

DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO

Ancora sul dibattito sollevato dallo Studio del Comitato internazionale di Croce Rossa sul diritto umanitario consuetudinario: la risposta di J.-M. Henckaerts all'amministrazione statunitense

L'ampio dibattito suscitato dallo Studio del Comitato internazionale di Croce Rossa sul diritto umanitario consuetudinario (J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005, d'ora innanzi 'Studio') si arricchisce di un nuovo contributo. La lettera con cui i consiglieri giuridici del Dipartimento di Stato e della Difesa

degli Stati Uniti avevano espresso alcuni rilievi sullo *Studio* (d'ora innanzi 'Lettera'; reperibile su: www.state.gov/rls/82630.htm, sul punto v. M. Pertile, *La codificazione del diritto internazionale umanitario da parte del Comitato internazionale della Croce Rossa e le reazioni del Governo statunitense*, in questa *Rivista* 2008, p. 171 ss.) ha ricevuto risposta da parte di Jean-Marie Henckaerts, curatore con Louise Doswald-Beck dello *Studio* e consigliere giuridico del CICR.

In una nota pubblicata a titolo personale (d'ora innanzi 'Nota'), Henckaerts tenta di confutare i rilievi dell'amministrazione statunitense. Rilevando come la *Lettera* riguardi in primo luogo la metodologia utilizzata dallo *Studio*, la *Nota* si propone di rispondere innanzitutto alle questioni metodologiche. La discussione dei quattro esempi portati dalla *Lettera* a supporto dei rilievi di ordine generale (la regola 31 sulla protezione del personale di soccorso; la regola 45 in tema di protezione dell'ambiente; la regola 78 sull'uso di proiettili esplosivi e la regola 157 sul diritto di esercitare la giurisdizione universale sui crimini di guerra) viene quindi incorporata, a dire il vero, in modo piuttosto sommario, nel discorso sul metodo.

La ricostruzione dei rilievi mossi allo *Studio* da parte dell'amministrazione statunitense è in ogni caso corretta e completa. La *Nota* si propone di rispondere ai seguenti interrogativi:

- Qual è la densità della prassi richiesta per la formazione del diritto internazionale consuetudinario e quale tipo di prassi è rilevante?
- Come è stata dimostrata l'esistenza dell'*opinio juris*?
- Qual è il peso dei commenti alle singole regole contenute nello *Studio* in relazione alle regole stesse?
- Quali sono le conseguenze dello *Studio* in relazione al primo e al se-



Comitato internazionale della Croce Rossa, *Risposta di J.-M. Henckaerts ai commenti degli Stati Uniti allo studio sul diritto umanitario consuetudinario*

(www.asil.org/pdfs/USComments_Rejoinder_Final.pdf)

Diritti umani e diritto internazionale

condo protocollo addizionale, in generale, e al diritto dei conflitti armati non internazionali, in particolare?

Il primo interrogativo è il più ampio: in estrema sintesi l'amministrazione statunitense ravvisava nello *Studio* due categorie di errori attinenti alla prassi. In primo luogo, dal punto di vista quantitativo, si sosteneva che la prassi sarebbe stata in alcuni casi insufficiente per suffragare l'esistenza delle norme codificate nello *Studio*. In secondo luogo, dal punto di vista qualitativo, si criticava la tipologia della prassi raccolta. In questo senso, lo *Studio* sarebbe stato censurabile per eccesso e per difetto: da un lato poiché attribuiva un peso eccessivo alla prassi verbale, alle risoluzioni delle organizzazioni internazionali, alle dichiarazioni del CICR e delle organizzazioni non governative; dall'altro, poiché non teneva nella dovuta considerazione la prassi degli Stati non parte agli strumenti convenzionali rilevanti e degli Stati 'specially affected'.

In merito alla densità della prassi, la *Nota* sottolinea come non esista una soglia determinabile matematicamente per integrare il noto test della prassi 'estensiva e virtualmente uniforme', proposto dalla Corte internazionale di giustizia (*North Sea Continental Shelf Cases*, sentenza del 20 febbraio 1969, *I.C.J. Reports* 1969, p. 74). La densità della prassi dipenderebbe da una serie di fattori come la materia in cui si versa; il peso del singolo elemento considerato; la natura proibitiva, obbligatoria o permissiva della regola che si intende ricostruire.

Quanto alla tipologia della prassi, la *Nota* rivendica in primo luogo l'importanza di non limitare la ricerca alla prassi operativa, la sola, secondo la *Lettera*, veramente indicativa della posizione statale in relazione ad una determinata questione. Secondo Henckaerts, invece, pur dovendosi ribadire l'importanza dell'analisi delle condotte operative, in molte circostanze solo la prassi verbale permetterebbe di valutare la reale portata della prassi operativa e, soprattutto, di distinguere le condotte che costituiscono una violazione di una norma da quelle che possono invece integrare l'elemento materiale. La prassi verbale costituirebbe in altre parole 'the lens through which to look at operational practice' (*Nota*, p. 5).

In relazione alle risoluzioni delle organizzazioni internazionali, Henckaerts ricorda che lo *Studio* riconosce che tali atti non sono generalmente vincolanti e che il loro valore dipende dal loro contenuto, dal grado di accettazione che incontrano e dalla coerenza della prassi statale che si sviluppa indipendentemente da essi. Nonostante lo *Studio* contenga i resoconti delle votazioni di tutte le risoluzioni dell'Assemblea generale rilevanti, Henckaerts rivela che le risoluzioni sono sempre state considerate unitamente alla prassi statale e che non sono mai state utilizzate per dirimere i casi dubbi. Con riferimento al valore delle dichiarazioni e degli appelli del CICR, la *Nota* ricorda che la scelta dello *Studio* di includerle nella prassi rilevante dipende dal fatto che il Comitato è dotato di personalità giuridica interna-

zionale ed ha ricevuto dagli Stati il mandato di lavorare ‘for the faithful application of international humanitarian law ...’ (*Nota*, p. 6). Anche in questo caso, comunque, la *Nota* rivela che la prassi del CICR è sempre stata utilizzata, soltanto per rafforzare conclusioni che sarebbero state comunque raggiunte indipendentemente da essa. Quanto alla ‘prassi’ delle organizzazioni non governative, la *Nota* afferma che essa sarebbe stata inclusa nel secondo volume nella categoria ‘other practice’ per mera completezza, ma che non sarebbe mai stata utilizzata per dimostrare l’esistenza delle norme (*Nota*, p. 7).

In merito alla prassi degli Stati che non hanno ratificato gli strumenti convenzionali di volta in volta rilevanti (degli Stati ‘specially affected’ si dirà in seguito), la *Nota* ribadisce che lo *Studio* in nessun caso ha inteso ricostruire l’esistenza di una norma consuetudinaria a partire soltanto dalla prassi applicativa dei trattati. Henckaerts ricorda come nella preparazione dello *Studio* siano state predisposte delle liste degli Stati parte e degli Stati non parte e come, soprattutto, debba essere tenuto in considerazione il fatto che un medesimo principio può essere affermato da diversi strumenti convenzionali aventi una platea di Stati parte diversa. In ogni caso, la correttezza dello *Studio* sarebbe dimostrata dal fatto che alcune norme del primo protocollo addizionale, anche in contrasto con quanto sostenuto da alcuni autori, non sarebbero state ritenute appartenenti al diritto consuetudinario proprio in considerazione della prassi negativa degli Stati non parte (l’art. 50 (1) seconda frase; l’art. 56; l’art. 44 (3) seconda frase; l’art. 51 (6)).

In relazione all’*opinio juris*, la *Nota* rileva che l’analisi dell’elemento soggettivo e dell’elemento materiale è avvenuta distintamente per ogni regola, per comprendere se la prassi fosse il frutto di una mera scelta politica o di cortesia e non la prova della convinzione dell’esistenza di un vincolo giuridico. In generale, l’*opinio* non sarebbe mai stata derivata da un singolo episodio, ma dalla considerazione complessiva di tutti gli elementi disponibili. In questo senso, pur riconoscendo che il voto favorevole all’adozione di una risoluzione, i manuali militari e i manuali di istruzione per le forze armate non dimostrerebbero di per sé l’esistenza dell’elemento soggettivo, si sostiene che l’analisi dell’insieme della prassi possa dimostrare il ricorrere della convinzione nell’obbligatorietà giuridica del comportamento tenuto.

Seguono alcune considerazioni sul rapporto tra le regole enunciate dallo *Studio* e l’apparato di commenti alle stesse. La *Nota* parte dall’assunto che ogni formulazione delle norme consuetudinarie dia luogo ad enunciati semplificati rispetto a quelli contenuti nel diritto pattizio. Per questo - si afferma - le questioni più controverse possono trovare una sistemazione teorica solo nel commentario. In relazione alle disposizioni attinenti alla protezione e all’accesso del personale umanitario, Henckaerts ricorda anche il *caveat* che gli estensori dello *Studio* hanno premesso alla ristampa del 2007. Secondo tale precisazione, nello *Studio* solo la formulazione delle norme è considerata come parte del diritto consuetudinario, mentre non lo sono i testi a commento. Ciononostante, secondo la *Nota*, il commentario può contenere dei chiarimenti importanti in ordine

Diritti umani e diritto internazionale

al contenuto delle disposizioni, chiarimenti che sono spesso trascurati dagli interpreti.

In conclusione, Henckaerts difende la tesi dello *Studio* secondo cui un numero significativo delle regole dei protocolli avrebbe raggiunto lo *status* consuetudinario, sostenendo che la base probatoria è adeguata. Del resto, si fa notare, molte tra queste disposizioni già appartenevano al diritto consuetudinario al momento dell'adozione dei protocolli. Altre disposizioni sarebbero divenute norme consuetudinarie nei trenta anni successivi, in forza di una prassi estesa ed uniformemente accettata (è il caso, ad esempio, del divieto di affamare le persone civili). Altre ancora non sarebbero invece parte del diritto consuetudinario e lo *Studio* si sarebbe limitato a rilevarlo (come per la presunzione dello status di civile in caso di dubbio; la proibizione di attacchi a lavori e installazioni contenenti agenti pericolosi; l'attenuazione dell'obbligo di distinzione dei combattenti; il divieto di rappresaglia contro i civili).

In conclusione, si può osservare come la *Nota* riproponga in larga parte l'approccio metodologico 'classico' alla formazione della consuetudine, già enunciato dall'introduzione dello *Studio*. Tale approccio assume a riferimento la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, nonché i lavori di Maurice Mendelson (M. H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1998, vol. 272, 1998; lo studio della International Law Association: International Law Association, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, 2000). In relazione a questi aspetti teorici, in un solo punto è dato riscontrare nella *Nota* una evidente dissonanza rispetto all'introduzione. Mentre quest'ultima cita la prassi delle organizzazioni internazionali e del CICR tra gli elementi che possono concorrere alla ricostruzione delle norme consuetudinarie, senza attribuire alla stessa un valore sussidiario (*Studio*, *Introduction*, xxv), la *Nota* tende a ridurne l'importanza, chiarendo che tale prassi è stata utilizzata solo *ad adiuvandum*. Ora, se è noto che la partecipazione dei soggetti non statali alla formazione delle norme consuetudinarie è tema controverso e se è lecito scegliere di attribuire alla loro azione una rilevanza secondaria o indiretta (cfr. A.-K. Lindblom, *Non-Governmental Organizations in International Law*, Cambridge, 2006, pp. 77-78), lascia però perplessi che una presa di posizione in merito non sia stata inserita nello *Studio* (I. Scobbie, "The Approach to Customary International Law in the Study", in E. Wilmshurst, S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study*, Cambridge, 2007, p. 45) e debba comparire per la prima volta nella nota di Henckaerts.

In termini complessivi, la questione più rilevante consiste però nel capire in che misura il metodo ricostruttivo della consuetudine enunciato dall'Introduzione e ripreso dalla *Nota* sia stato seguito nell'elaborazione dello *Studio*. Per questo il valore della *Nota* emerge in particolare in relazione ai rife-

rimenti a piè di pagina che indicano con degli esempi puntuali come è avvenuta l'applicazione del metodo ricostruttivo della consuetudine. Al contrario, la principale debolezza della *Nota* risiede nel non rispondere in modo completo ai rilievi attinenti alle singole regole, tanto più che gli esempi addotti paiono cogliere alcuni punti critici. In alcuni casi la *Nota* sembrerebbe addirittura contraddire il contenuto dello *Studio* nel tentativo di ridimensionare il contrasto con la tesi dell'amministrazione statunitense.

Così, la questione degli 'specially affected states', in relazione alla regola 45, sembra essere effettivamente male interpretata dalla *Nota*. Da un lato si rileva correttamente che la stessa nozione introdotta dalla Corte internazionale di giustizia (*North Sea Continental Shelf*, cit., p. 73) potrebbe non trovare una collocazione nel diritto umanitario o essere interpretata in modo diverso, dall'altro si concede però che Francia, Regno Unito e Stati Uniti possano essere considerati stati 'specially affected' in relazione all'uso delle armi nucleari e al contempo li si qualifica come 'obiettori persistenti'. Pare a chi scrive che le due nozioni siano in questo caso incompatibili e che se si ammette che tre Stati 'specially affected' si siano costantemente opposti alla formazione di una norma il processo formativo di tale norma non possa ritenersi compiuto (cfr. Scobbie, *op. cit.*, p. 35). In senso conforme la *Nota* riconosce che la norma consuetudinaria non sarebbe venuta ad esistenza per quanto riguarda l'uso delle armi nucleari (*Nota*, p. 10), ma non sembra che tale affermazione sia compatibile con quanto sostenuto in precedenza nel commento alla regola 45 ('if the doctrine of 'persistent objector' is possible in the context of humanitarian rules, these three States are not bound by this specific rule as far as any use of nuclear weapons is concerned', *Studio*, p.155).

In relazione agli esempi, emerge poi un ulteriore punto critico che riguarda il rapporto tra il commentario e le regole. Come si è detto, la *Nota* chiarisce che il commento alle regole è fondamentale per la comprensione delle stesse, ma ribadisce che solo queste ultime rappresentano la codificazione del diritto consuetudinario. Questa precisazione diventa problematica se si considera che alcuni requisiti che si configurano come condizioni limitative all'esercizio di un diritto sono menzionati solo nel commento (Cfr. E. Wilmschurst, "Conclusions", in Wilmschurst, Breau (eds.), *op. cit.*, p. 405). È il caso del collegamento territoriale per l'esercizio della giurisdizione universale sui crimini di guerra (regola 157) e del consenso della parte che controlla il territorio per le missioni di soccorso (regola 31). In entrambi i casi non è chiaro se tali requisiti appartengano o meno al diritto consuetudinario, ma evitare di menzionarne l'esistenza nella regola significa attribuire ad essa una portata che può rivelarsi estranea al diritto consuetudinario. Non sembra in questo senso appropriata la precisazione di Henckaerts secondo cui con la regola 31 non si intendeva andare oltre il dettato dei protocolli addizionali che prevedono appunto il requisito del consenso (*Nota*, p. 12). Tale precisazione pare contraddire il testo del commento (*Studio*, p. 109). Al riguardo si sostiene che l'omissione del riferimento al consenso deriverebbe dall'impossibilità di utilizzare la locuzione 'consent of the parties' anche in

Diritti umani e diritto internazionale

relazione ai conflitti non internazionali. In tali casi sarebbe forse stata opportuna, in realtà, una formulazione più restrittiva delle regole, distinguendo se necessario il regime delle due tipologie di conflitto.

Questi rilievi sembrano collegarsi ad una tendenza generale all'eccessiva semplificazione delle regole. Ciò pare evidente proprio in relazione alla frequenza nello *Studio* dell'unificazione dei regimi giuridici attinenti ai conflitti armati internazionali ed interni. È noto che i due corpi normativi tendono sempre più ad avvicinarsi, in forza di un più che auspicabile mutamento nella prassi (Wilmshurst, *op. cit.*, p. 407). Non sembra però che tale processo sia giunto a conclusione e in alcune occasioni lo *Studio* pare muoversi nell'ottica dello sviluppo progressivo piuttosto che in quella della codificazione (cfr. G. Aldrich, "Customary International Humanitarian Law", in *British Yearbook of International Law* 2005, p. 507 ss.).

Marco Pertile