

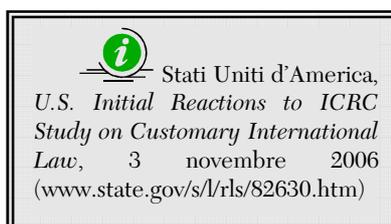
## DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO

### *La codificazione del diritto umanitario da parte del Comitato internazionale della Croce Rossa e le reazioni del Governo statunitense*

Com'era prevedibile, il monumentale Studio del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) sul diritto umanitario consuetudinario (J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005, d'ora innanzi 'Studio') ha suscitato un ampio dibattito ed è diventato un punto di riferimento per i commentatori, i pratici e la giurisprudenza. Lo Studio è suddiviso in due volumi per un totale di circa 5000 pagine. Il primo volume raccoglie 161 regole, codificate e ricavate dalla prassi dai curatori attraverso un procedimento induttivo. Ciascuna regola è accompagnata da un commento volto a chiarirne l'ambito di applicazione alla luce della prassi raccolta. Quest'ultima è integralmente pubblicata nel secondo volume, suddiviso a sua volta in due parti in ragione della mole del materiale. Lo Studio rappresenta l'esito di un lavoro quasi decennale che ha coinvolto alcuni tra i massimi esperti del diritto umanitario. Si tratta ad oggi del lavoro più ambizioso e completo di codificazione del diritto internazionale consuetudinario in materia.

Tra le reazioni allo Studio, ove pure si segnalano numerosi commenti della dottrina (oltre ai contributi citati *infra*, v.: G.H. Aldrich, "Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross", in *British Year Book of International Law* 2006, p. 503), la lettera congiunta dei Consiglieri del Dipartimento di Stato e del Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti del 3 novembre 2006 (*U.S. Initial Reactions to ICRC Study on Customary International Law*, consultabile su: [www.state.gov/s/rls/82630.htm](http://www.state.gov/s/rls/82630.htm), d'ora innanzi 'Lettera') assume un rilievo particolare in termini formali e sostanziali.

Sotto il profilo formale, la Lettera costituisce la prima reazione ufficiale del Governo statunitense e, a conoscenza di chi scrive, la prima reazione di un Governo diversa dal mero ringraziamento al CICR. È pleonastico sottolineare il rilievo della posizione del Governo statunitense in materia: gli Stati Uniti hanno partecipato ad un numero più che considerevole di conflitti ar-



mati e rientrano nel ristretto numero di Stati che non ha ratificato i Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra. Se si considera che lo scopo originario dello Studio era proprio indagare quale fosse lo stato del diritto consuetudinario in relazione ad alcuni aspetti innovativi dei Protocolli (Studio, p. xxviii-xxx), la posizione degli Stati Uniti diventa un punto di riferimento obbligato per la valutazione del risultato raggiunto.

Sotto il profilo sostanziale, poi, la Lettera non rappresenta una mera presa di posizione politica del Governo statunitense, ma costituisce un documento argomentato, che costringe l'interprete a confrontarsi con i fondamenti della teoria del diritto consuetudinario.

La Lettera risale al 3 novembre 2006, ma è stata resa pubblica in seguito (comunicato del Dipartimento della Difesa, 8 marzo 2007, su: [www.defenselink.mil/news/newsarticle.aspx?id=3308](http://www.defenselink.mil/news/newsarticle.aspx?id=3308)), probabilmente per permettere al CICR di esaminarne il contenuto prima della pubblicazione. Una risposta al documento dell'amministrazione statunitense è stata pubblicata da Jean-Marie Henckaerts, consigliere giuridico del CICR e curatore, con Louise Doswald-Beck, dello studio (J.-M. Henckaerts, *Customary International Humanitarian Law – A Response to US Comments*, consultabile su: [www.asil.org/pdfs/USComments\\_Rejoinder\\_Final.pdf](http://www.asil.org/pdfs/USComments_Rejoinder_Final.pdf)). La Lettera è divisa in due parti. La prima enuncia, in forma di lettera al Presidente del CICR, i rilievi del Governo statunitense allo Studio. La seconda, in forma di allegato alla lettera, declina tali rilievi con riferimento a quattro esempi in materia di: tutela del personale impegnato in operazioni di assistenza umanitaria (Regola 31); protezione dell'ambiente nei conflitti armati (Regola 45); proiettili esplosivi (Regola 78); principio della giurisdizione universale (Regola 157). Si tratta evidentemente di temi che l'Amministrazione statunitense considera di particolare interesse, ma la Lettera afferma che la scelta degli esempi deriva anche dalla volontà di toccare in modo trasversale diversi settori dello Studio.

In termini teorici sia gli estensori della Lettera, sia gli autori dello Studio aderiscono ad una concezione "dualistica" della consuetudine. I primi rilevano però che lo Studio, pur enunciando correttamente la metodologia ricostruttiva delle norme, l'avrebbe applicata in modo poco rigoroso. I rilievi generali allo Studio riguardano la raccolta e la valutazione della prassi, la ricostruzione della *opinio juris* statale, e, infine, la formulazione delle regole contenute nel primo volume.

In relazione al primo aspetto si osserva che:

- la prassi statale raccolta non è sufficientemente 'densa' per integrare l'estensività e l'uniformità necessarie a dimostrare l'esistenza di una norma di diritto consuetudinario.

- troppa enfasi viene posta su fonti scritte, come i manuali militari e le linee guida, in luogo della prassi operativa.

- lo studio attribuisce peso eccessivo alle dichiarazioni delle organizzazioni non governative e dello stesso CICR.

- lo studio, pur riconoscendone teoricamente l'importanza, non attribuisce il dovuto rilievo alla prassi negativa, in particolar modo per quanto concerne gli Stati che non sono parte agli strumenti convenzionali rilevanti.

- lo studio non attribuisce il dovuto rilievo alla prassi degli *specially affected states*. Si nota altresì che lo Studio tende ad equiparare la prassi degli Stati che hanno una storia di scarsa partecipazione ai conflitti armati a quella "of States that have had a greater extent and depth of experience or that have otherwise had significant opportunities to develop a carefully considered military doctrine".

In relazione all'*opinio juris*, i rilievi riguardano in primo luogo la tendenza (riconosciuta dagli stessi curatori: Studio, p. xl) a ricondurre l'analisi dei due elementi costitutivi della consuetudine ad un solo *test* e a ritenere, quando la prassi sia sufficientemente densa, che l'elemento psicologico sia contenuto nella stessa. Si contesta, anche sotto il profilo dell'elemento psicologico, l'eccessivo rilievo dei manuali militari. Questi ultimi, lungi dal costituire prova della *opinio juris* statale, spesso si limiterebbero a riproporre gli obblighi pattizi. Si osserva inoltre che l'inserimento di determinate disposizioni nei manuali militari sarebbe giustificabile alla luce di valutazioni politiche piuttosto che in relazione all'esistenza di un obbligo giuridico. Infine, in relazione alla codificazione, si lamenta l'impropria tendenza alla semplificazione delle regole che finirebbero per trascurare elementi rilevanti e questioni problematiche.

I rilievi mossi dal Governo statunitense allo Studio, pur mettendone in luce alcuni limiti, paiono nel complesso eccessivi.

In termini teorici, sembra che la Lettera colga nel segno quando sottolinea l'esistenza nello Studio di un certo scollamento tra la prassi e la codificazione delle regole. A prescindere dall'enunciazione introduttiva della metodologia utilizzata, manca nello Studio una spiegazione del valore probatorio di volta in volta attribuito agli elementi di prassi. Accanto ad elementi la cui rilevanza è ineccepibile, come la prassi operativa e i manuali militari, si citano altri elementi la cui rilevanza probatoria è solo indiretta come i trattati, gli statuti dei tribunali internazionali, la giurisprudenza, le prese di posizione degli organi di monitoraggio, le risoluzioni delle organizzazioni internazionali. Secondo Henckaerts, la prassi utilizzata nella codificazione sarebbe soltanto quella citata nel commento che accompagna ciascuna regola, mentre la prassi contenuta nel secondo volume che non trova riscontro nel commentario sarebbe stata pubblicata per mera completezza (J.-M. Henckaerts, *op. cit.*, p. 7). Ora, la pubblicazione integrale della prassi è meritoria ed indubbiamente utile, ma resta l'impressione che tutti gli elementi raccolti, anche quelli di dubbia qualificazione come gli *statements* delle Organizzazioni non governative e dello stesso CICR, abbiano talvolta costituito la base per la redazione delle regole. Un aspetto particolarmente delicato è anche l'estensione dell'applicabilità di determinate norme ai conflitti armati non-

internazionali. In questi casi la prassi proveniente dagli archivi del CICR, che svolge un ruolo rilevante, è citata in forma anonima (J. Dinstein, "The ICRC Customary International Humanitarian Law Study", in *Israel Yearbook on Human Rights* 2006, pp. 7-8). È chiaro che in tal modo all'interprete non resta che l'atto di fede.

In relazione alla formulazione delle norme il commentario non sembra rivestire una funzione sussidiaria, ma un ruolo essenziale per la comprensione delle regole (è il caso della Regola 31, in tema di assistenza umanitaria, che non menziona il requisito del consenso statale, ma si veda anche, con riferimento alla Regola 153 sulla responsabilità del superiore e alla Regola 156 sui crimini di guerra, l'analisi di R. Cryer, "Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel", in *Journal of Conflict and Security Law* 2006, pp. 260-263). La forma sintetica delle disposizioni risponde ad un malinteso senso di necessaria "semplicità" del diritto consuetudinario, che rivela i suoi limiti quando solo il commentario può rendere appieno il significato della regola. Può ad esempio stupire che nella regola 157, sul principio di universalità della giurisdizione, non si prenda posizione in merito al problema della presenza dell'accusato sul territorio statale, mentre la questione viene affrontata in termini problematici nel commentario.

In merito a questi rilievi, non si può però evitare di pensare che il ruolo del critico, se l'oggetto della critica è un'opera titanica di ricostruzione della prassi internazionale di diritto umanitario, sia fin troppo facile. Il rischio è quello di imputare allo Studio alcune tendenze del diritto internazionale che non costituiscono necessariamente errori metodologici. A fronte del consueto modello teorico che prevede la necessità di ricostruire due distinti elementi formativi, pena l'inesistenza della norma, l'interprete sa fin troppo bene che spesso sono gli stessi fautori di tale modello (gli accademici ed i giudici) ad abbandonarlo in concreto. È importante allora chiedersi se la concezione rigidamente dualista della consuetudine sia dedotta dalla vita del diritto internazionale o non sia piuttosto una gabbia teorica che viene imposta alla realtà. Come si è sottolineato, la distinzione netta dei due elementi costitutivi della consuetudine risulta spesso irrealistica, mentre ciò che conta veramente è "la presa sociale" di una determinata regola (v., da ultimo, L. Condorelli, "Fonti (dir. int.)", in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 2565).

Nell'ambito del diritto umanitario la ricostruzione del diritto consuetudinario risulta ancora più complessa. La prassi operativa rilevante è, per sua natura, prassi di conflitto armato, difficilmente conoscibile e scarsamente razionalizzata. Il diritto umanitario diventa spesso un diritto della responsabilità, destinato ad operare *ex post* attraverso l'applicazione che le parti o i giudici ne fanno alla fine delle ostilità (cfr. Tribunale penale per la ex-Iugoslavia, causa n. IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del 2 ottobre 1995, par. 99). Quanto alla *opinio juris*,

è noto che in una materia disciplinata da accordi ampiamente ratificati, distinguere la prassi applicativa da quella che rivela l'esistenza di norme consuetudinarie è problematico. Sembra inoltre irrealistico richiedere la prova dell'*opinio juris* attraverso l'analisi di una pretesa determinazione "cosciente" dello Stato, quando è evidente che, in assenza di dichiarazioni, l'elemento psicologico non potrà che essere derivato dalla stessa prassi. Nonostante lo sforzo dei curatori di evidenziare sia la prassi intercorrente tra gli Stati parte e gli Stati terzi, sia l'assenza di prassi negativa, non stupisce quindi che lo Studio abbia perseguito anche la strategia della prova "per accumulazione". La prova dell'esistenza delle norme consuetudinarie viene fornita giustappo- nendo un insieme di elementi che dovrebbero integrare un quadro probatorio complessivo. È evidente che il riferimento a molti elementi è criticabile in base al canone dell'ortodossia dualista, tanto più che lo Studio rinuncia, anche per comprensibili motivi di spazio (J.-M. Henckaerts, *op. cit.*, p. 8), a fornire una motivazione puntuale dell'inclusione di ciascuno di essi. Se si passa però dalla critica del singolo elemento allo sguardo d'insieme sull'intero patrimonio probatorio, in molti casi pare emergere una prova convincente delle norme codificate (cfr. D. Fleck, "International Accountability for Violations of the *Ius in Bello*", in *Journal of Conflict and Security Law* 2006, p. 185). La critica dello studio non dovrebbe trascurare che un approccio quale quello in oggetto è in linea con alcune recenti tendenze della giurisprudenza internazionale e del dibattito rilevante (cfr. Corte Internazionale di Giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo del 9 luglio 2004, in *ICJ Reports 2004*, par. 96-101; T. Meron, "Revival of Customary Humanitarian Law", in *American Journal of International Law* 2005, p. 817).

Dal punto di vista teorico, la Lettera non convince quando critica il ricorso ai manuali militari ispirandosi alla pretesa superiorità della prassi operativa rispetto alla prassi verbale. Quest'ultima, spesso più chiara e coerente, rientra a pieno titolo tra gli elementi che possono provare l'esistenza delle norme consuetudinarie (*International Law Association, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, 2000, pp. 13-14). I manuali militari, poi, sono comunemente considerati elemento rilevante dalla giurisprudenza internazionale (cfr. Tribunale penale per la ex-Iugoslavia, *Prosecutor c. Stanislav Galić*, causa n. IT-98-29-A, sentenza del 30 novembre 2006, note 286 e 287) e possono essere intesi come linee guida per l'azione delle forze armate, che maggiormente contribuiscono alla formazione della prassi nei conflitti armati.

La posizione degli "*specially affected States*", inoltre, meriterebbe un ampio approfondimento. In questa sede, basti osservare che l'esigenza di attribuire rilievo alla prassi di tali Stati fu sottolineata dalla Corte internazionale di Giustizia in materia di diritto del mare (*North Sea Continental Shelf Cases*, sentenza del 20 febbraio 1969, in *ICJ Reports 1969*, par. 73-74). Nel di-

ritto umanitario pare invece credibile che tutti gli Stati abbiano un interesse specifico nella regolazione dei conflitti armati. In merito alla Regola 45, l'interesse specifico delle Potenze nucleari non sembra più rilevante dell'interesse degli altri Stati a sottrarsi agli effetti di un'esplosione. La teoria degli Stati "*specially affected*" è poi declinata in modo inaccettabile nella parte della Lettera che allude alla superiorità qualitativa della prassi degli Stati che avrebbero avuto la possibilità "*to develop a carefully considered military doctrine*". La (*fictio* giuridica della) sovrana uguaglianza è un limite invalicabile per argomenti di questo tipo. Resta il fatto che se si accoglie la teoria degli *specially affected States*, come lo Studio sembra fare, la prassi contraria di tali Stati non può che essere preclusiva della formazione di norme consuetudinarie. Sembra quindi incongruente il riferimento alla condizione di Stati *specially affected* degli Stati Uniti, del Regno Unito e della Francia in relazione all'uso delle armi nucleari, nel contesto di un argomento che ipotizza la qualificazione degli stessi come obiettori persistenti. (Studio, pp. 154-155, così J. Dinstein, *op. cit.*, pp. 13-14).

In conclusione, lo Studio può essere criticato discutendo volta per volta l'esistenza delle regole in esso contenute. Invero, nonostante i curatori paiano essersi ispirati ad un certo realismo, la Lettera dimostra che in alcune ipotesi le proposte normative sono troppo semplificate o non sono sorrette da una base probatoria adeguata. Inevitabilmente ciò tende a verificarsi in relazione all'estensione dell'applicabilità delle norme ai conflitti armati non-internazionali, dove la prassi citata è talvolta scarna o contraddittoria (pare essere il caso della Regola 78, in merito all'uso dei proiettili esplosivi nei conflitti interni). Non sono invece convincenti le critiche di tipo generale alla metodologia utilizzata dallo Studio per ricostruire il diritto consuetudinario.

Marco Pertile