On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law*, in *RICR*, 2004, LXXXVI, n. 856, p. 789 ss.;

HEINTZE J.H., *The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights Standards during Armed Conflicts*, in *German YIL*, 2002, XLV, p. 60 ss.;

HELLER K.J., *The Rhetoric of Necessity*, in *Georgia LR*, 2006, XLIX, 3, p. 779 ss.;

HENCKAERTS J.M., *Study on Customary International Humanitarian Law: a Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict*, in *IRRC*, LXXXVII, n. 857, p. 175 ss.;

HIGGINS A.P., *Derogations under Human Rights Treaties*, in *BYIL*, 1976-1977, XLVIII, p. 281 ss.;

HIGGINS A.P., *The Legal Limits of the Use of Force by Sovereign States: United Nations Practice*, in *BYIL*, 1961, XXXVII, p. 269 ss.;

HILL S.F., *The Necessity Defense and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US-Argentina Bilateral Investment Treaty*, in *LBRA*, 2007, p. 547 ss.;

HINDMARSH A.E., *Self-Help in Time of Peace*, in *AJIL*, 1932, XXVI, p. 561 ss.;

HLADIK J., *The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity*, in *RICR*, 1999, LXXXI, n. 835, p. 621 ss.;

HOLLAND T.E., *War* sub modo, in *LQR*, 1903, p. 133 ss.;

MOMTAZ D., *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*, in *Recueil*, 2001, vol. 292, p. 9 ss.;

HORTON S., *Kriegräison or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude towards the Conduct of War*, in *Fordham ILJ*, 2007, XXX, 3, p. 576 ss.;

HUET V., *Les circonstances excluant l'illiceité et le recours à la force*, in *JDI*, 2008, 1, p. 75 ss.;

JAWORSKI E., '*Military Necessity' and* '*Civilian Immunity*'. *Where is the Balance*?, in *Chinese JIL*, 2003, II, 1, p. 175 ss.;

JENNINGS R.Y., *The Progressive Development of International Law and its Codification*, in *BYIL*, 1947, XXIV, p. 301 ss.;

JOHNSTONE I., *The Plea of 'Necessity' in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism*, in *Columbia JTL*, 2005, XLIII, 2, p. 337 ss.;

JUSSUP P.C., *Should International Law Recognize an International Status between Pace and War?*, in *AJIL*, 1954, XLVIII, 1, p. 98 ss.;

KALSHOVEN F., *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *ICLQ*, XL, p. 827 ss.;

KAWAGUCHI K.H., *Regulation of Nuclear Weapons Use: the Complexity of Contemporary International Law as Seen through Discourse Analysis from the 1963 Atomic Bomb Decision through the 1996 ICJ Advisory Opinion*, in *Indian JIL*, 2007, XVIIL, 1, p. 57 ss.;

KLEIN P., *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt* Behrami *et* Saramati, in *Annuaire FDI*, 2007, LIII, p. 43 ss.;

KOHEN M.G., *L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau désordre juridique international*, in *RBDI*, 1999, 1, p. 132 ss.;

KOLB R., *Aperçus sur la bonne foi en droit international public*, in *RHDI*, 2001, LIV, 2, p. 1 ss. e p. 383 ss.;

KOLB R., *Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme*, in *Canadian YIL*, 1999, XXXVII, p. 57 ss.;

KOLB R., *Deux questions ponctuelles relatives au droit de l'occupation de guerre*, in *RHDI*, 2008, LXI, p. 347 ss.;

KOLB R., *Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?*, in *ZAÖRV*, 2004, LXIV, 1, p. 21 ss.;

KOLB R., Jus cogens, *intangibilité, intransgressibilité, derogation 'positive' et 'negative'*, in *RGDIP*, 2005, CIX, 2, p. 305 ss.;

KOLB R., *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains et dégradants*, in *RUDH*, 2003, XV, 10, p. 254 ss.;

KOLB R., *Occupation in Iraq since 2003 and the Powers of the UN Security Council*, in *IRRC*, 2008, XC, n. 869, p. 29 ss.;

KOLB R., *Principles as Sources of International Law with Special Reference to Good Faith*, in *Netherlands ILR*, 2006, LIII, 1, p. 1 ss.;

KOLB R., *Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme*, in *RICR*, 1998, LXXX, n. 831, p. 437 ss.;

KOLB R., *Sur l'origine du couple terminologique* ius ad bellum/ius in bello, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 827, p. 593 ss.;

KRETZMER D., *The Advisory Opinion: the Light Treatment of International Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2005, LXXXIX, 1, p. 88 ss.;

KUNZ J.L., Bellum iustum *and* bellum legale, in *AJIL*, 1951, XLV, 3, p. 528 ss.;

KUNZ J.L., *Plus de lois de la guerre?*, in *RGDIP*, 1934, XLI, 1, p. 22 ss.;

LAMBERT P., *La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé*, in *RTDH*, 2000, XI, p. 241 ss.;

LAMBERTI ZANARDI P., *Necessità (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 905 ss.;

LAURSEN J.C., *The Use of Force and (the State of) Necessity*, in *Vanderbilt JTL*, 2004, XXXVII, 2, p. 485 ss.;

LAUTERPACHT H., *Codification and Development of International Law*, in *AJIL*, 1955, XLIX, 1, p. 16 ss.;

LAUTERPACHT H., *The Limits of the Operation of the Laws of War*, in *BYIL*, 1953, XXX, p. 206 ss.;

LAUTERPACHT H., *The Problem of the Revision of the Law of War*, in *BYIL*, 1952, XXIX, 2, p. 360 ss.;

LE FUR L., *La théorie du droit naturel depuis le XVIII siècle et la doctrine moderne*, in *Recueil*, 1927-III, vol. 18, p. 263 ss.;

LIESE A., *Exceptional Necessity. How Liberal Democracies Contest the Prohibition of Torture and Ill-Treatment when Countering Terrorism*, in *JIL&IR*, 2009, V, 1, p. 17 ss.;

LILLICH R.B., *Intervention to Protect Human Rights*, in *McGill LJ*, 1969, XV, p. 205 ss.;

LINDERFALK U., *State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology - The Role of Language for an Understanding of the International Legal System*, in *Nordic JIL*, 2009, LXXVIII, p. 53 ss.;

LINDROSS A. e MEHLING M., *Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO*, in *EJIL*, 2005, XVI, 5, p. 857 ss.;

LOWE V., *Precluding Wrongfulness or Responsibility: a Plea for Excuses*, in *EJIL*, 1999, X, 2, p. 405 ss.;

LUBELL N., *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, in *IRRC*, 2005, LXXXVII, n. 860, p. 737 ss.;

MANDELSTAM A.N., *L'interprétation du Pacte Briand-Kellogg par les Gouvernements et les Parlements des Etats signataires*, in *RGDIP*, 1933, XL, 4, p. 537 ss.;

MANI V.S., '*Humanitarian Intervention' Today*, in *Recueil*, 2005, vol. 313, p. 9 ss.;

MARCHESI A., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *RDI*, 1993, LXXVI, 4, p. 979 ss.;

MARCHESI A., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 3, p. 463 ss.;

MARCHISIO S., *La capacità globale dell'ONU per la pace*, in *CI*, 2005, I, p. 3 ss.;

MARIN M.A., *The Evolution and Present Status of the Laws of War*, in *Recueil*, 1957-II, vol. 92, p. 629 ss.;

MCCORMACK T.L.H., *Un* non liquet *sur les armes nucléaires. La Cour internationale de Justice élude l'application des principes généraux du droit international humanitaire*, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 823, p. 82 ss.;

MCCOUBREY H., *The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity*, in *RDPMDG*, XXX, p. 217 ss.;

MELZERN N., *Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, in *YIHL*, 2006, XI, p. 87 ss.;

MERON T., *Prisoners of War, Civilians and Diplomats in the Gulf Crisis*, in *AJIL*, 1991, LXXXV, 1, p. 104 ss.;

MERON T., *The Geneva Conventions as Customary Law*, in *AJIL*, 1987, LXXXI, 2, p. 348 ss.;

MERON T., *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, in *AJIL*, 2000, XCIV, 1, p. 78 ss.;

MERON T., *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, in *AJIL*, 1994, LXXXVIII, 1, p. 78 ss.;

MEYROWITZ H., *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering. From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, in *IRRC*, 1994, LXXVI, n. 299, p. 98 ss.;

MEYROWITZ H., *Une révolution inaperçue: l'article 49, 2 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949*, in *ZAÖRV*, 1981, p. 29 ss.;

MIGLIAZZA A., *L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme*, in *Recueil*, 1972-III, vol. 137, p. 141 ss.;

MOHR M., *Avis consultatif de la Cour internationale de justice sur la liceité de l'emploi d'armes nucleaire. Quelques réflexions sur ses points forts et ses points faibles*, in *RICR*, 1997, LXXIX, n. 827, p. 99 ss.;

MOORE G., *War Crimes and the Rules of Law in the Gulf Crisis*, in *Virginia JIL*, 1991, XXXI, 3, p. 403 ss.;

MORGAN-FOSTER J., *The Relationship of IMF Structural Adjustment Programs to Economic, Social and Cultural Rights: the Argentine Case Revisited*, in *Michigan JIL*, 2003, XXIV, 2, p. 577 ss.;

MOTTERSHAW E., *Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law*, in *IJHR*, 2008, XII, 3, p. 449 ss.;

MRAZEK J., *Prohibition of the Use and Threat of Force: Self-Defence and Self-Help in International Law*, in *CYIL*, 1989, XXVII, p. 81 ss.;

NAHLIK S.E., *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, in *Recueil*, 1967-I, vol. 120, p. 64 ss.;

NANDA V.P., *The Validity of United States Intervention in Panama under International Law*, in *AJIL*, 1990, LXXXIV, 2, p. 494 ss.;

NANNINI C., *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *RDI*, 2009, XCII, 3, p. 807 ss.;

O'BRIEN W.V., *Legitimate Military Necessity in Nuclear War*, in *World Polity*, 1960, CXII, p. 35 ss.;

O'BRIEN W.V., *The Meaning of Military Necessity in International Law*, in *World Polity*, 1957, CIX, 1, p. 109 ss.;

O'KEEFE R., *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Palestinian Occupied Territory: a Commentary*, in *RBDI*, 2004, XXXVI, 1, p. 92 ss.;

OHLIN J.D., *The Bounds of Necessity*, in *JICJ*, 2008, VI, 2, p. 289 ss.;

ORAKHELASHVILI A., *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction*, in *JCSL*, 2006, XI, 1, p. 119 ss.;

ORZAN M.F., *Il caso* CMS Gas Transmission Company *e lo stato di necessità economica nel diritto internazionale*, in *DCI*, 2007, I, p. 251 ss.;

OUGUERGOUZ F., *L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général*, in *RGDIP*, 1994, XCVIII, p. 287 ss.;

PALCHETTI P., *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi* Behrami *e* Saramati, in *RDI*, 2007, XC, 3, p. 681 ss.;

PALMISANO G., *Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso* 'Rainbow Warrior', in *RDI*, 1990, LXXIII, 4, p. 874 ss.;

PALOMBINO F.M., *The Overlapping between War Crimes and Crimes against Humanity in International Criminal Law*, in *Italian YIL*, 2002, XII, p. 123 ss.;

PANZERA A.F., *A proposito del* 'raid' *statunitense in Iran*, in *RDI*, 1981, LXIV, p. 67 ss.;

PANZERA A.F., Raids *e protezione dei cittadini all'estero*, in *RDI*, 1978, LXI, 4, p. 759 ss.;

PAULSEN M.S., *The Constitution of Necessity*, in *NDLR*, 2004, LXXIX, 4, p. 1257 ss.;

PELLET A., *Brief Remarks on the Unilateral Use of Force*, in *EJIL*, 2000, XI, 2, p. 387 ss.;

PERASSI T., *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *RDP*, 1917, I, p. 5 ss.;

PEREZ GONZALEZ M., *Diritti umani e diritto umanitario. Una scommessa sulla convergenza*, in *DUDI*, 2007, I, 3, p. 485 ss.;

PETERS A., *The Security Council's Responsibility to Protect*, in *IOLR*, 2011, VIII, p. 1 ss.;

PICONE P., *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia*, in *DUDI*, 2011, V, 2, p. 212 ss.;

PICONE P., *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *RDI*, 2003, LXXXVI, 2, p. 329 ss.;

PICONE P., *La 'guerra del Kossovo' e il diritto internazionale generale*, in *RDI*, 2000, LXXXIII, 2, p. 309 ss.;

PICONE P., *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistemi delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *RDI*, 2005, LXXXVIII, 1, p. 5 ss.;

PILLOUD C., *La Déclaration universelle des droits de l'homme et les conventions internationales protégeant les victimes de la guerre*, in *RICR*, 1949, n. 364, p. 252 ss.;

PINTO R., *L'affaire du Rainbow Warrior - A propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990*, in *JDI*, 1990, p. 841 ss.;

PINZAUTI G., *Aspetti problematici della legittimità del 'muro' in Palestina: il caso* Beit Sourik, in *RDI*, 2005, LXXXVIII, 2, p. 441 ss.;

PISCIOTTA L., *La tutela dei diritti umani in tempo di conflitti armati non internazionali: la giurisprudenza di due Corti a confronto*, in *RDI*, 2006, LXXXIX, 4, p. 736 ss.;

PISILLO MAZZESCHI R., *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil*, 2008, vol. 333, p. 175 ss.;

POTTER P.B., *L'intervention en droit international moderne*, in *Recueil*, 1930-II, vol. 32, p. 611 ss.;

PRIEL D., *Jurisprudence and Necessity*, in *Canadian JLJ*, 2007, XX, 1, p. 173 ss.;

PROKOSCH E., *Arguments for Restricting Cluster Weapons: Humanitarian Protection Versus* '*Military Necessity*', in *IRRC*, 1994, LXXVI, n. 805, p. 183 ss.;

PUSTOGAROV V.V., *The Martens Clause in International Law*, in *Journal HIL*, 1999, I, 2, p. 125 ss.;

PUSTORINO P., *Lo stato di necessità alla luce della prassi recente*, in *RDI*, 2009, XCII, 2, p. 410 ss.;

RABY J., *The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals*, in *Canadian YIL*, 1988, XXVI, p. 253 ss.;

RAGONE P.A., *The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age*, in *NYUJILP*, 1983, XVI, 2, p. 701 ss.;

RAPISARDI MIRABELLI A., *Breve nota critica in tema di 'stato di necessità' nel diritto internazionale*, in *RISG*, 1919, p. 177 ss.;

RAUCH E., *Attack Restraints, Target Limitations and Prohibitions or Restrictions of Use of Certain Conventional Weapons*, in *RDPMDG*, 1979, XVIII, p. 53 ss.;

RAUCH E., *Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre*, in *RDPMDG*, 1980, XIX, 1, p. 205 ss.;

REICHERT-FACILIDES D., *Down the Danube. The Vienna Convention on the Law of Treaties and the Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, in *ICLQ*, 1998, XLVII, 4, p. 837 ss.;

REIDY D.A., *La pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire*, in *RICR*, 1998, LXXX, nn. 829-832, p. 551 ss.;

REINISCH A., *How Necessary is Necessity for International Organizations?*, *IOLR*, 2006, III, 2, p. 177 ss.;

REINISCH A., *Necessity in Investment Arbitration*, in *Netherlands YIL*, 2010, p. 137 ss.;

RONZITTI N., *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *RDI*, 2002, LXXXV, 3, p. 682 ss.;

RONZITTI N., *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, in *RDI*, 1996, LXXIX, 4, p. 861 ss.;

RONZITTI N., *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, in *Recueil*, 1993-V, vol. 242, p. 9 ss.;

ROSE-ACKERMANN N. e BILLA B., *Treaties and National Security*, in *NYUJILP*, 2008, XL, 2, p. 437 ss.;

ROUGIER A., *La théorie de l'intervention d'humanité*, in *RGDIP*, 1910, XVII, p. 468 ss.;

ROWE P., *The Obligation of a State under International Law to Protect Members of its own Armed Forces during Armed Conflict or Occupation*, in *YIHL*, 2006, IX, p. 3 ss.;

SACCUCCI A., *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della* war on terror*: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?*, in *DUDI*, 2009, 1, p. 5 ss.;

SALMON E., *La conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire et les guerres de libération nationale*, in *RBDI*, 1976, XII, p. 26 ss.;

SARKIN J., *The Necessity and Challenges of Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda*, in *HRQ*, 1999, XXI, 3, p. 767 ss.;

SASSÒLI M., *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *RICR*, 2002, LXXXIV, n. 846, p. 401 ss.;

SCHACHTER O., *Self-Defence and the Rule of Law*, in *AJIL*, 1989, LXXXIII, 2, p. 259 ss.;

SCHINDLER D., *Aspects contemporains de la neutralité*, in *Recueil*, 1987-II, vol. 121, p. 226 ss.;

SCHINDLER D., *The Different Types of Armed Conflicts and Geneva Conventions and Protocols*, in *Recueil*, 1979-II, vol. 163, p. 121 ss.;

SCHMITT G.M.N., *Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance*, in *Virginia JIL*, 2010, L, 4, p. 796 ss.;

SCHWARZENBERGER G., Jus pacis ac belli*? Prolegomena to a Sociology of International Law*, in *AJIL*, 1943, XXXVII, 3, p. 460 ss.;

SCHWARZENBERGER G., *The Fundamental Principles of International Law*, in *Recueil*, 1955-I, vol. 87, p. 195 ss.;

SCOBBIE I., *Words my Mother Never Taught Me - In Defense of the International Court*, in *AJIL*, 2005, p. 76 ss.;

SERENI A.P., *Ragioni di guerra e principi di umanità nel diritto internazionale bellico*, in *RDI*, 1964, XLVII, 2, p. 169 ss.;

SERMET L., *The Absence of a Derogation Clause from the African Charter on Human and Peoples' Rights: a Critical Discussion*, in *African HRLJ*, 2007, VII, 1, p. 142 ss.;

SERSIC M., *Protection of Cultural Property in Time of Armed Conflict*, in *Netherlands YIL*, 1996, XXVII, p. 3 ss.;

SHRAGA D., *UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations Related Damage*, in *AJIL*, 2000, XCIV, 2, p. 406 ss.;

SICILIANOS L.A., *L'invocation de la légitime défense face aux activités d'entités non-étatiques*, in *Hague YIL*, 1989, II, p. 147 ss.;

SIMMA B., *Nato, the UN and the Use of Force, Legal Aspects*, in *EJIL*, 1999, X, 1, p. 1 ss.;

SIMMA B., *The Sources of Human Rights Law: Custom,* jus cogens*, and General Principles*, in *The Australian YBIL*, 1992, p. 82 ss.;

SIMMA B., *The Work of the International Law Commission at its Fifty-First Session*, in *Nordic JIL*, 1999, LXVIII, 3, p. 293 ss.;

SIMMA B. e PAULUS A.L., *The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization*, in *EJIL*, 1998, IX, 2, p. 266 ss.;

SIMMA B. e PAULUS A.L., *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: a Positivist View*, in *AJIL*, 1999, XCIII, 2, p. 302 ss.;

SINHA M., *Respect of Human Rights in Time of State Emergency: International and National Perspectives*, in *Indian JIL*, 2007, XVIIL, 2, p. 225 ss.;

SIORDET F., *Commentaire de l'art. 3 de la III Convention de Genève*, in *RICR*, 1958, XL, n. 469, p. 635 ss.;

SITAROPOULOS N., *Weapons and Superfluous Injury or Unnecessary Suffering in International Humanitarian Law. Human Pain in Time of War and the Limits of Law*, in *RHDI*, 2001, LIV, 1, p. 71 ss.;

SLOANE R.D., *The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of* jus ad bellum *and* jus in bello *in Contemporary Law of War*, in *Yale ILJ*, 2009, XXXIV, p. 47 ss.;

SOFAER A.D., *On the Necessity of Pre-Emption*, in *EJIL*, 2003, XIV, 2, p. 209 ss.;

SOLF W.A. e GRANDISON W.G., *International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict*, in *JILE*, 1975, p. 567 ss.;

SØRENSEN M., *Principes de droit international public*, in *Recueil*, 1960-III, vol. 101, p. 6 ss.;

SPERDUTI G., *Il principio della buona fede e l'ammissione di nuovi membri nelle Nazioni Unite*, in *CI*, 1952, VII, p. 42 ss.;

SPERDUTI G., *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1943, XXXV, 1, p. 19 ss.;

SPERDUTI G., *L'individu et le droit international*, in *Recueil*, 1956-II, vol. 90, p. 727 ss.;

SPIERMANN O., *Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of* jus cogens, in *Nordic JIL*, 2002, LXXI, 4, p. 523 ss.;

SPINEDI M., *Problemi di dritto internazionale sollevati dal naufragio della 'Torrey Canyon'*, in *RDI*, 1967, L, 3, p. 653 ss.;

STAHN C., *Responsibility to Protect: Politic Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, *AJIL*, 2007, CI, 1, p. 102 ss.;

TAMS C.J., *All's Well that Ends Well, Comments on the ILC's Articles on State Responsibility*, in *ZAÖRV*, 2002, p. 764 ss.;

TAYLOR T., *The Concept of Justice and the Laws of War*, in *Columbia JTL*, 1974, p. 202 ss.;

TOMUSCHAT C., *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in *Recueil*, 1999, vol. 281, p. 288 ss.;

TONDINI M., *Exporting the Rule of Law: Human Rights Abroad During Conflicts and Peace Operations*, in *Pace e diritti umani*, 2006, I, p. 83 ss.;

TONDINI M., *Regole d'ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rassegna dell'Arma*, 2005, n. 1, p. 1 ss.;

TSAGOURIAS N., *Necessity and the Use of Force: a Special Regime*, in *Netherlands YIL*, 2010, p. 11 ss.;

TYAGI Y.K., *The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties*, in *BYIL*, 2001, LXXI, p. 181 ss.;

VALENTI M., *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte*, in *RDI*, 2008, XCI, 1, p. 114 ss.;

VENTURINI G., *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *RIDU*, 2001, XIV, 1, p. 49 ss.;

VENTURINI G., *Fattori di crisi ed elementi di sviluppo del diritto internazionale umanitario alla luce dei conflitti recenti*, in *Comunicazioni e Studi*, 2007, XXIII, p. 445 ss.;

VENTURINI G., *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, in *Netherlands YIL*, 2010, XLI, p. 45 ss.;

VERDROSS A., *Règles générales du droit international de la paix*, in *Recueil*, 1929-V, vol. 30, p. 275 ss.;

VIARENGO I., *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *RDI*, 2005, LXXXVIII, 4, p. 955 ss.;

VIERUCCI L., *Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale*, in *RDI*, 2006, LXXXIX, 4, p. 693 ss.;

VITTA E., *La necessità nel diritto internazionale*, in *RISG*, 1936, p. 288 ss.;

WAIBEL M., *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration:* CMS *and* LG&E, in *Leiden JIL*, 2007, p. 637 ss.;

WALDOCK H., *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, in *Recueil*, 1952, vol. 81, p. 461 ss.;

WATSON G.R., *The 'Wall' Decision in Legal and Political Context*, in *AJIL*, 2005, XCIX, 1, p. 6 ss.;

WEHBERG H., *Le problème de la mise de la guerre hors de la loi*, in *Recueil*, 1928, vol. XXIV, p. 273 ss.;

WEISSBRODT D. e HICKS P.L., *Mise en oeuvre des droits de l'homme et du droit humanitaire dans les situations de conflit armé*, in *RICR*, 1993, LXXV, p. 129 ss.;

WOOLLEY A., '*Practical Necessity*' *or* '*Highly Sophisticated Opportunism*'*? Judicial Review and Rate Regulation after* ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta *(Energy and Utilties Board)*, in *Alberta LR*, 2006, XLIV, 2, p. 445 ss.;

YOO J., *International Law and the War in Iraq*, in *AJIL*, 2003, XCVII, 3, p. 563 ss.;

YOUNG A., *Human Right or Necessity?*, in *California WILJ*, 1985, XV, p. 441 ss.;

ZAPPALÀ S., *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *RDI*, 1999, LXXXII, 4, p. 975 ss.;

ZEDALIS R.J., *Military Necessity and Iraqi Destruction of Kuwaiti Oil*, in *RBDI*, 1990, XXIII, 2, p. 333 ss.;

ZORGBIBE C., *Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes*, in *JDI*, 1970, XCVII, p. 658 ss.;

ZOUREK J., *La notion de légitime défense en droit international*, in *Annuaire IDI*, 1975, p. 1 ss.

MANUALI MILITARI

Canadian Forces Law of Armed Conflict Manual (Second Draft), Ottawa, 1984;

Humaniatarian Law in Armed Conflicts, Manual, Bonn, 1992;

Manuale di diritto umanitario (SMD-G-014), Roma, 1991;

Manuel de droit des conflits armés, Paris, 2000;

The Law of War on Land, being Part III of the Manual of Military Law, the War Office, London, 1958;

The Manual of the Law of Armed Conflict, UK Ministry of Defence, Oxford, 2004.

SITI WEB

http://europa.eu

http://icsid.worldbank.org

http://www.coe.int

http://www.ilo.org

http://www.un.org

http://www.un.org/law/ilc