



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXIX

COORDINATORE Prof. LEONARDO FERRARA

IL CONTROLLO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE
DI ARMI CONVENZIONALI

Settore Scientifico Disciplinare IUS/13 – DIRITTO INTERNAZIONALE

Dottorando

Dott. (Cognome e Nome)

SAMMARTINO LUIGI

Tutore

Prof. (Cognome e Nome)

VIERUCCI LUISA

Coordinatore

Prof. (Cognome e Nome)

FERRARA LEONARDO

Anni 2013/2016

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE: LA RICERCA DI REGOLE APPLICABILI AL “COMMERCIO” INTERNAZIONALE DI ARMI CONVENZIONALI, p. 1

Premessa. p. 3

1. Profili generali del controllo sul commercio di armi, p. 4

1.1 - Commercio di armamenti e principi del disarmo, p. 4

1.2 - Frammentazione della disciplina sul controllo dei trasferimenti di armi convenzionali, p. 7

1.3 - La ratio della necessità di regolamentazione della materia: profili sostanziali e procedurali, p. 9

2. Piano dell'indagine, p. 11

PARTE PRIMA - IL DIBATTITO DOTTRINALE SUL “COMMERCIO” INTERNAZIONALE DEGLI ARMAMENTI, p. 13

I - QUESTIONI DOTTRINALI RELATIVE AL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI, p. 15

Premessa e piano dell'indagine del capitolo, p. 16

SEZIONE I - QUESTIONI GENERALI SUL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI

1. Questioni terminologiche, p. 17

1.1 - Definizione di “commercio”, p. 17

1.2 - Definizione di “trasferimento” e “transito”, p. 18

1.3 - Definizione di “traffico”, p. 19

1.4 - Definizione di “arma convenzionale”, p. 20

1.5 - Uso dei termini, p. 20

2. Le attività di trasferimento prese in considerazione dalla dottrina, p. 21

2.1 - Attività di vendita e consegna di armi e pratiche contrattuali connesse, p. 21

2.2 - Il transito di armamenti da guerra, p. 24

2.3 - Fornitura di armi, attività successive alla vendita e “offset agreements”, p. 27

3. Soggetti agenti nel “commercio” delle armi, p. 29

3.1 - Stati e governi legittimi, p. 29

3.2 - I privati: industrie della difesa e individui, p. 30

4. Tipi di armi convenzionali considerate in dottrina, p. 31

4.1 - Mine anti-uomo e munizioni a grappolo, p. 32

4.2 - Small arms and light weapons (SALW), p. 34

4.3 - Man Portable Air Defence Systems (MANPADS), p. 36

4.4 - Armi a duplice utilizzo (dual use means), p. 36

4.5 - Armi nuove, p. 38

SEZIONE II - PRINCIPI EMERGENTI DALL'ANALISI DOTTRINALE

5. Principio della libertà di commercio di armi convenzionali, p. 39

5.1 - L'eccezione stabilita dall'art. XXI(b)(ii) GATT, p. 40

5.2 - Misure restrittive dei trasferimenti di armi, p. 43

6. Principio di trasparenza nelle transazioni sulle armi, p. 45

6.1 - Inquadramento storico e generale del problema della trasparenza, p. 45

6.2 - Accessibilità alle informazioni sui trasferimenti di armi: diritto o dovere per gli Stati?, p. 47

6.3 - La cooperazione internazionale per lo scambio di informazioni sui trasferimenti internazionali di

armi, p. 49

6.4 - *La valutazione del rischio preponderante nella commissione di crimini internazionali*, p. 52

7. Principio di neutralità nei trasferimenti di armi: divieto di ingerenza e di intervento in un conflitto armato, p. 53

7.1 - *Applicazione extraterritoriale delle misure restrittive*, p. 53

7.2 - *Neutralità quale divieto di ingerenza applicata ai trasferimenti di armi*, p. 55

7.3 - *Neutralità quale divieto di intervento in un conflitto armato e divieto di trasferimento ad attori non statali*, p. 57

SEZIONE III - PROFILI DI RESPONSABILITÀ E ADEMPIMENTO AGLI ACCORDI IN MATERIA DI TRASFERIMENTI DI ARMI

8. Violazione degli obblighi previsti e conseguenze, p. 59

8.1 - *Responsabilità dello Stato per trasferimenti illeciti di armi*, p. 59

8.2 - *Responsabilità degli individui per traffico di armi*, p. 64

8.3 - *Criminalizzazione dell'intermediazione illecita (illicit brokering) e della deviazione del carico di armi (diversion)*, p. 65

9. Strumenti per il rispetto degli obblighi previsti, p. 68

9.1 - *Valore politico di alcuni accordi*, p. 68

9.2 - *Applicazione provvisoria degli accordi sul controllo degli armamenti*, p. 70

9.3 - *Osservanza degli accordi e meccanismi di compliance*, p. 71

PARTE SECONDA - I LIMITI AL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI, p. 75

II - ACCORDI PER L'ACQUISTO DI ARMAMENTI E TRASPORTO DI ARMI, p. 77

Premessa, p. 77

1. *Defence procurement* e pratiche contrattuali per l'acquisto di armamenti, p. 79

1.1 - *Panoramica dei principali sistemi di defence procurement per l'acquisto di armamenti*, p. 80

1.1.1 - *La disciplina del defence procurement contenuta nella direttiva 2009/81/CE*, p. 80

1.1.2 - *Il reciprocal defence procurement statunitense*, p. 88

1.1.3 - *Applicazione dell'UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 agli acquisti di armi*, p. 96

1.2 - *Panoramica delle attività contrattuali per la vendita di armi. La questione del diritto applicabile ai contratti conclusi dalle industrie di produzione degli armamenti*, p. 99

2. Le restrizioni alle attività contrattuali di vendita delle armi, p. 103

2.1 - *Le restrizioni ai trasferimenti di armamenti*, p. 103

2.2 - *Prevenzione di riesportazioni e “triangolazioni” non autorizzate di armamenti*, p. 112

2.3 - *Gli arms embargoes del Consiglio di Sicurezza quali restrizioni ai trasferimenti di armi*, p. 116

3. La questione del dono di armi: le riserve della Svizzera e del Liechtenstein all'art. 2(2) del Trattato sul commercio di armi (ATT), p. 125

4. Trasporto e transito di armamenti tramite aeromobile, p. 129

4.1 - *Il trasporto ed il transito di armamenti, con particolare attenzione al transito di armi tramite aeromobile*, p. 129

4.2 - *Applicabilità degli INCOTERMS 2010 della Camera di Commercio Internazionale*, p. 134

III - APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEL “COMMERCIO” DI ARMI AI BENI A DUPLICE UTILIZZO E ALLE ARMI NUOVE, p. 139

Premessa, p. 139

1. La disciplina internazionale dell'esportazione di beni a duplice utilizzo, p. 141

1.1 - *La conversione di armamenti nella Convenzione sulle forze armate in Europa del 1990*, p. 141

1.2 - *L'esportazione di armi a duplice utilizzo nell'Intesa di Wassenaar e nell'UE*, p. 145

- 1.2.1 - *La relazione tra le due discipline: questioni di compatibilità normativa*, p. 146
- 1.2.2 - *Individuazione di un dual-use good: accertamento del possibile impiego militare e individuazione di beni non listati*, p. 153
- 1.2.3 - *Esportazione di dual-use goods e la valutazione di rischi all'esportazione*, p. 160

1.3 - *Il contributo della Corte di Giustizia UE nel definire la disciplina sui trasferimenti di beni a duplice utilizzo*, p. 171

2. Trasferimenti di armi convenzionali “nuove”, p. 180

- 2.1 - *Armi “ibride”: applicazione di alcune discipline internazionali relative ai trasferimenti di droni*, p. 180
- 2.2 - *Osservazioni sulla prassi statale: le Linee direttrici del governo statunitense sull'esportazione di droni ad uso militare (2015)*, p. 183

IV - LA GIURISDIZIONE SULLE MISURE RESTRITTIVE AL “COMMERCIO” DI ARMI, p. 187

Premessa, p. 187

1. Quadro normativo principale: l'eccezione contenuta nell'art. XXI del GATT ed il meccanismo di risoluzione delle controversie (artt. XXII e XXIII GATT), p. 188

2. La prassi nel GATT in materia di misure restrittive al “commercio” di armi, p. 192

- 2.1 - *La prassi applicativa dell'art. XXI(b)(ii): la controversia tra Cecoslovacchia e Stati Uniti (1949)*, p. 193
- 2.2 - *Le “Restrizioni alle importazioni di certe calzature” da parte della Svezia (1975)*, p. 197
- 2.3 - *La prassi istituzionale successiva: Il “Tokyo Round Understanding” sulla risoluzione delle controversie nel GATT e l'istituzione dei panels*, p. 199
- 2.4 - *La Decisione del Consiglio delle Parti Contraenti del 1982 relativa all'interpretazione dell'art. XXI GATT*, p. 202

3. Verso il controllo giurisdizionale delle misure restrittive: il potere di valutazione degli Stati e la giurisdizione del *Dispute Settlement Body* (DSB), p. 207

- 3.1 - *Il potere di valutazione nell'adozione di misure restrittive al commercio internazionale da parte degli Stati nell'ambito dell'OMC*, p. 207
- 3.2 - *Esercizio della giurisdizione e necessità di adozione delle misure restrittive*, p. 211
- 3.3 - *La giurisdizione del DSB sulle controversie relative alle misure restrittive in materia di armi*, p. 215

4. Le restrizioni al “commercio” di armi ai sensi dell'art. 346 TFUE, p. 219

- 4.1 - *La clausola di esclusione prevista dall'art. 346 TFUE*, p. 219
- 4.2 - *Interpretazione delle misure restrittive agli armamenti ex art. 346 TFUE e l'esercizio della giurisdizione della Corte di Giustizia UE*, p. 221

V - DIVIETO DI INTERVENTO IN UN CONFLITTO ARMATO ED ESPORTAZIONE DI ARMI A GRUPPI ARMATI, p. 227

Premessa, p. 227

1. Intervento in un conflitto armato tramite fornitura di armi: evoluzione storica del divieto, p. 229

- 1.1 - *Evoluzione storica: dagli “Alabama Claims” alla V° Convenzione dell'Aia (1907)*, p. 229
- 1.2 - *La restrizione del transito di armi quale applicazione del divieto di intervento in un conflitto armato*, p. 237
 - 1.2.1 - *I casi “Carthage” e “Tavignano” (Italia-Francia, 1913-1916)*, p. 237
 - 1.2.2 - *La sentenza “SS Wimbledon” (Francia e Regno Unito c. Germania, 1921)*, p. 239
- 1.3 - *Controllo del commercio di armi e inattualità dei doveri degli Stati neutrali*, p. 242

2. Trasferimenti di armi a gruppi armati e violazione del principio di neutralità, p. 247

- 2.1 - *Il divieto nella prassi del Consiglio di Sicurezza*, p. 247
- 2.2 - *La configurazione del divieto nella giurisprudenza internazionale: il “principio Nicaragua”*, p. 253
- 2.3 - *Prassi recente relativa ai trasferimenti di armi a gruppi armati: trasferimenti di armi ai Peshmerga in Iraq (2014)*, p. 259

CONCLUSIONI PROVVISORIE: L'ESISTENZA DI LIMITI AL “COMMERCIO” DI ARMI

PARTE TERZA - LA RESPONSABILITÀ PER TRASFERIMENTI DI ARMI CONVENZIONALI IN VIOLAZIONE DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI, P. 275

VI - FORME DI RESPONSABILITÀ PER TRASFERIMENTI ILLECITI DI ARMI, p. 277

Premessa: frammentazione ed interazione delle discipline relative ai trasferimenti di armi, p. 277

1. La responsabilità internazionale degli Stati per trasferimenti illeciti di armi convenzionali, p. 282

1.1 - Modalità e criteri di attribuzione della responsabilità allo Stato per trasferimenti illeciti di armi, p. 282

1.1.1 - Attribuzione della responsabilità per azioni od omissioni di pubblici ufficiali, p. 282

1.1.2 - Attribuzione della responsabilità per condotte illecite di privati, forme di controllo e partecipazione nella commissione dell'illecito, p. 288

1.2 - Le gravi violazioni del diritto internazionale tramite trasferimenti di armi, p. 293

1.2.1 - Violazioni di arms embargoes stabiliti dal Consiglio di Sicurezza, p. 295

1.2.2 - Violazione di altri obblighi internazionali degli Stati, p. 296

1.2.3 - Violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, p. 307

2. Responsabilità per trasferimenti illeciti di armi e principio di trasparenza, p. 310

2.1 - La trasparenza e le informazioni nei trasferimenti di armi convenzionali, p. 310

2.2 - Obblighi di due diligence e prevenzione di gravi violazioni: la valutazione dello "overriding risk" nei trasferimenti di armi, p. 317

3. Responsabilità individuale per traffico ed altri trasferimenti illeciti di armi, p. 325

3.1 - La violazione di norme sui trasferimenti di armi tramite illicit brokering e diversion, p. 325

3.1.1 - Tipicità delle condotte rilevanti, p. 327

3.1.2 - La responsabilità degli individui per illeciti trasferimenti di armi, p. 333

3.1.3 - La responsabilità delle industrie della difesa per illeciti trasferimenti di armi, p. 339

3.2 - La configurazione della responsabilità per aiding and abetting, p. 350

CONCLUSIONI:

LA RILEVAZIONE DI REGOLE MINIME APPLICABILI AI TRASFERIMENTI DI ARMI CONVENZIONALI, p. 357

1. L'interazione tra le varie discipline relative al controllo sul commercio di armi convenzionali, p. 359

1.1 - Il superamento della frammentazione normativa sui trasferimenti di armi convenzionali, p. 359

1.2 - La natura consuetudinaria delle regole applicabili al mercato delle armi, p. 361

2. Le regole minime applicabili al commercio di armi, p. 363

2.1 - I limiti normativi all'attività contrattuale, p. 363

2.2 - Obblighi inerenti l'individuazione di un possibile impiego militare delle tecnologie esportate, p. 364

2.3 - Obblighi e responsabilità: valutazione preventiva dei rischi e complicità nelle violazioni commesse, p. 365

BIBLIOGRAFIA, p. 369

**INTRODUZIONE:
LA RICERCA DI REGOLE APPLICABILI AL
“COMMERCIO” INTERNAZIONALE DI ARMI
CONVENZIONALI**

INDICE SOMMARIO

Premessa

1. Profili generali del controllo sul commercio di armi

1.1 - *Commercio di armamenti e principi del disarmo*

1.2 - *Frammentazione della disciplina sul controllo dei trasferimenti di armi convenzionali*

1.3 - *La ratio della necessità di regolamentazione della materia: profili sostanziali e procedurali*

2. Piano dell'indagine

Premessa

Quando si parla di commercio di armi, ci si deve confrontare con diversi punti che riguardano l'analisi giuridica di tale materia. Anzitutto, l'analisi dovrà partire dalla comprensione delle attività di vendita di armi convenzionali e del loro collegamento alla commissione di crimini internazionali. Nel momento in cui due soggetti (di cui uno è uno Stato) stipulano un accordo di vendita, diviene necessario capire come questi due soggetti contrattino e come si compia il trasferimento delle armi.

A questo primo punto se ne collega un secondo che riguarda la disciplina applicabile all'accordo concluso. Essendo questa una tesi in materia di diritto internazionale pubblico, è logico dedurre che gli accordi rilevanti dovrebbero essere quelli conclusi tra Stati, in base ad un assunto per cui gli Stati sono gli unici detentori della forza, sia a livello internazionale (usandola solo nei casi di legittima difesa) sia a livello interno (come forza coercitiva nei confronti dei propri sudditi). Ma bisogna tenere conto dell'evoluzione dell'economia della difesa¹. A partire dalla fine degli anni '80, la maggior parte dell'economia industriale degli Stati ha subito un radicale mutamento: si è passati, infatti, da un'economia in cui prevalentemente interveniva il pubblico potere dello Stato (o degli Stati) ad una in cui l'intervento statale è progressivamente regredito in favore dell'ingresso (o della ricomparsa) di soggetti prevalentemente di natura privata. Stante tale dubbio interpretativo, il secondo nodo che verrà sciolto riguarda la collocazione dell'accordo in un determinato quadro giuridico, se quello di diritto privato (fortemente influenzato dal diritto statale) od anche del diritto internazionale pubblico.

Il profilo della responsabilità è il terzo punto nodale di questa tesi. Dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, il progressivo disarmo e la drastica riduzione di diverse potenze mondiali (su tutte Stati Uniti e ex Unione Sovietica) hanno generato un conseguente movimento delle armi verso altre destinazioni. Sono, così, stati creati i flussi verso zone del globo in cui le armi convenzionali furono utilizzate per scatenare conflitti a bassa intensità (*low-intensity conflicts*). Africa, Medio Oriente e America del Sud (ed in misura minima l'Europa orientale) divennero le destinazioni principali di tali esportazioni.

Sulla scia dei diversi conflitti che hanno segnato gli ultimi anni del XX° secolo ed i primi del XXI°, la Comunità internazionale ha preso coscienza della presenza di un problema e ha deciso di affrontare la situazione in maniera decisa, palesando una necessità di regolamentare il fenomeno. Sulla spinta di tale esigenza, diversi organismi e

¹ J. DELBRÜCK, *International Traffic in Arms - Legal and Political Aspects of a Long Neglected Problem of Arms Control and Disarmament*, in *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. 33, pp. 114-143.

organizzazioni internazionali (in particolare l'ONU) hanno avviato una serie di studi sulle conseguenze dei trasferimenti di certe armi convenzionali (prime fra tutte, le *Small arms and light weapons*, SALW). Altri studi sono stati avviati, invece, per comprendere il fenomeno dei trasferimenti in sé, sia dal punto di vista economico che di quello giuridico (ed in particolare si sono concentrati sulle responsabilità derivanti dai trasferimenti di armi). Tali studi sono stati, progressivamente, trasfusi in numerosi atti normativi, i quali in molti casi hanno finito per disciplinare la medesima materia (è questo il caso del Protocollo ONU del 2001 e della Convenzione Interamericana del 1997 sulle armi da fuoco). Tale proliferazione di norme, seppur caratterizzata da una diffusa caratteristica di debole efficacia giuridica (si tratta, per la maggior parte, di strumenti di *soft law*), è caratterizzata, ancora oggi, da una forte frammentazione delle materie disciplinate. Negli ultimi tempi, la creazione di norme internazionali in materia di commercio di armi ha raggiunto l'apice con la creazione di uno standard internazionale sul trasferimento, contenuto nell'art. 7 del Trattato sul commercio di armi (2013), il quale prevede che lo Stato esportatore debba effettuare, al momento di autorizzare il trasferimento, una valutazione di un eventuale rischio preponderante (o di altro grado di rischio), laddove si generasse il pericolo di commissione di gravi violazioni del diritto internazionale, come previste dall'art. 6 del medesimo Trattato. Questa norma risulta avere una natura consuetudinaria, in quanto altri strumenti (come il Codice di condotta per l'esportazione di SALW dell'UE del 1997, o le Linee-guida dell'Intesa di Wassenaar per l'esportazione di beni a duplice uso) prevedono tale valutazione. Tali strumenti, però, posseggono differenti e limitati ambiti di applicazione, materiale e territoriale, come anche sono caratterizzati da una differente efficacia, poiché trattasi di strumenti prevalentemente di *soft law*.

Prima di illustrare l'approccio metodologico che verrà seguito in quest'opera, è fondamentale capire quali siano i fattori rilevanti per il “commercio” internazionale delle armi, sulla base dei quali si costruisce la disciplina giuridica circa il controllo dei trasferimenti di armi.

1. Profili generali del controllo sul commercio di armi

1.1 - Commercio di armamenti e principi del disarmo

Parlando di controllo del commercio di armi, necessariamente ci si deve confrontare con una materia relativa ad un ambito più generale quale è quello del disarmo, o meglio, come vedremo subito appresso, della limitazione della disponibilità di armi convenzionali.

L'inquadramento della materia entro l'ambito normativo del disarmo non è recente opera², ma trova una sua definizione in alcuni atti di *soft law*, emanati da organizzazioni o conferenze internazionali a partire dagli anni '70. Nell'Atto Finale della Conferenza di Helsinki³ sono stati individuati i primi principi relativi al disarmo convenzionale. Uno dei

² Alla fine della Prima Guerra Mondiale e con la creazione della Società delle Nazioni, si pose il primo problema relativo alla limitazione degli armamenti della Germania e degli ex Imperi centrali (Austria-Ungheria e Impero Ottomano). Nel 1923 venne indetta la prima conferenza internazionale relativa alla limitazione delle armi convenzionali. Tale conferenza, nel 1925, produsse il primo atto finale sul commercio internazionale di armi e materiale da guerra (meglio conosciuto come Convenzione di Ginevra del 1925), il quale non entrò mai in vigore per la mancanza di ratifiche necessarie (solo la Liberia ratificò l'accordo). Fino al 1936, furono indette numerose altre conferenze, le quali tutte si ponevano come obiettivo il disarmo (*disarmament*) convenzionale, ovvero la più ampia limitazione possibile delle armi che sarebbero servite per scatenare una nuova guerra. Nonostante l'evidente finalità preventiva, tale intento rimase inattuato.

³ Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa, *Atto Finale*, redatto ad Helsinki il 1° agosto

primi punti che si è inteso discutere era relativo alla trasparenza ed alla costruzione della fiducia tra gli Stati parte dell'Accordo: tale principio è stato attuato, ad esempio, tramite l'istituto delle notifiche circa le operazioni militari⁴ o la predisposizione di *confidence and security-building measures* (CBSMs)⁵, volte a promuovere, appunto, la trasparenza nelle intenzioni militari. Di rilievo anche la disposizione circa i principi generali del disarmo⁶, dove la Conferenza ha voluto esprimere quanto segue:

*“Gli Stati partecipanti riconoscono l'interesse che rivestono, per tutti loro, gli sforzi miranti a ridurre il rischio di un confronto militare e a promuovere il disarmo, sforzi che hanno lo scopo di integrare la distensione politica in Europa e di rafforzare la loro sicurezza. Essi sono convinti della necessità di prendere, in questi campi, misure efficaci che, per la loro portata e la loro natura, costituiscano tappe verso il raggiungimento finale di un disarmo generale e completo sotto stretto e efficace controllo internazionale e che abbiano per risultato il rafforzamento della pace e della sicurezza nel mondo”*⁷.

Il disarmo, quindi, è stato originariamente concepito come il fine degli Stati per garantire una pacifica convivenza⁸. Quello cui realmente si tende, nella *ratio* di questa norma, è la definitiva mancanza di necessità di ricorrere alle armi quali strumenti di deterrenza. Contenendo la deterrenza militare, verranno prevenuti anche i conflitti che ne possono scaturire. Il disarmo qui descritto sembra essere ancora orientato alla totale rinuncia al ricorso alle armi ed alla forza internazionale.

Assieme alla necessità di ridurre drasticamente le armi convenzionali degli Stati, si riscontra il principio della negoziazione multilaterale sulla riduzione degli armamenti, che sembra porre una preferenza normativa rispetto alle dichiarazioni unilaterali rilasciate dagli Stati in relazione al progressivo disarmo⁹. La negoziazione multilaterale, inoltre, faciliterebbe il compito di verifica del rispetto degli obblighi imposti agli Stati stessi, nel momento in cui si stabilisca un *“general and complete disarmament under strict and international control”*, il quale abbia finalità di ridurre gli armamenti in misura proporzionale, ma al contempo di rispettare le esigenze di preservazione di alcuni diritti degli Stati, come la legittima difesa degli stati ed il diritto all'autodeterminazione ed alla sovrana eguaglianza¹⁰.

Tuttavia, con le vicende occorse alla fine degli anni '80 dello scorso secolo (in particolare, con la stipulazione del Trattato sulle forze armate convenzionali in Europa¹¹), la finalità del disarmo convenzionale venne radicalmente mutata. Tenendo conto della

1975, disponibile all'URL <https://www.osce.org/it/mc/39504?download=true>.

⁴ Parte 2, art. I.

⁵ B. TUZMUKHAMEDOV, *Legal Dimension of Arms Control Agreements*, in *Recueil des Cours*, 2015, vol. 377, p. 407 ss.

⁶ Parte 2, art. II.

⁷ Nella versione in lingua inglese: *“The participating States recognize the interest of all of them in efforts aimed at lessening military confrontation and promoting disarmament which are designed to complement political détente in Europe and to strengthen their security. They are convinced of the necessity to take effective measures in these fields which by their scope and by their nature constitute steps towards the ultimate achievement of general and complete disarmament under strict and effective international control, and which should result in strengthening peace and security throughout the world”*.

⁸ F. KALSHOVEN, *Arms, Armaments and International Law*, in *Recueil des Cours*, 1985, vol. , p. 305.

⁹ Report of the Secretary General, Department for Disarmament Affairs, *Study on Conventional Disarmament*, A/39/348, 1985, § 104. Un esempio di dichiarazione unilaterale circa il disarmo progressivo è rinvenibile nel gruppo di cause tra Australia e Nuova Zelanda contro la Francia davanti la Corte internazionale di Giustizia (riferimenti).

¹⁰ *Study* citato, § 106.

¹¹ Si veda Cap. III, § 1.1.

nuova linea instaurata dalla prassi generale degli Stati, volta a mettere in rilievo solo un controllo sulle cessioni di armamenti convenzionali¹², l'OSCE ha promosso nuovi principi generali del disarmo convenzionale¹³. Questi si sostanziano:

- a) nella preservazione della pace e sicurezza internazionali e nel contenimento della spesa militare degli Stati;
- b) nei divieti di impiego non legittimi delle armi (ovvero, con fini diversi dalla legittima difesa, come prevista nella Carta ONU);
- c) nella promozione della trasparenza¹⁴ e nelle restrizioni delle cessioni di armamenti convenzionali;
- d) nell'evitare gli accumuli destabilizzanti di armi, considerati quale minaccia alla pace e sicurezza internazionali;
- e) nella predisposizione di adeguati meccanismi di controllo e nella garanzia che i trasferimenti di armi avvengano in tali quadri di riferimento¹⁵.

Mentre in precedenza gli obiettivi fissati dai principi del disarmo convenzionale tendevano ad una totale e generale riduzione degli armamenti, l'aspetto che è emerso dalle nuove Linee-guida è quello di un *controllo* dei trasferimenti di armi¹⁶. Se prima si riteneva potessero sussistere obblighi per lo Stato di non armarsi eccessivamente, di ridurre drasticamente le proprie forze armate convenzionali e di eliminare qualsiasi necessità di ricorso all'uso della forza militare, la finalità odierna (perché tramandata anche ai nostri giorni) è quella di garantire l'esportazione di armi, ma facendo passare tali trasferimenti attraverso un evidente "filtro" nazionale, attraverso il quale lo Stato si responsabilizza per garantire la pace e la sicurezza internazionali, quale è l'autorizzazione all'esportazione.

Proprio a completamento di tale azione per il controllo dei trasferimenti di armi convenzionali, le Linee-guida esprimono, forse per la prima volta, la necessità di attivare il controllo attraverso il meccanismo principale della valutazione di eventuali rischi¹⁷. Tale valutazione si attua mediante un meccanismo di bilanciamento delle diverse esigenze in gioco: da un lato, quelle economiche ed industriali dello Stato e del privato (il nuovo

¹² Evidenziata nella sessione di Praga del 30 gennaio 1992: considerando n. 1 dei *Principi relativi alla cessione di armamenti convenzionali*, adottati nella 49a Seduta Plenaria del Comitato Speciale del Foro CSCE di Cooperazione per la Sicurezza a Vienna il 25 novembre 1993, DOC.FSC/3/96/Rev.1.

¹³ *Principi regolanti le cessioni di armamenti convenzionali*, adottati nella 49a Seduta Plenaria del Comitato Speciale del Foro CSCE di Cooperazione per la Sicurezza a Vienna il 25 novembre 1993, DOC.FSC/3/96/Rev.1. In dottrina, si veda J. VAN VLIET, *Principles Governing Conventional Arms Transfers*, in *OSCE Yearbook*, 2007, vol. 1-2, pp. 265-272.

¹⁴ Ribadito con un *commitment* verso il Registro ONU delle armi convenzionali (art. 1, lett. f).

¹⁵ Art. I, lett. e).

¹⁶ Secondo KALSHOVEN, *op. cit.*, p. 306, non ci sarebbe alcuna differenza tra la riduzione ed il controllo delle armi e dei trasferimenti di queste. Invero, entrambe le attività denotano finalità tipiche del disarmo, ma vi è da considerare anche che le attività sono condotte in differenti maniere: la riduzione viene normalmente decisa in via multilaterale e tiene conto di una finalità *impeditiva* dei trasferimenti, laddove vi siano situazioni in cui è ancora necessario provvedere al generale e completo disarmo; il controllo, invece, viene esercitato direttamente dallo Stato, che pone un "filtro" ai trasferimenti, impedendo quelli che potrebbero causare instabilità internazionale, ma sostanzialmente attuando una finalità *concessiva* ai trasferimenti medesimiquando non sussistano particolari esigenze di protezione.

¹⁷ Art. II. In realtà, la disposizione prevede solo che tale valutazione sia assunta come "esempio" per dimostrare come sia possibile attuare i principi sopra espressi. La norma, però, è stata successivamente ripresa anche dall'Intesa di Wassenaar del 1995 (*Initial Elements*, sez. IV.2) e dal Codice di Condotta europeo sulle esportazioni di armi leggere e di piccolo calibro (SALW), trasfuso nella pos. com. 2008/944/PESC (art. 2, §§ 1-8), finendo quindi per divenire lo strumento principale attraverso il quale si attua il controllo "filtrante" dei trasferimenti di armi. Attualmente, la previsione dell'art. 7, §§ 1-3 del Trattato sul commercio di armi del 2013 (ATT), che riprende quanto espresso nei precedenti atti, rende tale valutazione obbligatoria per gli Stati parte.

attore del mercato delle armi convenzionali, dicevamo); dall'altro le esigenze di rispetto ed osservanza di determinati principi della Comunità Internazionale (o degli Stati parte di un accordo), i quali verrebbero altrimenti lesi da esportazioni scriteriate ed indiscriminate di armi convenzionali.

1.2 - Frammentazione della disciplina sul controllo dei trasferimenti di armi convenzionali

Uno degli aspetti che viene evidenziato di meno dalla dottrina è la frammentazione della disciplina del mercato delle armi convenzionali. Questo fenomeno giuridico, che colpisce fisiologicamente tutto il diritto internazionale in generale¹⁸, trova differenti manifestazioni in questo ambito.

Non si tratta solo di una frammentazione legata ai *differenti oggetti* degli accordi e convenzioni circa il controllo sui trasferimenti di armi convenzionali¹⁹, bensì si tratta anche di eventuali *contrast* tra i medesimi *accordi* ed un'*eccessiva normazione* su alcuni (ma non tutti) gli oggetti di disciplina del commercio di armi²⁰.

Prima di esporre sommariamente i rapporti che si generano, è bene sottolineare che la maggior parte della disciplina relativa a questo ambito normativo risulta avere scarsa efficacia obbligatoria: si tratta, per lo più di atti di *soft law*, accordi di cooperazione politica e dichiarazioni di impegno al disarmo progressivo²¹.

Mentre l'idea di creare una singola disciplina pattizia relativa ai trasferimenti internazionali delle armi da guerra fallì con la Convenzione di Ginevra del 1925, i più recenti tentativi di disciplinare tali trasferimenti si ebbero solo nella seconda metà degli anni '90: da un lato, vi fu la creazione dell'Intesa di Wassenaar (*Wassenaar Arrangement*), organizzazione di *soft law* creata per sostituire il precedente CoCom (*Coordination Committee*), anch'esso basato su un accordo informale tra gli Stati aderenti alla NATO e legati all'economia occidentale; dall'altro, vi fu la proliferazione di convenzioni regionali (fino al 2006) che avevano come obiettivo il contrasto alla diffusione di armi da fuoco e di armi leggere e di piccolo calibro (SALW); nel mezzo, vi sono stati solo tentativi di diverso tipo e livello normativo (portati avanti principalmente dall'ONU) per invitare gli Stati a cooperare circa l'instaurazione di un regime di controllo nazionale, ponendo le basi per futuri accordi di coordinamento politico e giuridico. Un ultimo sforzo è stato attuato nel 2013 con la stipulazione del Trattato sul commercio di armi (ATT), il quale, ora, fissa un criterio obbligatorio comune per l'esportazione di armi²².

A queste discipline pattizie primarie si affiancano discipline derivanti da fonti di

¹⁸ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006

¹⁹ Tale oggetto sembrerebbe doversi principalmente identificare nelle differenti categorie di armi convenzionali che vengono disciplinate, in particolare SALW e armi da fuoco.

²⁰ Si pensi proprio alla disciplina convenzionale sul contrasto al traffico illecito di SALW, contenuta nella Convenzione Interamericana del 1997, nel Protocollo ONU del 2001 e nella Convenzione ECOWAS del 2006, oltre che in altri strumenti di *soft law*, quali le risoluzioni dell'Assemblea Generale sul punto, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che hanno evidenziato come la proliferazione di tali armi costituisca un pericolo per la pace e la sicurezza internazionali (ris. Del 2013), nella disciplina di Wassenaar ed in quella OSCE (nella forma di linee-guida e migliori prassi), oltre che in atti non vincolanti dell'UE.

²¹ Vedasi la nota precedente.

²² Si tratta, in particolare, della valutazione preventiva di rischi per l'esportazione di armi convenzionali, disciplinata all'art. 7 del Trattato.

terzo grado, le quali si applicano con un regime di specialità *territoriale, eccezionale o derogatoria*: si tratta, in particolare, di direttive e regolamenti dell'UE sulla vendita di materiale della difesa alle rispettive amministrazioni²³ e sul controllo dei trasferimenti di beni a duplice finalità, civile e militare (*dual-use*)²⁴, oltre che di risoluzioni specifiche del Consiglio di Sicurezza che impongono blocchi commerciali alle importazioni di armi verso un determinato Stato o verso un determinato soggetto o gruppo di individui. Mentre le prime sono limitate nello spazio applicativo, le seconde risultano essere limitate a singole situazioni occorse a seguito di violazioni o minacce della pace e sicurezza internazionali oppure a seguito di atto di aggressione, e perciò altamente eccezionali e provvisorie.

In base a quanto qui esposto, i principali elementi di frammentazione normativa sono relativi sia alla diversa normazione (in base all'oggetto, ovvero la specifica categoria di arma convenzionale; in base ad una disciplina a carattere regionale o universale; in base, infine, all'eccezionalità della disciplina) sia anche al diverso rapporto che intercorre tra tutte queste discipline. Sembra logico ritenere che, in base ai tradizionali criteri di interpretazione delle fonti pattizie e di quelle derivate, si applicherà il principale criterio di prevalenza della norma successiva (*lex posterior derogat priori*) o quello della norma più specifica (*lex specialis derogat generalis*). Tuttavia, sono da segnalare alcune importanti caratteristiche di questo ambito, poste in risalto da quanto esposto dal relatore speciale Martii Koskenniemi nel suo *Report* del 2006 sulla frammentazione del diritto internazionale²⁵. Il relatore mette in risalto il punto in base al quale, anche laddove sussistano dei contrasti normativi tra diversi obblighi internazionali degli Stati, i mezzi di risoluzione di tali contrasti non mancano: oltre alle clausole di subordinazione o prevalenza o compatibilità tra diversi obblighi²⁶, sono previsti anche meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali tra gli Stati, come anche la possibilità di ricorrere all'armonizzazione delle medesime controversie²⁷ ed il ricorso al diritto internazionale generale²⁸.

È qui d'obbligo una precisazione. Nella maggior parte delle discipline internazionali, il principale meccanismo di risoluzione delle controversie normative è il ricorso all'arbitrato od alla Corte internazionale di giustizia oppure a tribunali o corti specifici costituiti sulla base del trattato od accordo di riferimento²⁹. Nell'ambito del commercio di armi, invece, data la natura sensibile del bene e la forte connotazione politica del mercato, lo strumento privilegiato sembra essere la *consultazione*, che sfocia successivamente in un negoziato tra i singoli Stati. Come sottolineato anche da Koskenniemi, questa forma di risoluzione si tramuta in un'*armonizzazione* dei contrasti normativi, dove un successivo accordo tra due o più Stati parte viene stipulato al fine di chiarire, non in maniera

²³ Dir. 2009/81/CE relativa agli appalti della difesa.

²⁴ Reg. 2009/428/CE sui trasferimenti ed esportazione di beni a duplice finalità.

²⁵ *Report* citato, § 21 ss.

²⁶ *Report* citato, § 22 ss. Un esempio di questo tipo di clausole è contenuto negli *Initial Elements* dell'Intesa di Wassenaar (sez. IV. 2), che prevede la subordinazione di questa disciplina ad altri obblighi internazionali in materia, ma anche la compatibilità e la complementarità di questa nel momento in cui tali obblighi risultino di scarsa efficacia, oppure non siano completi dal punto di vista normativo.

²⁷ *Report* citato, § 37 ss.

²⁸ *Report* citato, § 493, p. 254 s.

²⁹ Secondo Koskenniemi (*Report* citato, § 123 ss.), la costituzione di tali tribunali crea il fenomeno di regimi auto-sufficienti, dove le regole sulla responsabilità sono perfettamente disciplinate e gestite. Tuttavia, precisa il Relatore (§ 186 ss.), nel momento in cui il sistema pattizio non riesca a dirimere le controversie sulla base di tali regole, diverrà necessario il ricorso, od il ritorno, al diritto internazionale generale, determinando, quindi, un fallimento del medesimo sistema.

genuina, l'interpretazione e l'applicazione dei propri obblighi internazionali³⁰. Laddove, però, la controversia non possa essere risolta in tempi ragionevoli tra gli Stati, uno di questi può richiedere il ricorso all'arbitrato, oppure, laddove non ci siano accordi sulla procedura di rito cui il collegio arbitrale si dovrà rifare, alla Corte internazionale di giustizia³¹. Tuttavia, come qui precisato, e come vedremo anche in seguito, questa scelta compete solo ed esclusivamente agli Stati, sulla base di un proprio *prudente apprezzamento* della materia³².

Vi è, però, da sottolineare un dato fondamentale. Malgrado i possibili contrasti interpretativi tra obblighi internazionali in materia di trasferimenti di armi, il nuovo Trattato sul commercio di armi sembra assumere la caratteristica di *parametro interpretativo principale* per risolvere questi contrasti: non solo l'accordo stabilisce uno standard comune obbligatorio imposto agli Stati parte³³, ma anche sono da questo richiamati, esplicitamente od implicitamente, i diversi obblighi internazionali degli Stati, ed in particolare quelli relativi ai divieti o limitazioni sull'esportazione di armi e le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che impongano un *embargo* sulle armi e materiali militari³⁴.

In relazione, infine, al diritto internazionale generale³⁵, vi è da sottolineare come il ricorso al medesimo avvenga laddove risultino presenti delle lacune nella disciplina pattizia. Anche in questo ambito tale ricorso è ammissibile, non solo per completare gli aspetti giuridici, ma anche per unire le varie discipline ed i vari ambiti trattati dalla materia e per determinare la creazione di obblighi e principi che vadano a formare la struttura normativa rilevante del mercato delle armi convenzionali.

1.3 - La ratio della necessità di regolamentazione della materia: profili sostanziali e procedurali

Fatte queste premesse, è necessario comprendere il principale motivo di ricerca, ovvero quali siano i limiti al mercato delle armi convenzionali e quale possa essere la loro funzione nel delimitare tale mercato. Se è vero, come sottolineato, che la disciplina origina dai principi del disarmo convenzionale, così come visti in precedenza, e deve destreggiarsi rispetto ad una possibile frammentazione normativa, è logico supporre che la finalità dell'individuazione dei limiti sia quella di dare una più chiara e definita disciplina su cui il mercato dovrebbe strutturarsi.

Come verrà più volte ribadito nel corso dell'opera, tale mercato non ha più come

³⁰ Report citato, § 42.

³¹ Questa è la norma contenuta nell'art. 21 del Protocollo ONU del 2001 e ora anche nell'art. 19 dell'ATT. Vi sono, però, casi in cui sembra obbligatorio il ricorso a corti e tribunali internazionali: segnatamente, qui parliamo delle questioni sulle misure restrittive all'esportazione od importazione di armi e beni *dual-use* contenuta nell'art. 346 TFUE (ex art. 296 TCE), per il quale l'unico organo competente a giudicare sulla legittimità e correttezza delle medesime è la Corte di Giustizia UE. Un tale obbligo sembrerebbe trasparire anche dall'attuale disciplina dell'art. XXI GATT, relativo alle eccezioni di sicurezza nazionale sulla base delle quali adottare misure restrittive al commercio di armi, ed in base alla nuova disciplina delle controversie dinanzi al *Dispute Settlement Body* dell'Organizzazione mondiale del commercio.

³² La scelta dello strumento per la risoluzione delle controversie è evidenziata anche in J. CRAWFORD, *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n. 1, pp. 3-24, a p. 14.

³³ Ad esempio, imponendo la valutazione preventiva anzidetta, oppure stabilendo la regolamentazione a livello nazionale dell'intermediazione illecita (*illicit brokering*) e della deviazione del carico di armi (*diversion*).

³⁴ Artt. 6, §§ 1-2, e 7, §§ 2-3.

³⁵ Report citato, § 493, p. 254.

punti di riferimento principali gli Stati, esportatori od importatori, ma saranno considerati rilevanti quali attori anche i privati, individui o industrie della difesa. Se la maggior parte delle norme viste si indirizza necessariamente agli Stati, al fine di richiamarli al controllo delle proprie esportazioni di armi, invero questi dovrebbero imporre i propri obblighi internazionali anche ai privati, attraverso il classico meccanismo dell'adattamento al diritto internazionale. Ma, ribadiamo, essendo questo mercato frequentato anche da tali soggetti privati, non è possibile escludere *a priori* anche un loro coinvolgimento diretto nell'osservanza delle norme internazionali³⁶, soprattutto quando l'attività di questi possa comportare una potenziale lesione di valori internazionali. L'obbligo, quindi, cessa di essere indirizzato solo allo Stato per divenire norma applicabile anche ai soggetti privati.

Sotto questo punto di vista, dunque, è necessario porre l'attenzione su quali siano, e saranno trattati, i principali limiti al mercato, siano essi applicabili agli Stati od anche ai privati³⁷. In primo luogo, e seguendo la logica dell'andamento della vendita e dei trasferimenti, è necessario porre l'attenzione su obblighi a carattere *sostanziale*, ovvero i limiti alla stipulazione di accordi di vendita. Sia che ci si riferisca ad obblighi degli Stati (nel momento in cui stipulano un accordo di cooperazione politica e militare, o quando stipulano un *memorandum of understandings* per l'apertura del proprio mercato nazionale alle imprese dell'altro Stato) sia ad obblighi di natura contrattuale, si farà riferimento ai limiti a carattere prevalente od imperativo; laddove si aprli di Stati, queste saranno individuate negli obblighi stessi cui sono sottoposti gli Stati medesimi, oltre che in specifiche risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e nel rispetto di valori fondamentali della Comunità, quali i diritti dell'uomo e la pace e sicurezza internazionali; nel caso dei privati, invece, i limiti derivano principalmente dalle legislazioni nazionali, che a loro volta recepiscono obblighi internazionali sui divieti di trasferimento, ma anche obblighi di natura internazionale *tout-cour*, rinvenibili principalmente nelle risoluzioni che impongono divieti di trasferimento di armi verso un dato Stato o dato soggetto individuale o gruppo di individui.

A questo obbligo deve associarsi anche quello relativo alla criminalizzazione di certe condotte, come l'*illicit brokering* e la *diversion*. Ovviamente, il compito primario di far osservare le disposizioni di questo tipo spetta agli Stati, ma è anche vero che, laddove si possa ritenere che tali condotte abbiano assunto astrattamente la natura di crimini internazionali, saranno considerati quali obblighi imponibili anche agli individui, ovvero saranno considerati doveri in capo agli stessi per il rispetto della pacifica convivenza nella Comunità internazionale.

Sotto il punto di vista *procedurale*, invece, è necessario fare riferimento a due obblighi di *due diligence* rilevanti per gli Stati ed uno segnatamente per gli individui. Da un lato, affinché si possa assicurare il controllo delle esportazioni di armi e prevenire eventuali violazioni del diritto internazionale, gli Stati dovranno esperire una valutazione preventiva dei rischi per l'esportazione; dall'altro, anche per completare il secondo, sarà necessario che vengano acquisite le informazioni pertinenti l'esportazione, in modo da operare un prudente bilanciamento degli interessi e delle esigenze, tra quelle del privato esportatore e quelle della Comunità internazionale. Per quanto riguarda gli individui, ci si dovrà confrontare con un obbligo di natura preliminare rispetto all'esportazione, ovvero l'individuazione di un bene che abbia finalità militare. Pur sembrando essere un obbligo di natura sostanziale, esso assume la caratteristica di obbligo procedurale nel senso che, se

³⁶ Sul punto ed in generale, si veda R. BALDWIN - M. CAVE - M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategies, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed., p. 15 ss.

³⁷ BALDWIN - CAVE - LODGE, *op. cit.*, p. 3 ss.

rilevata la natura militare del bene nella fase di rilascio dell'autorizzazione, l'amministrazione competente od il privato dovranno notificare all'altro tale finalità, in modo da attivare i dovuti e prudenti controlli del caso.

Dunque, sia che si guardi agli obblighi a carattere sostanziale, sia che si guardi a quelli a carattere procedurale, la *ratio* principale della disciplina appare essere la medesima: porre un *controllo* sui trasferimenti di armi. Non si tratta di un mercato in cui sia necessaria l'ipernormazione: di per sé, il mercato è sprovvisto di regole specifiche, ma trova una sua ragion d'essere nel necessario neo-liberismo accordato agli attori economici. Tale corrente, sviluppatasi a partire dagli anni '80, ha generato la convinzione per cui i vari mercati dovessero intendersi come esenti da controlli oppressivi dello Stato. Tale assunto sembra vero anche per il mercato delle armi, nel momento in cui si lasciano liberi gli attori privati di esperire la propria attività economica, e si ammette che debba sussistere un regime di concorrenza tra di loro.

Tuttavia, tale assunto viene ridotto nella sua portata in ragione della natura del bene venduto: proprio perché questa natura sensibile può causare violazioni conseguenti del diritto internazionale, la Comunità internazionale chiede di porre un controllo, un "filtro" all'ingresso del mercato. I limiti normativi, dunque, fungerebbero da "paletti esterni" al gioco "lecito" degli attori economici: chi varca tali limiti, deve essere ritenuto responsabile e perciò punito. Ecco che allora la seconda *ratio* viene individuata nella *prevenzione*³⁸: il rispetto dei limiti normativi di tale mercato assicura che non saranno commesse gravi violazioni del diritto internazionale.

2. Piano dell'indagine

Come appena sottolineato, è possibile rinvenire di primo acchito alcune regole minime che disciplinano il mercato delle armi convenzionali. Attraverso la redazione di questa tesi, si intenderà rilevare le principali regole relative al commercio di armi convenzionali presenti nel diritto internazionale.

Dal punto di vista metodologico, si intenderà partire dall'esposizione di questioni di natura dottrinale relative ai trasferimenti ed al mercato delle armi convenzionali, dalle quali possano emergere fondamentali principi generali³⁹. Tale impostazione permetterà di osservare, anzitutto, come la dottrina abbia ampiamente rilevato i limiti a tale mercato, pur se in maniera estremamente sfaccettata e alle volte concentrandosi solo su singoli aspetti. In molti casi, peraltro, la dottrina cui si farà riferimento appare non essere consapevole dei legami esistenti tra i diversi settori del diritto internazionale per quanto riguarda il mercato delle armi convenzionali. Ciò appare evidente soprattutto in materia di responsabilità derivante da illeciti trasferimenti di armi, nella quale la dottrina sembra inconsapevole della necessità di imporre un controllo *ab origine*, ad esempio nella fase di stipulazione degli accordi di vendita delle armi. Inoltre, tutta la dottrina citata sembra non cogliere l'interazione tra le diverse questioni, le quali appaiono (in un quadro sinottico) ravvicinate nella loro diversità.

Partire dalle questioni dottrinali, dunque, può essere utile per identificare con efficacia il problema fondamentale del commercio di armi convenzionali, ovvero la sua disomogeneità giuridica. Proprio in virtù di tale aspetto, sarà utile, in secondo luogo, proporre un quadro sinottico in cui far confluire in maniera ordinata le diverse questioni e ricavarne dei principi giuridici. Pur essendo necessario premettere che la dottrina non è

³⁸ BALDWIN - CAVE - LODGE, *op. cit.*, p. 83 ss.

³⁹ D. CARREAU - F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 286 ss., a p. 287.

considerata come fonte vincolante nel diritto internazionale⁴⁰, l'induzione ad utilizzare tale strumento giuridico per individuare principi generali della materia appare necessario in virtù di una fisionomica mancanza di giurisprudenza specifica o generalmente riconosciuta⁴¹, attraverso la quale siano ricostruibili i limiti normativi al mercato delle armi convenzionali.

Infine, premessi questi principi individuati dalla dottrina, si renderà agevole produrre un'analisi specifica di alcune delle questioni giuridiche più controverse o più utili ad individuare i limiti normativi cui ci riferiamo. Per fare ciò, il riferimento verrà fatto alle norme di diritto internazionale dell'economia (ovvero: limiti sulla stipulazione degli accordi per il trasferimento di armi, attraverso appalti per la difesa, appalti pubblici e contratti commerciali, oltre alla specifica disciplina dei contratti di trasporto delle armi; sulle norme relative all'esportazione di beni a duplice utilizzo; sulle norme relative all'esportazione di tecnologia; i limiti derivanti dall'art. XXI GATT sulle eccezioni di sicurezza nazionale; sulla possibilità di sottoporre a giurisdizione internazionale le controversie relative all'applicazione di tale eccezione attraverso misure restrittive), dal diritto internazionale dei conflitti armati (ovvero sul principio di neutralità e sul divieto di intervento in un conflitto armato) e del diritto internazionale della responsabilità (in particolare, sulla responsabilità dello Stato per aiuto nella commissione di un illecito internazionale tramite fornitura di armi, con una ricostruzione della norma sulla responsabilità contenuta nei diversi accordi internazionali che hanno disciplinato sia certi profili dei trasferimenti di armi, sia certe armi convenzionali; sulla criminalizzazione delle condotte di *illicit brokering* e *diversion* e sulle diverse forme di responsabilità individuale, sia per quanto riguarda gli individui stessi sia per quanto riguarda le industrie della difesa).

A seguito della rilevazione di tali norme, sarà necessario valutare la sussistenza di regole minime applicabili a tale mercato. Infatti, come sopra accennato, la frammentazione e la complessità normativa presente nell'ambito del commercio di armi potrebbe essere d'ostacolo all'applicazione dei vari strumenti. La rilevazione di regole comuni di natura consuetudinaria permetterebbe di prescindere dallo specifico strumento di disciplina dell'oggetto o della materia, per essere applicato anche in situazioni simili ma diversamente disciplinate. Un esempio può essere rinvenuto nella valutazione del rischio per l'esportazione accennata: essendo tale regola prevista anche in altri strumenti di *soft law*, questa sembra aver assunto una natura di obbligo a carattere consuetudinario nel momento in cui viene incorporato anche in diversi strumenti pattizi.

⁴⁰ Si veda sul punto, M. WOODS, voce *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ottobre 2010, §§ 17 ss.; A. PELLET, *Article 38*, in A. ZIMMERMANN - C. TOMUSCHAT - K. ÖLLERS-FRAHM - C. J. TAMS, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed., p. 869 s.

⁴¹ Come si vedrà nel corso dell'opera, molta giurisprudenza che viene qui citata ha carattere generale (ad esempio, la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti* del 1986), la quale ha cercato di individuare un principio generale applicabile all'istituto di diritto internazionale che veniva coinvolto, ma mai pronunciandosi sulla legittimità o meno dei trasferimenti di armi. L'opera, quindi, che verrà realizzata nei capitoli successivi al primo sarà anche quella di ricostruire la disciplina sul commercio di armi da un punto di vista generale, sia in base alla prassi esistente sia in base alla giurisprudenza.

**PARTE PRIMA -
IL DIBATTITO DOTTRINALE SUL “COMMERCIO”
INTERNAZIONALE DEGLI ARMAMENTI**

CAPITOLO I

QUESTIONI DOTTRINALI RELATIVE AL “COMMERCIO” INTERNAZIONALE DEGLI ARMAMENTI.

INDICE SOMMARIO

Premessa e piano dell'indagine del capitolo

SEZIONE I - QUESTIONI GENERALI SUL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI

1. Questioni terminologiche

- 1.1 - Definizione di “commercio”
- 1.2 - Definizioni di “trasferimento” e “transito”
- 1.3 - Definizione di “traffico”
- 1.4 - Uso dei termini

2. Le attività di trasferimento prese in considerazione dalla dottrina

- 2.1 - Attività di vendita e consegna di armi e pratiche contrattuali connesse
- 2.2 - Il transito di armi da guerra
- 2.3 - Fornitura di armi, attività successive alla vendita e “offset agreements”

3. Soggetti agenti nel “commercio” delle armi

- 3.1 - Stati e governi legittimi
- 3.2 - I privati: industrie di produzione bellica e individui

4. Tipi di arma convenzionale considerati in dottrina

- 4.1 - Mine anti-uomo e munizioni a grappolo
- 4.2 - Small arms and light weapons (SALW)
- 4.3 - Man Portable Air Defence Systems (MANPADS)
- 4.4 - Armi a duplice utilizzo (dual use goods)
- 4.5 - Armi nuove

SEZIONE II - PRINCIPI EMERGENTI DALL'ANALISI DOTTRINALE

5. Principio della libertà di commercio di armi convenzionali

- 5.1 - L'eccezione stabilita dall'art. XXI(b)(ii) GATT
- 5.2 - Misure restrittive al commercio di armamenti

6. Principio di trasparenza nelle transazioni sulle armi

- 6.1 - Inquadramento storico e generale del problema della trasparenza
- 6.2 - Accessibilità alle informazioni sui trasferimenti di armi: diritto o dovere per gli Stati?
- 6.3 - La cooperazione internazionale per lo scambio di informazioni sui trasferimenti internazionali di armi
- 6.4 - La valutazione del rischio preponderante nella commissione di crimini internazionali

7. Principio di neutralità nei trasferimenti di armi: divieto di ingerenza e di intervento in un conflitto armato

- 7.1 - Applicazione extraterritoriale delle misure restrittive
- 7.2 - Divieto di intervento in un conflitto armato
- 7.3 - Divieto di trasferimento ad attori non statali

SEZIONE III - PROFILI DI RESPONSABILITÀ E ADEMPIMENTO AGLI ACCORDI IN MATERIA DI TRASFERIMENTI DI ARMI

8. Violazione degli obblighi previsti e conseguenze

- 8.1 - Responsabilità dello Stato per trasferimenti illeciti di armi
- 8.2 - Responsabilità degli individui per traffico di armi

8.3 - *Criminalizzazione di brokering e diversion*

9. Strumenti per il rispetto degli obblighi previsti

9.1 - *Valore politico di alcuni accordi*

9.2 - *Applicazione provvisoria degli accordi sul controllo degli armamenti*

9.3 - *Osservanza degli accordi e meccanismi di compliance*

9.4 - *Risoluzione giudiziale delle controversie sul controllo degli armamenti*

Premessa e piano dell'indagine

quando si menziona l'espressione “commercio di armi”, due sono gli aspetti che saltano subito all'occhio: da un lato, ci si confronta evidentemente con una materia che più attinente al diritto del commercio internazionale e dell'economia internazionale; dall'altro, il bene oggetto del commercio normalmente funge da strumento per l'uso della forza, interna od internazionale.

Da questa espressione, poi, discende un ulteriore assunto, dato dall'esercizio del diritto di legittima difesa in risposta ad un attacco armato⁴². La necessità di rifornirsi di armi convenzionali trova conferma nelle esigenze di difesa e sicurezza nazionale⁴³, considerate un bisogno di primaria importanza per i Governi. Il diritto internazionale, in questo senso, svolge un ruolo fondamentale nell'individuazione di limiti normativi applicabili al trasferimento di tali strumenti bellici, nell'intento di evitare che la pace e la sicurezza internazionali possano essere gravemente lesi.

Per poter esaminare più da vicino quali siano tali limiti, può essere utile cominciare ad affrontare la discussione partendo dall'esame delle questioni sollevate in dottrina circa il “commercio” internazionale di armi convenzionali e gli aspetti giuridici che lo compongono. Il capitolo, quindi, avrà ad oggetto il dibattito dottrinale in materia. Come sopra precisato⁴⁴, partire dall'esposizione delle questioni dottrinali non è peregrino. Infatti, la ricostruzione di una disciplina giuridica internazionale al mercato delle armi parte proprio da chi ha saputo individuare gli aspetti fondamentali, le peculiarità delle norme sui trasferimenti di armi e le criticità delle medesime. Mancando un apporto deciso della giurisprudenza in materia, la dottrina ha svolto, seppure solo in parte, un ruolo importante per la rilevazione dei limiti normativi, cui questa tesi aspira⁴⁵.

Quanto verrà predisposto in questo capitolo, quindi, sarà anche una ricostruzione dei principi generali individuati dalla dottrina con riferimento al mercato delle armi convenzionali. La prima parte sarà dedicata a profili a carattere generale, ovvero si prenderà in considerazione le questioni dottrinali relative alla terminologia impiegata, ai tipi di attività di trasferimento che possono essere esperiti, ai soggetti agenti nell'ambito del “commercio” di armi convenzionali e ai tipi di arma che costituiscono l'oggetto della disciplina internazionale. Una seconda parte sarà, invece, dedicata all'esposizione dei principali profili di diritto materiale, o principi, vagliati dalla dottrina e che

⁴² Art. 51 della Carta ONU.

⁴³ A. PIETROBON, *I mercati delle armi in Europa*, CEDAM, Padova, 2009, p. XV. Similmente, G. BASTID-BURDEAU, *Le commerce international des armes: de la sécurité à la défense de l'éthique et des droits de l'homme?*, in *Journal du droit international*, 2007, vol. 2, n. 4 (Avril), § 1, consultato all'URL <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/api/version1/sr?hmlid=t&hnsd=t&hpi=t&hes=t&hns=t&hpr=t&hinrc=t&hd=t&he=t&hb=t&ha=t&hcrc=t&hsurc=t&hgn=t&hns=t&hhi=t&hhc=t&sr=refptid%28001 PS JDI JDI0702ET00001%29&hbr=t&hpnrc=t&hcal=t&hss=t&hsp=t&hso=t&hsl=t&hs=t&hsc=t&hp=t&hv=t&hh=t&hcu=t&hcv=t&hl=t&hlarc=t&hgerc=t&hrc=t&hrg=t&csi=294776&secondRedirectIndicator=true>.

⁴⁴ Introduzione, Piano dell'indagine.

⁴⁵ Si segnala, in proposito, D. CARREAU - F. MARRELLA, *Diritto Internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 2016, p. 287, i quali evidenziano come la dottrina, mancando specifiche fonti del diritto internazionale cui fare riferimento, diviene utile nella rilevazione di norme e principi a carattere consuetudinario, oltre a stabilire la portata generale della norma così come individuata. Al contrario, H. THIRLWAY, *Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 126 ss., sostiene come questo tipo di fonte sia impropriamente usato, in quanto la rilevazione di un principio o di una norma a carattere internazionale trova già un suo ampio fondamento nell'opera ricostruttiva della giurisprudenza internazionale, che guarda alle principali fonti normative.

interessano il “commercio” di armi. In particolare, si farà riferimento al principio della libertà del commercio applicata alle armi convenzionali, al principio di neutralità (nella sua doppia accezione di divieto di ingerenza e divieto di intervento in un conflitto armato) ed al principio di trasparenza nelle transazioni relative alle armi convenzionali. Infine, uno sguardo sarà dato anche ai profili di responsabilità, dello Stato e dei privati, conseguenti all'inosservanza degli obblighi previsti, e agli strumenti previsti per garantire il rispetto di tali obblighi.

SEZIONE I - QUESTIONI GENERALI SUL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI

1. Questioni terminologiche

I termini impiegati in dottrina per indicare l'oggetto della materia in esame sono molteplici, spesso utilizzati indifferentemente, ma che assumono un diverso significato a seconda del contesto in cui vengono inseriti.

Tra i diversi termini impiegati, ve ne sono alcuni che ricorrono con maggiore frequenza, ovvero “commercio”, “trasferimenti”, “transito” e “traffico”.

1.1 - Definizione di “commercio”

Il termine “commercio” pone in evidenza un profilo non propriamente giuridico della materia, ovvero l'aspetto meramente economico che identifica un possibile “mercato” delle armi convenzionali, in cui operano gli agenti che vedremo in seguito.

Secondo la dottrina, l'*arms trade* è considerato quale “*worth of billions of dollars annually, and contributes significantly to many nations' international trade balances*”⁴⁶. Tale aspetto meramente economico emerge da altre considerazioni, che ad esempio rilevano come “[...] *the obvious fact that sales, loans, and gifts of weapons have become a huge global business and a veritable hinge of global politics*”, e che di conseguenza “*One might indeed be tempted to claim that the international trade in arms - in all its aspects, from the smuggling of a crate of small arms to a clandestine revolutionary movement, to the transfer of a Phantom, Mirage or MIG jet to governmental clients of major powers - has become the weightiest and most important instrument of international power and diplomacy*”⁴⁷.

Il “commercio” di armi, quindi, viene connotato anche come strumento economico di potere. Tuttavia, l'accezione a carattere economico qui descritta non pare trovare riscontro nella radice etimologica del sostantivo anglosassone “*trade*”, il quale (simile al tedesco *Handel*) trae la sua origine dal termine latino *traditio* (consegna materiale di un bene⁴⁸). Il termine indicherebbe, più nello specifico, l'attività di scambio o consegna o trasferimento di un determinato bene o del titolo di proprietà e controllo sopra lo stesso⁴⁹. Il termine italiano “commercio” (*commerce* in francese, *comercio* in spagnolo) deriva, invece, dal termine giuridico romano *commercium*⁵⁰, con il quale si indicano le sole attività a rilievo economico esperite dagli attori commerciali.

⁴⁶ D. MUSSINGTON, *The International Control of the Arms Trade*, in *Revue belge de droit international*, 1993, n. 1, pp. 43-57, a p. 43.

⁴⁷ R. E. HARKAVY, *Arms Trade and International Systems*, Ballinger Publishing Company, Cambridge, 1975, a p. 1.

⁴⁸ F. DEL GIUDICE, voce *Traditio*, in *Dizionario giuridico romano*, Simone, Napoli, V° ed., 2010, p. 503 e s.; D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001, II° ed., p. 304.

⁴⁹ S. CASEY MASLEN, *The Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production, and Transfer of Anti-personnel Mines and on Their Destruction*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 89 e ss.; S. CASEY MASLEN-O. NYSTUEN, *The Convention on Cluster Munitions*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 126 e ss.

⁵⁰ Con tale termine si indicava la capacità di porre in essere attività commerciali tipiche del diritto civile romano, e che era concessa agli stranieri per, appunto, commerciare all'interno della Repubblica o dell'Impero romano: DEL GIUDICE, voce *Ius commercii*, in *op. cit.*, p. 269. DALLA, LAMBERTINI, *op. cit.*, p. 72-73.

Questo significato del termine “*trade*” trova riscontro in un lodo del 1902, intercorso nella controversia tra Francia e Regno Unito relativa ad un incidente di natura militare avvenuto nei territori africani⁵¹. Con tale decisione, i giudici arbitrali hanno voluto porre in risalto le sole attività di scambio che costituiscono la base fondamentale del “commercio” di armamenti, ovvero hanno teso a stabilire in quali casi tali attività potessero essere consentite. Ciò è stato rilevato sulla base del disposto dell'art. VIII dell'Atto finale della Conferenza di Bruxelles del 1890⁵², il quale stabiliva quali fossero le attività rilevanti per lo scambio di armi e munizioni, ovvero indicava che le armi non potevano essere “*données, cédées, ou vendues*” a terzi. Il tribunale arbitrale, inoltre, sembra far ricomprendere entro il termine “commercio” un'ulteriore attività, la donazione, la quale ha sempre generato ambiguità di natura giuridica relativamente ai trasferimenti di armi. Questo profilo, ad esempio, è stato evidenziato dal Comitato Internazionale della Croce Rossa in sede di redazione del testo del nuovo Trattato sul commercio di armamenti, successivamente aperto alla firma il 2 aprile 2013⁵³. Il Comitato ha sottolineato come, tra le attività oggetto del trattato, non fosse fatta menzione al “dono”, che invece compariva, appunto, nella Convenzione di Bruxelles del 2 luglio 1890⁵⁴.

Sulla base di queste prime indicazioni, emerge come l'elemento principale considerato dalla dottrina (ed in parte dalla giurisprudenza) non sia il carattere economico che assume il bene oggetto di scambio, bensì il trasferimento del bene medesimo è considerato quale attività giuridicamente rilevante, alla cui base si trova il perfezionamento dell'accordo intercorso tra le parti consistente nella consegna del bene.

1.2 - Definizioni di “trasferimento” e “transito”

Se il termine “commercio” è meramente rievocativo dell'aspetto economico della materia, ben altra consistenza, come detto, assumono i termini “trasferimento” e “transito”. Secondo la dottrina, il “trasferimento” è deputato come atto a ricomprendere

*“les activités exportatrices du secteur public et privé qui portent tant sur l'équipement militaire proprement dit que sur les pièces de rechange et qui peuvent impliquer également les services d'assistance technique”*⁵⁵.

Il termine “transito”, invece, viene considerato come atto a ricomprendere

*“l'opération par laquelle les armes d'un pays sont autorisées à traverser le territoire d'un autre pays sans y trouver leur destination finale”*⁵⁶.

La dottrina, dunque, sembra distinguere in maniera chiara queste due attività. Diversamente dal trasferimento, il “transito” non ha come destinazione finale il paese nel quale viene posto in essere, poiché con esso non si ha il perfezionamento di una prestazione di dare, bensì solo quella di fare, vale a dire permettere, da parte dello Stato territoriale, il mero passaggio delle armi sul proprio come su altri territori⁵⁷. Con il termine “transito”, dunque, la dottrina suole indicare un aspetto

⁵¹ *Arbitral award relating to the dispute between Great Britain and France, given by Baron Lambermont in Brussels on 15 July 1902, and concerning the case of Sergent Malamine, 1902, in Reports of International Arbitral Awards, 2012, vol. XXIX, pp. 356-363.*

⁵² *Convention Relative to the Slave Trade and Importation into Africa of Firearms, Ammunition, and Spirituous Liquors, 2 luglio 1890.* La Convenzione è stata successivamente emendata e revisionata dal Trattato di Saint Germaine-en-Laye del 10 settembre 1919, in *League of the Nations Treaty Series*, n. 202, 1922

⁵³ *Arms Trade Treaty, A/CONF.217/2013/L.3, adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale ONU n. 67/234 B, LXXVII sessione, 2 aprile 2013.*

⁵⁴ K. DÖRMAN, *Adoption on a Global Arms Trade Treaty: Challenges Ahead*, in *Chatam House - International Law Summary*, 16 aprile 2013, p. 4, consultabile sul sito <http://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/160413summary.pdf>

⁵⁵ R. YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux d'armes de guerre*, Pedone, Parigi, 1980, p. 14.

⁵⁶ R. YAKEMTCHOUK, *Le transit des armes de guerre. Extrait de la Revue Générale de Droit International Public, Avril-Juin 1979 - n.2*, Pedone, Parigi, 1979, a p. 2.

⁵⁷ La questione del transito di armamenti all'interno del territorio di uno Stato coinvolge, ovviamente, profili problematici relativi al principio di neutralità, di cui si dà conto al § 2.2.

specifico del procedimento di “trasferimento”, applicato in particolare alle armi da guerra.

Emerge qui chiaramente come il fine economico non sia rilevante nell'analisi giuridica delle attività di trasferimento e transito. Tuttavia, almeno nel caso del trasferimento, è da presupporre che un accordo circa una controprestazione a carattere economico sia intercorso tra le parti e che pertanto il perfezionamento dello scambio avvenga in maniera sinallagmatica.

1.3 - Definizione di “traffico”

Finora, l'analisi terminologica ha preso in considerazione tipi di attività ritenute lecite nel diritto internazionale. Diverso profilo si evidenzia con il termine “traffico”.

L'orientamento maggioritario della dottrina⁵⁸ sceglie la definizione di “traffico illecito” (*illicit trafficking*) contenuta nella Convenzione Interamericana sulle armi da fuoco del 1997 (art. 1, para. 2)⁵⁹ che definisce l'attività di traffico come

“*The import, export, acquisition, sale, delivery, movement, or transfer of firearms, ammunition, explosives, and other related materials from or across the territory of one State Party to that of another State Party, if anyone of the State parties concerned does not authorize it*”.

A questa definizione, la dottrina suole aggiungere l'ulteriore aspetto costitutivo emergente dal Protocollo ONU sulle armi da fuoco del 2001 (art. 3, lett. e)⁶⁰, ovvero la corretta marchiatura dell'arma secondo quanto previsto dal Protocollo medesimo. Quindi, le caratteristiche evidenziate nella Convenzione del 1997 e nel Protocollo del 2001 sono considerate rilevanti ai fini dell'individuazione delle caratteristiche del traffico di armi, ovvero a) la natura transfrontaliera del trasferimento, b) la mancanza di autorizzazione da parte degli Stati al compimento del trasferimento medesimo e c) il requisito ulteriore della tracciabilità delle armi in base alle disposizioni sulla marchiatura⁶¹. L'aspetto meramente commerciale od economico non ha quindi rilievo affinché si possa ravvisare il carattere di illiceità.

Un orientamento minoritario, invece, tende a scegliere una definizione di “traffico” più onnicomprensiva di quella precedente⁶², comprendente attività quali

“*import, export, acquisition, sale, delivery, movement, or transfer—whether or not for financial gain—of new or surplus conventional weapons and military equipment, including parts, components, and ammunition between States, non-State entities, or between States and non-State entities*”⁶³.

In base a quanto sostiene tale orientamento dottrinale, infatti, il traffico di materiale bellico può anche essere considerato come avente una natura meramente *politica* o *militare*. In secondo luogo, le attività qui ricomprese nella nozione di traffico sono simili a quelle accolte nella Convenzione Interamericana del 1997 e nel Protocollo ONU del 2001 *supra* indicati. Infine, vengono messi in evidenza anche i principali attori degli scambi, ovvero sia gli Stati e gli enti non statali⁶⁴. Tale definizione predilige l'aggiunta di un nuovo requisito ravvisato nella giurisprudenza internazionale⁶⁵, secondo cui rileverebbe quale “traffico” di armi anche la

⁵⁸ Z. YIHDEGO, *The Arms Trade and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 84 e s.

⁵⁹ *Inter-American Convention against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Ammunition, Explosives, and other Related Materials*, A-63, firmata a Washington (D.C.) il 14 novembre 1997, disponibile sul sito http://fas.org/asmp/campaigns/smallarms/Cifta_Convention_text.htm.

⁶⁰ *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/Res/55/255 del 8 giugno 2001.

⁶¹ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 85.

⁶² A. E. CASSIMATIS, K. GREENWOOD, *Arms, Traffic in*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

⁶³ CASSIMATIS, GREENWOOD, *op. cit.*, § 1.

⁶⁴ Si veda più *infra*, § 3.

⁶⁵ Tra le diverse pronunce da considerare, si citano qui le ben note sentenze della Corte Internazionale di Giustizia nella controversia relativa alle *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Stati Uniti)*

“supply of weaponry together with other forms of military assistance, such as technical assistance, technology transfer, and training the personnel of the recipient State or non-State entity”.

Per la dottrina minoritaria, quindi, i trasferimenti di armi sono strettamente connessi con eventuali prestazioni secondarie fornite dallo Stato trasferente, quali l'assistenza tecnico-militare e la manutenzione delle armi, nonché l'addestramento all'utilizzo.

1.4 - Definizione di arma convenzionale

La disciplina del commercio internazionale di armamenti risulta, allo stato attuale, frammentata e settoriale⁶⁶, sparsa in più strumenti normativi di diritto internazionale⁶⁷.

Per quanto attiene al profilo definitorio, allo stato attuale manca, in dottrina, una precisa definizione di cosa debba intendersi per arma convenzionale. Più frequente, invece, è la definizione di arma convenzionale quale arma che non viene considerata arma di distruzione di massa⁶⁸. Parte della dottrina, nel tentativo di superare questo *impasse* definitorio, ha cercato di rendere più chiara ed onnicomprensiva la definizione, intendendo per arma convenzionale:

“all arms, munitions, materiel, instruments, mechanism or devices that have an intended effect of injuring, damaging, destroying or disabling personnel or property”⁶⁹.

Oltre alla qualifica di arma, tale orientamento ha voluto anche definire le caratteristiche e le finalità che delimitano il concetto di arma convenzionale, con ciò intendendo:

“an object, device, munition, or equipment used to apply an offensive capability to object or person”⁷⁰.

1.5 - Uso dei termini

Sulla base di quanto assunto finora, appare preferibile utilizzare: a) i termini “commercio” o “mercato” in via prevalente per identificare il carattere economico che qualifica la materia in esame; b) i termini “trasferimento” e “transito”, invece, per indicare la rilevanza giuridica delle attività di scambio esperite; c) infine, il termine “traffico” per indicare l'attività di trasferimento internazionale di armi compiuta in maniera illecita, ovvero a seguito di violazione delle norme pattizie che prevedono tale illiceità.

sentenza del 19 giugno 1986, in *I.C.J. Reports*, n. 14, 1986, e la sentenza del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia resa nel caso *Tadic* (IT-94-1-A, sentenza della Camera d'Appello, 15 luglio 1999).

⁶⁶ B. KELLMANN, *Controlling Arms Trade: One Important Stride for Humankind*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, vol. 37, pp. 687-731, a p. 687.

⁶⁷ Un primo esempio di disciplina organica delle armi convenzionali, in cui si rinvenivano anche limitazioni ai trasferimenti delle armi considerate, si ebbe con la Conferenza sugli armamenti convenzionali del 10 ottobre 1980, la quale adottò quattro strumenti (in *UN Treaty Series*, vol. 137, p. 1342 e ss.): la Convenzione sulla proibizione o restrizioni sull'utilizzo di certe armi convenzionali che possano causare ferite eccessive o avere effetti indiscriminati; il Protocollo (I) sui frammenti non rintracciabili; il Protocollo (II) sulle proibizioni o restrizioni all'utilizzo di mine, trappole, ed altri sistemi; e il Protocollo (III) sulle proibizioni o restrizioni dell'utilizzo di armi incendiarie. A questi sono stati successivamente aggiunti il Protocollo (IV) sulle armi laser accecanti del 13 ottobre 1995 (Doc. CCW/CONF.I/16, Part I) ed il Protocollo (V) sui residui bellici esplosivi del 28 novembre 2003 (Doc. CCW/MSP/2003/2). Infine, la disciplina si completa con riferimento alla Convenzione sulla proibizione dell'uso, stoccaggio, produzione, e trasferimento di mine anti-uomo e sulla distruzione delle medesime del 18 settembre 1997 (in *UN Treaty Series*, vol. 211, p. 2056 e ss.), ed alla Convenzione sulle bombe a grappolo del 30 maggio 2008 (Doc. CCM/77).

⁶⁸ Voce “conventional weapon”, in *Dictionary of Military and Associated Terms*, 2005, consultato sul sito <http://www.thefreedictionary.com/conventional+weapon>

⁶⁹ International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Method of Warfare. Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Ginevra, 2006, p. 9, n. 17. Cfr. anche W. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2009, Oxford University Press, Oxford, p. 344, n. 57.

⁷⁰ BOOTHBY, *ib.*

2. Le attività di trasferimento di armi prese in considerazione dalla dottrina

Nell'analisi delle attività di trasferimento, la dottrina prende in considerazione attività che vengono classificate in pratiche contrattuali che si perfezionano nella consegna dell'arma, attività che non si perfezionano con la consegna del bene (quale il transito per via aerea, marittima o terrestre) e le attività successive alla vendita (più genericamente inquadrare sotto i termini di "fornitura" e "accordi di compensazione economica", o "offset agreements")⁷¹.

2.1 - Attività di vendita e consegna delle armi e pratiche contrattuali connesse

Le attività di trasferimento considerate dalla dottrina si riferiscono tanto a quelle di esportazione od importazione dell'armamento, quanto alla vendita dei pezzi di ricambio delle armi.

Alcuni studiosi ritengono che il termine "trasferimento" sia onnicomprensivo e comprenda non solo le tradizionali attività di esportazione ed importazione o anche attività che si perfezionano successivamente alla vendita, ma anche attività considerate "senza scopo di lucro", quale è il dono⁷², di difficile collocazione nell'ambito dei trasferimenti per via della mancata corresponsione di un beneficio in natura economica⁷³. Altra parte della dottrina ritiene che una definizione così ampia non sia comprensiva degli accordi di cooperazione e assistenza militare, degli accordi statali sulla sicurezza nazionale e dei movimenti di armi convenzionali per le truppe all'estero⁷⁴.

L'orientamento prevalente classifica le attività di trasferimento in base alla *finalità*, ovvero identifica:

- a) trasferimenti con finalità *politiche*, quali sono le attività di scambio effettuate dalle grandi potenze e che hanno come destinatari governi riconosciuti, movimenti insurrezionali o movimenti di liberazione nazionale;
- b) trasferimenti con finalità di tipo *commerciale* o *lucrative*, attuati da qualunque Stato e che generalmente si effettuano per il tramite di un intermediario privato autorizzato, sottoposto a pubblico controllo⁷⁵;
- c) trasferimenti operati per il tramite del mercato *clandestino*, attuati con la totale inosservanza dei diversi limiti normativi nazionali ed internazionali⁷⁶;
- d) infine, trasferimenti di *tecnologia militare*, attuate per il tramite di *licenze di fabbricazione* attribuite a soggetti stranieri che decidano di avviare una loro attività all'interno di uno Stato diverso da quello di nazionalità o origine, oppure attraverso accordi che istituiscono *sistemi di*

⁷¹ Si veda la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia *Military Activities* sopra citata, § 198.

⁷² A. BELLAL- S. CASEY MASLEN-G. GIACCA, *Implications of International Law for a Future Arms Trade Treaty*, in *UNIDIR Resources*, 2012, p. 6; A. COCO, *I divieti di trasferimento* citato, p. 1225.

⁷³ Ad esempio, nel testo definitivo dell'ATT, l'art. 2, § 2 definisce l'ambito di applicazione del trattato con riferimento alle attività considerate, in cui vi rientrano non solo quelle attività tradizionali di *import* ed *export*, ma anche il transito, il transito via mare o via aerea e l'attività di intermediazione non autorizzata (*brokering*, di cui daremo conto di seguito). Non viene ricompreso, invece (e questa critica è stata sollevata dal Comitato internazionale della Croce Rossa: DÖRMANN, *Adoption* citato, p. 4), il dono, od addirittura il prestito di armi. Altresì, il *Report* del 1996 della Commissione per il Disarmo (*UN Report of Disarmament Commission*, General Assembly, Official Records - Fifty-first Session, Supplement n. 42, A/51/42, 1996) ha inteso per trasferimenti solo quelli di natura illecita, quali i traffici (Annex I, pp. 10-15).

⁷⁴ PONTI, *Trasferimenti di armi, diritti umani e diritto umanitario. Spunti di riflessione dopo l'adozione del Trattato sul commercio delle armi convenzionali*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, vol. 7, n. 3, pp. 643-667, a p. 654, il quale sottolinea come accordi di questo tipo siano esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 2, § 3 dell'ATT.

⁷⁵ Un esempio di quest'ultimo tipo si riscontra nelle aziende del gruppo italiano *Finmeccanica*, controllato dal Ministero delle Economie e Finanze. Per un'analisi del passaggio dall'industria privata di produzione e vendita degli armamenti, fino alla gestione governativa di dette attività, si veda J. DELBRÜCK, *International Traffic in Arms - Legal and Political Aspects of a Long Neglected Problem of Arms Control and Disarmament*, in *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. 33, pp. 114-143, alle pp. 116-118.

⁷⁶ Questo è il caso del *brokering*, .intermediazione di privati considerata illecita nell'ambito internazionale. Si veda l'art. 10 dell'ATT.

*coproduzione*⁷⁷. Tali trasferimenti creerebbero i presupposti per la nascita e lo sviluppo di multinazionali delle industrie belliche⁷⁸.

Tutte queste attività di trasferimento sono alla base della “struttura” portante del “commercio” di armi, in quanto il perfezionamento delle medesime copre sia la fase delle negoziazioni (comprese quelle inerenti la produzione delle armi), sia quella della consegna, sia infine la fase dell'esecuzione degli accordi.

All'interno di questa classificazione, sono poste in rilievo le pratiche contrattuali connesse, le quali si attuano a seconda della forma di scambio stabilita nell'accordo. In questo senso, si distinguono⁷⁹ 4 tipi di forme di scambio:

- a) la prima forma è quella del *dono*, il cui profilo principale è la mancanza di una contropartita economico-finanziaria, mentre è prevalente un interesse politico potenziale alla base del trasferimento. Infatti, questa pratica è utilizzata per rinsaldare un'alleanza politica già avviata⁸⁰, oppure si colloca nel quadro di un accordo politico di normalizzazione delle relazioni diplomatiche⁸¹. Ovviamente, il dono può avvenire anche nel quadro dell'instaurazione di rapporti internazionali con attori non statali⁸², ma può anche avere una portata “indiretta”: ciò avviene quando lo scambio, che pure inizialmente prefigurava la dazione di un credito, ovvero una controprestazione a carattere economico, successivamente viene mutato in scambio a titolo gratuito⁸³.
- b) La seconda forma è quella dello *scambio attraverso il baratto*. In sostanza, le armi verrebbero consegnate dietro pagamento in natura, ovvero risorse naturali di interesse economico per la controparte⁸⁴. Questo tipo di attività di scambio non è facilmente discernibile dalla precedente, salvo nel momento in cui si dimostri che la controprestazione aveva un carattere economico, normalmente avente la forma di risorsa naturale. Questo tipo di attività può inoltre figurare nella forma di accordi di compensazione economica (*offset agreements*)⁸⁵.
- c) Una terza forma di acquisizione degli armamenti si perfeziona tramite vendita *per contanti*, ed era forse quella più diffusa tra quegli Stati che disponevano, pur con certe difficoltà, somme ingenti di denaro liquido, derivanti, ad esempio, dalla vendita di risorse naturali di particolare valore (come il petrolio greggio). Questa pratica contrattuale si è diffusa con riguardo ai trasferimenti di armamenti statunitensi, posti in essere tramite accordi di scambio contenenti una clausola “*cash and carry*”⁸⁶. Questa clausola si inserisce nel più generale discorso della neutralità di uno Stato durante un conflitto armato, laddove l'azione di

⁷⁷ Un esempio di questo tipo è l'accordo di Bonn del 12 novembre 1996, che ha istituito l'Organizzazione congiunta per la cooperazione in materia di armamenti (OCCAR).

⁷⁸ R. YAKEMTCHOUK, *Les Transferts internationaux* citato, p. 14-15.

⁷⁹ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 254 e ss.

⁸⁰ Si pensi agli armamenti che sono stati donati dal governo americano agli alleati europei, nel quadro del cd. Piano *Marshall*, per la ricostruzione dell'Europa dopo la fine della Seconda guerra mondiale.

⁸¹ Un esempio di questo tipo si rinviene nel dono di armamenti da parte della Germania ad Israele. Secondo l'autore (p. 255), tale donazione ha giocato un ruolo non indifferente nella II° guerra arabo-israeliana, che ha portato alla conquista ed occupazione della penisola del Sinai e della conseguente crisi del Canale di Suez del 1956.

⁸² In quest'ottica possono essere letti anche i recenti supporti militari da parte di diverse potenze occidentali ai *peshmerga* curdi, al fine di fermare l'avanzata nel nord dell'Iraq del movimento jihadistico dell'ISIS (*Islamic State of Iraq and Syria*).

⁸³ In un quadro di questo tipo, l'autore vi riconduce lo scambio di armamenti tra la ex Unione Sovietica e Cuba, durante la Rivoluzione cubana; in questo senso, si leggano le dichiarazioni di Fidel Castro nel suo discorso tenuto a Parigi il 1 novembre 1962.

⁸⁴ Un caso di questo tipo ha avuto ad oggetto i trasferimenti di aerei sovietici MIG all'aeronautica militare indiana (1960), dietro consegna di forniture di minerale di manganese. Alla stessa maniera, la Francia ha concluso accordi ventennali, tra il 1974 ed il 1975, con l'Arabia Saudita, nei quali è stata negoziata la fornitura di aerei *Dassault-Mirage* e di altri armamenti moderni, in cambio di circa 830 tonnellate di petrolio greggio.

⁸⁵ Vedi § 2.3.

⁸⁶ D. ZIMMERMANN, voce *Cash and Carry Clause*, citazione, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2009, § 1.

rifornire uno dei due belligeranti di armi comporterebbe sia la perdita del proprio *status* neutrale, sia il blocco delle relazioni commerciali con l'estero⁸⁷, la quale, se attuata in tempi ristretti (entro i 4 mesi dalla data di conclusione dell'accordo) rende più difficoltosa l'imputazione della responsabilità per violazione degli obblighi inerenti lo status di neutrale⁸⁸.

d) La quarta ed ultima forma considerata è quella della vendita *a credito*. Questo tipo di vendita si contrappone alla precedente, in cui il pagamento in contanti predilige la celerità e la immediata reperibilità del corrispettivo. Nella forma a credito, l'agevolazione del pagamento costituisce una necessità pratica, in ragione degli elevati costi delle armi e dei componenti di queste, e inoltre favorisce forme di visibilità commerciale delle industrie di armamenti. Tuttavia, tale forma di pagamento fa sempre affidamento sulla solvibilità da parte dell'acquirente e sulla fiducia che in esso può essere riposta; ciò comporta, quindi, una notevole discrezionalità politica degli Stati nel concedere il credito⁸⁹. Non è solo una questione di "colore politico"⁹⁰: la possibilità di accedere al credito per il pagamento dipende anche dalla volontà delle parti contraenti. La dottrina riscontra, da un lato, casi di accordi generali sulle *linee di credito*, con cui si stabilisce un ammontare massimo, al di sotto del quale è possibile effettuare degli ordini di acquisto per materiale militare⁹¹; dall'altro, casi di accordi per la stipulazione dell'ammontare di *crediti specifici*, in cui viene pattuita la somma complessiva per l'acquisto del singolo tipo di armamento⁹². Tuttavia, a queste due agevolazioni si accompagna anche la fissazione di *tassi d'interesse variabili*, che dipendono dalla garanzia di solvibilità dell'acquirente e dalle condizioni di natura politica, di cui sopra riferivamo.

Vengono, inoltre, menzionate anche forme di *assicurazione del credito*, utilizzate al fine di garantire il buon esito delle operazioni di esportazione degli armamenti, e che dipendono dal rischio politico. In particolare, lo studioso individua due forme di rischio:

- il *factum politicum*, quali possono essere le diverse forme di rivolgimenti interni ed i conflitti armati;
- il *factum principis*, ossia un atto dell'autorità governativa che, se emesso, provvede alla rottura delle relazioni economiche internazionali tra due Stati, oppure tra uno Stato ed una società privata per la concessione del credito.

Questo tipo di assicurazione del credito tiene conto dell'evoluzione della vita politica

⁸⁷ La disciplina della neutralità in tempo di guerra è contenuta nella XIII Convenzione dell'Aia del 1907 (artt. 6-9), nella quale sono stabiliti i doveri degli Stati non partecipanti ad un conflitto armato, quali il divieto di rifornimento di beni di natura o finalità militare. Questa disciplina, secondo l'art. 7 della Convenzione, non si applica agli scambi attuati da soggetti privati e per gli scambi di altra natura o finalità con uno degli Stati belligeranti.

⁸⁸ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁹ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 258.

⁹⁰ L'espressione è riportata in *ib.*

⁹¹ Tuttavia, l'apertura di queste linee può comportare problemi rilevanti, allorché la somma erogata venga impiegata al di fuori delle sue finalità. È questo il caso dell'accordo di Rambouillet, stipulato nell'agosto 1936 tra gli Stati Maggiori di Francia e Polonia, per la concessione di una linea di credito ammontante a 2 miliardi e 300 mila franchi da destinare nella fabbricazione ed immagazzinamento di armi militari, da impiegare nel caso di un'eventuale aggressione (poi, di fatto, verificatasi) da parte della Germania o dell'Unione Sovietica. L'accordo, secondo quanto riferisce l'ambasciatore francese a Varsavia, Léon Noël (*L'aggression allemande contre la Pologne*, Paris, Flammarion, 1946, p. 144 e ss.), non sarebbe stato eseguito secondo le intenzioni francesi di assistere alla costruzione ed immagazzinamento immediati di armi da parte polacca, ma con la costruzione di fabbriche, poi distrutte non appena fu avviata la produzione, da parte dell'aviazione tedesca nell'estate del 1939.

⁹² Le modalità di stipulazione del credito specifico potevano andare (fino agli anni '80) dalla selezione degli acquirenti (come nella prassi della Germania), all'adempimento del pagamento dilazionato in singole fasi dell'accordo (come nel caso francese), alla concessione di credito a lungo termine (per quanto riguarda gli accordi stipulati con l'Unione Sovietica), fino alla concessione del credito da parte degli Stati Uniti, la quale si basava su prestiti erogati dalla Banca dell'Export-Import (*Ex-Im Bank*), successivamente dichiarato una forma illecita di investimento da parte del Congresso.

internazionale: la creazione di nuovi Stati comporta che, al crollo di un precedente regime, il nuovo governo insediatosi potrebbe avere intenzione di sciogliere il vincolo giuridico che legava il suo predecessore ad un altro Stato, oppure ad una società di intermediazione del credito, o addirittura ad un organismo di finanziamento internazionale. Laddove sia richiesto un *finanziamento con assicurazione del credito*, la garanzia principale può essere fornita dallo Stato esportatore, il quale garantirebbe per la solvibilità contro eventuali ritardi nel pagamento o dilazioni ingiustificate, o addirittura contro l'oggettiva impossibilità di adempiere allo stesso⁹³.

Infine, non si ritiene di secondaria importanza la questione dei tempi di consegna, i quali definiscono la prestazione di fare che si configura tra il fornitore e l'acquirente. I tempi variano a seconda della disponibilità dell'arma, dell'immediata reperibilità della medesima presso le industrie del fornitore, oppure da un eventuale aggiornamento tecnologico che si renda necessario⁹⁴. Nel caso di mancato rispetto dei termini di consegna, possono generarsi conseguenze soprattutto di natura politica o militare, oppure la possibilità di configurare un inadempimento per oggettiva impossibilità sopravvenuta⁹⁵, financo l'estinzione del trattato o la possibilità di ritirarsi da esso⁹⁶.

2.2 - Il transito di armamenti da guerra

Abbiamo visto che tra le attività di trasferimenti di armi vi rientra anche il transito di armamenti da guerra la cui particolarità risiede nella mancanza di una destinazione finale⁹⁷.

Il problema del transito di armi ha destato maggiore interesse a seguito della decolonizzazione delle aree sottoposte a dominazione britannica, francese e ottomana in Medio Oriente, Africa e Asia⁹⁸. A questa questione, si aggiunge la mancanza di normativa internazionale, che lascia agli Stati la facoltà di regolamentare il passaggio di armi da guerra sul loro territorio⁹⁹. In sostanza:

⁹³ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, pp. 261-62.

⁹⁴ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 266-267.

⁹⁵ *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* citata, art. 61, para. 1. Sempre in base all'articolo in questione, tale possibilità non può essere invocata da chi ha generato l'impossibilità ad adempiere (para. 2). Nel caso di trasferimenti di armi, ciò si verificherebbe allorquando il fornitore impedisca l'esecuzione dell'accordo, attraverso, ad esempio, ritardi ingiustificati nella produzione, oppure laddove non siano stati predisposti i doverosi controlli per prevenire la deviazione del carico.

⁹⁶ Art. 56 della Conv. Vienna 1969.

⁹⁷ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 332; ID., *Le transit international des armes de guerre*, in *Revue général de droit international public*, 1979, vol. , pp. 350-416. lo studioso deriva questa definizione dallo Statuto sulla libertà di transito (art. 1), allegato alla Convenzione di Barcellona del 20 aprile 1921 (in *League of the Nations Treaty Series*, vol. VII, 1921-22, n. 1, p. 11 e ss.), nel quale si stabilisce che le armi (come altri beni) sono considerate transitarie se il passaggio sul territorio di uno Stato, "*with or without transshipment, warehousing, breaking bulk, or change in the mode of transport, is only a portion of a complete journey, beginning and terminating beyond the frontiers of the State across whose territory the transit take place*". Il medesimo testo è stato poi ripreso nell'art. V del GATT del 1947 (invariato nel 1994).

⁹⁸ YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux* citato, p. 332-333, sottolinea come la difficoltà maggiore, sorta a seguito dell'innalzamento delle frontiere nazionali tra le aree decolonizzate, ha posto problemi non solo di natura politica, ma anche economica.

⁹⁹ Un esempio di questo tipo si rinviene nella legge italiana 185/1990 citata, in cui si stabilisce che (art. 1):
"5. L'esportazione ed il transito di materiali di armamento, nonché la cessione delle relative licenze di produzione, sono vietati quando siano in contrasto con la Costituzione, con gli impegni internazionali dell'Italia e con i fondamentali interessi della sicurezza dello Stato, della lotta contro il terrorismo e del mantenimento di buone relazioni con altri Paesi, nonché quando manchino adeguate garanzie sulla definitiva destinazione dei materiali.
6. L'esportazione ed il transito di materiali di armamento sono altresì vietati:

a) verso i Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, fatto salvo il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia o le diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri, da adottare previo parere delle Camere;

b) verso Paesi la cui politica contrasti con i principi dell'articolo 11 della Costituzione;

c) verso i Paesi nei cui confronti sia stato dichiarato l'embargo totale o parziale delle forniture belliche da parte delle Nazioni Unite o dell'Unione europea (UE);

d) verso i Paesi i cui governi sono responsabili di gravi violazioni delle convenzioni internazionali in materia di

“[...] l'activité transitaire des armes transgresse la logique des systèmes de droit qui ont été édifiés pour la régir et se déroule selon une dynamique propre, axée essentiellement sur l'intérêt étatique”¹⁰⁰.

In quest'ottica, si distingue il transito di armi in tempo di pace da quello compiuto in tempo di guerra. Il primo si basa essenzialmente sui principi della libertà di transito, tipica del diritto del commercio internazionale, con cui viene fatta salva la possibilità per lo Stato di stabilire proprie regolamentazioni per limitare tali passaggi¹⁰¹. Il secondo, invece, riguarda un differente presupposto, ossia la presenza di un conflitto armato in corso. In tale situazione, assumono rilievo sia le disposizioni internazionali che stabiliscono restrizioni sull'esportazione di armamenti verso un determinato Stato (considerato, ad esempio, il “campo di battaglia”), sia le previsioni relative alla neutralità¹⁰² degli Stati, allorché lo Stato di transito favorisca, con propria omissione, l'elusione dell'*embargo*¹⁰³.

Come appena precisato, l'autorizzazione al passaggio degli armamenti, in tempo di pace come di guerra, è soggetta alla volontà di uno Stato di regolare tali transiti. La dottrina suddivide tali regolamentazioni in tre categorie principali:

a) regolamentazioni di ordine *empirico*, nelle quali la scelta di ammettere o meno il transito è fatta in concreto. In questo caso, lo Stato gode della massima libertà di decisione¹⁰⁴, e ciò può comportare la violazione di eventuali restrizioni internazionali. Il motivo che accompagna tali scelte attiene alla configurazione di un *interesse di ordine pubblico*, quale è quello che si manifesta con la motivazione di esigenze di sicurezza nazionale¹⁰⁵;

b) regolamentazioni che discendano da disposizioni a carattere *convenzionale*, ovvero stabilite tramite accordo bilaterale tra Stati. Questi accordi, tendenzialmente permissivi, riguardano soprattutto il transito terrestre in tempo di pace, ma si ritengono applicabili anche al transito marittimo ed aereo¹⁰⁶;

c) regolamentazioni a carattere *convenzionale specifico*: nel quadro degli accordi di alleanza militare possono essere stabilite, all'interno dell'accordo od in un specifico allegato, le disposizioni relative al transito dei materiali d'armamento. In questo caso, è possibile esperire una limitazione al transito solo se espressamente prevista¹⁰⁷.

Stante anche la posizione neutrale assunta da uno Stato, l'orientamento dottrinale prevalente

diritti umani, accertate dai competenti organi delle Nazioni Unite, dell'UE o del Consiglio d'Europa;

e) verso i Paesi che, ricevendo dall'Italia aiuti ai sensi della legge 26 febbraio 1987, n. 49, destinino al proprio bilancio militare risorse eccedenti le esigenze di difesa del paese; verso tali Paesi è sospesa la erogazione di aiuti ai sensi della stessa legge, ad eccezione degli aiuti alle popolazioni nei casi di disastri e calamità naturali”.

¹⁰⁰ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, citazione p. 333.

¹⁰¹ *Ib.*

¹⁰² Sul transito di armi da guerra, si vedano l'art. 7 della XIII^o Convenzione dell'Aia del 1907, e, in misura simile, il medesimo articolo della V^o Convenzione. Si veda altresì *Research in International Law. Under the Auspices of the Faculty of the Harvard School of Law, in Supplement Section of American Journal of International Law*, vol. 33, 1939, p. 283.

¹⁰³ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 334.

¹⁰⁴ Per quanto la libertà di transito sembri avere una mera connotazione a carattere politico, la Convenzione di Barcellona del 1921 codifica tale facoltà, invece, all'art. 7, che stabilisce come tale principio sia da osservare “*nei limiti del possibile*”, ovvero tranne quando siano presenti condizioni obiettive che impediscano la prestazione del consenso. Il fatto che si siano registrati casi eccezionali di rifiuto al transito ha fatto presumere la nascita di un principio di diritto internazionale, contrastato dall'evoluzione della prassi statale odierna, che non riconosce la libertà di transito verso paesi che si trovino in una situazione di conflitto: YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 357.

¹⁰⁵ Si veda, per maggiori dettagli, il Cap. IV.

¹⁰⁶ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 355.

¹⁰⁷ Un precedente di questo tipo si è verificato nel quadro NATO, durante la guerra arabo-israeliana del *Kippur* (1973), per la quale nessuno degli Stati facenti parte dell'Alleanza Atlantica, ad eccezione del Portogallo, diede il consenso al transito aereo e marittimo di armamenti americani destinati all'esercito israeliano. In dottrina, YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 356. Si vedano ulteriormente l'accordo anglo-iracheno del 30 giugno 1930 e quello franco-siriano del 22 dicembre 1936, che attribuiscono alle due potenze europee il diritto permanente di transito degli armamenti, sia in tempo di pace che di guerra sul territorio delle ex colonie.

sostiene che il medesimo abbia un dovere di controllo delle armi in transito in tempo di pace. Ciò deriva soprattutto dal perseguimento del fine del mantenimento della pace e sicurezza internazionali¹⁰⁸; la restrizione imposta da questa esigenza non può essere attuata in maniera discriminatoria nei confronti di un determinato Stato¹⁰⁹. Secondo questa prospettiva, nel momento in cui lo Stato decide relativamente all'autorizzazione al transito di determinate armi, compie un bilanciamento delle esigenze di varia natura. In particolare, lo Stato di transito perviene ad un'autorizzazione al passaggio di armi sulla base della provenienza, destinazione e categoria dell'armamento, e sulla base dei seguenti criteri:

- a) la salvaguardia della propria *sicurezza interna*;
- b) la salvaguardia della *sicurezza esterna*¹¹⁰ e degli obblighi derivanti da trattati internazionali afferenti alla *difesa nazionale*;
- c) gli obblighi derivanti da trattati che abbiano *fini economici*;
- d) le eventuali *risoluzioni e decisioni* vincolanti delle *organizzazioni internazionali* cui aderisca¹¹¹;
- e) il rispetto del principio della *morale internazionale* e dei *diritti dell'uomo*¹¹².

Va da sé che il transito di armi può non essere autorizzato allorquando il trasferimento abbia come destinatario uno Stato “nemico” di quello di transito¹¹³.

Particolare attenzione viene prestata dalla dottrina al transito marittimo e fluviale di armi. In particolare, si sostiene che lo Stato rivierasco, presso i cui porti e baie siano attraccate navi imbarcanti armamenti, abbia il diritto di procedere al controllo dell'imbarcazione laddove vi sia il fondato motivo che possano essere trasportate armi vietate secondo il diritto internazionale od interno, al fine di contrastare pratiche illecite e fraudolente¹¹⁴.

Il transito può anche avvenire attraverso stretti marittimi siti tra due Stati rivieraschi, per i quali si ritenga sia ugualmente applicabile il principio della libera navigazione, salvo esigenze particolari e contrarie manifestate dagli Stati che si affaccino sullo stretto in questione. In generale, se il transito avviene in maniera inoffensiva, tale passaggio non può essere contestato¹¹⁵.

Anche per quanto riguarda i canali marittimi si ritiene generalmente affermata l'esistenza del principio della libertà di transito, il quale deve essere ugualmente inoffensivo, continuato e spedito, e non provocare minacce alla pace e sicurezza internazionale¹¹⁶. Pur non avendo tali canali una disciplina specifica, individuabile in un c.d. “Diritto comune dei canali marittimi”¹¹⁷, vi sono casi in

¹⁰⁸ Art. 11 del Patto della Società delle Nazioni; art. 1, § 1 della Carta delle Nazioni Unite.

¹⁰⁹ Questa visione è espressa nell'intervento della delegazione svizzera durante la Conferenza di Ginevra del 1925 (*Atti della Conferenza per il controllo internazionale delle armi e munizioni e dei materiali di guerra*, Ginevra, 4 maggio - 17 giugno 1925, p. 240).

¹¹⁰ In questo criterio rientra anche la dichiarazione di neutralità dello Stato allo scoppio di un conflitto armato: YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, pp. 362-63.

¹¹¹ Ad esempio, all'interno dell'ONU, si veda la questione del transito posta in occasione del conflitto civile in Congo, la cui decisione è confluita nel § 6 ris. S/RES/5002 (169) del 24 novembre 1961.

¹¹² A quest'ultimo criterio fa espresso riferimento l'art. 6 dell'ATT citato, che prevede ulteriormente il rispetto delle norme di diritto internazionale umanitario relative all'impiego di determinate armi nei confronti della popolazione civile. J. M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary international Humanitarian Law*, 2009, vol. I-Rules, Rule 17, p. 56 e ss.; Rules 70-71, p. 237 e ss. Per una disamina del concetto di moralità internazionale, si veda L. MAGI, *Il commercio di beni utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie di contrasto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. XCVIII, n. pp. 387-413, alle pp. 400-405.

¹¹³ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 364.

¹¹⁴ Art. 30 della *UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, siglata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, in *UN Treaty Series*, vol. 1833, 1994, p. 3 e ss., il quale stabilisce inoltre che, laddove la nave in transito non voglia ottemperare alle richieste dello Stato rivierasco, dovrà necessariamente prendere il largo e riprendere il suo percorso. Si vedano altresì gli artt. 24 e 25 sui doveri imposti allo Stato rivierasco.

¹¹⁵ Art. 38, *UN Convention* citata; Corte Internazionale di Giustizia, *The Corfu Channel Affair (Albania v. UK)*, sentenza del 9 aprile 1949, in *I.C.J. Reports*, 1949, p. 4 e ss., a p. 28.

¹¹⁶ Artt. 18 e 19 della *UN Convention* citata.

¹¹⁷ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 371; R. R. BAXTER, *The Law of International Waterways*, Harvard University Press,

cui è stato negato il diritto di transito, in virtù di ragioni attinenti alla *sicurezza nazionale*, e quindi la *sovranità*¹¹⁸, oppure per ragioni di *neutralità* in occasione di un conflitto armato¹¹⁹, o ancora per questioni attinenti alla *necessità bellica*¹²⁰.

Infine, il transito di armamenti può avvenire anche per via aerea¹²¹. Il principio su cui la dottrina insiste è, però, contrario a quello del transito marittimo: vi deve essere uno specifico permesso da parte dell'autorità aeronautica dello Stato di sorvolo, affinché si possa parlare di un "libero passaggio"¹²², come previsto dalla Convenzione di Chicago del 1944¹²³. Il fatto che questa forma dipenda da un atto politico lascia ancora aperta la questione di tale disciplina. La dottrina constata come ancora oggi non vi siano regole specifiche a livello internazionale che disciplinino in maniera certa tale attività. Viste le restrizioni imposte dagli Stati, tenuto conto del procedimento amministrativo di emanazione di un'autorizzazione, nonché di eventuali condizioni d'urgenza, lo Stato fornitore potrebbe preferire assumersi il rischio della violazione delle regole stabilite per il passaggio, creando così incidenti di natura diplomatica con lo Stato di sorvolo. Da tale atto possono altresì derivare questioni di responsabilità in capo agli agenti dello Stato per la violazione di dette regole, con la conseguente invocabilità dell'immunità diplomatica¹²⁴.

2.3 - Fornitura di armi, attività contrattuali successive alla vendita e "offset agreements"

Abbiamo visto in precedenza come vi sia una serie di attività successive al trasferimento, intese come attività accessorie, che possono concorrere a perfezionare l'accordo di scambio¹²⁵. È logico pensare che la fase della "fornitura" di armi, intesa come comprendente sia l'attività di trasferimento sia le attività successive, ha principalmente la funzione di permettere il "buon funzionamento" delle armi. La tesi prevalente in dottrina ritiene che in questa fase possano essere ricomprese attività legate alla fornitura di pezzi e materiali di ricambio, l'aggiornamento tecnologico e l'addestramento militare all'utilizzo dell'arma. Ciò in ragione del fatto che, data la sempre elevata complessità tecnologica degli armamenti, e date anche le ragioni di mercato, la disparità di *know-how* tra Stato fornitore e recipiente sarà tale da comportare una continua stipulazione di clausole specifiche¹²⁶. Questa disparità diviene ulteriormente evidente nel rapporto tra uno Stato fornitore e un ente non statale, segnatamente un gruppo armato¹²⁷.

La dottrina è ulteriormente concorde nell'individuare un profilo *politico* relativamente a tali attività. In particolare, questo ruolo è ben evidente nel momento in cui il trasferimento, e la

Cambridge, 1964, p. 1 e ss.; S. C. McCAFFREY, *The International Law Commission and Its Efforts to Codify the Law of International Waterways*, in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1991, vol. 47, pp. 32-55.

¹¹⁸ Quale esempio di questo tipo, può essere offerta la chiusura del Canale di Suez da parte dell'Egitto nei confronti di Israele nel 1956.

¹¹⁹ Il caso è quello della S.S. "Wimbledon", nave mercantile britannica, bloccata nel Canale di Kiel, nel 1921, dalle autorità tedesche, durante il conflitto russo-polacco. In particolare, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale (Serie A01, sentenza del 17 agosto 1923, p. 22 e ss.) sottolineò come, pur trasportando armamenti, la nave stesse viaggiando su un canale marittimo internazionalizzato, e che nessuna distinzione doveva essere fatta tra navi mercantili e navi da guerra, in transito nel medesimo, salvo che la nazionalità di queste non appartenesse ad una nazione con la quale la Germania non aveva stipulato un trattato di pace. C. FEINÄUGLE, voce *The Wimbledon*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Marzo 2013.

¹²⁰ In senso contrario, si prenda come esempio il caso dell'apertura del Canale di Suez alle navi da guerra e di trasporto di armamenti da parte della Gran Bretagna durante la II° Guerra Mondiale.

¹²¹ Per una disamina della deviazione del carico aereo, si veda § 8.2.

¹²² YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 377.

¹²³ Convenzione di Chicago citata, art. 35.

¹²⁴ Vedasi il comunicato dei Ministri degli Affari esteri della C.E.E. del 21 marzo 1979, con il quale si è ribadita la configurazione dell'immunità funzionale solo ed esclusivamente per quegli atti e documenti che si trovino sull'aereo in transito e che attengano all'attività ufficiale dello Stato.

¹²⁵ CASSIMATIS-GREENWOOD, *op. cit.*, § 2.

¹²⁶ Così in YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux* cit., p. 267 e ss. Si veda anche CASSIMATIS-GREENWOOD, *ib.*

¹²⁷ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 268; CASSIMATIS-GREENWOOD, *op. cit.*, § 23. Si veda più *infra*, § 7.3.

conseguente attività post-vendita di armi, sia effettuato in tempo di conflitto armato: la fornitura continua di munizioni favorirebbe, in questi casi, un ampio consolidamento delle relazioni politico-militari tra gli Stati¹²⁸. Per converso, l'attività post-vendita potrebbe fungere anche da consolidamento di un'alleanza militare contro un dato Stato e la possibile elusione della norma consuetudinaria sulla neutralità, laddove l'accordo intervenga tra lo Stato fornitore ed un gruppo armato che opera in detto Stato¹²⁹.

Tendenzialmente, la prassi dei trasferimenti di armi ha conosciuto anche un'evoluzione delle attività post-vendita, attraverso gli accordi di compensazione economica (*offset agreements*)¹³⁰. Parte della dottrina avrebbe individuato una definizione sulla base della prassi degli Stati, indicando l'*offset* come:

“the commitment of a bidder in a defence procurement tender to perform additional business transactions - besides delivery of the procured good or service itself - in the procuring state in order to foster the economic interests of that state”¹³¹.

In questi accordi, quindi, si suole inserire una serie di clausole compromissorie, che andrebbero a vantaggio della parte recipiente e che possono determinare una compensazione dei debiti preesistenti tra le parti, una riduzione del costo degli armamenti trasferiti e quindi un minor impatto sull'economia globale del recipiente¹³².

Parte della dottrina individua la natura “obbligatoria” di questi accordi in relazione all'oggetto dell'accordo, ovvero beni o servizi di natura militare¹³³. La necessità di tali accordi sarebbe individuata proprio nell'elevato costo che tali tecnologie comportano per uno Stato.

La dottrina individua, inoltre, i tipi di implicazioni che derivano da tali acquisizioni, ovvero:

- a) la partecipazione da parte delle industrie dello Stato acquirente alla produzione delle armi commissionate (*direct offset*), nel complesso della produzione delle armi (*licensed production*) o solo di parti non fondamentali dell'armamento (*sub-contracting*);
- b) l'acquisto, da parte degli Stati fornitori, di certi armamenti prodotti dai paesi acquirenti, divenendo, di fatto, un baratto di armamenti (*indirect military offset*);
- c) l'acquisto, da parte degli acquirenti, di un certo numero di beni che non hanno alcun rapporto con il materiale militare che viene consegnato (*indirect civil offset*), individuato in una pratica specifica di baratto autorizzato (*barter trade*)¹³⁴.

La stipulazione di tali accordi normalmente avviene nella forma di contratti con le industrie dello Stato ricevente, dietro autorizzazione dell'organo statale appositamente designato¹³⁵. In tali contratti, viene normalmente individuata, da parte dell'appaltatore, la consistenza del requisito di compensazione; al momento dell'accettazione di tale offerta, la stazione appaltante individua anche il tipo di compensazione che in concreto offrirà. Una volta stipulato l'accordo-quadro principale, l'appaltatore sarà autorizzato a stipulare un contratto con l'industria autorizzata¹³⁶. Per i paesi

¹²⁸ YAKEMTCHOUK, *ib.*

¹²⁹ CASSIMATIS-GREENWOOD, *op. cit.*, § 7; YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 269; YIHDEGO, *Arms Trade* cit., p. 146 e ss.; M. BOTHE, voce *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, § 19 e ss.

¹³⁰ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 270; FINARDI-DANSSÄRT, *Transparency and accountability* cit., p. 15 e s.; D. EISENHUT, *Offset in Defence Procurement: A Strange Animal - At the Brink of the Extinction?*, in *European Law Review*, 2013, vol. 38, n. 3, p. 393 e ss. Si veda anche il *Report* del Panel di esperti sulla trasparenza nei trasferimenti di armi del 1992, § 74.

¹³¹ EISENHUT, *op. cit.*, citazione p. 393.

¹³² YAKEMTCHOUK, *ib.*; *Report* citato, *ib.*

¹³³ FINARDI-DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 15. Al contrario, EISENHUT, *ib.*, afferma come l'unica ragione di questi accordi sia di tipo economico, e non sia in nessun caso richiesta la loro previsione nella stipulazione dei *defence procurement*.

¹³⁴ FINARDI-DANSSÄRT, *ib.* Nella prassi, si cita l'esempio dell'acquisto di aerei *Mirage* francesi da parte del governo brasiliano, negli anni '60, attraverso una compensazione economica in partite di caffè. Si veda anche EISENHUT, *ib.*

¹³⁵ EISENHUT, *op. cit.*, p. 394.

¹³⁶ In questo caso, non si parlerà più di rilevanza per il diritto internazionale pubblico del contratto stipulato. Infatti, in questo caso la disciplina vigente sarà relativa all'azione dell'amministrazione *iure privatorum*.

industrializzati, la compensazione economica diviene anche una forma di espansione commerciale da parte delle proprie industrie, le quali saranno impegnate nella fabbricazione di pezzi assemblabili degli armamenti, o nella sostituzione di certi componenti.

Per poter ottenere questo tipo di compensazioni, si ritiene che lo Stato debba avere un grado di sviluppo industriale avanzato, in modo da sopportare i propri obblighi di produzione industriale¹³⁷. Sul punto, la dottrina sembrerebbe essere divisa, in quanto da un lato la dottrina più risalente sostiene l'impossibilità di poter avallare tali pratiche compensative con paesi in via di sviluppo e con quei paesi la cui industria bellica non potrebbe sopperire ad ingenti costi di produzione¹³⁸; dall'altro, la prassi supporta la dottrina più recente che sostiene come la possibilità di esperire tali pratiche compensative permetterebbe il progressivo sviluppo industriale di tali paesi, attraverso anche e soprattutto accordi di *sub-contracting*¹³⁹.

La dottrina è però concorde nell'indicare che la possibilità di esperire pratiche compensative permetterebbe allo Stato fornitore di rientrare nelle spese sostenute per la produzione di tali armamenti, attraverso il rilancio di certi altri settori dell'industria nazionale; permetterebbe inoltre, allo Stato acquirente, di evitare un impatto negativo sulla propria economia, assicurandosi gettiti erariali dalle imposte sulla produzione, e garantendo un maggior apporto della manodopera nazionale nella produzione stessa; infine, per entrambi e per coloro che in generale partecipano ad accordi di sviluppo industriale, vi sarebbe una condivisione di un *know-how* tecnologico, che permetterebbe quindi un progressivo innovamento delle industrie dei paesi più arretrati¹⁴⁰.

3. I soggetti agenti nel “commercio” di armi

Per quanto appaia scontata l'analisi dei soggetti agenti, in questa materia va segnalato il fatto che lo studio sulla soggettività è molto limitato e frammentario. Per comodità di analisi, si farà riferimento agli Stati ed ai governi legittimi che attuano per primi i trasferimenti di armi. Come soggetti agenti, verranno considerati anche i privati, intesi sia come individui sia come società di produzione di armamenti che, prima della I° Guerra Mondiale e successivamente alla fine della Guerra Fredda, possono essere considerati i principali attori del mercato delle armi convenzionali.

3.1 - Stati e governi legittimi

Gli Stati vengono posti dalla dottrina, attraverso una prospettiva storica, in relazione con l'origine dell'industria delle armi, diffusasi rapidamente alla fine del XIX° secolo, in particolare in quegli Stati in cui coesistevano due rilevanti fattori economici: 1) l'elevato tasso di industrializzazione; 2) la necessaria e fondamentale presenza di una libertà del commercio e dell'iniziativa economica privata¹⁴¹. La dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che questi due requisiti siano stati alla base dello sviluppo dell'industria bellica, favorendo progressivamente il potere industriale e commerciale in materia di armi per quegli Stati che avevano necessità di imporsi sulla scena internazionale¹⁴², cui si è aggiunta la necessità di ottenere un ricavo dalla vendita di dette armi, in virtù della politica di gestione dell'impresa bellica. Sempre secondo la dottrina, è così che si

¹³⁷ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 271.

¹³⁸ YAKEMTCHOUK, *ib.*

¹³⁹ FINARDI-DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁰ YAKEMTCHOUK, *ib.* Secondo EISENHUT, *op.cit.*, p. 396, tali pratiche compensative dovrebbero ora essere considerate obsolete, sia in ragione di un regime prevalentemente concorrenziale nel mercato delle armi, sia in ragione di una particolare iniquità contrattuale che tali accordi comportano (la scelta di un unico fornitore, piuttosto che l'obbligo di acquisto di una certa quantità di armi e componenti o prodotti della difesa).

¹⁴¹ Tali requisiti sono posti in evidenza da DELBRÜCK, *International Traffic in Arms* citato, a p. 116 e ss.

¹⁴² DELBRÜCK, *op. cit.*, p. 117, p. 129 s.; YAKEMTCHOUK, *Les transferts* citato, p. 104 e ss. Con riferimento alla norma sulla neutralità e alla sua inapplicabilità nei confronti dei privati, si vedano anche D. ZIMMERMANN, *Cash and Carry Clause*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, § 2 e ss.; BOTHE, *op. cit.*, § 39 e ss.

è sviluppato il mercato internazionale delle armi, che garantiva agli Stati produttori un bacino di utenza maggiore, che non invece il solo mercato interno¹⁴³.

La dottrina prevalente individua in questo tipo di gestione uno strumento che ha permesso di stipulare accordi internazionali per i trasferimenti di armi a governi considerati legittimi, assumendo anche una connotazione di tipo politico¹⁴⁴. La questione, in particolare, si è posta durante la Conferenza del 1924 per la stipulazione della Convenzione sul controllo internazionale del commercio di armi e materiale bellico¹⁴⁵. La dottrina, in questo caso, evidenzia come il progetto di Convenzione abbia subito una modifica, in relazione alla portata della disposizione che avrebbe dovuto regolamentare tale aspetto, finendo per considerare come legittimi i trasferimenti diretti tra governi centrali di Stati¹⁴⁶. Si ritiene, quindi, che quanto fu stabilito nella Conferenza non dovesse essere inteso come un obbligo giuridico vero e proprio, ma solo come un principio informatore delle attività di trasferimento di armi¹⁴⁷.

3.2 - I privati: industrie di produzione degli armamenti e individui

Nell'ambito del mercato delle armi, la dottrina non ha, allo stato attuale, affrontato un discorso compiuto in materia di soggetti operanti in tale mercato, limitandosi ai soli aspetti relativi alla responsabilità derivante da traffici illeciti di armi¹⁴⁸. Seppure a lungo la soggettività dei privati con riferimento al mercato delle armi non sia stata oggetto di studio, il problema ha cominciato a porsi verso la fine del XIX° secolo, quando l'industria bellica era prevalentemente a gestione imprenditoriale e governata dalle regole del diritto privato interno. Ciò che la caratterizzava era la gestione orientata alla produzione di margini di profitto in un settore relativamente nuovo¹⁴⁹.

Alla fine del Primo conflitto mondiale, la necessità di porre limiti al commercio in armi da parte dei privati ebbe un'accelerazione in virtù della sempre più elevata importanza che gli armamenti avevano per una nazione¹⁵⁰. Dati il costante sviluppo tecnologico, cui erano sottoposte le armi e la necessità di avere gli armamenti sempre disponibili e ad un costo ridotto, diversi governi dei maggiori paesi produttori arrivarono a nazionalizzare le industrie belliche private. Ciò rafforzò la crescente esigenza di porre un freno ad un'attività imprenditoriale e commerciale che non era vincolata ad alcuna norma internazionale, in particolare quella relativa al dovere di rimanere neutrale durante un conflitto armato.

Proprio con riferimento al principio di neutralità e al dovere di non intervento in un conflitto armato, si deve qui menzionare la clausola "*Cash-and-Carry*"¹⁵¹. Come è stato osservato in precedenza, la possibilità di attuare una vendita in contanti si aveva solo in occasione della presenza di un'ingente quantità di denaro *cash* da parte dell'acquirente, associata alla necessità di velocizzare i tempi per la consegna degli armamenti. Tale tipo di trasferimento avveniva principalmente da parte di soggetti privati, i quali agivano come intermediari tra lo Stato fornitore e quello acquirente. Tale

¹⁴³ *Ib.*

¹⁴⁴ YAKEMTCOUK, *ib.*

¹⁴⁵ *Convention for the Supervision of Trade in Arms and Ammunition and in Implements of War*, stipulata a Ginevra il 17 giugno 1925, A.30.1931.V. La Convenzione non è entrata in vigore.

¹⁴⁶ Il testo iniziale dell'art. 2 della Convenzione del 1925 faceva espresso riferimento ai soli governi considerati legittimi dallo Stato esportatore. La reazione dei paesi latino-americani ha fatto sì che questo testo fosse modificato, nel senso di ammettere una "esportazione diretta" tra governi centrali di Stati, ed eventualmente un consenso di tale governo al trasferimento (o del governo esportatore al ritrasferimento) ad autorità locali a lui subordinate.

¹⁴⁷ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 105. Sul punto, in una prospettiva giuridica più recente, si veda anche YIHDEGO, *The Arms Trade* citato, p. 136 e ss.

¹⁴⁸ Come vedremo più avanti (Cap. VI), i profili della soggettività sono prevalentemente riconducibili alla responsabilità anzidetta. In particolare, si noterà come, pur mancando uno studio su quali attori privati operino concretamente in questo mercato, il riscontro fattuale dimostra che la prassi ha determinato le basi per uno studio, sia con riferimento agli individui che con riferimento alle società o persone giuridiche.

¹⁴⁹ DELBRÜCK, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁰ DELBRÜCK, *ib.*

¹⁵¹ Vedi più *supra*, § 2.1.

comportamento trovava conferma nell'art. 7 della XIII Convenzione dell'Aia del 1907, il quale non obbligava gli Stati a vietare ai privati di propria nazionalità di commerciare con Stati belligeranti, ivi comprese le transazioni in armi.

Nata a seguito della dichiarazione di neutralità degli Stati Uniti del 1935¹⁵², la clausola permetteva di commerciare con Stati belligeranti beni diversi da quelli di natura bellica, sia da parte di carichi americani, sia da parte di carichi non americani; per questi ultimi vigeva la possibilità di commerciare anche armi prodotte negli Stati Uniti¹⁵³. Secondo la dottrina prevalente, questo può essere considerato come il primo esempio di una clausola *cash-and-carry*. Inoltre, tale orientamento sottolinea come, a seguito della politica aggressiva della Germania nei confronti degli altri Stati europei, gli Stati Uniti emanarono un nuovo provvedimento¹⁵⁴, con il quale assoggettavano tutti i trasferimenti commerciali di beni alla *policy* della clausola in oggetto, di modo che non risultasse mai completamente violata la dichiarazione di neutralità, né venisse violato il generale obbligo internazionale di non intervento¹⁵⁵. Tale impostazione permetteva agli Stati di agire dietro lo scudo dei soggetti privati, e rimanere così al di qua della soglia di coinvolgimento in un conflitto¹⁵⁶.

Allo stato attuale, però, la dottrina prevalente ritiene che tale istituto sia da considerare in contrasto con i principi contenuti nella Carta delle Nazioni Unite e relativi al divieto di aggressione ed al divieto di non ingerenza¹⁵⁷. Ciò in ragione del fatto che la distinzione tra lo Stato ed il soggetto privato produttore e/o fornitore è venuta sostanzialmente meno, grazie al costante controllo esercitato dagli Stati sulle industrie belliche ed alla progressiva regolamentazione dell'intermediazione privata per armamenti (*brokering*)¹⁵⁸.

4. Tipi di arma convenzionale e l'approccio della dottrina

Questo paragrafo prenderà in considerazione le principali armi convenzionali sulle quali si è espressa la dottrina internazionalistica. La trattazione, dunque, partirà dall'analisi dei profili attinenti al trasferimento di mine anti-uomo e munizioni a grappolo, per le quali sussiste quello che può essere definito un divieto generale di trasferimento¹⁵⁹.

Verso la fine degli anni '90 la comunità internazionale, sulla base di una sempre crescente preoccupazione per la loro proliferazione, ha individuato un tipo di arma convenzionale, le armi di piccolo calibro e leggere (*small arms and light weapons*, SALW)¹⁶⁰, quale principale arma convenzionale trasferita tra Stati e tra Stati ed attori non statali¹⁶¹. In riferimento allo studio su tali tipi di armi, ai fini di questa analisi verrà fatto riferimento ai due *Reports* del *Panel* ONU di esperti governativi, redatti rispettivamente nel 1997 e nel 1999. Verrà poi dato conto di un tipo di arma convenzionale, molto affine alle SALW, ovvero i *Man-Portable Air Defence Systems* (MANPADS), il cui unico strumento regolatorio è costituito dalle linee-guida relative al trasferimento all'interno dell'Intesa di Wassenaar¹⁶².

¹⁵² *U.S. Neutrality Act*, 31 August 1935, 49 stat. 1081; 22 U.S.C. 441 note.

¹⁵³ Sezione 2 del *Neutrality Act* del 1935.

¹⁵⁴ Sezione 2(a)-(c) del *U.S. Neutrality Act* del 4 novembre 1939, in U.S., Department of State, Publication 1983, *Peace and War: United States Foreign Policy, 1931-1941* (Washington, D.C.: U.S., Government Printing Office, 1943, pp. 494-505).

¹⁵⁵ ZIMMERMANN, *op. cit.*, § 7.

¹⁵⁶ ZIMMERMANN, *op. cit.*, §. 4.

¹⁵⁷ Rispettivamente, §§ 4 e 1 dell'art. 2 della Carta.

¹⁵⁸ ZIMMERMANN, *op. cit.*, §§ 3 e 10. Sul *brokering*, si veda il § 8.3.

¹⁵⁹ Vedi più infra, para.4.2.

¹⁶⁰ La distinzione viene segnalata, tra i tanti, da C. PONTI, *Trasferimenti di armi* citato, a p. 651.

¹⁶¹ Sull'elevato grado di pericolosità di questo tipo di arma, si veda International Committee of the Red Cross, *Arms Availability, and the Situation of Civilians in Armed Conflict: A study Presented by the ICRC*, in *ICRC Publications*, 1999, n. 0734, disponibile on-line sul sito www.icrc.org.

¹⁶² È qui preferibile l'uso del termine "Intesa", più che quello di "Accordo". Quello di Wassenaar, pur essendo un accordo a tutti gli effetti, ha una mera valenza politica, e trattasi di uno strumento giuridico internazionale non vincolante. Per una breve disamina della storia, dell'istituzione e degli scopi dell'Intesa, si veda più infra, § 6.2. Sulla

Successivamente, la trattazione toccherà i profili che riguardano i trasferimenti delle armi a duplice utilizzo, ed in particolare si terrà conto della dottrina che ha analizzato la normativa dell'Unione Europea sull'esportazione di questo tipo di arma intra ed extra-Unione. Infine, verrà dato conto anche delle prime analisi in dottrina relative ai trasferimenti di armi nuove, tra cui vi rientrano le armi a sistema automatico¹⁶³.

4.2 - Mine anti-uomo e munizioni a grappolo

Secondo la dottrina prevalente, nei confronti delle mine anti-uomo, come anche delle bombe a grappolo, sussiste un generale divieto di utilizzo, produzione immagazzinamento e trasferimento¹⁶⁴. La pericolosità di questo tipo di arma già era stata sottolineata a partire dalla Conferenza del 1980, che ha portato alla stipulazione del II° Protocollo, successivamente emendato, relativo alla proibizione delle mine anti-uomo. Tuttavia, la difficoltà dell'attuazione dello strumento derivava soprattutto dalla complessità e tecnicità delle sue disposizioni, oltre al fatto che era previsto un periodo di comparto piuttosto lungo per l'adozione delle misure restrittive¹⁶⁵.

L'art. 3 della Convenzione del 1997 esprime questo divieto in relazione a due tipi di attività rilevanti ai fini della nostra materia, ovvero l'acquisizione ed il trasferimento. Con riferimento all'attività di "acquisizione in altra maniera"¹⁶⁶, la dottrina prevalente ritiene che questo tipo di attività sia da considerare come comprensiva dell'attività di trasferimento¹⁶⁷. Quindi, l'attività di acquisizione andrebbe intesa nel senso di assicurarsi che lo Stato parte non possa ottenere o trattenere ogni tipo di mina anti-uomo. A ciò si aggiunge l'interpretazione sul termine "otherwise", il quale permette di cogliere al meglio il generale divieto imposto dalla Convenzione. Con tale espressione, la disciplina pattizia rende impossibile acquisire in alcuna maniera mine anti-uomo, sia tramite attività senza scopo di lucro o prive di un tornaconto di tipo economico (dono e baratto), sia tramite attività di coercizione, interna e bellica (sequestro e confisca disposta nei confronti di civili, cattura a seguito di conflitto armato nei confronti di un altro Stato o gruppo armato).

In relazione al termine "trasferimento", il divieto è meno generale. La Convenzione prevede alcune eccezioni che prenderebbero come riferimento trasferimenti di un numero illimitato di mine allo scopo di distruggerle¹⁶⁸, oppure per un numero minimo di mine che possa essere utilizzato a scopi di addestramento nella ricerca ed addestramento al disinnescamento¹⁶⁹. Mentre l'attività di acquisizione è da considerarsi onnicomprensiva, il termine "transfer" viene delimitato dalla stessa Convenzione. Secondo la dottrina prevalente, la definizione contenuta nell'art. 2(4) sarebbe alquanto ambigua. Tale disposizione stabilisce che per trasferimento si debba intendere:

"in addition to the physical movement of anti-personnel mines into or from national

valenza politica di certi accordi internazionali, si veda più *infra*, §. 9.

¹⁶³ Sarà qui dato conto delle recenti Linee-guida del Dipartimento della Difesa americano sull'esportazione di droni, in relazione alle quali assume rilevanza l'influenza internazionale della normativa interna, visto il *know-how* tecnologico posseduto dagli Stati Uniti nello sviluppo di questo tipo di armi e nella posizione rilevante che può assumere tale Stato nell'ambito del mercato internazionale delle armi.

¹⁶⁴ MASLEN, *The Convention* cit., p. 58. Nel Preambolo alla Convenzione (IV° considerando), si specifica come tale divieto possa contribuire alla formazione di una nuova CBSM (*confidence-building and security measure*). L'autore in questione sottolinea questa proposizione sia con riferimento al testo pattizio, sia con riferimento alle proposte avanzate dalla Slovenia nel corso della negoziazione, sia infine con riferimento alle ratifiche ed alle note apposte durante lo scambio degli strumenti da parte di Grecia e Turchia.

¹⁶⁵ MASLEN, *op. cit.*, p. 22 e ss., che si sofferma sulla discussione avvenuta in seno alla conferenza di negoziazione della Convenzione, laddove diverse delegazioni di esperti espressero tali difficoltà attuative.

¹⁶⁶ § 3 dell'articolo citato.

¹⁶⁷ MASLEN, *op. cit.*, p. 89 e ss., e più *infra* a p. 126.

¹⁶⁸ Non è infrequente questo tipo di attività, laddove il trasferimento si renda necessario da parte di uno Stato che non possieda le idonee attrezzature o locali per lo smantellamento e la distruzione di tali ordigni. Quindi, anche la dottrina ammette la possibilità che accordi per il trasferimento di questo tipo di arma, ai soli fini qui indicati, sia ammissibile.

¹⁶⁹ MASLEN, *op. cit.*, p. 89.

territory, the transfer of title to and control over the mines, but does not involve the transfer of territory containing emplaced anti-personnel mines”.

La questione interpretativa principale deriverebbe soprattutto dalla formula “*in addition*”, prima del periodo principale. Suddividendo la questione principale in due quesiti di indagine, la dottrina ritiene che la formula possa essere intesa in un senso ampio, ovvero che il trasferimento possa avvenire in maniera fisica (attraverso o a partire da un territorio di uno Stato, ovvero esperendo un'attività di transito), oppure in maniera non fisica (quale è il trasferimento del titolo del possesso dell'arma, oppure del controllo sulla stessa, tra due Stati)¹⁷⁰. Questo ampliamento dell'interpretazione andrebbe letto anche alla luce delle eccezioni previste dall'art. 3: qualora sia necessario operare un trasferimento ai fini di distruzione dell'ordigno, deve essere tenuto anzitutto in considerazione lo spostamento fisico dell'arma; inoltre, il trasferimento del titolo avverrebbe, a seconda delle circostanze, solo al momento della distruzione, in modo da evitare che lo Stato ricevente, o l'impresa specializzata individuata per l'operazione, possano entrarne in possesso¹⁷¹.

I medesimi problemi interpretativi, riscontrati con riguardo alla definizione di “trasferimento” per le mine anti-uomo, sono stati riproposti con riguardo alla speculare definizione contenuta nella Convenzione di Oslo del 2008 sulle munizioni a grappolo¹⁷². L'art. 2(8) definisce nei medesimi termini l'attività di trasferimento, sia dell'intero ordigno che delle sue parti e componenti¹⁷³.

Dunque, secondo la dottrina prevalente, si pone il medesimo problema interpretativo, ovvero se i requisiti previsti dalla disposizione vadano intesi in maniera alternativa o cumulativa. Nel secondo senso, come per le mine anti-uomo, la dottrina sostiene l'impraticabilità di questo tipo di interpretazione, in quanto la compresenza di entrambi i requisiti (lo spostamento fisico dell'ordigno ed il trasferimento del titolo del possesso e del controllo sullo stesso) generano difficoltà applicative non secondarie¹⁷⁴. La predilezione per l'interpretazione alternativa fa sì che anche in questo caso non sia necessario uno spostamento fisico dell'ordigno, ma che si possa esperire anche il solo trasferimento del titolo di possesso o del controllo. Ulteriormente, la dottrina sottolinea come questo divieto si rifletta anche nella proibizione del transito dell'arma sul territorio degli Stati parte¹⁷⁵.

Le medesime considerazioni possono essere esperite anche con riferimento alla “*acquisizione in altra maniera*”, di cui all'art. 1, para. 1(b)¹⁷⁶. L'eccezione al divieto, in questo caso, deriva dalla seconda parte della disposizione in oggetto, la quale esclude che il trasferimento dell'arma comporti anche il trasferimento del titolo giuridico o del controllo sulla parte del territorio dello Stato che ne contiene i residui. La dottrina, in questo senso, ammette che questa eccezione possa condurre uno Stato ad estendere la propria sovranità su un determinato territorio al fine di adempiere agli obblighi scaturenti dalla Convenzione¹⁷⁷.

Come per le mine, anche per tali armi sono ammesse le eccezioni di cui all'art. 3, para. (6) e (7) della Convenzione, ovvero in relazione ai trasferimenti che siano esperiti per ragioni di distruzione dell'armamento o per ragioni di addestramento al rintracciamento e distruzione dell'ordigno¹⁷⁸.

4.3 - Small Arms and Light Weapons (SALW)

¹⁷⁰ MASLEN, *op. cit.* p. 90. Secondo questa impostazione, dunque, sarebbe possibile intravedere un ampliamento del fine dei trasferimenti di armi, ovvero la possibilità di trasferire il titolo senza dover operare una *traditio* vera e propria. In ciò leggasi, ancora una volta, il divieto assoluto imposto dalla Convenzione.

¹⁷¹ MASLEN, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷² *Convention on Cluster Munitions*, siglata a Dublino il 30 maggio 2008, in *U.N. Treaty Series*, 2010, vol. 2688, n. 47713, p. 1 e ss.

¹⁷³ G. NYSTUEN-S. CASEY-MASLEN, *The Convention on Cluster Munitions. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 126.

¹⁷⁴ NYSTUEN-CASEY MASLEN, *op. cit.*, p. 226.

¹⁷⁵ NYSTUEN-CASEY MASLEN, *op. cit.*, p. 227.

¹⁷⁶ NYSTUEN-CASEY MASLEN, *op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁷ NYSTUEN-CASEY MASLEN, *op. cit.*, p. 228.

¹⁷⁸ NYSTUEN-CASEY MASLEN, *op. cit.*, p. 271 e ss.

Normalmente, la definizione di SALW prende in considerazione tutte le armi di piccolo calibro e gli armamenti leggeri. La distinzione tra queste due categorie viene messa in evidenza dal *Report* del *Panel* di esperti tecnici e governativi del 1997 che, su incarico dell'Assemblea Generale ONU, ha indagato quali fossero le caratteristiche di queste armi e quali le funzioni delle medesime¹⁷⁹. In particolare, il *Panel* ha sottolineato come la distinzione si rendesse necessaria in base al fatto che le armi di piccolo calibro fossero utilizzate prevalentemente “*by all armed forces, including internal security forces*”, e destinate ad un uso tipicamente individuale, mentre gli armamenti leggeri sarebbero utilizzati da soggetti facenti parte di un'unità militare per i quali risulta necessaria la presenza di almeno due soggetti che preparino, utilizzino, carichino e scarichino, ed infine smontino l'armamento¹⁸⁰.

L'elencazione di quali siano gli armamenti presi in considerazione ai fini del *Report* viene effettuata sulla base di esigenze tecniche e di utilizzo; a tal proposito, tale elenco è ritenuto non esaustivo a causa dell'avanzamento tecnologico e militare successivamente sopravvenuto¹⁸¹. La caratteristica principale di queste armi, così come sottolineata nel *Report*¹⁸², è quella di essere utilizzabili in ogni situazione di conflitto armato, soprattutto laddove armamenti quali aerei da combattimento e carri armati, od anche mezzi anfibi e corazzati, non troverebbero alcun utile impiego nelle operazioni militari, e potrebbero, quindi, risultare del tutto inutilizzabili.

Un'utile descrizione delle caratteristiche di queste armi è proposta da Zeray Yihdego¹⁸³. La prima caratteristica che questi evidenzia è quella di avere un carattere letale, ovvero

“[...] basically refers to illegitimate human disasters, as a result of internal or international warfare, crime, violence, suppression, of human rights norms, terrorism and so on”¹⁸⁴.

La *letalità*, quindi, sarebbe il profilo principale di questo tipo di arma.

Questa caratteristica andrebbe letta, però, secondo Yihdego, anche alla luce di altre¹⁸⁵, quali:

2. l'*accessibilità*, ovvero la possibilità di acquisto a prezzi contenuti;
3. la *preferenza dell'uso*, ovvero il fatto che l'arma non necessiti di una *expertise* tecnica tale per cui il suo impiego avvenga all'interno di una cerchia ristretta di persone (motivo per cui sono sempre più diffusi i fenomeni dei bambini soldato);
4. la *durabilità*, ovvero l'alto grado di stabilità nel tempo di cui godono soprattutto le armi di piccolo calibro, cui si aggiunge la possibilità di riutilizzo in un momento successivo al conflitto;
5. la *versatilità*, ovvero la possibilità che l'arma abbia impieghi differenti, in quanto utilizzabile da più soggetti e con fini diversificati, che vanno dal mantenimento dell'ordine pubblico fino alla legittima difesa personale di individui e privati.

Date queste caratteristiche, e data l'ambiguità mostrata dal *Report* del 1997 nell'inquadrare esattamente quali armi potessero essere definite come SALW, si è cercato di dare una definizione, seppure non esaustiva, dei tipi di arma in esame. Facendo leva sulle definizioni normative di diversi livelli (globale, regionale, interno), Yihdego arriva a specificare come tali tipi di armi presentino due caratteristiche comuni, ovvero l'ampiezza contenutistica della categoria e la loro attitudine al duplice impiego.

La dottrina, inoltre, tende ad associare alle SALW un'altra categoria di armamento, quella delle munizioni ed esplosivi e delle parti e componenti dell'arma. Proprio in questo senso, Yihdego

¹⁷⁹ United Nations Department for Disarmament Affairs, *Report of the Panel of Governmental Experts on Small Arms*, A/52/298, 7 agosto 1997.

¹⁸⁰ § 25.

¹⁸¹ Al §. 26, vengono descritte le varie sotto-categorie di armi, sia di piccolo calibro che leggere, e che si raggrupperebbero in: armi di piccolo calibro (quali revolver e pistole automatiche, fucili e carabine, mitragliatrici leggere); armamenti leggeri (quali mitragliatrici pesanti, lancia-granate con ricarica manuale, cannoni anti-carro e anti-aereo, diversi dai cd. Sistemi missilistici da spalla e portabili a mano, o MANPADS); munizioni ed esplosivi di vario tipo.

¹⁸² § 27.

¹⁸³ Z. YIHDEGO, *The Arms Trade* citato, p. 13 ss.

¹⁸⁴ YIHDEGO, *op. cit.*, citazione p. 14.

¹⁸⁵ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 15 e ss. Si veda in proposito anche il *Report* di cui *supra*, p. 12, § 27(a).

sottolinea l'imprescindibile connessione tra queste due categorie, data dal fatto che non vi può essere un'arma senza l'assemblaggio delle sue parti e componenti e non può essere considerata arma da fuoco o offensiva senza i proiettili che possono da questa essere espulsi¹⁸⁶.

Nel *Report* del 1997, il problema delle munizioni è stato sollevato solo in maniera superficiale, nella misura in cui è stata sottolineata la caratteristica imprescindibile di cui abbiamo riferito poco fa, ossia l'impossibilità di utilizzare l'armamento senza le opportune munizioni. Al contrario, il *Report* del 1999¹⁸⁷ definì le munizioni, quale concetto tecnico-giuridico separato dagli esplosivi, come “*complete round/cartridge or its components, including bullets and projectiles, cartridge cases, primers/caps and propellants that are used in any small arms and light weapons*”¹⁸⁸. Gli esplosivi, comunque distinti dalle munizioni, sono stati definiti come rientranti “*under the general definition of ammunition, and in many ways the two are inextricable since most ammunition has explosive components*”¹⁸⁹. Il *Panel* del 1999, quindi, teneva in considerazione esplosivi principalmente derivati dalle industrie militari, utilizzati nelle varie aree di conflitto armato e che potessero essere facilmente reperibili anche da gruppi armati non statali e terroristici. Inoltre viene sottolineata la possibilità che diversi componenti innocui, come anche alcuni residuati bellici di ordigni esplosivi e mine terrestri e anti-uomo, fossero successivamente impiegati per la produzione e utilizzo di esplosivi improvvisati¹⁹⁰.

Per quanto specificatamente attiene al profilo del trasferimento, il *Report* del 1999¹⁹¹ definisce quelli che sono i profili attinenti ai trasferimenti leciti ed illeciti di munizioni ed esplosivi. Per quanto riguarda i primi, viene sottolineata la mancanza di trasparenza ed informazione sui trasferimenti di esplosivi¹⁹², nonché la possibilità che, tramite una pratica ampiamente diffusa, molti trasferimenti (sia tra governi legittimi, sia ad attori non statali, sia infine tra industrie belliche) possano essere considerati leciti¹⁹³.

Nel prosieguo, il *Report* del 1999¹⁹⁴ sostiene la validità del sistema di controllo e tracciamento dei trasferimenti di esplosivi e munizioni, su cui si basa la maggior parte delle attività di import/export degli Stati in materia¹⁹⁵. Perché vi siano dei criteri regolatori dei trasferimenti di esplosivi e munizioni, come anche della tracciabilità e marchiatura degli stessi, il *Panel* del 1999 fa espresso riferimento alla prassi rilevante internazionale, la quale assume la forma di strumenti a contenuto esortativo e non vincolante, allo scopo di sensibilizzare maggiormente i governi nei confronti del profilo della trasparenza e della uniformità nella diffusione delle informazioni sensibili da parte degli Stati¹⁹⁶.

Per quanto invece attiene al trasferimento illecito di munizioni, ovvero il traffico nelle stesse, il *Panel* del 1999 tiene a precisare come vi siano delle sostanziali lacune normative. Inoltre, vista anche la grande domanda di munizioni, il *Panel* di esperti ritiene che possano configurarsi ipotesi di “sdoppiamento” dell'arma, nelle quali avviene la separazione dell'arma vera e propria dalle sue munizioni e componenti esplosive, che possono portare successivamente ad ipotesi di distrazione del carico¹⁹⁷.

¹⁸⁶ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 40; 1997 *Report* citato, § 29.

¹⁸⁷ *Report of the Group of Experts on the Problem of Ammunition and Explosives*, A/54/155, 5 giugno 1999. Questo rapporto ha inteso rivedere quanto espresso nel 1997, cercando di analizzare la questione in maniera separata e differente dal problema dell'arma in generale. Questa distinzione verrà utilizzata come base per le successive convenzioni per il contrasto al traffico illecito di armi leggere e di piccolo calibro.

¹⁸⁸ § 14.

¹⁸⁹ § 15.

¹⁹⁰ § 15.

¹⁹¹ § 34 e ss.

¹⁹² § 36.

¹⁹³ *Ib.*

¹⁹⁴ §. 38-43.

¹⁹⁵ § 37.

¹⁹⁶ § 44.

¹⁹⁷ § 49.

4.4 - Man-Portable Air Defence Systems (MANPADS)

Questo tipo di arma comprenderebbe le armi per la difesa contraerea portabili a spalla, ovvero comprenderebbe sistemi missilistici di propulsione terra-aria. Questo tipo di arma convenzionale è stato per lungo tempo assimilato alle SALW. Nel *Report del Panel* di esperti del 1997 ancora si assimilavano le due categorie di armi¹⁹⁸, in quanto il requisito richiesto era quello di permettere un utilizzo da parte di una singola persona o un piccolo gruppo di individui¹⁹⁹.

La dottrina sembra divisa sul punto: da un lato vi è chi sostiene le ragioni della categorizzazione quale arma di piccolo calibro, in virtù dell'impostazione dello studio effettuato dal *Panel* di cui sopra²⁰⁰; dall'altro, una tendenza evolutiva ha teso a creare una categoria a sé stante per questo tipo di arma, in virtù soprattutto della prassi istituzionale tesa a regolamentare la materia delle esportazioni di armi²⁰¹. Ciò che però sembrerebbe collegare i due tipi di arma è la *maneggevolezza* dei MANPADS, in quanto possono essere utilizzati sia da un individuo, sia anche da un ristretto gruppo di persone.

Per quanto attiene ai profili del trasferimento, la dottrina prevalente sostiene come, data l'elevata *pericolosità*, la produzione, e conseguente trasferimento, dovrebbe essere affidata solo alle forze armate governative, escludendo di fatto la produzione da parte dei privati²⁰².

Le caratteristiche di quest'arma sono pressoché simili a quelle delle SALW²⁰³, ma in particolare si individua come rilevante la *reperibilità*. Infatti, sul punto la dottrina sostiene come sia sempre possibile ottenere queste armi, sia da individui (*brokers*), sia anche da attori non statali, quali i gruppi armati, attraverso i canali non ufficiali del mercato regolamentato; inoltre, la facile reperibilità verrebbe identificata anche in diversi fattori, quali il mancato o scarso controllo negli arsenali governativi e la possibilità di attingere indisturbati da questi, affiancati da pratiche corruttive e attività di *diversion*²⁰⁴.

4.5 - Armi a duplice utilizzo (dual-use goods)

La disciplina delle armi a duplice utilizzo nasce inizialmente a livello comunitario per regolamentare quei beni che potessero essere suscettibili di applicazione sia civile che militare²⁰⁵. Tale regolamentazione ha finito per essere la base anche della stipulazione dell'Accordo informale di Wassenaar²⁰⁶.

Nel dibattito dottrinale, la questione delle armi a duplice utilizzo viene messa in rilievo soprattutto dalla dottrina comunitaria, che si occupa di individuare il diritto applicabile a questo tipo di armamenti²⁰⁷. Non essendo specificatamente menzionate nella lista del Consiglio dell'Unione

¹⁹⁸ Vedi § 26 del *Report* del 1997. Questa inclusione non è stata modificata nel successivo studio del 1999.

¹⁹⁹ Si veda anche J. BEVAN, *Connecting Paradigms: MANPADS in the National Security Debate*, in *Disarmament Forum*, Febbraio 2007, n. 1, p. 43 e s.

²⁰⁰ BEVAN, *ib.*

²⁰¹ E. KIRKHAM - N. OKECHUKWU, *Controlling the Transfer of Man-Portable Air Defence Systems: A Guide to Best Practice*, Saferworld, London, 2010, § 1.1, p 2.

²⁰² KIRKHAM-OKECHUKWU, *op. cit.*, § 1.3, p. 6.

²⁰³ KIRKHAM-OKECHUKWU, *op. cit.*, § 3.1, pp. 2 ss.

²⁰⁴ KIRKHAM-OKECHUKWU, *op. cit.*, § 1.3, pp. 8-9; § 3.2, pp. 4 ss. Sulla possibilità di evitare i rischi di *diversion*, si veda anche §. 3.3, pp. 13 e ss.

²⁰⁵ P. KOUTRAKOS, *Exports of Dual-Use Goods under the Law of the European Union*, in *European Law Review*, 1998, n. 3, pp. 235-251.

²⁰⁶ *Wassenaar Arrangements on Export Control for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies*, 12 dicembre 1995, consultabile sul sito www.wassenaar.org.

²⁰⁷ KOUTRAKOS, *ib.*; A. PIETROBON, *Il mercato delle armi* citato, p. 71 e ss.; M. TRYBUS, *EU Law and Defence Integration*, Oxford University Press, 2005, p. 148 e s.; A. SANTINI, *Disciplina delle esportazioni di beni a duplice uso: misure nazionali e regolamentazione comunitaria*, in *Rivista Comunitaria e degli Scambi Internazionali*, 1996, vol. 3, pp. 509-520, a p. 512 e ss.

Europea²⁰⁸, parte della dottrina ritiene che, al fine di evitare un *vacuum* interpretativo, tali tipi di arma siano esclusi dall'eccezione posta dall'art. 346 TFUE²⁰⁹ e che necessitino di una regolamentazione specifica²¹⁰. Il riferimento, in questo caso, è da fare alla lista prevista dal reg. 2903/1969, modificato dal regolamento 428/2009.

In relazione a tale strumento, parte della dottrina dubita della collocazione della disciplina di tali tipi di armi al di fuori della politica commerciale comune²¹¹, mentre altra parte sostiene l'esigenza di collocare questa disciplina specifica all'interno di tale ambito, in tal maniera vincolandone l'esportazione²¹².

Proprio perché è prevista una disciplina specifica, tali armamenti saranno soggetti alle previsioni di questa nel momento in cui vengono esportati. La dottrina, in maniera sostanzialmente conforme, afferma che la necessità di rilasciare autorizzazioni o licenze all'esportazione deriverebbe proprio dalla mancanza di libertà di commercio²¹³. Tali autorizzazioni o licenze sarebbero rilasciate dall'Unione o dagli Stati membri, a seconda del fatto che la competenza ricada nell'ambito di competenza di uno dei due soggetti²¹⁴.

La presenza di una disciplina specifica viene intravista dalla dottrina anche nella valutazione che deve essere compiuta per l'esportazione di queste armi, in ragione della destinazione o del destinatario²¹⁵.

Sulla base di queste considerazioni, la dottrina valuta anche l'aspetto relativo all'individuazione di quali siano i beni a duplice utilizzo. Ciò avverrebbe, nell'ambito comunitario, sulla scorta della compilazione delle liste previste dalla normativa dell'Unione, ma non in base a decisioni prese a livello comunitario, bensì in base a quanto viene deciso in sedi esterne all'ambito dell'Unione, specificatamente designata. In tal maniera, si considera la possibilità di dare prevalenza ad istituzioni esterne all'Unione, le quali avrebbero un maggiore grado di conoscenza tecnica per esperire valutazioni di tipo identificativo su questi beni²¹⁶.

Oltre ad un procedimento identificativo, la dottrina europeistica considera questa possibilità²¹⁷ come uno dei pochi casi di adeguamento del diritto dell'Unione al diritto internazionale generale²¹⁸. Il richiamo, dunque, a decisioni prese in sedi esterne all'ambito comunitario o dell'Unione fa sì che

²⁰⁸ Nel 1958, Il Consiglio emanò una decisione (15 aprile), nella quale si predisponeva l'elenco dei tipi di arma, in particolare quelli convenzionali, non assoggettate all'ambito della disciplina del mercato comune, e per i quali gli Stati membri potevano adottare misure restrittive, non ritenendo applicabili i principi della libera circolazione delle merci nel Mercato Comune Europeo. Tale lista non fu mai modificata, malgrado le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale limitò fortemente l'ambito applicativo di questa lista ed il potere di adottare misure restrittive da parte degli Stati.

²⁰⁹ Si veda più *infra*, Cap. IV, § 4.2.

²¹⁰ TRYBUS, *op. cit.*, p. 149.

²¹¹ KOUTRAKOS, *op. cit.* p. 236 e ss.

²¹² PIETROBON, *op. cit.*, p. 81 e ss.

²¹³ Sul punto, vedi *infra*, para. 5.

²¹⁴ PIETROBON, *op. cit.*, p. 84 e s. Vedi anche gli artt. 3 e 4.2 del reg. 2603/69. L'art. 5 del regolamento in oggetto prevede che, nel momento in cui un mezzo a duplice utilizzo non sia ricompreso nelle ipotesi previste dagli articoli precedenti, gli Stati hanno potere di limitare l'esportazione e la circolazione di quei beni che siano lesivi della sicurezza nazionale o dei diritti dell'uomo. Tale eccezione viene considerata da PIETROBON quale "clausola di salvaguardia" per l'adozione di provvedimenti maggiormente restrittivi da parte degli Stati.

²¹⁵ PIETROBON, *op. cit.*, p. 86. Per una disamina più approfondita della valutazione del rischio, si veda più *infra*, § 6.3.

²¹⁶ PIETROBON, *op. cit.*, p. 88 e ss.

²¹⁷ Allegato II del reg. 2603/1972.

²¹⁸ Sul rapporto tra gli obblighi internazionali degli Stati membri e l'Unione Europea, si vedano i contributi di GIANELLI, KLABBERS, DE WITTE e KOUTRAKOS, in E. CANNIZZARO-P. PALCHETTI-R. A. WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2012, pp. 93 e ss. Si veda inoltre la recente tesi di dottorato del Dott. Luca Pantaleo, *Accordi internazionali degli Stati membri e diritto dell'Unione Europea*, 2013, discussa nell'ambito del Dottorato in Diritto internazionale e dell'Unione Europea dell'Università di Macerata, dove viene messa in rilievo l'ambiguità dell'art. 351 TFUE e la progressiva espansione delle competenze dell'Unione. Con riferimento all'eventuale invalidità delle norme di diritto derivato europeo rispetto agli obblighi internazionali degli Stati membri: L. SBOLCI, *L'invalidità degli atti dell'Unione Europea per violazione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, n. 3, pp. 988-1011.

il regolamento sui beni a duplice utilizzo, secondo la dottrina prevalente, imponga l'osservanza di tali obblighi²¹⁹. E ciò potrebbe comportare, sempre a detta della dottrina, uno squilibrio nei confronti di quegli Stati membri dell'UE, ma non parti di altri accordi internazionali ritenuti applicabili in materia²²⁰

Importante diviene, in questo senso, la disciplina di *soft law* prevista dall'Intesa di Wassenaar del 1995. La dottrina, sulla scia di quanto appena detto, sottolinea l'importanza della compilazione di liste sui beni *dual-use*, in relazione soprattutto alla loro sensibilità, per cui sia necessario rilasciare un'autorizzazione o una licenza di esportazione da parte degli Stati aderenti. Infatti, nell'ambito di Wassenaar, tali tipi di armamento vengono definiti *sensitive items* o *very sensitive items*, a seconda del loro grado di pericolosità, ed in relazione alla minaccia di terrorismo internazionale che possa scatenarsi, laddove non vi sia una sufficiente informazione sulle esportazioni effettuate²²¹.

Dunque, questa disciplina diviene importante con riferimento alle notifiche sull'autorizzazione all'esportazione, laddove tale autorizzazione o licenza sia stata rilasciata ad un soggetto od ente, il quale abbia ricevuto diniego di esportazione nei cinque anni precedenti. Secondo la dottrina prevalente, tale notifica non comporterebbe un obbligo successivo per i *partners* dell'Intesa di uniformarsi alla decisione iniziale, ma semplicemente di tenerne conto nell'analisi di richieste analoghe²²².

4.6 - Armi nuove

La questione delle armi nuove è sempre stata posta dalla dottrina tradizionale in senso residuale rispetto ad altri tipi di arma convenzionale o di distruzione di massa²²³. Per arma nuova la dottrina tende a considerare semplicemente quelle per le quali non vi sia una specifica disciplina nel diritto internazionale dei conflitti armati²²⁴. Ma pur non essendo disciplinate nello specifico, le armi nuove sono sottoposte, secondo l'opinione prevalente, ai limiti previsti dal diritto del disarmo e del diritto umanitario, ovvero l'evoluzione tecnologica dovrà procedere di pari passo con lo sviluppo sostenibile e la non proliferazione, nonché non dovrà tendere a creare ulteriori sofferenze nell'ambito dei conflitti armati²²⁵.

Ovviamente, la dottrina mette in risalto anche i profili giuridici legati all'acquisto o trasferimento di queste categorie di armi. In particolare, il tipo di arma maggiormente prodotta, impiegata e trasferita è sicuramente quella dei velivoli sprovvisti di pilota (*unmanned aerial vehicles*), o più semplicemente droni.

La dottrina prevalente²²⁶, e il Relatore speciale ONU sui *targeted killings*, Phillip Alston²²⁷, ha sottolineato come questo tipo di arma, grazie alle sue caratteristiche di versatilità e impiego multiplo, è una tra le armi più richieste dagli Stati, sostenendo anche come questa potrebbe diventare l'unico

²¹⁹ PIETROBON, *ib.*

²²⁰ Il caso è quello di Cipro, Stato membro non partecipante all'Intesa di Wassenaar.

²²¹ PIETROBON, *op. cit.*, p. 89.

²²² PIETROBON, *ib.*; K. DURSHST, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, vol. 19, p. 1079-1123, a p. 1112 e ss. Su tale tipo di misura, si veda più *infra*, § 6.2.

²²³ Si vedano per tutti: E. DAVID, *Les armes nouvelles à la lumière du jus in bello*, in *Revue belge de droit international*, 1993, n. 1, p. 165 e ss.; BOOTHBY, *op. cit.*, p. 224 e ss.

²²⁴ DAVID, *op. cit.*, p. 165.

²²⁵ DAVID, *op. cit.*, p. 167 e ss.; I. ANTHONY-C. HOLLAND, *The Global Governance of Autonomous Weapon Systems*, in *SIPRI Yearbook*, 2014, p. 423 e ss. Per quanto riguarda il disarmo e lo sviluppo sostenibile, si veda la risoluzione dell'Assemblea Generale S-10/2 del 30 giugno 1978, la quale sottolinea espressamente come vi sia un legame inestricabile tra il progressivo disarmo degli arsenali e lo sviluppo di nuovi armamenti (§ 35).

²²⁶ Su tutti, si veda M. E. O'CONNELL, *The International Law of Drones*, in *ASIL Insights*, 12 novembre 2010, vol. 14, n. 36, p. 1 e s.

²²⁷ *Report of the Special Rapporteur, Philipp Alston, on Extrajudiciary, Summary or Arbitrary Executions*, A/HRC/14/24/Add.6, 28 maggio 2010, §. 79 e ss.

tipo di arma utilizzabile nei conflitti futuri²²⁸.

Le analisi dottrinali fanno riferimento principalmente alla prassi degli Stati sui trasferimenti di armi nuove, o nello specifico di droni. Di recente, il Dipartimento della Difesa statunitense ha emesso le nuove Linee d'indirizzo politico relative all'esportazione di UAS anche a fini bellici (quindi, muniti di una componente offensiva) verso Stati alleati²²⁹, che vanno ad integrare le precedenti linee del 2009 relative all'impiego e produzione dei sistemi automatici e semi-automatici²³⁰.

La più recente dottrina ha cercato di comprendere quali fossero i profili giuridici relativi all'esportazione di questo tipo di arma²³¹, comprendendo quale fosse il regime giuridico di diritto interno applicabile. Ciò in relazione alla duplice funzione che possono assolvere tali armamenti, ovvero quella militare *in primis*, e quella civile-commerciale in via residuale. Sotto questo punto di vista, una parte della dottrina si è espressa nel senso di assoggettare l'esportazione di droni per uso militare alla disciplina delle *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR), qualora siano presenti particolari caratteristiche che ne permettano l'impiego militare quale missile o componente balistica²³². Altra parte della dottrina, invece, vede il diritto applicabile ai trasferimenti di droni nelle linee direttrici del programma "*Foreign Military Sales (FMS)*", che impedirebbe qualsiasi tipo di esportazione, da parte di eventuali *contractors* sviluppatori e costruttori dell'armamento, laddove non sia presente una particolare licenza o autorizzazione, rilasciata in base ad una valutazione caso per caso.

Nel momento in cui si stipula l'accordo per la vendita di questo tipo di arma, vengono richieste specifiche garanzie all'acquirente, come i certificati dell'utente finale (*end-user certificate*²³³), la stipulazione di garanzie di sicurezza addizionali ed il rispetto di specifiche garanzie di diritto internazionale, quali la non violazione del diritto internazionale umanitario (qualora l'impiego avvenga nell'ambito di un conflitto armato), o dei diritti umani (qualora l'impiego sia meramente interno, dove però viene vietata *a priori* la sorveglianza non autorizzata della popolazione civile).

Per concludere l'analisi, la dottrina individua anche la disciplina di eventuali clausole di non ri-esportazione o triangolazione verso Stati considerati ostili agli Stati Uniti o nei confronti di certi individui o gruppi di individui, laddove questi ultimi siano sospettati di afferire ad un'organizzazione terroristica internazionale²³⁴.

SEZIONE II – PRINCIPI FONDAMENTALI EMERGENTI DALL'ANALISI DOTTRINALE

5. Il principio della libertà del commercio di armi convenzionali

5.1 - L'eccezione stabilita dall'art. XXI GATT

²²⁸ P. W. SINGER, *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflicts in 21st Century*, Penguin Press, 2009, p. 128.

²²⁹ Si veda *infra*, Cap. III, § 2.2.

²³⁰ Dipartimento della Difesa americana, *Autonomy in Weapon System*, Direttiva n. 3000-09 del 21 novembre 2012. Si veda in particolare il paragrafo e) delle linee di politica del Dipartimento, che rinviano ad una regolamentazione successiva per l'esportazione e vendita internazionale di tali sistemi sulla base degli "*esistenti procedimenti e requisiti per la sicurezza tecnologica e la rivelazione di informazioni tecnologiche all'estero*".

²³¹ D. L. HALL-B. M. DANIELS-D. GOREN, *U.S. Regulations of the Use and Export of Unmanned Aerial Systems*, 16 marzo 2015, consultato sul sito <http://www.terrale.org/publication/p7dad0c2bef/usregulationoftheuseandexportofunmannedaerialsystems>; J. HAYES-B. PANDEY-E. KRAULAND-A. IRWIN-M. RATHBONE-A. RAPA-A. BAJ, *U.S. Policy on Export of Unmanned Aerial Systems (UAS): A Detailed Look and Analysis*, 7 aprile 2015, consultato all'URL <http://www.steptoe.com/publications-10371.html>.

²³² HALL et al., *op. cit.*, § 3, che pone come requisito fondamentale la percorrenza aerea che tale dispositivo deve supportare. In questo senso, si evidenzerebbe la finalità d'uso sulla base di un requisito tecnico.

²³³ Vedi più *infra*, § 6.2.

²³⁴ HALL et al., *op. cit.*, § 4; HAYES et al., *op. cit.*, in fondo al documento.

Nonostante sia pacifica la prevalente natura economica degli scambi di armamenti, non sembrerebbe pienamente riscontrabile l'applicazione dei principi di diritto del commercio internazionale. Infatti, il "commercio" di armamenti conosce un'ampia eccezione, delineata nell'articolo XXI del GATT²³⁵. Il ricorso a tale eccezione, in base a quanto sottolineato dalla dottrina²³⁶, è stato più volte attuato dagli Stati al fine di proteggere la propria sicurezza nazionale ed i propri interessi. Tale impostazione delle relazioni economiche tra Stati si è verificato soprattutto nel periodo successivo alla fine della II° Guerra Mondiale e fino alla fine della Guerra Fredda²³⁷.

In base al dettato testuale, la dottrina generalista sull'argomento sottolinea come la norma sia costruita effettivamente come un'eccezione rispetto all'ordinaria applicazione dei principi e delle disposizioni emergenti dal GATT: lo Stato parte dell'Accordo invocherà tale eccezione solo nei casi previsti²³⁸. Con riferimento alle principali correnti dottrinali in questione, emergono contrasti riguardo all'interpretazione dell'eccezione posta dagli armamenti al commercio internazionale.

Un primo orientamento²³⁹, ritenuto però minoritario, propone un'interpretazione evolutiva dell'art. XXI(b)(ii) del GATT, valutando il possibile assoggettamento al vaglio giudiziale²⁴⁰ e ponendo riferimento alla norma sul mutamento fondamentale delle circostanze²⁴¹.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'orientamento dottrinale²⁴² evidenzia che il paragrafo (b) trovi applicazione solo nei casi ivi previsti. Tra questi, si riscontra l'ipotesi disciplinata al sub-paragrafo (ii), il quale può essere ritenuto come una specifica ipotesi di esigenza di protezione della sicurezza nazionale. Il testo della disposizione così stabilisce:

"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 interest [...]

(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment".

In tal maniera, la dottrina afferma²⁴³ che l'eccezione relativa alle restrizioni che possono essere imposte dagli Stati all'esportazione od importazione di armi e materiale bellico non abbia incontrato opposizioni rilevanti da parte delle Parti Contraenti dell'Accordo²⁴⁴. Ciò sarebbe dovuto, a detta degli studiosi, al fatto che tale disposizione sia stata redatta in un linguaggio ambiguo ha fatto sì che agli Stati fosse riconosciuta la più ampia discrezionalità di adottare misure restrittive, che

²³⁵ *General Agreement on Tariffs and Trade*, 61 Stat. A-11, firmato a Ginevra il 30 ottobre 1947, modificato nell'ambito del c.d. "Uruguay round" (*Final Act Embodying the results of the Uruguay Round on Multilateral Trade Negotiations*, in *International Legal Materials*, 1994, vol. 33, p. 1125 e ss.), il quale ha allegato una serie di *understandings* al precedente accordo, e che sono stati alla base della costituzione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, creata con gli accordi di Marrakesh il 15 aprile 1994. Il testo della disposizione, con annotazioni di prassi rilevante, è tratto da World Trade Organization, *Analytical Index of the GATT, Article XXI*, p. 599-610, a p. 599, disponibile sul sito http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf.

²³⁶ P. C. MAVROIDIS, *Trade in Goods: The GATT and Other WTO Agreements Regulating Trade in Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed., p. 367 ss.

²³⁷ Ancora nel 1996, Stati Uniti e Unione Europea discutevano, e pervenivano ad un accordo conseguente, sulle misure restrittive adottate dai primi (il c.d. *Helms Burton Act*) per impedire qualsiasi forma di commercio ed investimento a Cuba. Si veda, per un'esposizione più ampia del problema, il cap. IV, §§ 1.1 ss.

²³⁸ MAVROIDIS, *op. cit.*, p. 367.

²³⁹ M. J. HAHN, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, in *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. 12, Spring, pp. 558-620.

²⁴⁰ Art. da 31 a 33 della Convenzione sul diritto dei trattati, firmata a Vienna il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

²⁴¹ Art. 62 della Convenzione citata.

²⁴² HAHN, *op. cit.*, p. 584, il quale sottolinea la mancanza di "giurisdizione" degli organismi GATT a controllare le eventuali misure restrittive al commercio transnazionale applicate dagli Stati Contraenti.

²⁴³ HAHN, *op. cit.*, p. 585.

²⁴⁴ HAHN, *op. cit.*, p. 585-586: "This definition, rather brief due to secondary attention paid here to the issue, provides a suitable rule for recognizing goods mentioned in Article XXI(b)(ii). Because of this, measures taken by Contracting Parties to enforce their right under that article have only rarely been attacked".

fossero motivate da ragioni di sicurezza nazionale²⁴⁵. Questo porterebbe a definire la disposizione una sorta di *clausula rebus sic stantibus*²⁴⁶ dell'intero Accordo, che, secondo Hahn, rientra nel più generale "diritto di sottrarsi" agli obblighi internazionali²⁴⁷.

Inoltre, secondo tale orientamento, la disciplina prevista dall'art. XXI GATT, oltre a prevedere eccezioni, stabilisce anche obblighi specifici, laddove gli Stati decidano di adottare misure restrittive, in applicazione della suddetta eccezione. Il primo obbligo imporrebbe la notifica a tutte le Parti Contraenti delle misure adottate²⁴⁸, secondo il principio di buona fede nelle relazioni pattizie multilaterali²⁴⁹. Come corollario al precedente, Hahn menziona l'obbligo di motivazione delle misure adottate, il quale, laddove non ottemperato, renderebbe incompatibili le medesime con l'oggetto e lo scopo dell'Accordo²⁵⁰. Tale obbligo, secondo lo studioso, sarebbe eluso, e quindi violato, laddove le motivazioni offerte dagli Stati abbiano un esclusivo carattere di ordine economico o politico e risultino essere del tutto carenti dal punto di vista giuridico o fattuale.

A tal proposito, tale orientamento sostiene l'ammissibilità della risoluzione delle controversie di tipo giudiziale, considerata l'unico mezzo per sindacare le scelte restrittive degli Stati assunte in contrasto sia con il disposto dell'art. XXI, sia con l'oggetto e scopo dell'Accordo²⁵¹.

Al contrario, un orientamento prevalente²⁵² considera la questione del sindacato giudiziale sulle misure restrittive adottate in base all'art. XXI GATT non fondamentale nel dibattito sulla

²⁴⁵ Il primo (e unico) caso, che analizza la condotta statale con particolare riferimento alla lettera della norma dell'art. XXI(b)(ii) è la disputa accessasi in sede di Consiglio delle Parti Contraenti il 30 maggio 1949 tra Cecoslovacchia e Stati Uniti, di cui in seguito.

²⁴⁶ Disciplinata dall'art. 62 della Convenzione di Vienna *supra* citata.

²⁴⁷ HAHN, *op. cit.*, pp. 561-62 e, più diffusamente, p. 568.

²⁴⁸ HAHN, *op. cit.*, p. 605, il quale menziona la Decisione del 30 novembre 1982, sulle misure restrittive intraprese dall'allora Comunità Economica Europea contro l'Argentina per l'aggressione delle isole Falkland (in Contracting Parties of the GATT, *Basic Instruments and Selected Documents*, 1981-82, Supp. No. 29, p. 23), dalla quale emerge, però, una chiara riluttanza a ritenere la notifica delle misure come necessaria ai fini della corretta applicabilità (GATT Council, *Minutes of the Meeting Held at May 7, 1982*, GATT Doc. C/M/157 [22 giugno 1982], p. 10). Un simile dovere è stato sottolineato anche nel quadro normativo di Wassenaar: K. A. DURSH, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardoso Law Review*, 1997, vol. 19, December, pp. 1079-1123, a p. 1082.

²⁴⁹ Preambolo n. 3 della Convenzione di Vienna citata.

²⁵⁰ HAHN, citazione, *ib.*

²⁵¹ Con specifico riferimento al commercio di materiale per armamenti, si rende qui necessario citare la controversia intercorsa tra Cecoslovacchia e Stati Uniti nel 1949 di fronte al Consiglio delle Parti Contraenti del GATT (*United States - Restrictions on Exports to Czechoslovakia, Summary Record of Twenty-Second Meeting*, CP.3/SR22 - II/28, consultato sul sito http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/49expres.pdf). In quell'occasione, il rappresentante della Cecoslovacchia sollevò la questione di illecite restrizioni statunitensi all'esportazione verso altri Stati europei di minerale di ferro, utilizzabile per la produzione di armamenti; sostenne inoltre che tale eccezione sarebbe stata da considerare decisamente troppo ampia (p. 3 della decisione), addirittura tale da coprire le importazioni (in particolare, quelle nei confronti della stessa Cecoslovacchia). Ciò in ragione del fatto che gli Stati Uniti intendevano l'eccezione di cui all'art. XXI GATT in maniera quasi assoluta. La decisione delle Parti Contraenti ha avvallato, con 17 voti contrari su 23 totali (p. 4 della decisione), tale impostazione, sulla base delle mere ragioni politiche, piuttosto che mettere in rilievo quelle fattuali e di diritto. Al contrario, come sottolineato da Hahn poc'anzi (vedi nota 32), si sarebbe dovuta supportare la sola interpretazione conforme all'oggetto e scopo dell'Accordo, avvallata da motivazioni fondate su ragioni di ordine giuridico o fattuale. Sulla controversia, si veda altresì A. L. ALEXANDROFF-R. SHARMA, *The National Security Provisions: GATT Article XXI*, in P. F. J. MACRORY-A. E. APPLETON. M. G. PLUMMER (a cura di), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Springer, Berlin, 2005, vol. II, pp. 1571-1579, a p. 1574. Va inoltre aggiunto che, nonostante l'opinione comune della dottrina faccia riferimento al paragrafo (c) dell'art. XXI per inquadrare la controversia, deve essere accolta l'opinione dello stesso Hahn (p. 569, nota 56), secondo cui il corretto riferimento normativo sarebbe da individuare nel paragrafo (b)(ii), avendo come riferimento il bene di scambio roverso (il minerale di ferro per la produzione di armamenti) e i chiari riferimenti ai materiali di guerra, come previsti dalla disposizione in oggetto. Quindi, sarebbe da avvallare un'eventuale ipotesi di specificazione di questo particolare motivo, rispetto a quello generale relativo a ragioni di sicurezza nazionale, contenuto nel paragrafo (c), e che pertanto assume una connotazione residuale rispetto ai precedenti elencati.

²⁵² P. LINDSAY, *The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?*, in *Duke Law Journal*, 2003, vol. 52, pp. 1277-1313.

disposizione in oggetto²⁵³. In particolare, questa dottrina fa riferimento all'elemento testuale dell'art. XXI GATT, il quale deve essere letto secondo il significato ordinario dei termini utilizzati, in buona fede ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato²⁵⁴. Quindi, in base alla lettera della disposizione, nessuna previsione dell'Accordo dovrebbe pregiudicare l'adozione di eventuali misure restrittive degli Stati all'importazione o esportazione di armi e materiali bellici per la produzione delle medesime²⁵⁵.

Tale orientamento maggioritario ritiene utilizzabile, quindi, il solo criterio oggettivo per l'interpretazione della clausola (definita anche "*it considers clause*"), la quale si applica alle misure restrittive nazionali adottate secondo la necessità palesata dagli Stati²⁵⁶. Tale clausola impedirebbe il sindacato giudiziale sulle misure medesime, in quanto escluso proprio per ragioni di necessità dell'adozione.

Per supportare questa asserzione, la dottrina prende in considerazione quanto stabilito nella sentenza della Corte Internazionale di Giustizia relativa alle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*²⁵⁷. Con riferimento alle misure adottate dagli Stati Uniti contro il governo del Nicaragua, la Corte ha ritenuto applicabile la clausola prevista dall'art. XXI GATT, dopo averla raffrontata con quanto stabilito nell'articolo 21(1)(d) del trattato di amicizia, commercio e navigazione tra i due Stati del 1956²⁵⁸.

la disposizione così stabilisce:

"1. *El presente Tratado no impedirá la aplicación de medidas que:*

[...]

*(d) fueren necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones de cualquiera de las partes para mantener o restaurar la paz y seguridad internacionales, o necesarias para proteger sus intereses esenciales y seguridad"*²⁵⁹.

Secondo questa disposizione, la possibilità di adottare misure restrittive è ritenuta "necessaria" (*necessary*) *tout-court*, qualora fossero ravvisate ragioni di sicurezza nazionale. Dunque, tale orientamento ritiene che il linguaggio del trattato bilaterale sembrerebbe essere più specifico di quello dell'art. XXI GATT. Questo dato testuale aiuterebbe a definire in maniera oggettiva la motivazione delle restrizioni imposte dagli Stati, qualora gli stessi le ritengano (*consider*) necessarie. Quindi, l'interpretazione del disposto dell'art. XXI verrebbe letta alla luce del disposto di norme pattizie bilaterali e specifiche, che avrebbero funzione integrativa rispetto al trattato multilaterale. In tal maniera, a detta dell'autore²⁶⁰, si creerebbe uno "*objective standard of review*" delle misure restrittive, ed in questo senso si collocherebbero anche le dichiarazioni rese da alcuni Stati membri del GATT durante la controversia del 1949 sorta tra Cecoslovacchia e Stati Uniti²⁶¹.

Dunque, l'orientamento maggioritario si farebbe forte della propria teoria sulla base del ragionamento della Corte e della prassi. In base a ciò, la conclusione ivi addotta induce la dottrina a ritenere che le corti internazionali non avrebbero alcuna competenza a sindacare le eventuali misure

²⁵³ LINDSAY, *op. cit.*, p. 1286 ss.

²⁵⁴ Art. 31(1) della Convenzione di Vienna citata.

²⁵⁵ Ciò nonostante, il criterio dell'utilizzo della prassi successiva degli Stati in materia sembra gettare nuove luci su tale interpretazione. Si veda *Analytical Index* citato, p. 600 e ss.

²⁵⁶ Pur sempre manifestata dagli organi giudiziali GATT e WTO. Si veda, per questo, quanto esposto con riferimento alla nota 50.

²⁵⁷ Per la denominazione ufficiale, si veda nota 20.

²⁵⁸ 21 gennaio 1956, 9 U.S.T. 465. Nel senso proposto dall'autore, si veda anche M. A. REITERER, *Article XXI GATT - Does the National Security Exception Permit "Anything under the Sun"?*, in *Austrian of International and European Law*, 1997, vol. 2, pp. 191-211, a p. 194.

²⁵⁹ A nostro modesto avviso, il riferimento corretto deve essere fatto al sub-paragrafo (c) dell'articolo in questione, il quale riproduce fedelmente quanto disposto dall'art. XXI(b)(ii) GATT. In base a questa premessa, come si sottolineerà più avanti, con riferimento al "commercio" di armi il ragionamento esposto da Hahn prevarrebbe su quello di Lindsay.

²⁶⁰ LINDSAY, *op. cit.*, p. 1285.

²⁶¹ EPCT/A/PV/33, p. 30-31, in *Analytical Index* citato, p. 600, che riporta quanto sostenuto dal rappresentate del Regno Unito, secondo il quale "*every country must be the judge in the last resort in questions relating to its own security*".

intraprese dagli Stati per restringere le importazioni od esportazioni, segnatamente quelle di armamenti²⁶².

5.2 – Le misure restrittive nei confronti del “commercio” di armamenti

Nel sub-paragrafo precedente è stata posta la questione delle misure restrittive, che gli Stati adottano allorché ritengano necessario porre una limitazione alle importazioni di armamenti. Tali misure possono avere anche rilevanza internazionale, laddove siano stabilite da un organo internazionale (come il Consiglio di Sicurezza ONU) o quando siano applicate in via extraterritoriale dagli Stati stessi.

Pur potendo constatare, in generale, la tendenza alla liberalizzazione degli scambi commerciali in ambito internazionale²⁶³, la dottrina ritiene che sia sempre concesso agli Stati di procedere all'imposizione di controlli sugli scambi stessi²⁶⁴. Queste restrizioni sono considerate alla stregua di una regola generale, la quale incontra poche eccezioni di natura pattizia o consuetudinaria²⁶⁵. Generalmente, tali restrizioni possono avere la forma dei *trade embargoes* totali, ossia dei veri e propri divieti di esportazione nei confronti di un determinato Stato, oppure solo con riferimento ad armi ed altro materiale militare, con una durata più o meno determinata, eventualmente prorogabile, laddove si ritenga che l'obiettivo prefissato con la misura non sia stato ancora raggiunto²⁶⁶.

Nel caso in cui più Stati intendano adottare una misura restrittiva comune per ottenere il medesimo fine, tale azione verrebbe giustificata sulla base di accordi internazionali a contenuto giuridico²⁶⁷, ovvero limitarsi a stabilire una cooperazione politica tra gli Stati²⁶⁸.

Altre volte, le restrizioni possono essere il risultato dell'ottemperanza a determinate risoluzioni di organizzazioni internazionali²⁶⁹; in particolare, possono rilevare le restrizioni all'esportazione decise nell'ambito delle Nazioni Unite da parte del Consiglio di Sicurezza²⁷⁰, il quale può emanare risoluzioni a carattere esortativo (mere raccomandazioni, quindi), oppure vere e proprie decisioni vincolanti per gli Stati membri²⁷¹. Per quanto riguarda gli atti del primo tipo²⁷², la dottrina prevalente riscontra la tendenza impositiva per gli Stati di adottare ogni misura necessaria che

²⁶² REITERER, *op. cit.*, p. 196. Per nostra personale opinione, la prassi relativa all'eccezione al commercio di armamenti è ancora troppo scarna, e unicamente indirizzata nel senso proposto da Lindsay. Diventa necessario che la questione venga nuovamente sollevata dinanzi agli organi giudiziali dell'OMC, i quali avranno l'occasione di stabilire il nuovo e definitivo orientamento interpretativo dell'eccezione.

²⁶³ Ne sono una riprova i numerosi accordi internazionali bilaterali o multilaterali che hanno, o hanno avuto, l'obiettivo di regolamentare gli scambi tra due Stati (si pensi ai casi degli FCN, ossia i trattati di *Friendship, Commerce and Navigation*, stipulati tendenzialmente fino all'inizio del secolo scorso), o in una particolare regione (si pensi al trattato NAFTA), od addirittura in relazione ad una specifica materia o relativi a un bene di interesse economico (si pensi al trattato CECA, terminato nel 2002).

²⁶⁴ Si veda il sub-paragrafo precedente.

²⁶⁵ L. MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1993, p. 4.

²⁶⁶ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 5 e, più diffusamente, p. 47 e ss.

²⁶⁷ Un esempio di questo tipo sono i numerosi trattati relativi alle proibizioni di produzione, utilizzo, immagazzinamento di armi di distruzione di massa, tra cui spicca la Convenzione di Parigi del 1992 sulla proibizione delle armi chimiche, in *UN Treaty Series*, vol. 1974, 2001, p. 45.

²⁶⁸ Esempi di questo tipo possono essere dati dal CoCom e dall'Accordo di Wassenaar. Per una disamina, si veda più *infra*, § 9.1.

²⁶⁹ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 56 e ss.

²⁷⁰ *Ib.*; J. POLAKAS, *Economic Sanctions. An Effective Alternative to Military Coercion?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1980, vol. 6, Summer, p. 289 ss.

²⁷¹ Si ricorda come la base giuridica per intraprendere entrambi i tipi di risoluzione sia l'art. 41 della Carta delle Nazioni Unite, nel quale si menzionano le misure che possono comportare “l'interruzione totale o parziale delle relazioni economiche”. La distinzione deve essere fatta sulla base del dispositivo dell'atto in via principale, sulle motivazioni dell'adozione in via secondaria, sulla base delle discussioni in seno al Consiglio in via ausiliaria: CONFORTI-FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, CEDAM, Padova, 2012, IX° ed., p. 238 e s.

²⁷² Un elenco sufficientemente esaustivo è fornito da MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 60.

impedisca di vendere armamenti ad un determinato Stato²⁷³.

Uno dei principali profili analizzato riguarda la liceità delle restrizioni secondo il diritto internazionale generale. In questo caso, l'orientamento qui considerato afferma come non esista un generale divieto di porre restrizioni all'esportazione di prodotti, in quanto il diritto internazionale riconosce la sovrana eguaglianza degli Stati nell'ambito degli scambi commerciali. Questa si esplica sia nella possibilità di porre barriere al commercio, sia nella scelta dei prodotti che possono entrare all'interno del territorio dello Stato, sia infine per quanto riguarda la scelta del partner commerciale con cui instaurare relazioni²⁷⁴.

Un aspetto ulteriore concerne i casi in cui si provi ad aggirare la restrizione, ossia attraverso la *riesportazione* di beni a contenuto altamente tecnologico o sensibile. La dottrina qui distingue tra:

a) controllo sulle attività di riesportazione di merci e tecnologie da parte dello Stato di origine;

b) controllo operato dallo Stato di prima destinazione o transito; e

c) gli eventuali accordi di controllo che possono intercorrere tra i due Stati²⁷⁵.

Questi tipi di controllo, peraltro, hanno suscitato non poche critiche in base a due questioni fondamentali: l'applicazione extraterritoriale delle misure restrittive e la possibile violazione del principio di non ingerenza negli affari interni²⁷⁶. Circa il primo punto, gli studiosi affermano come non sia possibile stabilire, nel diritto internazionale, una norma di rango consuetudinario che vieti agli Stati di imporre restrizioni all'esportazione di determinati prodotti; a tal proposito, la dottrina ritiene che l'emanazione di un mero provvedimento legislativo non comporta la commissione di un illecito internazionale²⁷⁷; diversamente, considera come illecita l'eventuale manifestazione concreta dell'uso della forza da parte di uno Stato volto all'applicazione extraterritoriale in questione²⁷⁸.

Per ovviare a queste critiche, viene offerto l'esempio della cooperazione tra lo Stato d'origine e i potenziali Stati di transito delle merci riesportate. In tal maniera, lo Stato esportatore, al fine di evitare che determinate merci, segnatamente le armi, possano essere trasferiti a Stati non alleati, o ritenuti essere potenziali violatori del diritto internazionale, stipulerebbe accordi specifici con gli Stati importatori per evitare che tali beni escano dalla loro disponibilità.

Un altro sistema, ritenuto dalla dottrina prevalente più efficace, è la stipulazione di un accordo internazionale con la previsione di una clausola di non-riesportazione, tra cui rientrano gli accordi di collaborazione militare. In questo quadro, si rinvergono gli accordi di fornitura militare stipulati dagli Stati Uniti con i loro alleati²⁷⁹, nei quali, per evitare la riesportazione, sono

²⁷³ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 60-61.

²⁷⁴ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 95: “*Gli Stati non hanno mai messo in discussione e contestata l'esistenza di una regola generale sulla loro piena e reciproca libertà negli scambi commerciali con l'estero. Per quanto larghi siano gli impedimenti che uno Stato frapponga alla possibilità di commerciare con gli altri Stati, la sua libertà, in base al diritto internazionale generale, di adottare misure di questo genere non è stata mai oggetto di proteste o di reclami da parte degli altri Stati*”. Sul punto, può essere fatto ulteriore riferimento alla controversia sorta tra il Regno d'Italia e l'Impero d'Etiopia nel 1890 riguardante l'interpretazione del Trattato di Ucciali del 1889. La versione Italiana dell'art. 17 prevedeva il ruolo dello Stato italiano quale partner economico *esclusivo*, mentre la versione in amarico indicava la possibilità di scegliere il contraente commerciale, e che permise all'Etiopia di instaurare rapporti di natura economica con Russia e Francia. Questo atto provocò, secondo il governo italiano, la violazione del trattato (inteso come un vero e proprio protettorato sull'Etiopia), e tale illecito fu addotto come motivazione dinanzi il Consiglio della Società delle Nazioni nel 1935, per giustificare l'aggressione nei confronti dell'Abissinia. Per una disamina della vicenda, si veda A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Africa orientale*, vol. 1, Mondadori, Milano, 1992, pp. 343-357. Più di recente, la questione della scelta del partner commerciale è stata analizzata anche dalla Corte Internazionale di Giustizia, in *Military Activities* cit., para. 276.

²⁷⁵ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 124. Viene qui citata la normativa statunitense prevista nell'*Export Administration Act* del 1977, in *International Legal Materials*, 1977, p. 909 ss. Il sistema impostato in questa normativa prevede (sezione 5[a]3) misure impeditive della riesportazione di tecnologia verso Stati che siano considerati potenziali attuatori di una minaccia alla pace e sicurezza nazionale.

²⁷⁶ Per una disamina del principio, si rinvia al § 7.1.

²⁷⁷ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁸ *Ib.*

²⁷⁹ Gli accordi possono essere consultati sul sito <http://www.state.gov/s/l/treaty/tias/>.

solitamente indicate clausole antielusive che impediscono il ritrasferimento di informazioni, materiale e servizi senza l'autorizzazione del governo fornitore²⁸⁰.

Parte della dottrina maggioritaria²⁸¹ completa l'analisi di questo quadro antielusive, inserendo l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione da parte degli Stati. Tale esercizio avverrebbe in base ad una connessione con il soggetto, fisico o giuridico, ritenuto responsabile per la violazione della misura restrittiva, ma è ulteriormente possibile delineare un criterio di connessione territoriale effettiva tra l'autore dell'illecito e lo Stato che ha adottato la restrizione, ovvero è possibile per quest'ultimo estendere la propria giurisdizione su soggetti stranieri che abbiano posto in essere nel territorio di tale Stato atti in contrasto con le misure in concreto adottate²⁸².

6. Il principio di trasparenza nel “commercio” di armamenti

6.1 - Inquadramento storico e generale del problema della trasparenza

Uno dei profili più interessanti dei trasferimenti di armi attiene alla trasparenza nelle transazioni e nei trasferimenti che ne derivano.

Il problema ha una rilevanza attenuata nella dottrina internazionalistica, a causa della relazione tra la trasparenza e la “riservatezza” posta; inoltre, per quanto attiene alla regolamentazione, parte della dottrina sottolinea come, per limitare il commercio, sia necessario limitare anche e soprattutto la produzione e l'immagazzinamento, e quindi evitare la proliferazione, di armi convenzionali²⁸³. Inoltre, la necessità di un controllo, come anche di una limitazione, deriva soprattutto da un profilo etico, ovvero il rispetto e l'osservanza dei diritti umani, come di altri norme generalmente riconosciute nel diritto internazionale²⁸⁴.

Per quanto attiene più generalmente al problema della trasparenza nel “commercio” di armi, il profilo emerse già nei primi anni di vita della Società delle Nazioni, laddove si sentiva come preponderante il problema del disarmo e della pubblicità dei possedimenti di armi da parte degli Stati²⁸⁵. Nel 1925, infatti, il tentativo di avviare una maggiore costrizione dei trasferimenti di armi e l'instaurazione di misure di reciproca confidenza, nella convinzione di contribuire alla formazione di una norma consuetudinaria sulla trasparenza, portò l'allora Segretariato della Società ad impostare un primo strumento istituzionale, in cui fossero riportati i vari trasferimenti di armi²⁸⁶.

Negli anni successivi alla creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, il problema del disarmo fu nuovamente posto all'attenzione generale, ma, anche grazie alla tensione creata dalla Guerra Fredda, i vari sforzi voluti dalla Assemblea Generale vennero meno²⁸⁷.

Non venne meno, però, la necessità di stabilire standard comuni e misure di fiducia costruttiva sulla trasparenza in materia di armi, e, nel 1988, l'Assemblea Generale ritenne che questo criterio dovesse avere una maggiore attenzione nella redazione di tali misure²⁸⁸. L'indicazione fu

²⁸⁰ Ad es., si veda l'art. 14 dell'accordo Stati Uniti-Italia del 27 gennaio 1950 per le forniture militari, e l'articolo 6 dell'accordo del 7 luglio 1960 tra i due Stati relativo alla fornitura di attrezzature, materiali, servizi e informazioni per la difesa comune.

²⁸¹ A. BIANCHI, *Esportazione e transito di materiali di armamento: profili di diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1992, vol. LXXV, n. 1, pp. 65-90, alle p. 74 e ss.

²⁸² BIANCHI, *op. cit.*, pp. 75-79.

²⁸³ BASTID-BURDEAU, *Le commerce des armes* citato, § 30.

²⁸⁴ BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 32, con particolare riferimento al Codice di Condotta europeo per i trasferimenti di armi di piccolo calibro e leggero del 1998.

²⁸⁵ Si veda in questo senso la Convenzione sul controllo del commercio internazionale di armi da guerra del 1925, art. 5.

²⁸⁶ Si tratta dello *Statistical Yearbook on Trade in Arms and Ammunitions*, che riportava, seppur nella mera forma numerica, i diversi scambi di armamenti che fossero intercorsi tra gli Stati membri della Società. La compilazione di questo Annuario fu interrotta con lo scoppio della II° guerra mondiale.

²⁸⁷ Nel 1978, l'Assemblea Generale emanò alcune risoluzioni relative alle limitazioni di trasferimenti di armi, adottate nella X° Sessione Speciale sul Disarmo (23 maggio-30 giugno 1978, A/S-10/4, § 81-85).

²⁸⁸ Si veda la risoluzione dell'Assemblea Generale intitolata “*International Arms Transfers*” del 7 dicembre 1988, A/RES/43/75 I

successivamente recepita da uno studio di esperti incaricati dal Segretario Generale, il cui Rapporto²⁸⁹ fu alla base della successiva creazione di uno strumento internazionale atto a considerare la trasparenza quale criterio principale nelle transazioni di armamenti e nella costruzione di misure di reciproca fiducia tra Stati.

Il Rapporto evidenzia chiaramente come, alla base delle transazioni di armamenti, vi sono interessi da parte di entrambe le parti dell'accordo. Il fatto che, all'interno dello stesso accordo, gli interessi di entrambe le parti non coincidano nella fase di conclusione potrebbe essere messo in relazione con la diversa ponderazione data alle conseguenze relative alle informazioni mancanti, e ciò porterebbe anche alla modifica, se non addirittura all'estinzione, dell'accordo²⁹⁰. Proprio per evitare che si arrivi ad un recesso dagli strumenti pattizi, il *Report* sostiene che la trasparenza abbia avuto notevole rilevanza nell'assetto generale delle transazioni di armi, in quanto soprattutto gli Stati fornitori hanno evidenziato la necessità di predisporre di un sistema "amministrativo" che regolasse l'esportazione delle armi. Ciò avverrebbe in ragione di diverse esigenze, tra cui quella di evitare che le armi possano arrivare, tramite una triangolazione od una ri-esportazione, a soggetti ostili (altri Stati o gruppi armati)²⁹¹. Perché sia valutata positivamente questa conseguenza, lo Stato fornitore effettua una ponderazione tra conseguenze positive e negative²⁹².

La questione della trasparenza nelle transazioni per armamenti viene affrontata anche sotto l'aspetto della sicurezza e stabilità internazionali all'interno del *Report* del 1991, ed in particolare dal punto di vista delle misure di fiducia tra Stati (*confidence-building measures*)²⁹³. In questo contesto, la necessità di prevenire la manifestazione di conflitti ha fatto sì che fossero avallati tentativi di dialogo politico-militare tra gli Stati. La trasparenza, dunque, avrebbe avuto il merito di fungere da strumento per la prevenzione dei conflitti. È in questo contesto che nacque, nel 1991, il Registro ONU delle armi convenzionali²⁹⁴, il cui ruolo di misura per la costruzione della fiducia sarebbe stato quello di prevenire i conflitti attraverso la trasparenza.

Inizialmente, il Registro non assumeva obbligatoriamente informazioni relative ai mezzi militari posseduti e ad agli accordi di transazione di armi (*procurement*), per i quali vigeva un generale regime di mera facoltà di inserimento da parte degli Stati. Solo con il processo di revisione del 1996-1997, operato dal gruppo di esperti governativi in materia, si decise che tali informazioni sarebbero state riportate, salva contraria volontà degli Stati²⁹⁵.

La questione della trasparenza, pur sentita come necessaria al momento dell'avvio del funzionamento del registro nel 1992, ha sempre incontrato diversi ostacoli nella sua esplicitazione. Il Registro, infatti, pur presentando la possibilità di segnalare quante più informazioni possibili sulle transazioni degli armamenti²⁹⁶, la necessità di mantenere determinate informazioni sulla vendita di

²⁸⁹ Report of Secretary General's Panel of Expert, "Study on Ways and Means of Promoting Transparency in International Transfers of Conventional Arms", A/46/301, 9 settembre 1991.

²⁹⁰ *Report* citato, § 40.

²⁹¹ *Report* citato, § 77, lett. a). Le esigenze elencate alle lettere b) e c) sono ora generalmente riconosciute ed accettate, e fondano la necessità della riforma del mercato delle armi. Oltre ad esigenze relative al rispetto del diritto internazionale da parte dello Stato fornitore, viene evidenziata anche l'esigenza di sapere che le industrie private, da cui ci si rifornisce o a cui si concede la produzione ed il trasferimento di armi, osservino tutte le norme di condotta che regolano il mercato internazionale.

²⁹² *Report* citato, § 79. Tra le esigenze ivi elencate figurano quelle relative all'appartenenza dello Stato recipiente alla medesima alleanza politico-militare, il canale di scambio preferenziale (se commerciale o di diritto pubblico), il coinvolgimento di una data agenzia governativa, la quale controlli l'esatta applicazione delle norme amministrative e procedurali di diritto interno.

²⁹³ *Report* citato, § 81-95, più in particolare § 94. Per una disamina di queste misure si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, V° ed., Giappichelli, Torino, 2014; Z. LACHOWSKI, Voce *Confidence-Building Measures*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2006.

²⁹⁴ Istituito con risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/46/36 L del 9 dicembre 1991.

²⁹⁵ United Nations Office of Disarmament Affairs, *Assessing the United Nations Register of Conventional Arms - Occasional Paper n. 16*, n. 16, Aprile 2009, p. 8.

²⁹⁶ La Sezione VII del Registro, dopo la prima revisione ad opera degli esperti governativi del 1994, è stata intitolata "Remarks". Lo scopo di questa ulteriore colonna è sempre stato quello di permettere agli Stati di fornire informazioni

armamenti come riservate ha sempre prevalso tra gli Stati. Solo con le negoziazioni del nuovo Trattato sul commercio di armamenti (d'ora in avanti, ATT), si è assistiti ad una risurrezione del principio, anche se con una diversa impostazione.

Nel luglio 2011, il Presidente della Commissione di redazione del testo del Trattato propose alcuni principi e obblighi che riguardavano la trasparenza, la registrazione di informazioni e le relazioni sulle stesse. Alcuni studiosi²⁹⁷ raggruppano tali proposte in tre macro categorie fondamentali:

a) conservazione di registri, contenenti informazioni su tutte le autorizzazioni, i trasferimenti ed i dinieghi di armi che siano stati effettuati dagli Stati; in tal senso, le informazioni si sarebbero dovute incentrare sulle caratteristiche tecniche dell'arma, sul trasferimento compiuto o sul transito eventualmente effettuato, sullo Stato di transito ed infine sul certificato di uso finale dell'arma;

b) conservazione di registri ed informazioni relative ai transiti avvenuti sul proprio territorio, con le medesime indicazioni di cui sopra;

c) invio di relazioni annuali sulle operazioni di trasferimento effettuate, come anche su tutte le misure interne adottate per attuare l'accordo.

Malgrado tale proposta, la dottrina sottolinea come la condotta prevista sia posta in capo agli Stati. Anche la *Implementation Support Unit*, la quale ha il principale compito di ricevere i *reports* annuali e le altre informazioni rilevanti da parte degli Stati, non è predisposta per la pubblicazione di questi *reports*, né per la verifica ed il controllo del rispetto degli obblighi posti dal Trattato. La mancanza di tale sistema, dunque, non permetterebbe all'ATT di essere considerato lo strumento innovativo per la democraticità delle procedure di trasferimento delle armi quale obiettivo dello stesso accordo²⁹⁸. Ciò inficerebbe maggiormente la trasparenza e la pubblicità anche a fini comparatistici, qualora i parlamenti nazionali e la società civile volessero conoscere le informazioni rilevanti sui trasferimenti compiuti da certi Stati.

Un altro profilo difficoltoso, sottolineato in dottrina, è la mancata specificazione di un requisito merceologico comune, in quanto gli Stati non sarebbero tenuti a specificare tutti i requisiti richiesti dal Trattato nei loro *reports*²⁹⁹. Altro profilo mancante riguarda le zone di libero commercio (*free trade zones*), nelle quali dovrebbero essere registrati tutti i trasferimenti, all'entrata come all'uscita, di armi di ogni tipo (da quelle da guerra fino alle armi di uso civile). La mancata registrazione di uno dei due movimenti rischierebbe di compromettere il proposito di trasparenza che lo stesso ATT vuole raggiungere³⁰⁰.

6.2 - Accessibilità alle informazioni sui trasferimenti di armi: diritto o dovere per gli Stati?

Dalla fine della Guerra Fredda, la maggior parte degli Stati di entrambi i blocchi (occidentale e orientale) ha sentito sempre più la necessità di giungere ad un efficace disarmo, al fine di scongiurare nuove tensioni. In quest'ottica, proprio il Registro delle armi convenzionali del 1992 è stato ritenuto un utile strumento per avallare i primi propositi di trasparenza associata al disarmo di armi convenzionali.

La sorte del Registro, però, non è sempre stata favorevole: le statistiche segnalate dall'Ufficio

utili relative sia alle caratteristiche dell'armamento venduto (al fine di una maggiore rilevazione statistica sulla diffusione di certe armi), sia infine alle transazioni ed ai trasferimenti operati con il *procurement*. Questa nobile intenzione, però, non ha mai incontrato il parere favorevole degli Stati partecipanti, i quali hanno solo diffuso rilievi statistici sul numero di armi vendute, vanificando così lo scopo dello strumento.

²⁹⁷ S. FINARDI, P. DANSSÄRT, *Transparency and Accountability* citato, p. 31 e ss.

²⁹⁸ FINARDI- DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁹ I due studiosi (p. 33) evidenziano come, mentre a livello globale le merci sono classificate in base a tariffe doganali a 10 cifre, le armi rimangono classificate ad un livello di 5 o 6 cifre soltanto, non riuscendo a distinguere tra un tipo di armamento ed un altro, che potrebbe finire addirittura per non essere classificato, o godere di un'esenzione attribuita a certi altri tipi.

³⁰⁰ FINARDI- DANSSÄRT, *op. cit.*, pp. 36-37.

per il Disarmo ONU³⁰¹ mostrano come, tra il 1992 ed il 2009, il numero di Stati che ha sottoposto *reports* sui trasferimenti di armi convenzionali non ha mai raggiunto l'universalità, malgrado il numero di partecipanti sia aumentato dagli iniziali 95 Stati fino a 118 Stati nel 2009. Questa disparità mostra chiaramente, anche secondo l'Ufficio stesso, come gli Stati siano ancora legati alle esigenze di segretezza di materiali e documenti relativi al materiale d'armamento³⁰².

Ad un primo acchito, si potrebbe segnalare come l'esigenza di trasparenza sia sentita come un obbligo "morale" posto in capo ai governi solo a livello interno, a dimostrazione del fatto che la produzione ed il trasferimento di armi sono argomenti ancora troppo sensibili per essere diffusi³⁰³.

Tuttavia, a livello interno sono numerose le richieste da parte dell'opinione pubblica affinché siano pubblicate tutte le informazioni relative ai trasferimenti di armi, coinvolgendo anche le informazioni relative ai destinatari di tali armamenti. Un esempio di questo tipo viene riscontrato da parte della dottrina sulla normativa britannica sulla libertà d'informazione³⁰⁴.

L'orientamento in questione sottolinea proprio come, date le esigenze di natura giuridica ed etica connesse al "commercio" di armi, l'opinione pubblica britannica abbia interesse a conoscere le informazioni relative ai trasferimenti che avvengono dal Regno Unito verso altri Stati od attori internazionali, incluse le informazioni su possibili rischi di corruzione e di violazione dei diritti umani o del diritto internazionale. In questo senso, le necessità pubbliche hanno trovato riscontro, nel 1996, nel "*Report of the Inquiry into the Exports of Defence Equipment and Dual-Use Goods to Iraq and related Prosecutions*", redatto dal deputato laburista Sir Richard Scott³⁰⁵. La discussione avanzata da Scott prendeva in considerazione non solo il diritto all'informazione ed alla trasparenza che doveva essere garantito ai cittadini, ma anche l'eventuale responsabilità del governo e dei suoi ministri nel momento in cui non fosse stata resa pubblica una questione relativa ai trasferimenti di armi verso zone colpite da conflitto o per le quali era intervenuta una misura restrittiva internazionale³⁰⁶.

Dunque, per meglio investigare sulla consistenza del diritto alla trasparenza delle informazioni relative ai trasferimenti di armi, la dottrina supporta l'assimilabilità dei principi alla base del diritto di informazione con la disciplina delle esportazioni di armamenti. Secondo il *Freedom of Information Act*³⁰⁷, al cittadino è garantito il diritto di ottenere informazioni ufficiali dal governo, sul quale pende l'onere di fornire un'adeguata motivazione nei casi in cui non possa rilasciare tali informazioni³⁰⁸. Quest'obbligo è comunque soggetto alle eccezioni di pericolo, ed inoltre il governo non è tenuto a rilasciare queste informazioni allorché, ponderando l'interesse pubblico all'informazione e quello a mantenere l'eccezione, il secondo sia preponderante rispetto al primo, ovvero quando le necessità di segretezza o riservatezza delle informazioni sono poste a tutela di diversi ambiti, tra cui quello relativo alle forze armate ed alla difesa³⁰⁹.

Proprio con riferimento agli armamenti, lo *Scott Report* delinea la responsabilità del Ministro competente allorché non siano rilasciate piene informazioni sulle linee politiche e le azioni governative da parte delle autorità competenti. Perciò, sul governo incomberrebbe un dovere di informare l'opinione pubblica riguardo i trasferimenti di armi, al quale non potrebbe sottrarsi³¹⁰.

³⁰¹ UNODA Occasional Papers, *Achieving* citato, p. 15 e ss.

³⁰² *Ib.*, p. 15.

³⁰³ *Report* del 1991 citato, § 80.

³⁰⁴ Z. YIHDEGO, *Arms Trade and Public Controls: The Right to Information Perspective*, in *Northern Ireland Law Quarterly*, 2008, vol. 59, n. 4, pp. 379-394.

³⁰⁵ HC 115, 1995-96, section K8 (vol IV, pp 1799-1806), February 1996

³⁰⁶ Il caso oggetto di discussione davanti la *House of Commons*, il 26 febbraio 1996, e che formava il background dello *Scott Report*, era la fornitura di armi all'Iraq di Saddam Hussein alla fine degli anni '80. Secondo il deputato britannico, proprio questa fornitura avrebbe permesso all'esercito iracheno di invadere il Kuwait, senza autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di Sicurezza ONU.

³⁰⁷ 2000, CH. 36.

³⁰⁸ Sec. 1(1).

³⁰⁹ Sec. 2-24; YIHDEGO, *op. cit.*, p. 381.

³¹⁰ *Scott Report* citato, d4.57.

Come anticipato, per il governo esiste sempre una sorta di “scappatoia” dalla pubblicazione delle informazioni, che si configura quando le informazioni si riferiscano più direttamente alle esenzioni previste dal FoIA. Ciò accadrebbe quando tali informazioni possano pregiudicare la sicurezza nazionale e siano relative ad affari economici dello Stato. In questo senso, la dottrina sostiene come la possibilità di far rientrare i trasferimenti di armi all'interno di una di queste eccezioni è altamente probabile, e permetterebbe al governo di proteggersi dietro lo scudo della discrezionalità politica, abusando del carattere onnicomprensivo dell'espressione³¹¹.

Perché possa essere superato questo ostacolo, la dottrina ammette la possibilità di avallare la piena pubblicità delle informazioni attraverso la contemporanea presenza di cinque fattori che determinino la possibilità di attingere ad esse³¹². Tali fattori vengono individuati ne:

a) la *sicurezza nazionale*: in questo senso, ampia parte della dottrina³¹³, sostiene che l'eccessivo impiego di questa eccezione potrebbe avere degli effetti negativi sulle future transazioni, in primo luogo relative proprio alla trasparenza, dato che la minore possibilità di accedere alle informazioni relative agli armamenti ed ai trasferimenti di questi non gioverebbe né all'economia, né tanto meno alla sicurezza britannica, che potrebbe essere compromessa per ottenere informazioni riservate;

b) l'*interesse economico collegato al “commercio” di armi*, il quale deriva dalla necessità mostrata dall'opinione pubblica di capire come una parte dell'economia britannica agisca e sia controllata, nonché in quale maniera vengano effettivamente rifuse le entrate tributarie;

c) il fattore, non decisivo, di natura *etica e morale*, che sostiene come non sia ammissibile trarre profitto dalla vendita di armi, oppure che debba essere considerato riprovevole la vendita di armi e la complicità nella commissione di crimini di armi³¹⁴.

d) il *diritto applicabile*, a livello interno e internazionale, e l'*osservanza di questo da parte delle pubbliche autorità*, sicuramente più decisivo dei precedenti fattori, perché attiene agli obblighi internazionali contratti dal Regno Unito, oltre alla presenza di possibili irregolarità secondo la normativa interna, ed i modi per osservarli; in tal maniera, l'opinione pubblica avrebbe sempre uno strumento giuridico decisivo per permettere la piena pubblicità delle informazioni relative agli armamenti;

e) infine, data la somma di tutti i precedenti fattori elencati, la dottrina ritiene come l'opinione pubblica abbia un *legittimo interesse* a porre le decisioni governative sulla vendita di armi sotto il *controllo democratico*, sfruttando sia i poteri parlamentari di inchiesta, sia quelli delle autorità indipendenti³¹⁵.

Dunque, sussisterebbe, almeno a livello interno, un generale diritto alla trasparenza delle informazioni relative ai trasferimenti di armi. Seppure questa esigenza non sia dimostrata da autorità pubbliche quali governo o parlamento, gli unici che potrebbero rappresentare lo Stato a livello internazionale, bisogna pensare che la necessità del “diritto” alla trasparenza possa costituire un'*opinione*. Tuttavia, come vedremo tra poco, questa *opinione necessitatis* si è evoluta in *juris*, attraverso i meccanismi di cooperazione per lo scambio di informazioni, di cui quello disciplinato nell'ATT risulta essere l'esempio più recente.

6.3 - La cooperazione internazionale per lo scambio di informazioni sui trasferimenti internazionali di armi

La questione della trasparenza sulle transazioni di armamenti finisce per essere inestricabilmente connessa con il profilo relativo alla cooperazione internazionale per lo scambio di

³¹¹ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 382-384; H. FENWICK, *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge, London, 2008, p. 590 e ss.

³¹² YIHDEGO, *op. cit.*, pp. 385-387.

³¹³ YIHDEGO, *ib.*; L. LUSTGARTEN - I. LEIGH, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, Clarendon Press, 1994.

³¹⁴ Di cui più *infra*, § 8.2.

³¹⁵ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 387.

informazioni relative a tali trasferimenti. Tale sistema, che in alcuni trattati per il controllo di armi convenzionali viene addirittura istituzionalizzato³¹⁶, presenta alcune particolarità dettate dalle diverse esigenze e dai diversi scopi che sottostanno agli accordi competenti, ad esempio relativi alla diffusione di armi in zone di guerra³¹⁷

Una delle principali esigenze che permette l'istituzionalizzazione di questi meccanismi è sicuramente quella relativa al mantenimento della sicurezza internazionale. Una parte della dottrina sottolinea come questa esigenza si riscontri in alcuni grandi accordi internazionali relativi alle restrizioni o proibizioni di armi convenzionali³¹⁸, ovvero il Comitato per il coordinamento dei trasferimenti di tecnologia sensibile e a duplice utilizzo (CoCom)³¹⁹, l'Accordo di Wassenaar³²⁰, e le Convenzioni sulle mine anti-uomo del 1997 e sulle bombe a grappolo del 2008³²¹.

Il meccanismo di controllo del CoCom era prevalentemente di tipo politico, senza alcun tipo di vincolo giuridico alla base, lasciando che alla volontà degli Stati l'attuazione delle direttive espresse in sede plenaria³²². La sua istituzione, ad opera degli Stati Uniti, aveva il chiaro compito di impedire che alcuni strumenti chiave per la produzione tecnologica in mano occidentale finissero nelle mani sovietiche o di regimi di stampo comunista; in tal senso, la tecnologia militare era a maggior ragione inclusa nella lista delle eccezioni ai trasferimenti.

Quel che rileva è la sua fine: ampia parte della dottrina sottolinea come le tendenze evolutive degli Stati europei, maggiormente sensibili ai rapporti con i paesi dell'Est, fossero andate nel senso di una maggiore apertura, alla quale non avevano aderito gli Stati Uniti.

Una tendenza diversa si era registrata a partire dalle considerazioni di compatibilità di tali restrizioni alla luce dell'allora Trattato della Comunità economica europea, generando anche controversie di rilievo giuridico³²³. Per quanto attiene più strettamente il profilo della trasparenza, all'interno dell'Istituzione fu creato, al fine di evitare triangolazioni verso gli Stati soggetti a restrizione, un sistema di certificazione: secondo parte della dottrina, tale sistema, che permetteva di conoscere in anticipo la destinazione del carico sensibile all'interno di Stati, appartenenti al CoCom o che fossero tra gli alleati statunitensi, avrebbe impedito la triangolazione o la ri-esportazione nel momento in cui non fosse stato prodotto un certificato di riscontro IC/DV (*Import*

³¹⁶ Si vedano i sistemi delineati nella Convenzione sulle mine anti-uomo del 1997 e nella Convenzione sulle bombe a grappolo del 2008.

³¹⁷ BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 29.

³¹⁸ BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 28.

³¹⁹ Il CoCom fu creato su invito degli Stati Uniti all'indomani della II° guerra mondiale come organizzazione multilaterale informale assieme ai suoi alleati occidentali per cercare di controllare le politiche di trasferimento di beni e tecnologia sensibile verso gli Stati appartenenti al patto di Varsavia e all'area comunista più in generale. Entrò in funzione a partire dal 1949, a seguito di alcuni avvenimenti che accelerarono i tempi di negoziazione (tra cui: la nascita della Repubblica popolare di Corea e l'esplosione della bomba atomica sovietica). Cessò le sue funzioni nel 1994, allorquando furono avviate le negoziazioni per l'Accordo di Wassenaar. Per una disamina di questo sistema di controllo si veda H. ODA, *CoCom: Its Past, Present and Future*, in ID., *Law and Politics of West-East Technology Transfers*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 3 e ss.; F. INNAMORATI, *L'esportazione di prodotti strategici: il ruolo del CoCom*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, vol. LXXXV, n. 1, p. 91-119.

³²⁰ Dichiarazione finale della Conferenza tenuta al palazzo della Pace dell'Aia del 19 dicembre 1995, relativa all'Accordo di Wassenaar sul controllo delle esportazioni di armi convenzionali e di tecnologia a duplice utilizzo, consultata sul sito <http://www.wassenaar.org/publicdocuments/declaration.html>.

³²¹ Rispettivamente: artt. 6 e ss., *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*; artt. 6 e ss., *Convention on Cluster Munitions*.

³²² ODA, *op. cit.*, p. 4 sottolinea come diversi aderenti tra i diciassette Stati presenti hanno sempre preferito questo tipo di vincolo, in quanto, qualora tali atti avessero determinato un vincolo più stringente, diversi Stati europei avrebbero lasciato il Comitato.

³²³ Il caso a cui si fa riferimento è denominato "incidente Toshiba-Kongsberg" del 1987, nel quale si impedì la fornitura di attrezzatura tecnologicamente avanzata all'interno della Comunità, con il sospetto che tale tecnologia potesse essere impiegata a fini militari da parte sovietica tramite una ri-esportazione. Per i dettagli di questa vicenda, si vedano: J. E. GREGORY, *Controlling the Transfer of Militarily Significant Technology: COCOM after Toshiba*, in *Fordham International Law Journal*, 1987, vol. 11, n. 4, pp. 863-882; W. A. WRUBEL, *The Toshiba-Kongsberg Incident: Shortcomings of Cocom, and Recommendations for Increased Effectiveness of Export Control to the East Bloc*, in *American University International Law Review*, 2011, vol. 4, n. 1, pp. 241-273.

Certificate/Delivery Verification), mentre per i trasferimenti diretti verso gli Stati terzi, si sarebbe dovuto compilare un certificato di utente finale (*end-user certificate*) nel quale indicare sia il tipo di carico, sia il destinatario effettivo³²⁴. Ciò, secondo tale orientamento, sarebbe stato efficace solo in principio: l'adozione del sistema IC/DV si è avuta principalmente per *consensus* (ovvero senza che fossero avanzate obiezioni di sorta), ma non è mai stata impedita l'adozione di sistemi alternativi di certificazione³²⁵.

Diversamente dal suo antecedente, l'Accordo di Wassenaar ha il chiaro scopo di mettere in risalto il profilo della trasparenza attraverso la cooperazione e l'azione collettiva degli Stati. In questo senso, l'orientamento dottrinale prevalente sostiene come, attraverso una maggiore adesione al controllo delle esportazioni, si incrementa la partecipazione degli Stati alla stabilità e sicurezza internazionali³²⁶. Ciò servirebbe a favorire, secondo lo studioso, l'uscita da una mentalità "monostatale", ovvero incentrata solo sulle decisioni di uno Stato, quale era quella del CoCom, e garantire una maggiore partecipazione nelle scelte di tutti gli appartenenti al quadro istituzionale di riferimento³²⁷. L'obiettivo della nuova Istituzione è quello di garantire un maggior controllo sulle esportazioni di armi convenzionali e a duplice utilizzo, al fine di impedire la progressiva proliferazione e accumulo delle stesse. Quale corollario a tale obiettivo, l'orientamento in questione pone la possibilità di costruire la responsabilità degli Stati per le esportazioni indiscriminate di armi convenzionali³²⁸.

La cooperazione internazionale è ulteriormente al centro del dibattito dottrinale relativo all'ATT, nel quale vengono stabiliti obblighi a carattere sostanziale relativi alla stessa, come anche alla tenuta di registri e la raccolta di informazioni rilevanti per i trasferimenti.

In particolare, la dottrina incentra la sua analisi, seppur in maniera superficiale, sulla natura degli obblighi qui stabiliti. L'orientamento prevalente³²⁹, nel discutere circa la natura degli obblighi relativi alla costituzione di autorità nazionali competenti, pone in evidenza il fatto che il disposto dell'art. 5 del Trattato, alla luce anche del negoziato circa il testo, abbia infine stabilito solo una norma programmatica per gli Stati sulla costituzione di dette autorità, lasciando agli stessi la più ampia discrezionalità nell'ottemperanza³³⁰. Oltre alla questione di stabilire un obbligo meramente programmatico, la dottrina sembrerebbe porre in rilievo come il riferimento a questa discrezionalità limiti ampiamente la portata normativa della disposizione³³¹.

Nella medesima considerazione si pone l'analisi dell'altro obbligo sostanziale in materia di trasparenza e cooperazione, ovvero la tenuta dei registri³³². Qui la dottrina pone sul medesimo piano l'obbligo previsto dall'ATT con quello previsto nel Protocollo sulle armi da fuoco del 2001³³³, ed in

³²⁴ INNAMORATI, *op. cit.*, p. 110.

³²⁵ INNAMORATI, *op. cit.*, pp. 111-112.

³²⁶ K. DURSHT, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, vol. 19, pp. 1079-1123, a p. 1088.

³²⁷ DURSHT, *op. cit.*, p. 1089.

³²⁸ DURSHT, *op. cit.*, p. 1108.

³²⁹ M. BRANDES, "All's well that ends well" or "Much Ado about Nothing"? A Commentary on the Arms Trade Treaty, in *Goettingen Journal of International Law*, 2013, vol. 5, n. 2, pp. 399-429, a p. 424 e ss.

³³⁰ Parimenti si veda PONTI, *op. cit.*, p. 660.

³³¹ BRANDES, *op. cit.*, p. 425.

³³² Art. 12 ATT.

³³³ Art. 7 ATT, di cui riportiamo per comodità il testo: "1. If the export is not prohibited under Article 6, each exporting State Party, prior to authorization of the export of conventional arms covered under Article 2 (1) or of items covered under Article 3 or Article 4, under its jurisdiction and pursuant to its national control system, shall, in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors, including information provided by the importing State in accordance with Article 8 (1), assess the potential that the conventional arms or items: (a) would contribute to or undermine peace and security; (b) could be used to: (i) commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law; (ii) commit or facilitate a serious violation of international human rights law; (iii) commit or facilitate an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to terrorism to which the exporting State is a Party; or (iv) commit or facilitate an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to transnational organized crime to which the exporting State is a Party.

particolare viene notata la somiglianza tra le due norme per quanto riguarda il riferimento alle normative interne che disciplinano tale strumento, come anche sulle informazioni che in essi devono essere contenute e la durata massima di tenuta, assumendo come non vi sia una particolare rilevanza del nuovo obbligo, che verrebbe integrato dalla precedente norma contenuta nel Protocollo³³⁴. Secondo un orientamento minoritario, invece, vi sarebbe addirittura un arretramento rispetto agli standard internazionali in materia, come ad esempio quelli stabiliti dall'*International Tracing Instrument*, in cui si stabilisce che la tenuta delle informazioni dovrà avere una durata quanto più illimitata possibile³³⁵.

6.4 - La valutazione del rischio preponderante nella commissione di crimini internazionali

L'analisi degli aspetti relativi alla trasparenza nei trasferimenti di armi non può non tener conto anche di un istituto cristallizzato dall'ATT all'art. 7, ovvero la valutazione preventiva del rischio preponderante che gli Stati devono compiere nel momento in cui esportano armi ad un terzo Stato.

La questione di una valutazione preventiva nelle esportazione delle armi convenzionali ha sempre avuto un riflesso generale nell'ambito della trasparenza. In dottrina si fa riferimento al procedimento che dovrebbe essere espletato dagli Stati al momento dell'autorizzazione all'esportazione, ovvero considerando i diversi fattori che entrano in gioco laddove si deve decidere su tale autorizzazione³³⁶. La questione non era mai stata discussa in senso specifico, tanto da ritenere che l'autorizzazione dovesse sottostare più a criteri di valutazione politica che non giuridica³³⁷.

Un indirizzo più specifico si è avuto con la stipulazione del nuovo ATT, il quale, come detto, stabilisce un obbligo di condotta per gli Stati nel momento in cui decidono se autorizzare o meno l'esportazione. Il parametro da tenere in considerazione ai fini del rilascio dell'autorizzazione viene identificato nella possibilità che il ricevente (Stato o attore non statale³³⁸) possa commettere gravi violazioni del diritto internazionale attraverso l'utilizzo di quegli armamenti. Questo tipo di attività, seppur prevista da una norma internazionale, viene rimessa, nella definizione del tipo di procedimento da adottare e nella concreta applicazione, agli Stati stessi³³⁹.

2. *The exporting State Party shall also consider whether there are measures that could be undertaken to mitigate risks identified in (a) or (b) in paragraph 1, such as confidence-building measures or jointly developed and agreed programmes by the exporting and importing States.*

3. *If, after conducting this assessment and considering available mitigating measures, the exporting State Party determines that there is an overriding risk of any of the negative consequences in paragraph 1, the exporting State Party shall not authorize the export.*

4. *The exporting State Party, in making this assessment, shall take into account the risk of the conventional arms covered under Article 2 (1) or of the items covered under Article 3 or Article 4 being used to commit or facilitate serious acts of genderbased violence or serious acts of violence against women and children.*

5. *Each exporting State Party shall take measures to ensure that all authorizations for the export of conventional arms covered under Article 2 (1) or of items covered under Article 3 or Article 4 are detailed and issued prior to the export.*

6. *Each exporting State Party shall make available appropriate information about the authorization in question, upon request, to the importing State Party and to the transit or trans-shipment States Parties, subject to its national laws, practices or policies.*

7. *If, after an authorization has been granted, an exporting State Party becomes aware of new relevant information, it is encouraged to reassess the authorization after consultations, if appropriate, with the importing State.*

³³⁴ Ib.

³³⁵ PONTI, *op. cit.*, p. 660.

³³⁶ Si vedano Report citato, para. 111 e ss.; DURSHST, *op. cit.*, p. 1022; J. LUNN, *UK Arms Export Control Policy*, in *House of Common Library Research Papers*, SN02729, 21 novembre 2014, pp. 2-5.

³³⁷ In tal senso, si veda il *Report*, *ib.*

³³⁸ Sul punto, bisognerebbe menzionare il fatto che la lettera dell'art. 7 ATT, come anche l'art. 6, non specifica se il ricevente debba essere necessariamente uno Stato o possa identificarsi anche in un attore non statale. La "neutralità" della lettera della disposizione farebbe sì che anche quest'ultimo tipo di trasferimenti non venga a priori escluso.

³³⁹ Art. 7, § 4.

La dottrina principale si è espressa in maniera non uniforme in relazione alla lettera ed al significato di tale articolo.

Da un lato, un orientamento dottrinale minoritario tende a concentrarsi sul valore attribuito al termine associato alla valutazione, ovvero l'aggettivo “*overriding*”³⁴⁰, il quale sembrerebbe generare dei dubbi interpretativi. Interpretando questo termine alla luce del criterio generale sull'interpretazione dei trattati in più lingue ufficiali³⁴¹, l'orientamento maggioritario tende ad affermare come tale termine debba essere inteso nel senso di “preponderante”³⁴². Ciò in ragione del fatto che la valutazione debba tener conto di “*un rischio da ponderare alla luce di altre considerazioni*”³⁴³, ovvero verrebbe messo immediatamente in relazione con l'obbligo previsto dal trattato, e di cui più *supra*, di conservazione dei registri e di raccolta delle informazioni rilevanti prima di autorizzare il trasferimento. Ciò verrebbe visto come assimilabile all'indagine che uno Stato deve esperire con riguardo al principio di *non-refoulement* nell'ambito della tortura³⁴⁴.

La dottrina, quindi, sostiene che la ponderazione debba necessariamente fondarsi sulla totalità dei fattori che entrano in gioco al momento dell'esportazione³⁴⁵. Inoltre, la ponderazione del caso verrebbe completata dalla possibilità di adottare misure per l'attenuazione del rischio, previste dall'art. 7(2) dell'ATT³⁴⁶. Ciò quindi avrebbe, secondo tale orientamento, l'effetto logico di predisporre una mitigazione del rischio, alla luce delle esigenze ponderate, tra cui vi rientra anche l'influenza sull'economia nazionale data dalla vendita delle armi³⁴⁷.

Dall'altro, un orientamento di senso opposto, ma prevalente, tende a tradurre, sulla base del medesimo presupposto interpretativo, il termine “*overriding*” con il termine “sostanziale”, in quanto ritiene che l'autorizzazione all'esportazione vada negata sulla base delle informazioni disponibili e raccolte, separando pertanto l'obbligo di valutazione da quello di raccolta delle informazioni³⁴⁸.

7. Contrasto tra “commercio” in armi e principio di neutralità

7.1 - L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione di armamenti.

Si è visto³⁴⁹ come la questione dell'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione sia strettamente collegata al tema delle misure restrittive adottate dagli Stati in materia di armamenti. Tale applicazione, secondo parte della dottrina, potrà avvenire in base ai criteri *supra* esposti³⁵⁰.

Prima di inquadrare il fenomeno con specifico riferimento agli armamenti, sono necessarie

³⁴⁰ Art. 7, § 3.

³⁴¹ Art. 33 della Convenzione di Vienna del 1969.

³⁴² Ciò sarebbe evidenziato meglio nel testo in lingua ufficiale francese dell'art. 7, § 3, che recita: “*Si, à l'issue de cette évaluation et après avoir examiné les mesures d'atténuation des risque disponibles, l'État Partie exportateur estime qu'il existe un risque prépondérant de réalisation d'une des conséquences négative prévues au paragraphe 1, il n'autorise pas l'exportation*”.

³⁴³ COCO, *op. cit.*, p. 1236.

³⁴⁴ Art. 3, § 2, della Convenzione contro la tortura ed altro trattamento crudele, inumano o degradante, firmata a New York il 10 dicembre 1984, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1465, n. 24841, p. 113 e ss.

³⁴⁵ Ovvero, si dovrebbe tener conto non solo di esigenze legate alla sicurezza nazionale, ma anche di quelle relative agli obblighi previsti nel diritto internazionale in materia, quale ad esempio il divieto di fornire armi a gruppi armati di ribelli, laddove vi sia il possibile “sospetto” che serie violazioni delle norme sulla protezione dei diritti umani, o di norme relative al diritto internazionale umanitario, o finanche la lesione della sicurezza dello Stato su cui insistono, possano essere da questi commesse.

³⁴⁶ Come sono, a tutti gli effetti, le misure per la costruzione della fiducia e sicurezza (*confidence and security-building measures*).

³⁴⁷ COCO, *op. cit.*, p. 1240-1241.

³⁴⁸ PONTI, *op. cit.*, p. 659-660; A. CLAPHAM, *Arms Trade Treaty: A Call for Awakening*, in *Antonio Cassese Initiative - Letter*, maggio 2013, n.1, p. 9. Ciò sarebbe in linea anche con la prassi degli Stati, in particolare con la dichiarazione rilasciata dal rappresentante della Nuova Zelanda all'atto di firma del testo dell'accordo.

³⁴⁹ Vedi *supra*, § 7.1.

³⁵⁰ A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione. Contributo allo studio dei fenomeni di extraterritorialità nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1995.

alcune premesse. La definizione di “*giurisdizione dello Stato*” nel diritto internazionale risulta essere alquanto controversa, data la caratterizzazione che viene data all'espressione da parte degli Stati stessi. Parte della dottrina espone la differenza che intercorre tra i concetti di “*sovranità*” e “*giurisdizione*”, secondo cui quest'ultima

“*postula che il diritto internazionale interviene a tutelare il potere di regolamentazione di uno Stato determinandone anche i limiti di esercizio*”³⁵¹,

mentre la “*sovranità*” sarebbe intesa come il potere esclusivo esercitato da ogni Stato sulla propria comunità territoriale, salvo che non vi siano principi a carattere generale nel diritto internazionale che dispongano attenuazioni di tale potere³⁵².

Confrontando queste definizioni con quanto riferito in precedenza sulle restrizioni all'esportazione³⁵³, si intuisce, in prima analisi, come il concetto di giurisdizione abbia limiti più stringenti nella teoria generale, al contrario dell'applicazione di controlli transfrontalieri, inteso in maniera piuttosto ampia e quasi slegata da limiti concettuali. In sostanza, se la giurisdizione è modellata secondo i limiti imposti dal diritto internazionale, gli eventuali controlli e restrizioni che uno Stato intende applicare rimangono sempre nella sua completa disponibilità, vale a dire nel cd. “*dominio riservato*” (*domestic jurisdiction*)³⁵⁴.

È quindi su questa base che si colloca il concetto di extraterritorialità, definito dalla dottrina come

“*l'emanazione o l'esecuzione di leggi, regolamenti, sentenze di tribunali, ordini o decisioni amministrative che abbiano lo scopo di regolare la condotta di persone all'estero, venendo così in concorrenza o addirittura in conflitto con il potere di altri Stati di regolare le stesse fattispecie*”³⁵⁵.

L'applicazione extraterritoriale di misure restrittive può anche interessare misure di *embargo*, sia stabilite dagli Stati, sia decise da organizzazioni internazionali. Nel primo caso, saremo di fronte a una misura restrittiva assimilabile alla contromisura:

“*Talvolta, al fine di apprezzare la liceità di misure unilaterali di controllo all'esportazione, soprattutto quando queste risultano comprese in più generali azioni di embargo, si rende necessaria un'analisi volta ad accertare se le suddette misure, seppur di per sé qualificabili come illecite sotto il profilo del diritto internazionale generale o convenzionale, siano invece da riguardarsi come lecite in quanto adottate in reazione ad un illecito altrui. In tali circostanze, infatti, esse sarebbero riconducibili alla categoria delle contromisure, che rappresenta - com'è noto - una legittima causa di esclusione dell'illecito internazionale*”³⁵⁶.

³⁵¹ BIANCHI, *op. cit.*, p. 18; Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Decreti sulla nazionalità in Tunisia e in Marocco*, Serie B, n. 4 (1921), pp. 23-24; Id., caso *Lotus (Francia c. Turchia)*, sentenza del 7 settembre 1927, Serie A, n. 10 (1927), p. 10 e ss..

³⁵² BIANCHI, *op. cit.*, p. 314. Corte Permanente di Giustizia Internazionale, caso *Lotus* cit., p. 18; Corte Internazionale di Giustizia, *Corfu Channel* citato, p. 35; *Military Activities* citata, pp. 127-129.

³⁵³ Vedi *supra*, para. 5.2.

³⁵⁴ Il concetto di “dominio riservato” fu espresso per la prima volta nella controversia relativa alle *Concessioni di Mavrommatis in Palestina (Grecia c. Regno Unito)*, Serie A02, sentenza del 30 agosto 1924, p. 34) dinanzi la Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Per una disamina del concetto, si veda CONFORTI-FOCARELLI, *op. cit.*, p. 169 e ss.; R. ÜRPMANN-WITZACK, voce *Mavrommatis Concessions Cases*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Marzo 2013.

³⁵⁵ BIANCHI, *op. cit.*, p. 25. L'autore, però, precisa che questa definizione non intende esaurire tutte le fattispecie applicative esistenti, in quanto nel diritto internazionale dell'economia si conoscono altri tipi di applicazione extraterritoriale, i quali vengono solitamente distinti come fenomeni di extraterritorialità *diretta* (ossia quando l'attività dello Stato si riferisce a situazioni e soggetti situati all'estero, o comunque al di fuori dell'ambito di giurisdizione dello Stato) ed *indiretta* (ossia in riferimento a quelle norme che pongono sanzioni da irrogarsi in caso di violazioni da parte del soggetto esportatore, se situato o residente nel territorio dello Stato regolatore). Per una breve disamina si vedano meglio le pp. da 25 a 27. Con riferimento alla prassi giurisprudenziale interna, si vedano: A. BIANCHI, *Esportazione* cit., p. 74 e s., relativamente alla causa *U.S. v. Evans et al.*, 667, F. Supp. 964 (1987) in materia di riesportazioni vietate; W. CZAPLINSKY, *An Extraterritorial Jurisdiction in case of Illegal Arms Trade - a Polish American Dispute*, in *Revue belge de droit international*, 1993, vol. XXVI, n. 1, pp. 140-146, relativamente al caso *U.S. v. Hendron et al.*, 92 CR 924 (EHN) in materia di transazioni illecite di armamenti con l'Iraq, allora sottoposto ad *embargo*. Di questi, come di altri casi, si darà conto nel corso della redazione di questo lavoro.

³⁵⁶ BIANCHI, *op. cit.*, p. 348-49.

Quindi, secondo la dottrina, la possibilità di qualificare l'esercizio della giurisdizione come illecito è da valutarsi in concreto, quando gli Stati abbiano deciso di reagire ad una determinata situazione (al fine, ad esempio, di garantire il rispetto dei diritti umani, come nel caso dell'embargo statunitense su Cuba). Nel caso in cui i normali presupposti per il ricorso alla contromisura non si riscontrino, la dottrina sostiene che si sarà in presenza di un uso illecito dell'esercizio della giurisdizione³⁵⁷.

7.2 - Neutralità quale divieto di ingerenza applicata ai trasferimenti di armi

Uno dei profili toccati dalla problematica del commercio internazionale di armamenti emerge dal contrasto tra la materia in oggetto ed il principio di neutralità, inteso come divieto di ingerenza negli affari interni e divieto di intervento durante un conflitto armato³⁵⁸.

Per quanto non sembri esserci una differenziazione concettuale, basata sulla terminologia impiegata, per ragioni di comodità espositiva si intenderà con principio di non ingerenza l'intrusione in affari interni al di fuori di un conflitto armato, per il quale, invece, sussiste il divieto di intervento.

In riferimento al divieto di ingerenza, parte della dottrina afferma come, data anche la rilevanza della prassi esistente³⁵⁹, tale principio, dal contenuto variegato ma non uniforme³⁶⁰, potrebbe avere come discriminine la coercizione utilizzata da un altro Stato per determinare l'indirizzo politico, economico, legislativo, sociale e culturale, financo diplomatico e delle relazioni estere di un dato Stato³⁶¹. Questa argomentazione troverebbe il suo fondamento principale sia nella prassi delle risoluzioni dell'Assemblea Generale, sia nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia. Con particolare riferimento a quest'ultima, tale orientamento segnala la statuizione della Corte la quale afferma che:

*“The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of a military action, or in the direct form of a support for subversive or terrorist armed activities within another State”*³⁶².

In relazione, dunque, a tale impostazione, si colloca l'applicazione extraterritoriale di misure restrittive dell'esportazione, nelle quali si possono annoverare anche restrizioni per trasferimenti di armamenti, l'applicazione delle quali è vista dalla dottrina come *uso coercitivo della giurisdizione*.

Malgrado questo assunto, la dottrina minoritaria non è propensa a riconoscere il fondamento giuridico del medesimo. In particolare³⁶³, nel tentativo di ricostruire un principio che vieti

³⁵⁷ L'esempio offerto è quello del *Cuban Democracy Act* del 1992, successivamente modificato nel 1996 con il *Libertad Act*, il quale istituisce un regime di embargo sui prodotti in contrasto alla presenza di un regime di matrice comunista sull'isola caraibica, e definito quale illecito internazionale, in quanto violante il principio di non intervento. Per una disamina, si veda BIANCHI, *op. cit.*, pp. 358 ss.

³⁵⁸ Un'ottima analisi della questione terminologica viene fornita da R. SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni. Contributo allo studio della tutela giuridica internazionale della potestà di governo*, Giuffrè, Milano, 1990. L'autore spiega (p. 11, nota 1) come i termini che indicano tale principio spesso vengono utilizzati in maniera indifferente. Ciò in ragione del fatto che, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, il principio assunse la locuzione finale di “affari interni”, differenziandosi dal correlativo negli “affari esterni”, poiché con i primi si indicavano quegli atti del cd. “dominio riservato”, relativamente alla gestione interna dello Stato, esclusi dall'ambito internazionale e considerati non sindacabili da altri Stati.

³⁵⁹ Si vedano, per tutte: Ris. Dell'Assemblea Generale 2131 (XX) del 21 dicembre 1965 sull'inammissibilità dell'intervento negli affari interni degli Stati, la protezione della loro indipendenza e sovranità; Ris. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970 relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati in conformità alla Carta delle Nazioni Unite; Ris. 36/103 del 9 dicembre 1981 concernente l'inammissibilità dell'intervento e dell'ingerenza negli affari interni degli Stati.

³⁶⁰ Si vedano le numerose dichiarazioni rilasciate dai rappresentanti degli Stati in seno all'Assemblea Generale, all'atto di approvazione delle risoluzioni di cui *supra*.

³⁶¹ MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione* citata, p. 150-52.

³⁶² Corte Internazionale di Giustizia, *Military Activities* citata, § 205.

³⁶³ BIANCHI, *op. cit.*, p. 323-333.

l'applicazione extraterritoriale di misure di carattere economico, l'orientamento prevalente analizza la prassi esistente in materia³⁶⁴ e riconosce come il principio di non ingerenza si configuri con qualsiasi atto di potestà governativa, il quale diffonda i suoi effetti all'esterno del territorio nazionale e arrivi ad incidere sulle scelte di politica interna di altri Stati³⁶⁵.

In senso contrario a questa opinione si colloca un'opinione dottrinale maggioritaria, la quale, nella ricerca di una differenziazione terminologica e sostanziale tra i due divieti, sottolinea come la qualificazione del principio dipenderebbe da un requisito materiale, ovvero l'uso della forza armata. Tale requisito distinguerebbe la non ingerenza dal non intervento. Infatti, quest'ultimo atterrebbe ai casi in cui è espressamente vietato l'uso della forza armata, al pari del principio *stricto iure* di non intervenire al fianco di una parte belligerante, nel corso di un conflitto armato; la non ingerenza si qualificherebbe, invece, come

“ogni comportamento attraverso il quale si eserciterebbe una coercizione sullo Stato”³⁶⁶.

La configurazione del principio, così come esposta dagli studiosi, finisce per avere una prevalente valenza politica³⁶⁷. E ciò sembrerebbe essere manifestato anche dalla prassi internazionale in materia. Giuridicamente parlando, però, la dottrina maggioritaria sostengono quanto riferito dalla Corte Internazionale di Giustizia, qualificando l'uso della coercizione come il discrimine principale tra i due divieti. Al contrario, la dottrina minoritaria constaterrebbe la presenza della violazione del divieto

“nell'intensità delle misure adottate e nella loro effettiva capacità di realizzare un danno economico tale da ridurre l'economia di un paese in una condizione di sostanziale fallimento”³⁶⁸.

Secondo tale orientamento, quindi, il principio di non ingerenza fungerebbe da garanzia negativa del principio di sovranità: laddove gli Stati godano di un certo grado di libertà di gestione di determinate questioni, il principio di non ingerenza diverrebbe uno “schermo” e barriera contro le azioni e le misure restrittive di altri Stati³⁶⁹.

Tuttavia, quando realmente si può dire che tali misure possano essere considerate “lesive” della sovranità interna di uno Stato? L'orientamento in questione individua il criterio principale, costituito dall'analisi in concreto dell'incidenza delle misure restrittive³⁷⁰. A tal proposito, gli studiosi ritengono che tali atti possano anche inficiare il diritto all'autodeterminazione dei popoli, riconosciuto nel diritto internazionale quale diritto cogente ed imperativo. E ciò lo ritengono a maggior ragione, quando le misure restrittive arrivino ad incidere sul godimento dei diritti degli individui, e prima ancora sulla capacità di un governo di prendere decisioni politiche e giuridiche in maniera indipendente³⁷¹.

In definitiva, per questa parte della dottrina il principio di non ingerenza verrà valutato applicabile in base ad un criterio di coercibilità laddove in maniera sistematica si rilevi un mancato espletamento della sovranità di uno Stato, verificando in concreto l'influenza delle misure restrittive applicate.

V'è di più. La coercizione viene qui qualificata come ulteriormente lesiva della sovranità, la quale, quindi, contribuisce ad incrementare la violazione della sovranità, laddove materialmente si concreti in attività di incitamento alla rivolta da parte dei sudditi contro il governo, ovvero possano

³⁶⁴ Si veda, in dottrina: in senso favorevole ad ammettere la liceità di tali applicazioni, I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 2008, VII° ed., Oxford University Press, Oxford, p. 85 ss.; in senso contrario, SAPIENZA, *op. cit.*, p. 128 e ss.

³⁶⁵ BIANCHI, *op. cit.*, p. 325. Si veda anche SAPIENZA, *op. cit.*, p. 134, il quale, però, non considera la presenza di tali atti come risolutiva della determinazione dei confini del principio di non ingerenza.

³⁶⁶ SAPIENZA, *op. cit.*, citazione p. 32.

³⁶⁷ Si veda, in questo senso, T. J. FARER, *Political and Economic Coercion in Contemporary International Law*, in *American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, n. 2, p. 406 e s.

³⁶⁸ BIANCHI, *op. cit.*, citazione, p. 328.

³⁶⁹ *Ib.*

³⁷⁰ BIANCHI, *op. cit.*, p. 330.

³⁷¹ BIANCHI, *op. cit.*, p. 332.

portare al rovesciamento dell'ordine pubblico preconstituito³⁷². Ed è in questo senso che tale orientamento legge l'affermazione della Corte Internazionale di Giustizia di cui *supra*: laddove la fornitura di armi favorisca i ribelli nell'attività di eversione dell'ordinamento interno di uno Stato, si concreta la violazione della non ingerenza. Come precisato dalla Corte, e come sostenuto anche dalla dottrina prevalente, perché si configuri questa particolare condotta è semplicemente necessaria la sua idoneità al rovesciamento, non importando se lo Stato terzo abbia o meno condiviso il fine eversivo, o se il suo intervento non sia affatto qualificabile come armato³⁷³. In sostanza, il semplice fatto di aver fornito assistenza militare e armata ad un gruppo di ribelli costituisce di per sé violazione del principio di neutralità.

7.3 - Neutralità quale divieto di intervento in un conflitto armato e divieto di trasferimento ad attori non statali

Riguardo, invece, al principio di non intervento in un conflitto armato, questo mostra una più immediata connessione con i trasferimenti di armi. Infatti, secondo un orientamento considerato prevalente in materia di armi³⁷⁴, la norma prevista dall'art. 2(1) della Carta delle Nazioni Unite va nel senso di vietare agli Stati terzi di fornire armamenti ad uno Stato, o soggetto non statale, in tempo di conflitto armato. Laddove il trasferimento avvenga in maniera consensuale, non sarebbe in contrasto con il principio in questione³⁷⁵. Ma a ciò va aggiunta l'affermazione di un orientamento minoritario, che sottolinea come tale principio, concepito per impedire agli Stati di intervenire nell'ambito di un conflitto armato, non possa applicarsi nei confronti di soggetti non statali³⁷⁶, i quali sono liberi di agire, salvo l'imposizione di restrizioni da parte degli Stati³⁷⁷. Gli obblighi, quindi, si imporrebbero, a detta della dottrina prevalente, in capo agli Stati, ed in particolare nei confronti di Stati terzi rispetto ad un conflitto armato, i quali dovrebbero astenersi dal partecipare al conflitto; per converso, tali Stati avrebbero un loro diritto a non essere coinvolti nel conflitto³⁷⁸.

Proprio con riferimento ai soggetti che stipulano accordi di trasferimento di armi, la dottrina prevalente distingue i soggetti che agiscono in base a questo principio, vale a dire quei soggetti che hanno capacità di perfezionare gli accordi di scambio di armamenti, ovvero i governi legittimi. Lo studio della prassi, globale e regionale, induce gli studiosi alla conclusione di ritenere come illeciti i trasferimenti compiuti nei confronti di attori non statali, o quanto meno di richiedere agli Stati di avere particolare cura nell'autorizzare il trasferimento³⁷⁹.

Le considerazioni qui sopra riportate vengono riprese anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Attività militari e paramilitari* citata

³⁷² SAPIENZA, *op. cit.*, p. 88-89.

³⁷³ SAPIENZA, *op. cit.* p. 94.

³⁷⁴ Z. YIHDEGO, *The Arms Trade* citato, p. 145.

³⁷⁵ *Ib.*

³⁷⁶ Artt. 6 della V e 7 della XIII Convenzione dell'Aia del 1907, che sanciscono gli obblighi di natura consuetudinaria della non partecipazione ad un conflitto e non discriminazione di una parte belligerante. ZIMMERMANN, *Cash-and-Carry Clause* citata, para. 2.

³⁷⁷ G. P. POLITAKIS, *Variations on a Myth: Neutrality and the Arms Trade*, in *German Yearbook of International Law*, 1993, vol. 35, pp. 435-506, a p. 435. Lo studioso sottolinea, inoltre, come il generale *laissez-faire* accordato alle industrie belliche private, qualora dovesse sfociare nello scoppio di un conflitto armato, non potrebbe garantire il ricorso alla protezione diplomatica da parte dello Stato di nazionalità.

³⁷⁸ M. BOTHE, *Neutrality* citato, §§ 1-2.

³⁷⁹ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 153-156. Si vedano, come esempio di prassi rilevante: art. 2 della *Draft Convention on Control of International Trade in Arms, Ammunition and Implements of War*, in *Proceedings of the Conference on Supervision of International Trade in Arms and Ammunition and Implements of War*, Ginevra, 4 maggio-17 giugno 1925, p. 35; art. 4(2) del Protocollo ONU del 2001 sulle armi da fuoco citato; § 80(a) del *Report* del *Panel* di esperti del 1997 citato; § I(5) delle *Best Practice Guidelines for Export of Small Arms and Light Weapons*, come emendate nel 2007, disponibili sul sito http://www.wassenaar.org/publicdocuments/2007/docs/SALW_Guidelines.pdf.

più *supra*³⁸⁰ ed alle opinioni di altra dottrina in materia³⁸¹. Per quanto attiene questi due profili, l'opinione espressa dall'orientamento prevalente va nel senso di non poter ammettere né un mutamento della norma consuetudinaria sul divieto di non intervento, né l'intervento al fianco di attori non statali, quali i gruppi armati di opposizione ed i rivoltosi, in quanto si avrebbe una violazione del divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali tra Stati³⁸².

Secondo tale orientamento, però, possono essere posti in essere anche trasferimenti nei confronti di attori non statali od entità diverse dagli Stati. La dottrina, quindi, delimita l'ambito di ricerca a due soli entità in particolare: i movimenti di liberazione nazionale e le entità speciali che agiscono nel diritto internazionale³⁸³.

Per quanto riguarda i primi, il problema dei trasferimenti, o della fornitura, di armi nei loro confronti discende dalla prassi. Secondo l'orientamento prevalente, sembrerebbe non contestabile il fatto che questi soggetti, in quanto rivendicanti il diritto all'autodeterminazione, possano ricevere assistenza da parte di altri Stati, ma non sembrerebbe chiaro se questo aiuto possa avere anche la forma dell'assistenza militare. Uno spunto risolutivo viene rinvenuto nella prassi delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, il quale sembrerebbe distinguere tra aiuto politico-militare e assistenza umanitaria³⁸⁴. Malgrado queste ambiguità, gli Stati hanno spesso inteso la fornitura di armi come rientrante nel genere di aiuti di cui potevano disporre, soprattutto nel periodo della Guerra Fredda.

Nello stesso senso sembrerebbe porsi anche la Corte Internazionale di Giustizia, la quale ha sempre tenuto a precisare come il diritto all'autodeterminazione dei popoli coloniali potesse essere validamente supportato³⁸⁵. In senso contrario, può essere offerta l'opinione dissenziente del giudice Schwebel nella sentenza *Attività militari e paramilitari* citata, il quale esprime rammarico per la decisione della Corte di considerare legittimi gli aiuti forniti ai popoli coloniali, siano essi di natura politica, militare o umanitaria, ma non fare altrettanto con riguardo alla fornitura di armi da parte di Stati terzi verso governi legittimi contro i quali tali movimenti sono in lotta³⁸⁶.

Proseguendo nell'analisi, l'orientamento in questione sottolinea un'inversione di tendenza negli anni più recenti: il Programma di Azione dell'Assemblea Generale del 2001³⁸⁷ ha riaffermato l'esigenza di rispettare il principio di autodeterminazione dei popoli, ma, al tempo stesso, ha affermato l'impossibilità di avvalersi genericamente del principio, laddove tali tipi di reclamo siano tesi a minare la stabilità ed integrità del territorio dello Stato. Quindi, la fornitura di armi, tesa a supportare tale rivendicazione illegittima, viene vista come una minaccia alla stabilità della pace e sicurezza nazionale, e di riflesso a quella internazionale. Questa impostazione, a detta della dottrina, è stata seguita anche di recente al fine di disconoscere i diritti all'autodeterminazione invocati da

³⁸⁰ Con riferimento alle attività di fornitura di armi dagli Stati Uniti ai *contras*, la Corte si era espressa nel senso di non avallare un mutamento della tradizionale regola del non intervento, come enucleata nelle risoluzioni dell'Assemblea Generale menzionate (§ 207); inoltre, la Corte si esprime altresì nel senso di non ammettere, nel diritto internazionale generale, una norma che consentisse l'intervento al fianco di gruppi armati di opposizione, e che tale forma di azione sarebbe stata da considerare una violazione del divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, ex art. 2(4) Carta ONU (§ 209).

³⁸¹ Si vedano i contributi raccolti in *American Journal of International Law*, 1987, vol. 81, n. 1, p. 1 e ss., specificatamente dedicati al tema della sentenza *Nicaragua c. USA*.

³⁸² YIHDEGO, *op. cit.*, pp. 160 e ss.

³⁸³ Con tale espressione, lo studioso individua quei soggetti a capacità limitata di diritto internazionale, quale l'Autorità palestinese, Taiwan, la Repubblica turca di Cipro del Nord, il Sahara Occidentale e la Santa Sede. YIHDEGO, *op. cit.*, p. 173.

³⁸⁴ Si veda, ad esempio, la ris. 417 del 1977 sulle restrizioni imposte al governo segregazionista del Sudafrica, in cui il Consiglio di Sicurezza chiede espressamente ai Governi “*to contribute generously for assistance to the victims of violence and repression, including educational assistance to student refugees from South Africa*” (§ 5). diversamente, la ris. 2170 del 2014 chiede agli Stati di contribuire “*con ogni sforzo possibile*” (§ 7) alla protezione delle minoranze curde nel Nord Iraq, minacciate dall'avanzamento dello Stato Islamico.

³⁸⁵ Si veda, ad esempio, il § 206 della sentenza *Military Activities* citata.

³⁸⁶ *Dissenting Opinion of Judge Schwebel*, in *ICJ Reports*, 1986, p. 351, § 179.

³⁸⁷ *Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects*, A/CONF.192/15, sottoscritto a New York il 20 luglio 2001.

diverse bande di guerriglieri in Africa³⁸⁸.

In buona sostanza, per l'orientamento prevalente, la norma che vieta di fornire armi ad attori non statali non sarebbe da applicare nei confronti dei movimenti di liberazione nazionale, nella misura in cui questi movimenti presentino i necessari requisiti richiesti dalla prassi e dal diritto internazionale³⁸⁹. Quindi, vi sarebbe anche l'obbligo per gli Stati di non far transitare carichi di armi verso territori in cui agiscono movimenti di liberazione nazionale che non posseggano i requisiti necessari³⁹⁰.

SEZIONE III – PROFILI DI RESPONSABILITÀ E ADEMPIMENTO AGLI ACCORDI IN MATERIA DI TRASFERIMENTI DI ARMI

8. Profili di responsabilità per “commercio” illecito di armi

La dottrina internazionalistica non esclude la commissione di illeciti o crimini internazionali tramite violazione delle disposizioni che regolano i trasferimenti internazionali di armi.

I profili di responsabilità che verranno qui di seguito esplicitati attengono tanto a quella degli Stati, ovvero i principali attori del “commercio” in armi, quanto a quella di individui, ovvero coloro che agiscono in qualità di pubblici ufficiali dello Stato, come anche di coloro che agiscono in veste del tutto privata.

8.1 – Responsabilità internazionale dello Stato per violazione delle disposizioni che vietano i trasferimenti di armi

Le attività di trasferimento di armi sono tipicamente poste in essere attraverso scambi che intervengono tra Stati. Ciò è ammissibile in ragione del monopolio commerciale stabilito dagli Stati per quanto attiene sia la fase di produzione, sia quella di vendita degli armamenti, nonché in base ad un'*opinio juris* progressivamente formatasi a partire dalla fine della I° guerra mondiale³⁹¹.

Invero, l'esigenza di “commerciare” armamenti si lega soprattutto, alla necessità di proteggersi, od auto-difendersi³⁹² rispetto ad eventuali minacce dell'uso della forza armata³⁹³. I trasferimenti di armi, seppure dettati da finalità di legittima difesa, tuttavia rappresentano una minaccia per la sicurezza internazionale³⁹⁴.

Inoltre, la dottrina sostiene che la preservazione della stabilità internazionale vada di pari passo, almeno di recente, con il rispetto di determinate categorie normative, che regolano le condotte poste in essere dagli Stati nei trasferimenti di armi, tra i quali si ritrovano i diritti umani, il diritto

³⁸⁸ Si vedano, come esempi, le riss. del Consiglio di Sicurezza n. 1519/2003 sulla situazione in Somalia e 1556/2004 sulla situazione in Sudan.

³⁸⁹ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 172.

³⁹⁰ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 173.

³⁹¹ DELBRUCK, *Internationa Traffic* citato, p. 114 e ss.

³⁹² BASTID-BURDEAU, *Le commerce international* citato, § 1.

³⁹³ Questa condizione viene posta anzitutto dalla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: *Military Activities* citata, § 237; *Dispute Concerning Oil Platforms in the Persian Gulf (Iran v. USA)*, 6 novembre 2003, in *I.C.J. Reports*, 2003, p. 161, § 51; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territories*, advisory opinion, 9 giugno 2004, in *I.C.J. Reports*, 2004, p. 194, § 139. BELLAL-CASEY MASLEN-GIACCA, *Implications of International Law* citato, p. 12, esprimono il loro dubbio sulla validità di ricondurre le acquisizioni di armamenti all'interno della disciplina della legittima difesa, ma vedono un'eventuale giustificazione nel principio di sovrana uguaglianza tra Stati, come espresso dalla *Dichiarazione di Principi di diritto internazionale dell'Assemblea Generale sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati* del 24 ottobre 1970 (A/RES/25/2625).

³⁹⁴ Sulla necessità di contenere la diffusione delle armi convenzionali, ed in particolare le armi leggere e di piccolo calibro, si vedano, ad esempio: risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU 2117 (2013) del 26 settembre 2013 (S/RES/2117/2013), IV-V considerando e § 2; Rapporto del Segretario Generale del 22 agosto 2013 (S/2013/503) sulle armi leggere e di piccolo calibro, p. 2, § 2; Risoluzione dell'Assemblea Generale 68/48 del 10 dicembre 2013 (A/RES/68/48), § 1.

internazionale umanitario e gli obblighi scaturenti dalla Carta ONU, in particolare l'osservanza delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza circa le misure restrittive imposte nei confronti di determinati Stati³⁹⁵.

Sul punto, il recente Trattato sul commercio di armamenti (d'ora in avanti ATT) del 2013³⁹⁶ è risultato un utile spunto per la maggior parte della dottrina per analizzare i profili della responsabilità nel diritto internazionale³⁹⁷.

La dottrina è sostanzialmente concorde nell'affermare che gli artt. 6 e 7 del Trattato fungono da perno centrale dell'intera disciplina, in quanto stabiliscono vincoli innovativi rispetto alla precedente e frammentata normativa. Lo studioso riscontra (art. 7) un divieto di autorizzazione al trasferimento a seguito di una valutazione positiva della probabilità di commissione di illeciti (*overriding risk*)³⁹⁸. Questa valutazione, per usare i termini dell'art. 7, deve essere fatta preventivamente, attraverso, ad esempio, la tenuta di registri e la consultazione degli stessi (come imposto dall'art. 9), oppure dalla redazione di una lista apposita in cui sono elencati eventuali soggetti statali o non statali, a cui viene associata la commissione di illeciti e la violazione accertata di norme internazionali³⁹⁹.

Non vi deve essere solo una valutazione sul destinatario del trasferimento: secondo la dottrina, l'obbligo di osservanza del diritto internazionale generale, in cui si riconducono anche le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU che istituiscono *embargoes* per le armi, pende non solo sullo Stato esportatore, che violerebbe così un obbligo *erga omnes*⁴⁰⁰, ma anche su quello di destinazione⁴⁰¹.

Si pone, anzitutto, il generale problema dell'imputabilità in concreto per trasferimento illecito di armi. Laddove le disposizioni non chiariscano questo profilo, secondo lo studioso dovrebbe essere sempre possibile ricondurre la responsabilità in capo allo Stato, quale soggetto a cui si imputa il generale dovere di osservanza del diritto internazionale, e specialmente dei diritti umani⁴⁰². Gli studiosi vedono emergere questa impostazione anche da obblighi specifici, come quello prescritto dall'art. 5 dell'ATT, che impone lo stabilimento da parte dei governi statali di adeguati sistemi di controllo i quali consentano di prevenire trasferimenti illeciti di armi. Altresì, non si esclude la responsabilità di altri attori nazionali (siano essi pubblici o privati) coinvolti nel trasferimento, quantomeno sul piano del diritto interno⁴⁰³.

La violazione del diritto internazionale può avvenire attraverso un numero considerevole di attività. Ciò dipenderebbe, secondo l'orientamento prevalente, dall'ampiezza terminologica che viene attribuita al termine *transfer*, di più ampio respiro rispetto alle mere vendite (*sales*) o forniture (*supplies*), ritenute una specificazione della prima categoria.

Riguardo alla protezione dei diritti umani, non vi sono norme internazionali che proibiscano *prima facie* i trasferimenti illeciti. Il fine principale dei trattati sui diritti umani è quello di far in modo che gli Stati rispettino ed osservino i diritti fondamentali dei sudditi, al di fuori come all'interno dell'ambito di giurisdizione⁴⁰⁴. Semmai, la violazione di queste norme può derivare dal trasferimento di determinate armi, successivamente utilizzate da soggetti non autorizzati al possesso

³⁹⁵ BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 12. Per una breve disamina sulle misure restrittive, si veda *supra* al punto 1.2.1

³⁹⁶ Vedi nota 8.

³⁹⁷ Sul punto, è da notare l'analisi di BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 14, la quale menziona il problema della corruzione di pubblici ufficiali nelle transazioni economiche tra Stati industrializzati e Paesi in via di sviluppo. Dell'argomento si vorrà dar conto più avanti nel corso della trattazione di questo lavoro.

³⁹⁸ COCO, *op. cit.*, p. 1225 e ss.; PONTI, *op. cit.*, p. 656 e ss.; BRANDES, *op. cit.*, p. 616-622.

³⁹⁹ COCO, *op. cit.*, p. 1226.

⁴⁰⁰ BELLAL, CASEY-MASLEN, GIACCA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰¹ COCO, *op. cit.*, p. 1227, sottolinea come questo tipo di responsabilità "bifronte" sia determinata dalla lettera del testo dell'art. 6, § 2 dell'ATT, laddove indica che lo Stato viola il diritto internazionale quando pone in essere attività di *transfers* ricompresi dall'art. 2 dell'accordo, ovvero sia atti di esportazione, sia di importazione. Si veda altresì, PONTI, *op. cit.*, p. 655.

⁴⁰² Artt. 1(3), 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite; BELLAL et. al., *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰³ COCO, *op. cit.*, p. 1226.

⁴⁰⁴ BELLAL et al., *op. cit.*, p. 18.

di tali strumenti bellici. Si ritiene che ciò comporterebbe un obbligo quantomeno di investigare su tali fini, alla luce del diritto nazionale, come anche dello (scarno) diritto internazionale⁴⁰⁵.

Sempre con riferimento all'ATT, l'art. 6, para. 2 stabilisce un ulteriore obbligo in capo agli Stati, posto in relazione a quello sul controllo dei trasferimenti, sia in senso attivo (per lo Stato venditore) sia passivo (per quello acquirente)⁴⁰⁶:

“Poniamo il caso di uno Stato che non utilizzi - per scelta o per necessità - risorse adeguate ad assicurare ai propri cittadini il godimento del diritto al cibo, del diritto alla salute, del diritto ad essere trattati umanamente in detenzione [...] il medesimo Stato sarebbe obbligato a non autorizzare il trasferimento passivo (ossia l'acquisto) di armi convenzionali, qualora ciò comporti l'utilizzo di risorse che potrebbero altrimenti essere utilizzate per consentire il pieno rispetto di quei diritti, quantomeno quando l'acquisto non sia giustificato da esigenze di sicurezza nazionale”⁴⁰⁷.

La dottrina, dunque, ritiene che non vi sarebbero solo i diritti umani immediatamente lesi dall'utilizzo delle armi nel corso di un conflitto armato, ma anche quei diritti connessi alla vita economica e sociale di una nazione, i quali si identificano nell'espletamento dei servizi pubblici essenziali, finanziati con fondi erariali. Un'eventuale “distrazione” dei fondi per tali servizi, motivata da esigenze di deroga ai diritti (nella quale può configurarsi quella di difesa nazionale⁴⁰⁸) ma non legittimata alla luce degli esistenti strumenti di diritto internazionale, potrebbe configurare, una violazione da parte di uno Stato e la successiva configurazione di responsabilità in capo allo stesso⁴⁰⁹.

Con riferimento alle violazioni del diritto internazionale umanitario, per la dottrina queste possono configurarsi allorché il commercio di armamenti, se effettuato in maniera illecita, possa ledere il principio del rispetto e dell'osservanza delle condotte da tenere durante un conflitto armato⁴¹⁰. Inoltre, la violazione può derivare anche da trasferimenti che siano stati proibiti per certi

⁴⁰⁵ BELLAL et al., *op. cit.*, p. 19, suggeriscono come questo obbligo possa assomigliare a quello di indagine e valutazione sulla probabilità che un individuo straniero espulso, estradato o rinvio nel proprio Stato d'origine, non sia sottoposto a misure di tortura od altro trattamento inumano e degradante (*non-refoulement principle*). Una simile osservazione è fatta anche da COCO, *op. cit.*, p. 1241, che lo associa al procedimento di valutazione richiesto dall'art. 7 dell'ATT sul rischio prevalente o preponderante (*overriding risk*) che uno Stato deve compiere nel momento in cui trasferisce (*rectius*: esporta) armamenti a soggetti statali o meno. Per una disamina dell'istituto, si rinvia più avanti nel corso di questo lavoro.

⁴⁰⁶ Impostazione seguita anche da BELLAL et al., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰⁷ COCO, *op. cit.*, citazione p. 1228.

⁴⁰⁸ Per una disamina delle deroghe ai diritti umani, si veda L. DOSWALD-BECK, *Human Rights int Time of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 67 e ss.

⁴⁰⁹ Questa situazione si riscontra, ad esempio, negli accordi di compensazione di debiti (*offset agreements*), spesso stipulati in occasione di un *defence procurement in arms*. Con tali accordi, due Stati stabiliscono un compromesso di compensazione tra la somma di acquisto delle armi ed eventuali debiti pregressi dell'acquirente, e nel quale si determinano tanto le prestazioni principali di trasferimento, quanto quelle di fornitura ed assistenza militare, le quali si perfezionano nella mera manutenzione delle armi (effettuata in via principale od esclusiva dallo Stato venditore), l'addestramento delle forze armate locali (come evidenziato alla nota 34), e possono arrivare a stabilire anche prestazioni non immediatamente attinenti il servizio di fornitura ed assistenza militare volte a favorire gli investimenti delle imprese del fornitore, oppure sfruttare le risorse naturali del territorio dell'acquirente in via del tutto esclusiva. La compensazione, dunque, avrebbe anche lo scopo di avallare eventuali ulteriori interessi economici da parte del venditore nei confronti dell'acquirente, il quale ha il contrapposto interesse a ridurre i suoi debiti nei confronti del primo. Ciò, evidentemente, comporta una notevole “distrazione” di risorse da parte dello Stato acquirente (normalmente, un Paese in via di sviluppo). Per una disamina dell'istituto, si veda EISENHUT, *Offset in Defence Procurement* citato, pp. 393-403.

⁴¹⁰ Art. 1 comune alle 4 Convenzioni di Ginevra, 12 agosto 1949, in *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. I, Federal Political Department, Bern pp. 205-224; art. 1(1) del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati internazionali, 8 giugno 1977, *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*, Bern, Federal Department of Foreign Affairs, 1978. Questa impostazione è stata confermata dalla giurisprudenza (Corte Internazionale di Giustizia, *Attività militari* cit., para. 220), dalla prassi (*ICRC Statement on IHL criteria in Arms Trade Treaty*, New York, 2010, disponibile sul sito <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/arms-trade-treaty-standards-statement-200710.htm>), nonché è

tipi di armi convenzionali⁴¹¹.

La responsabilità verrebbe ulteriormente aggravata, nel momento in cui si accertasse che lo Stato ed i suoi organi hanno *conoscenza* che il trasferimento di armi possa comportare un serio rischio di commissione di crimini internazionali. Quindi, si sottolinea come questa impostazione sia ben esposta nell'art. 6, para. 3 dell'ATT, il quale, per gli studiosi, avrebbe un carattere di innovazione: i tipi di responsabilità si configurerebbero sia in capo allo Stato, per aiuto nella commissione di un illecito da parte di un altro Stato (sul modello dell'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità del 2001)⁴¹², sia in capo ad un individuo, per complicità in un crimine internazionale⁴¹³.

Tuttavia, la dottrina sottolinea anche difficoltà interpretative derivanti dal riferimento del disposto al termine "*knowledge*". Pur ammettendo la sua matrice penalistica e pur volendo appurare il fatto che la conoscenza, rispetto alla "consapevolezza", prefigura un elemento psicologico di minor grado, lo studioso⁴¹⁴ non condivide la scelta di impiegare questo termine anche in riferimento alla responsabilità dello Stato⁴¹⁵.

Ma al contrario, per far sì che questa impostazione sussista, si ritiene che sarebbe necessario ammettere che la conoscenza posseduta dal pubblico ufficiale che materialmente trasferisce il carico di armi sia la medesima posseduta dallo Stato di appartenenza o di inquadramento, ma questa affermazione si presta ad evidenti critiche: per la dottrina, la difficoltà principale è insita nel fatto che il procedimento di consegna si qualifica come un'attività amministrativa, e perciò posta in essere da più persone, che formano una "catena del trasferimento".

Se si tiene in considerazione che le amministrazioni dello Stato sono organizzate gerarchicamente, l'ipotesi prospettata sarebbe quella di configurare la responsabilità della "catena" alla luce della *joint criminal enterprise*⁴¹⁶. Il riferimento analogico a tale istituto, però, potrebbe far sorgere un contrasto con il divieto di applicazione analogica⁴¹⁷. Dunque, non potendo ricorrere per analogia agli istituti di tipo penalistico, viene palesata dalla dottrina la necessità di decidere sulla questione della responsabilità individuale in via incidentale nel giudizio di responsabilità statale, ma per quest'ultima non si avrebbe l'applicazione dello standard di prova del "*beyond any reasonable doubt*" tipico del processo penale⁴¹⁸.

Dunque, quale sarebbe il criterio corretto? La dottrina fornisce una soluzione interpretativa, basando la caratterizzazione della condotta esperita come imputabile allo Stato in quanto apparato. Difatti, sarebbe impossibile prescindere dal ruolo di pubblico ufficiale nella consegna di armamenti, e sarebbe altrettanto impossibile prescindere dall'inquadramento di tale soggetto agente

stata successivamente recepita nell'ATT (Art. 6, di cui più approfonditamente qui di seguito).

⁴¹¹ Art. 8(1-2) del II° Protocollo emendato del 1996 alla Convenzione del 1980 su alcune armi convenzionali, Doc. CCW/CONF.I/16 (Part I), in *UN Treaty Series*, vol. 2048, p. 93; Artt. 1 e 3 della Convenzione sul bando delle Mine anti-uomo del 1997, in *UN Treaty Series*, vol. 2056, p. 211; Artt. 1 e 3 (6-7) della Convenzione del 2008 sulle munizioni a grappolo, in *UN Treaty Series*, vol. 2688.

⁴¹² *Draft Articles on Responsibility of States* cit., p. 65.

⁴¹³ K. AMBOS, *Article 25 - Individual Criminal Responsibility*, in O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden Baden, 1999, p. 743 e ss.; COCO, *op. cit.*, p. 1229.

⁴¹⁴ COCO, *op. cit.*, p. 1229-1235.

⁴¹⁵ Si veda anche A. CASSESE, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, pp. 875-887, a p. 880, il quale critica la scelta della Corte Internazionale di Giustizia, *Applicazione della Convenzione* citata di seguito, di utilizzare i termini tipici del diritto penale per inquadrare la responsabilità dello Stato con riferimento alla prevenzione e repressione del crimine di genocidio.

⁴¹⁶ In senso contrario, si veda *Prosecutor v. Furundžija* (ICTY, IT-95-17/1.T, sentenza del 10 dicembre 1998), § 216.

⁴¹⁷ A. CASSESE-P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 34 e ss.

⁴¹⁸ Corte Internazionale di Giustizia, *Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la punizione del crimine di genocidio (Bosnia/Erzegovina c. Serbia-Montenegro)*, giudizio del 26 febbraio 2007, § 209-210, in *I.C.J. Reports*, 2007, p. 43 e ss. In questa pronuncia, è stato sottolineato anche l'obbligo di prevenire la commissione del crimine in questione, allorché lo Stato sia a conoscenza, in maniera obiettiva o semplicemente fattuale, che un grave rischio di commissione sia possibile ed esistente (para. 430-431). Si veda altresì BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 25.

all'interno dell'assetto burocratico-amministrativo dello Stato nel suo complesso⁴¹⁹.

Quindi, diviene più agevole configurare la responsabilità dello Stato in base ai motivi ravvisati dalla dottrina, ovvero in ragione dell'assistenza di uno Stato nella commissione di un illecito internazionale da parte di un altro Stato, e quindi avendo come riferimento i requisiti richiesti dall'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, il quale menziona⁴²⁰ la “*consapevolezza, in capo allo Stato assistente, delle circostanze dell'illecito*”⁴²¹.

Seppure in precedenza si sia insistito sulla prevalenza della consapevolezza dell'autore rispetto alla conoscenza posseduta dal medesimo, l'orientamento in esame ribadisce l'impossibilità di applicare il concetto di consapevolezza attraverso il ricorso per analogia alla responsabilità di uno Stato⁴²²: infatti, l'aver consapevolezza qui assume il significato di “essere a conoscenza”, con l'aggiunta di un “intento” di assistere nella commissione dell'illecito. Quest'ultimo requisito può generare ulteriori problemi interpretativi e di natura processuale. La prova del fine raggiunto attraverso il trasferimento di armamenti, pur nell'ottica di una mera circostanza di scambio, non potrebbe coincidere con l'intento di commettere crimini internazionali, od illeciti internazionali quali l'aggressione o l'uso non autorizzato della forza. Ciò in quanto, come spiegato più *supra*, il fine principale del “commercio” di armi per ogni Stato, da presumere *ab origine*, è quello di evitare di soccombere rispetto ad un eventuale attacco armato, quindi di auto-difendersi. L'onere della prova, secondo la dottrina, dovrebbe invertirsi a favore dello Stato in ragione di una mancata previsione della colpa dello Stato all'interno della disciplina della responsabilità⁴²³.

La soluzione viene rinvenuta dalla dottrina nella “presunzione” della “complicità nella commissione” dell'illecito, come suggerito dal relatore speciale Roberto Ago durante la redazione della prima parte del Progetto nel 1979:

“*The very idea of 'complicity' of an internationally wrongful act of another [State] necessarily presupposes an intent to collaborate in the commission of an act of this kind and, hence, in the cases considered, knowledge of the specific purpose for which the state receiving certain supplies decides to use them. Without this condition, there can be no question of complicity*”⁴²⁴.

Ago, dunque, evidenzia la non necessarietà di un *dolus* specifico, nel momento in cui si trasferiscono armamenti ad un altro Stato, bensì rimane necessario il solo dolo della propria collaborazione e la successiva rappresentazione delle conseguenze che ne possano derivare, accompagnata dall'intento di trasferire⁴²⁵.

La prova di questa conoscenza può essere fornita in vario modo: sia attraverso una presunzione *ex post facto*, ovvero successiva alla commissione dell'illecito, oppure con una presunzione che opera *ex ante*, come la conoscenza oggettiva di *reports* di accertamento di gravi violazioni di diritto internazionale umanitario o dei diritti umani, o di mere circostanze di fatto⁴²⁶.

Questo ragionamento può essere fatto, secondo parte della dottrina, anche con riferimento alla

⁴¹⁹ COCO, *op. cit.*, p. 1231 e ss.

⁴²⁰ Para. ii).

⁴²¹ COCO, *op. cit.*, citazione p. 1232; PONTI, *op. cit.*, p. 655, che sottolinea l'ulteriore requisito della consapevolezza di commettere crimini previsti anche dal diritto internazionale consuetudinario.

⁴²² A. CASSESE, *op. cit.*, p. 880.

⁴²³ Per una disamina della colpevolezza e della sua graduazione all'interno della responsabilità internazionale degli Stati, si veda B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, VIII° ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 372 ss.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, III° ed., CEDAM, Padova, 2010, p. 398.

⁴²⁴ *Seventh Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago - The Internationally Wrongful Act of State, Source of International Responsibility*, A/CN.4/307, in *Yearbook of International Law Commission*, 1978, vol. II, Part One, p. 58, §. 72.

⁴²⁵ Dubbi in proposito sono esposti da BELLAL *et al.*, *op. cit.*, p. 21; BASTID-BURDEAU, *op. cit.*, § 26, afferma come, alla luce della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia sulla prevenzione del genocidio, assumere la formulazione di una regola generale “*en connaissance de cause*” della commissione, anche solo potenziale, di un qualche crimine internazionale può destare qualche dubbio.

⁴²⁶ COCO, *op. cit.*, p. 1234. Per un'ulteriore disamina della responsabilità internazionale dello Stato, alla luce dell'art. 16 qui citato, si rinvia a PONTI, *op. cit.*, p. 656 e ss.

commissione del crimine di genocidio ed al rapporto con la complicità nello stesso. Prendendo in considerazione la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia⁴²⁷, gli studiosi sostengono che la complicità nel crimine deve risultare da una commissione od un'azione positiva, tanto per gli Stati quanto per altri attori diversi dallo Stato⁴²⁸. La dottrina sostiene, inoltre, che sullo Stato incombe il generale obbligo di prevenire la commissione del crimine. Ciò, dunque, può essere evidenziato allorquando il trasferimento sia da considerare come un contributo materiale⁴²⁹.

8.2 - Responsabilità internazionale penale per crimini commessi a seguito di trasferimenti di armi

Per quanto, invece, riguarda la responsabilità dell'individuo, va precisato che questa si profila allorquando esistano norme penali, od amministrative, che puniscano il trasferimento illecito di armamenti. Parte della dottrina ritiene che nel diritto internazionale ancora non è presente una disposizione che criminalizzi tali condotte⁴³⁰: malgrado possa essere ritenuto un atto illecito⁴³¹, il traffico di armamenti manca di configurazione propria quale crimine internazionale, e le scelte degli Stati di criminalizzare tale condotta sono fondate sul mero impulso della politica interna.

In merito, altra parte della dottrina sostiene che tale lacuna dipenderebbe dal mero carattere "esortativo" delle norme internazionali, laddove le stesse "impongono" agli Stati un obbligo di fare, cioè di prevedere, per il tramite del diritto interno, queste condotte come illecite⁴³². Ma questo tipo di obbligo, che pure si traduce in un'obbligazione di risultato per gli Stati, viene ritenuto immediatamente applicabile agli individui, poiché la dottrina lo qualifica come obbligo avente natura consuetudinaria⁴³³. Infatti,

*"La responsabilità penale degli individui in relazione a condotte in contrasto con le norme sui trasferimenti di armi potrebbe essere accertata direttamente in forza del diritto internazionale. In particolare, ci si riferisce alla possibilità di sanzionare l'attività di soggetti [...] coinvolti nei trasferimenti di armi, nel caso in cui le armi trasferite siano utilizzate per commettere crimini internazionali"*⁴³⁴.

Dunque, ciò che può assumere rilevanza nel diritto interno è la possibilità che gli individui, ritenuti responsabili di traffici di armi con altri Stati, siano giudicati sulla base dell'istituto della complicità nella commissione di crimini (*aiding and abetting*), in quanto tali soggetti:

"fornisc[ono] ad un altro/i individuo/i strumenti utili per commettere il crimine, pertanto diviene responsabile sul piano penale in quanto con la sua condotta aiuta[no] ovvero favorisc[ono] consapevolmente l'autore materiale di un crimine internazionale, pur non

⁴²⁷ *Applicazione della Convenzione sul genocidio* citata, § 432.

⁴²⁸ BELLAL *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

⁴²⁹ BELLAL *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

⁴³⁰ BELLAL *et al.*, *op. cit.*, p. 23.

⁴³¹ Cfr. le risoluzioni ONU indicate alla nota 133.

⁴³² Art. 5(b) del Protocollo del 2001 citato *supra*; art. 10, sull'attività di *brokering*, e 11, sulla distrazione dei trasferimenti, dell'ATT.

⁴³³ Sulla possibilità di applicare una norma internazionale a carattere generale in capo agli individui, si veda la *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, nel caso *Ayyash et al.*, Tribunale Speciale per il Libano, Camera d'Appello, 16 febbraio 2011, STL-11-01/I, para. 145 e ss. In particolare, nella decisione qui citata, si nota come la nozione di terrorismo applicabile dinanzi al STL, e di conseguenza la sua configurazione quale crimine internazionale, deriva anzitutto dalla natura consuetudinaria del fenomeno. In dottrina, si veda C. RAGNI, *The Contribution of Special Tribunal for Lebanon to the Notion of Terrorism: Judicial Creativity or Progressive Development of International Law*, in N. BOSCHIERO-T. SCOVAZZI-C. PITEA-C. RAGNI, *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, T.M.C. Asser Press-Springer, The Hague, 2013, pp. 671 e ss.

⁴³⁴ PONTI, *op. cit.*, citazione p. 662. Cita, inoltre, alla nota 116, il caso di Guus Kouwenhoven, condannato in primo grado dalla Corte Distrettuale dell'Aia per violazione dell'embargo di armi posto nei confronti della Liberia, e per complicità nei i crimini di guerra commessi da Charles Taylor. Della vicenda, come di altre vicende giudiziali interne, si darà conto più avanti nel corso della redazione di questa opera.

*condividendone necessariamente le intenzioni*⁴³⁵.

Come per il requisito della conoscenza, che permette di imputare la responsabilità allo Stato, così anche per l'imputabilità di complicità in crimini internazionali, secondo tale orientamento, sarebbe richiesto un grado di conoscenza, inteso come:

*"[...] la mera consapevolezza del soggetto che fornisce l'assistenza delle finalità criminali del responsabile principale e che con sue azioni lo assiste nella commissione del crimine"*⁴³⁶.

Secondo questo punto di vista, non sarebbe solo necessario l'obiettivo recepimento di informazioni che permettano al soggetto di impostare un quadro mentale, in cui la commissione di crimini internazionali è altamente prefigurabile. La responsabilità penale individuale richiederebbe ulteriormente che queste informazioni vengano elaborate dall'*aider*, il quale, a sua volta, dovrà pervenire ad una consapevolezza della probabile commissione del crimine. Questo procedimento logico è ritenuto il requisito minimo per imputare l'assistenza nella commissione⁴³⁷.

Anche la ricostruzione dell'elemento psicologico si presta ad ulteriori critiche: la dottrina illustra come in alcuni casi sia stato fatto valere il cd. *substantial effect*⁴³⁸, il quale si sostanzia in un contributo che risulti essenziale ai fini della commissione del crimine, ne faciliti la commissione, oppure ne accentui gli effetti⁴³⁹; in altri, invece, è stato sottolineato il requisito dell'intento, stabilendo che lo stesso dovesse essere specificatamente orientato (*specific direction*) a commettere crimini internazionali, allorquando vi fosse prossimità geografica, materiale o di altro tipo tra le attività del fornitore e quelle di commissione dei crimini⁴⁴⁰.

8.3 - Criminalizzazione dell'intermediazione illecita (illicit brokering) e della deviazione del carico di armi (diversion)

Come visto in precedenza⁴⁴¹, i trasferimenti di armi sarebbero posti in essere, nell'ambito internazionale, anche da individui, i quali agirebbero come intermediari tra il soggetto fornitore e quello ricevente. Tale intermediazione, ad opinione comune, se non autorizzata dallo Stato venditore o da quello compratore, od addirittura se totalmente vietata da norme internazionali, viene

⁴³⁵ PONTI, *op. cit.*, citazione p. 663. La formula giuridica è presa in considerazione da un'ampia parte della giurisprudenza internazionale, tra cui spicca la sentenza del 18 maggio 2012 della *Special Chamber for Sierra Leone* nel caso *Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01-T. Ex presidente della Liberia, Charles Taylor è stato condannato per l'incitamento ed il supporto alla commissione di crimini internazionali in Sierra Leone, attraverso la fornitura di armamenti ai ribelli del *Rebel United Front* (RUF). Questa appare essere l'unica pronuncia di un tribunale internazionale che direttamente prende in considerazione la questione di *aiding and abetting* attraverso la fornitura di armamenti a livello internazionale. Diverso il discorso per quanto riguarda la sentenza *Akayesu*, emessa dal Tribunale per il Ruanda (ICTR-96-4, sentenza del 2 settembre 1998, para. 533-37): in questo caso, vi era stata sì la fornitura di armamenti per la commissione di un crimine internazionale (nello specifico, il genocidio), ma il trasferimento è avvenuto all'interno del territorio nazionale. Ulteriormente, la sentenza *Furundžija* (ICTY, IT-95-17/1.T, sentenza del 10 dicembre 1998, para. 249) tiene conto di un territorio diverso rispetto al *locus commissi delicti*, ovvero quello di svolgimento del conflitto armato, in quanto la fornitura in sé era avvenuta al di fuori dell'ambito spaziale del *supplier* o *broker*, ma il risultato finale del trasferimento è stata comunque la facilitazione nella commissione di crimini internazionali.

⁴³⁶ PONTI, *op. cit.*, citazione p. 664.

⁴³⁷ Si vedano, ad esempio, i casi *Furundžija*, para. 249; *Prosecutor v. Blaškić* IT-95-14, 1.T, sentenza del 3 marzo 2000, para. 286; *Taylor*, §§ 6904, 6947-6952.

⁴³⁸ *Furundžija*, *ib.*

⁴³⁹ A. LEANDRO, *Arms Transfer and Complicity in War Crimes*, in F. POCAR, M. PEDRAZZI, M. FRULLI (eds.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities*, 2013, Cheltenham, Northampton, p. 225 ss., ritiene che questo criterio rifletta il diritto consuetudinario, con particolare riferimento ai trasferimenti di armi.

⁴⁴⁰ *Prosecutor v. Perišić* IT-04-81, sentenza della Camera d'Appello del 28 febbraio 2013, § 36. Quest'ultima configurazione del requisito ben contrasta con l'elemento psicologico del reato, inteso come sola *knowledge* (Così anche nell'art. 25(3) dello Statuto della Corte Penale Internazionale del 17 luglio 1998, in *UN Treaty Series*, vol. 2187, p. 3). Diversamente da quest'ottica, può leggersi la formula normativa utilizzata dall'art. 6, § 3, del ATT, la quale può essere utilizzata per definire la *mens rea* del soggetto fisico agente nel trasferimento di armi, e configurare la sua responsabilità.

⁴⁴¹ Vedi *supra*, §. 3.2.

considerata illecita. Il tema dell'*illicit brokering* tocca più immediatamente l'ATT, laddove stabilisce che gli Stati dovranno adeguare la propria normativa interna al fine di sanzionare adeguatamente chi fornisce un servizio di intermediazione non autorizzata⁴⁴².

In dottrina, si ritiene proprio che questo tipo di attività, connessa con quelle principali di trasferimento, si sostanzia nella fornitura di un servizio da parte di individui o persone giuridiche, quali società e imprese di produzione bellica⁴⁴³. Sul punto è intervenuto il Report del 2007 del *Panel* di esperti ONU sull'illecita intermediazione⁴⁴⁴, il quale ha esplicitato quali debbano essere le funzioni prestate tramite il servizio di *brokering*, ovvero:

- a) ricercare opportunità di business tra più parti;
- b) mettere in contatto due o più parti;
- c) fornire ogni tipo di assistenza possibile per facilitare la conclusione dell'accordo, ovvero assistere le parti nella contrattazione, predisposizione di luoghi di incontro, di mezzi per facilitare gli scambi e dei servizi connessi;
- d) assistere le parti nei passaggi relativi alla predisposizione della documentazione fondamentale (ivi compresi i certificati di utente finale, anche falsificati) e nell'effettuazione del pagamento;
- e) infine, predisporre un servizio di fornitura o vendita delle armi a terzi.

Un'ulteriore forma di *brokering* può essere ravvisata, secondo quanto esposto dal *Panel*, tra quelle attività di assistenza post-vendita, come la predisposizione di un servizio di addestramento all'utilizzo delle armi, fornitura di ricambi, od anche consulenze sulla possibilità di mettere in pratica un accordo di offset, al fine di ridurre i costi o ammortarli nei periodi successivi⁴⁴⁵.

Il *Report* prende in considerazione anche la nazionalità del broker e la natura illecita dell'attività esperita. Con riferimento al primo punto, il broker può essere della nazionalità di una delle parti contraenti, oppure può essere un soggetto terzo, e l'attività che presta può essere fornita in uno di questi tre Stati, mentre non è sicuro che il trasferimento delle armi avvenga nello Stato di nazionalità od in quello contraente, come anche non è chiaro se il broker assuma, seppur per un periodo di tempo limitato, il titolo di proprietà delle armi trasferite⁴⁴⁶. Il carattere di illiceità, invece, secondo il *Panel*, deriverebbe dal tipo di qualificazione che uno Stato dà di tale attività attraverso le proprie normative, sia per quanto attiene le attività nel complesso sia prese singolarmente⁴⁴⁷.

Questa ampia considerazione su quali siano le attività espletate, e le diverse manifestazioni che possono assumere, viene individuata, da una parte della dottrina, come un approccio sistematico al mondo della fornitura di armi, laddove la catena di fornitura e trasferimento potrebbe prendere strade non conoscibili, o fuori dall'ambito di regolamentazione che è stato fissato, facilitando così il diffondersi di pratiche illecite nella vendita delle armi⁴⁴⁸.

L'indicazione del *Panel* su quali siano le attività di rilievo per il *brokering* non sembrerebbero essere state pienamente disciplinate, secondo ampia parte della dottrina, nell'ambito dell'ATT. Infatti, l'art. 10 dispone che gli Stati dovranno adeguare la loro normativa interna, sulla base degli obblighi di diritto internazionale universale o regionale, al fine di regolare in maniera adeguata e prendere misure di vario tipo (sia penali, sia amministrative) per contrastare il fenomeno dell'*illicit brokering*. Ciò è sembrato, in uno strumento pattizio, un passo indietro rispetto a quanto si era stabilito in uno strumento di *soft law*, come il *Programme of Action* contro la proliferazione delle SALW⁴⁴⁹.

⁴⁴² Art. 9, § 1. Sulla regolamentazione delle attività di intermediazione, si veda *supra* § 3.2.

⁴⁴³ FINARDI-DANSSÄRT, *Transparency* citato, p. 46; B. WOOD, *International Initiatives to Prevent Illicit Brokering of Arms and Related Materials*, in *Disarmament Forum*, 2009, n. 3, pp. 5-16, a p. 10; E. KEPPLER, *Preventing Human Rights Abuses by Regulating Arms Brokers: The US. Brokering Amendment to the Arms Export Control Act*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2001, vol. 19, n. 2, pp. 381-411, a p. 386 e ss.

⁴⁴⁴ *Report of the Group of Governmental Expert on Illicit Brokering in Arms Transfers*, 30 August 2007, A/62/16, § 9.

⁴⁴⁵ *Report* citato, § 10.

⁴⁴⁶ *Report* citato, § 11.

⁴⁴⁷ *Report* citato, § 12-13.

⁴⁴⁸ WOOD, *ib.*

⁴⁴⁹ *Program of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its*

Diversamente, una parte minoritaria della dottrina ritiene che, malgrado la mancanza di un divieto espresso nel Trattato, si sia diffusa la comune opinione che regolamentare e controllare l'attività di intermediazione, consentendola solo da parte di soggetti o enti che dispongano di adeguate autorizzazioni, avrebbe il fine di impedire che le armi finiscano a persone diverse da quelle indicate nei certificati di utente finale, e che l'utilizzazione per scopi diversi da quelli indicati venga impedita⁴⁵⁰.

Le attività di trasferimento possono anche subire una deviazione dal tragitto fissato, che può essere qualificata come lecita od illecita, a seconda delle previsioni contenute in regolamentazioni nazionali od internazionali. Ciò potrebbe accadere nei casi in cui non esistano controlli efficaci, che possano applicarsi ai certificati dell'utente finale (*end-user certificate*), e che possono anche essere ignorati, o addirittura non rilasciati, e facilitare così il traffico di armi⁴⁵¹. Il problema della deviazione (o *diversion*) è, quindi, relativo all'inadeguatezza dei controlli.

L'orientamento prevalente⁴⁵² pone in evidenza due tipi di *diversion*: la deviazione non autorizzata di carichi di armi (nello specifico, di SALW) che siano venduti lecitamente, in ragione della mancanza di controlli effettivi all'uscita o all'entrata degli Stati, e che sono ancor meno effettivi durante il tragitto compiuto dalle armi, oppure la deviazione che avverrebbe a causa della mancanza di adeguati controlli da parte delle società od imprese che si occupano della produzione e della vendita degli armamenti per conto degli Stati⁴⁵³.

Per gli studiosi, la *diversion* può configurarsi in qualsiasi fase del trasferimento, ivi compresa la fase successiva all'arrivo a destinazione del carico ed il vaglio della regolare documentazione posseduta per il trasporto. Può inoltre configurarsi a seguito di una denuncia di scomparsa o furto del carico, tendendo ad associare questo atto a forme di complicità criminale dell'impresa. Più spesso può configurarsi una forma di *diversion* compiuta attraverso la riesportazione del carico, la quale può essere compiuta nei casi in cui non sia stata prevista un'apposita clausola nell'accordo di scambio, o quando manchi una disposizione di diritto interno che la vieti, o infine quando il coordinamento tra le varie autorità nazionali preposte ai controlli agisca in maniera ineffettiva, rendendo tali controlli *tamquam non essent*⁴⁵⁴.

Anche i soggetti governativi e di diritto pubblico interno possono essere coinvolti nella deviazione del carico. In particolare, stando alle ricostruzioni statistiche, segnalate dalla dottrina, sono soprattutto le ramificazioni militari e della difesa statale a commettere tale illecito, data la disponibilità ad esse attribuite sia del carico di armamenti, sia dei certificati di utilizzo degli stessi, sia infine a causa della possibile configurazione di fenomeni corruttivi a cui possano aderire.

Un esempio significativo dell'importanza della *diversion* nel diritto internazionale si riscontra in relazione alle deviazioni di aerei (e quindi del relativo carico).

Lo *hijacking* di aerei viene descritto dall'Istituto di Diritto Internazionale come “*acts of seizure or unauthorized exercise of control of aircraft in flight*”⁴⁵⁵. Qualora tali tipi di condotte venissero

Aspects, approvato con risoluzione dell'Assemblea Generale ONU 192/15 del 20 luglio 2001. In dottrina, si vedano: BRANDES, “*All's well*” citato, p. 422-424; PONTI, *op. cit.*, p. 653-654.

⁴⁵⁰ WOOD, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵¹ BELLAL *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵² O. GREENE, E. KIRKHAM, *Preventing Diversion of Small Arms and Light Weapons: Strengthening Border Management Under the UN Programme of Action*, Saferworld, Londra, 2010.

⁴⁵³ GREENE-KIRKHAM, *op. cit.*, p. 10. Quest'ultimo profilo problematico denoterebbe la responsabilità della società o dell'impresa, nella misura in cui il diritto internazionale preveda che la medesima sia sottoposta ad un obbligo di prevenzione di possibili crimini internazionali. Si veda, più approfonditamente: International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, *Corporate Complicity and Legal Accountability*, 2008, vol. 2, p. 17 e ss.; A. CLAPHAM, *Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, n. 5, pp. 899-926, a p. 902 e s.; in senso contrario, si veda T. WEIGEND, *Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective*, in *Ib.*, pp. 927-945, a p. 936 e ss.

⁴⁵⁴ GREENE-KIRKHAM, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵⁵ Risoluzione IV/1971 dell'Istituto di Diritto Internazionale, adottata nella sessione di Zagabria il 3 settembre 1971, primo considerando, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1971, vol. 54, pp. 520 e ss.

poste in essere, la dottrina ritiene necessario che gli Stati, nella cui giurisdizione si trova il responsabile dell'illecito⁴⁵⁶, si attivino per il perseguimento del medesimo, salva la possibilità di procedere all'estradizione⁴⁵⁷. A questo viene aggiunto lo specifico obbligo degli Stati di assistere con ogni mezzo possibile l'aeromobile deviato nel territorio degli stessi, previo consenso del proprietario e dello Stato di bandiera⁴⁵⁸, come anche gli obblighi di *due diligence* per quanto riguarda la predisposizione di controlli efficaci a terra.

Applicando queste considerazioni ai carichi di armamenti⁴⁵⁹, è possibile rinvenire la condotta tipica che dottrina autorevole definisce “*skyhijacking*”, da cui derivano le definizioni di “*hijacking for profit*” e “*sky bandits*”⁴⁶⁰. Secondo lo studioso, ciò avverrebbe in ragione del fine manifestato durante questo tipo di attività, ovvero il dirottamento dell'aeromobile, come anche il sequestro del carico di armi, avviene presumibilmente con il fine di impossessarsi di una merce “sensibile”, per trarne profitto direttamente (attraverso la sua vendita) o indirettamente (perpetrando illeciti penali di vario tipo)⁴⁶¹.

Anche con riferimento alla fattispecie della *diversion*, la dottrina critica fortemente la scelta fatta dall'art. 9 dell'ATT avrebbe concesso ampia discrezionalità agli Stati sia nel decidere quali fossero le attività che sarebbero da considerare come deviazione del carico di armi, sia nel prevedere i mezzi più adatti per prevedere l'illiceità di tali condotte, con il rischio di vanificare l'obiettivo posto dal trattato⁴⁶².

9. Strumenti per il rispetto degli obblighi previsti

Un ultimo, ma fondamentale, accenno deve essere fatto ai meccanismi di controllo presenti nell'ambito della disciplina internazionale del controllo degli armamenti, in particolare traendo spunti a carattere generale dalle osservazioni sui meccanismi di *compliance* esistenti.

Questo paragrafo avrà lo scopo di illustrare anzitutto il significato del vincolo predisposto dalla maggior parte degli accordi sul controllo delle armi, ed in particolare si vorrà analizzare l'influenza giuridica della valenza politica di questi accordi. In seguito verrà presa in considerazione l'eventuale osservanza che discende dall'applicazione provvisoria degli accordi. Infine, l'analisi verterà sull'esposizione dei principali meccanismi di controllo e adempimento dei trattati.

9.1 - La valenza politica degli accordi sul controllo delle armi

Alle “intese” che stabiliscono un controllo sulla proliferazioni di armi viene riconosciuto il valore di accordo internazionale⁴⁶³. La loro capacità di vincolare gli Stati firmatari, però, non dipende dalla natura o valenza, bensì dal valore che viene attribuito a tale tipo di accordo. La maggior parte della dottrina sottolinea, a tal proposito, come vi sia una generale volontà politica di stipulare, ma anche che sia riconosciuto come, in via principale, la disciplina del controllo delle armi trovi fondamento in principi dell'ordinamento internazionale, quali il divieto di aggressione

⁴⁵⁶ *Convention on International Civil Aviation*, firmata a Chicago il 7 dicembre 1944, art. 1 e ss., consultata sul sito http://www.icao.int/publications/Documents/7300_orig.pdf.

⁴⁵⁷ Risoluzione IV/1971 citata, § I.

⁴⁵⁸ Risoluzione IV/1971 citata, § II-2.

⁴⁵⁹ E. McWHINNEY, *The Illegal Diversion of Aircraft and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975, pp. 10.

⁴⁶⁰ McWHINNEY, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶¹ McWHINNEY, *op. cit.*, p. 1-2. In questo senso si veda quanto espresso da PONTI, *op. cit.*, p. 654 e ss., il quale presuppone la commissione di crimini internazionali da parte degli acquirenti di armi, determinando la responsabilità per complicità nella commissione del crimine (*aiding and abetting*) in capo ai venditori.

⁴⁶² Si veda, in particolare, BRANDES, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁶³ C. AHLSTRÖM, *The Status of Multilateral Export Control Regimes: An Examination of Legal and Non-Legal Agreements in International Cooperation*, Iustus Forlag, Uppsala, 1999; G. DEN DEKKER, *The Law of Arms Control. International Supervision and Enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001, p. 50 e ss.

armata e il rispetto della pace internazionale⁴⁶⁴, come enucleati nella Carta delle Nazioni Unite⁴⁶⁵.

Alla luce di queste norme, la dottrina sottolinea la volontà degli Stati di stipulare tali accordi al fine di ridurre drasticamente o grandemente i propri armamenti, o limitarne le acquisizioni, e tutelare così la pace e sicurezza internazionali. La modalità con cui vengono stipulati tali accordi viene identificata nei negoziati di natura politica che portano alla stipulazione di intese⁴⁶⁶. La dottrina, inoltre, sosterebbe la convinzione percepita dagli Stati di una disciplina del controllo della armi come *funzionale e strumentale* al perseguimento di determinati scopi di politica internazionale, ovvero “*to achieve the objective of improved security and, through that, to reduce the chance of war*”⁴⁶⁷.

Parte della dottrina, inoltre, si è successivamente interrogata sull'opportunità che gli Stati hanno di stipulare intese non vincolanti in materia di armamenti. In tal senso, si evidenziano tre caratteristiche, che si riscontrano nella maggior parte degli accordi di questo tipo.

La prima verrebbe rinvenuta nella *flessibilità* di tali tipi di accordi, in virtù della mutevole natura di certe situazioni che devono essere disciplinate e della necessità di avere uno strumento adattabile alla situazione che si pone in essere. Inoltre, la necessità di avere un accordo flessibile verrebbe individuata anche nella possibilità di rinegoziare i termini dell'intesa in un momento successivo, evitando quindi la rigidità tipica della maggior parte degli accordi vincolanti di diritto internazionale⁴⁶⁸.

La seconda caratteristica sarebbe identificata nella *rapidità* di stipulare tali tipi di accordi, ovvero uno Stato sarebbe maggiormente propenso a concluderli laddove non sia necessario seguire alcuna procedura solenne⁴⁶⁹. Ciò, però, viene considerato anche alla luce del diritto interno, il quale si diversifica da Stato a Stato nella disciplina delle modalità di recepimento e adeguamento a tali tipi di accordi⁴⁷⁰.

La terza, infine, verrebbe identificata nella *confidenzialità* che viene generata da accordi di questo tipo, ovvero la necessità di non rendere trasparenti, quantomeno sul piano interno, i risultati delle negoziazioni, al fine di evitare l'intervento del potere legislativo, che potrebbe, in alcuni casi, decidere di autorizzare la ratifica parlamentare l'accordo appena stipulato⁴⁷¹.

La valenza politica può anche essere desunta dalla classificazione degli accordi per il controllo degli armamenti. In particolare, parte della dottrina ritiene che una distinzione maggiore vada fatta tra trattati per i quali vi sia stato un volontario ingresso o adesione da parte degli Stati e quelli aventi natura “coercitiva”, come gli accordi di cessate il fuoco o i trattati di pace. Con specifico riferimento alla prima categoria, si identificano i tipi di intesa secondo modelli generali, ovvero distinguendo tra trattati bilaterali⁴⁷², accordi multilaterali e accordi o documenti accessori o allegati ai trattati. Per quanto riguarda le armi convenzionali, sono di rilievo i trattati aperti a diffusione regionale, che, secondo l'opinione comune, avrebbero una struttura tipica dei trattati multilaterali per il controllo delle armi: un breve testo di natura pattizia, una serie di allegati e documenti connessi, oltre alla

⁴⁶⁴ Art. 2(4) della Carta, a cui si aggiunge anche il principio di equiparazione degli Stati nella Comunità internazionale e il divieto di ingerenza negli affari interni, enucleato all'art. 2(1).

⁴⁶⁵ DEN DEKKER, *op. cit.*, p. 18-19.

⁴⁶⁶ DEN DEKKER, *op. cit.*, p. 22. È comunemente accettato il fatto che non vi sia una sostanziale distinzione tra i vari tipi di accordo, finendo per considerare vincolanti anche i processi verbali delle negoziazioni che siano stati validamente sottoscritti (Corte Internazionale di Giustizia, *Maritime Delimitation and Territorial Questions, Qatar v Bahrain*, judgement on jurisdiction and admissibility of 1st July 1994, in *I.C.J. Reports*, 1994, p. 122). In dottrina, si veda A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova, V° ed., 2013, p. 124.

⁴⁶⁷ DEN DEKKER, *op. cit.* citazione p. 23.

⁴⁶⁸ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 66-67.

⁴⁶⁹ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 68-69. Si vedano anche pp. 270 e s. sulla conclusione intese da parte dell'autorità preposta.

⁴⁷⁰ In tal senso, si veda la disciplina prevista dall'art. 46 della Convenzione di Vienna del 1969. Nel caso italiano, ad esempio, le intese sulla limitazione degli armamenti hanno natura militare, e quindi devono seguire il procedimento per l'autorizzazione alla ratifica previsto dall'art. 80, c. 1 della Costituzione.

⁴⁷¹ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁷² In cui si ricomprendono soprattutto gli accordi per la limitazione della proliferazione nucleare, quali gli accordi SALT I e II e l'Accordo START.

possibilità di emanare documenti a carattere derivato, laddove ad esempio sia stato previsto un assetto istituzionale⁴⁷³.

La maggior parte di questi accordi, però, produrrebbe, a detta della dottrina, una serie di documenti a valore meramente programmatico, che facilmente possono indirizzare i futuri comportamenti degli Stati. La natura politica di questi accordi, dunque, favorirebbe l'adesione degli Stati ai programmi predisposti per il controllo degli armamenti.

Ma oltre ad una funzione più diretta sul controllo, si ritiene che tali strumenti abbiano anche un ruolo fondamentale nell'indirizzare le future negoziazioni di accordi per il controllo, oltre a stabilire una procedura di massima per la negoziazione⁴⁷⁴. Inoltre, c'è anche chi sostiene come queste intese godrebbero maggiormente dell'applicazione del principio della buona fede, in ragione delle aspettative future della comunità internazionale per l'osservanza della disciplina di tale materia sensibile⁴⁷⁵.

9.2 - Applicazione provvisoria degli accordi sul controllo delle armi

Un argomento poco dibattuto nella dottrina, ma che riveste una funzione fondamentale, può essere rinvenuto nell'applicazione provvisoria, stabilita con apposite clausole, degli accordi che disciplinano aspetti relativi al controllo delle armi.

Tale esigenza sembrerebbe essere nata, come sottolinea la dottrina, negli anni '90, quando sono stati stipulati la maggior parte degli accordi di disarmo. L'esigenza che si è trovata alla base di questa progressiva disciplina, e conseguente applicazione provvisoria, è l'urgenza dell'applicazione ed adempimento di tali accordi, laddove si ritenga che la disciplina in questione debba trovare un'immediata applicazione prima del raggiungimento del numero di ratifiche necessarie⁴⁷⁶.

La possibilità di ricorrere a tali clausole viene rinvenuta nel collegamento che si ha tra la necessaria urgenza applicativa e le ponderazioni che si devono avere a livello interno, ovvero si deve tener conto soprattutto delle esigenze di diritto domestico, dell'adeguamento in atto, dei costi che devono essere affrontati, nonché dei processi di autorizzazione alla ratifica che devono essere espletati affinché l'accordo sia applicato negli Stati ratificanti⁴⁷⁷. Le considerazioni a carattere "politico" vengono estese anche alla possibilità di includere certi Stati che hanno un particolare avanzamento tecnologico e militare nel campo disciplinato dal singolo trattato. Ciò, dunque, verrebbe letto, dagli Stati e dalla dottrina, come un requisito condizionale, cui assoggettare la ratifica del trattato⁴⁷⁸.

L'applicazione provvisoria avrebbe, appunto, anche dei risvolti giuridici non di poco conto. Infatti, data la valenza politica di molti accordi, come supra visto, le parti terranno in considerazione il fatto che ogni tipo di atto, posto in essere da un singolo contraente e che sia in contrasto con l'oggetto e scopo dell'accordo, possa produrre delle conseguenze negative future per le altre parti. Ragion per cui, nel periodo di interim compreso tra l'apertura alla firma e l'entrata in vigore dell'accordo, l'applicazione provvisoria avrebbe anche la funzione di evitare ogni atteggiamento contrastante, in virtù dell'applicazione del principio di buona fede negli accordi internazionali⁴⁷⁹. E tale principio verrebbe indirizzato anche dalla dottrina minoritaria come un obbligo maggiormente stringente nel campo del disarmo e controllo delle armi, data la sensibilità delle materie trattate e la stretta connessione con la preservazione della pace e sicurezza

⁴⁷³ Come la riunione periodica di una conferenza degli Stati parte, o come riunioni a carattere informale per necessità di regolamentazione (es., l'Intesa di Wassenaar).

⁴⁷⁴ DEN DEKKER, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁵ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 272-274.

⁴⁷⁶ A. MICHIE, *The Provisional Application of Arms Control Treaties*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2005, vol. 10, n. 3, pp. 345-377, a p. 346.

⁴⁷⁷ MICHIE, *op. cit.*, p. 348.

⁴⁷⁸ MICHIE, *op. cit.*, p. 349.

⁴⁷⁹ Art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969 citata; MICHIE, *op. cit.*, p. 352.

internazionali⁴⁸⁰.

9.3 - Osservanza degli accordi e meccanismi di compliance

Essendo la maggior parte degli accordi per il controllo degli armamenti caratterizzati da un mancanza di vincolo, ci sono possibilità di far rispettare gli obblighi previsti da tali accordi o intese in maniera piena?

A questa domanda ha cercato di rispondere ampia parte della dottrina internazionalistica, nel momento in cui si è approcciata con una valutazione critica nei confronti di questi trattati. Un orientamento prevalente ha teso ad affermare come questi accordi abbiano stabilito una sorta di “diritto della cooperazione internazionale”, laddove fosse necessario disciplinare, per via multilaterale, problemi comuni della Comunità internazionale, e segnatamente la minaccia di una deflagrazione nucleare o la proliferazione di conflitti nel globo⁴⁸¹. A tal proposito, tale orientamento sottolinea come la conformità di uno Stato agli obblighi previsti dal trattato di cui è parte non è solo un aspetto di natura astratta e, per così dire, “morale” del diritto internazionale, ma è addirittura nell'interesse delle parti del trattato. Ciò, dunque, sarebbe alla base dell'istituzione di meccanismi di compliance, o adempimento, dei trattati in materia di controllo delle armi⁴⁸².

Diversamente, invece, si è sostenuto che assicurare l'adempimento e l'adattamento a questo tipo di accordi non sarebbe possibile, in virtù della precipua natura politica del vincolo assunto e della possibilità per gli Stati di non sentirsi vincolati a disposizioni di questo tipo⁴⁸³.

Per quanto riguarda più nello specifico i singoli meccanismi, la dottrina prevalente individua tre principali strumenti per l'adempimento, ovvero le procedure per la risoluzione pacifica delle controversie, le procedure di inadempimento ed infrazione e quelle di attuazione, adempimento e verifica degli obblighi del trattato⁴⁸⁴.

Con riguardo al primo strumento, la sua diffusione è stata ritenuta centrale all'inizio del XX° secolo, quando le Conferenze dell'Aia stabilirono il principio di pacifica risoluzione delle controversie internazionali in sostituzione dell'uso della forza nelle relazioni internazionali⁴⁸⁵. Generalmente, si conoscono pochi esempi recenti di clausole per la risoluzione delle controversie relative all'interpretazione o applicazione di un trattato di controllo delle armi, e la dottrina tende a valutare questa mancata previsione come una repulsione per uno strumento “repressivo” dei comportamenti degli Stati, i quali continuano a sentirsi non vincolati a trattati di questo tipo. Di recente, però, un orientamento minoritario della dottrina avrebbe sostenuto l'esigenza di risolvere le controversie in materia tramite l'istituto dell'arbitrato⁴⁸⁶.

Preferibili, secondo la dottrina, sembrerebbero gli strumenti del secondo tipo, ovvero le clausole di adempimento, tra cui si riscontrano le procedure per l'applicazione e l'osservanza del trattato. Per il primo tipo, la dottrina prevalente sostiene come previsioni di questo tipo non

⁴⁸⁰ International Law Association, *Final Report of the Committee - International And National legal regulation for Arms Control and Disarmament*, Berlino, 2004, para. 5. Ciò sembrerebbe vero almeno nel caso delle armi nucleari e di distruzione di massa in generale. Un simile obbligo non sarebbe presente o riscontrabile nell'ambito delle armi convenzionali, dove lo stesso Report (§ 11 e ss.) menziona solo il carattere *esorativo* degli strumenti di diritto internazionale ed il ruolo di implementazione e consulenza che svolgono le ONG in materia.

⁴⁸¹ G. ULFSTEIN-T. MARAHAUN-A. ZIMMERMANN (a cura di), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment, Arms Control*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 3 e ss.

⁴⁸² *Ib.*; AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 276 ss.; DEN DEKKER, *op. cit.*, p. 88 e ss.

⁴⁸³ R. L. WILLIAMSON, Jr., *Is International Law relevant to Arms Control? Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, vol. 4, Spring, p. 59 e ss., a p. 60.

⁴⁸⁴ T. MARAHAUN, *Dispute Resolution, Compliance Control and Enforcement of International Arms Control Law*, in ULFSTEIN et al, *op cit.*, p. 243 e ss.

⁴⁸⁵ MARAHAUN, *op. cit.*, p. 244. Una disamina storica del principio si trova anche in N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2014, V° ed. Si veda inoltre J. G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, V° ed., 2011, p. 1 e ss.

⁴⁸⁶ Si veda di seguito, § 9.4.

possano mancare in trattati sul controllo degli armamenti, poiché avrebbero la funzione di prevenire e quindi evitare che la controversia possa degenerare in effetti nocivi per l'applicazione del trattato, finanche compromettere la futura osservanza dell'accordo⁴⁸⁷.

A queste sembrerebbero affiancarsi anche gli strumenti del terzo tipo, ovvero le procedure per la verifica, le ispezioni ed i controlli, tipicamente presenti nei trattati per il controllo delle armi di distruzione di massa⁴⁸⁸, la cui funzione sarebbe quella di rendere trasparenti delle situazioni ritenute illecite, e quindi avrebbero la possibilità di evidenziare, attraverso la ricostruzione e analisi dei fatti, l'illiceità di cui ci si lamenta.

Per quanto riguarda la distinzione tra questo tipo di meccanismo (molto simile all'inchiesta o alla consultazione) e la risoluzione giudiziale delle controversie, la dottrina non è uniforme nel porre un preciso segno distintivo tra i due. Ciò soprattutto in ragione di cosa debba essere considerata controversia nell'ambito del controllo delle armi. In tal senso, la dottrina non sarebbe uniforme nel considerare quale meccanismo sia necessario applicare ad una data situazione. Un primo orientamento sostiene che la risoluzione delle controversie venga esperita quando un'interpretazione relativa all'adempimento agli obblighi di un trattato non possa essere raggiunta attraverso il solo esperimento di una verifica, che, come appena illustrato, si limiterebbe ad un accertamento dei fatti controversi, e non anche a fornire un'interpretazione risolutiva⁴⁸⁹.

Secondo un orientamento ormai minoritario⁴⁹⁰, nei trattati per il controllo degli armamenti sarebbe inoltre possibile esperire contromisure, che non abbiano la natura della ritorsione, come anche recedere, denunciare o porre termine al trattato, laddove si verificano “*eventi straordinari*”⁴⁹¹ che impediscano la prosecuzione del rapporto pattizio e quindi determinino la cessazione dell'esecuzione del trattato. Laddove il trattato sia di tipo multilaterale, la dottrina sostiene comunque la possibilità di sospendere l'accordo per una grave violazione del trattato, sulla base dell'art. 60(2)(c) della Convenzione di Vienna, il quale troverebbe applicazione al di là di una sua

⁴⁸⁷ MARAHAUN, *op. cit.*, p. 267 e ss; DEN DEKKER, *op. cit.*, p. 110 e ss. Sotto il profilo storico, però, la prima tendenza in materia di disarmo fu quella di attribuire uno specifico potere in capo al Consiglio di Sicurezza, per via della sensibilità della materia trattata e della possibile assimilazione quale minaccia alla pace e sicurezza nazionali. Tale tendenza sembrerebbe aver avuto un arresto in base sia all'impossibilità di adottare misure sanzionatorie, stante il blocco del Consiglio durante la Guerra Fredda, sia in base ad una chiara volontà degli Stati di creare sistemi di controllo specifici e autogestiti. Sull'autosufficienza dei regimi normativi internazionali, si veda il *Report* del Gruppo di studio della Commissione di Diritto Internazionale sulla frammentazione del diritto internazionale, A/CN.4/L.682, del 13 aprile 2006.

⁴⁸⁸ Un esempio può essere rinvenuto nell'art. 9 della Convenzione sulla proibizione dello sviluppo, produzione, immagazzinamento e uso di armi chimiche e sulla loro distruzione, siglata a Parigi il 13 gennaio 1993, in *United Nations Treaty Series*, 1997. vol. 1975, n. 33757, p. 470 e ss.

⁴⁸⁹ DEN DEKKER, *op. cit.*, p. 108; P. TRIMBLE, *Beyond Verification: The Next Step in Arms Control*, in *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, pp. 885-912. In generale, si veda MERRILLS, *op. cit.*, p. 53 ss., che ben espone la differenza intercorrente tra lo strumento dell'inchiesta e gli altri strumenti di risoluzione delle controversie, sostenendo come il primo avrebbe una mera funzione di accertamento, divenendo molto spesso strumentale ai secondi laddove vi sia incertezza su un mero fatto da accertare ai fini di un negoziato, o quando sia necessario risolvere una controversia in maniera giudiziale.

⁴⁹⁰ Accordi di questo tipo sono considerati dalla dottrina come regimi auto-sufficienti, laddove siano previsti sistemi istituzionali per il controllo, e conseguentemente siano previste disposizioni sulla risoluzione di eventuali controversie (ad es., la Convenzione sulle armi chimiche citata, o la Convenzione sulla non proliferazione delle armi nucleari del 1978, che ha istituito la *International Atomic Energy Agency*, organismo deputato alla verifica degli adempimenti degli Stati che sviluppino programmi sull'energia nucleare). Non è infrequente, però, che, a seguito di inadempimento delle disposizioni, gli Stati decidano l'applicazione di contromisure a carattere economico, od addirittura si ricorra al sistema di sicurezza collettivo previsto dalla Carta ONU. Data la potenziale minaccia alla pace e sicurezza internazionali che rivestono tali tipi di armi, il Consiglio di Sicurezza sarebbe legittimato ad intervenire. È il caso dell'Iran, sottoposto a sanzioni per il mancato adempimento agli obblighi IAEA tra il 2002 ed il 2015. Per quanto riguarda l'ambito delle armi convenzionali, non sarebbero previste misure di questo tipo, dovendo quindi sostenere la sola possibilità di risoluzione pacifica delle controversie tra gli Stati parte.

⁴⁹¹ Tale locuzione viene segnalata nell'art. IV del *Limited Test Ban* del 1963, e viene posta in relazione agli interessi supremi dello Stato che intenda recedere, denunciare o porre termine al trattato

espresa formulazione, in quanto ritenuta norma a carattere generale⁴⁹².

Generalmente, infine, si ritiene che sono ammissibili le sanzioni del Consiglio di Sicurezza ONU, laddove i meccanismi di *compliance* non siano effettivi e non si disponga di ulteriori rimedi alle violazioni. Il Consiglio, quindi, disporrà di un potere di intervento, quando la situazione generatasi possa essere suscettibile di minacciare la pace internazionale, a norma dell'art. 39 della Carta ONU. Tale potere, appunto, sembrerebbe essere considerato residuale, dal momento che sono gli stessi Stati a disciplinare la materia e a prevedere espressamente meccanismi di *compliance*⁴⁹³.

⁴⁹² MARAHAUN, *ib.*

⁴⁹³ MARAHAUN, *op. cit.*, p. 270 e s.

**PARTE SECONDA -
I LIMITI AL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI**

CAPITOLO II – ACCORDI PER L'ACQUISTO DI ARMAMENTI E TRASPORTO DI ARMI

INDICE SOMMARIO

Premessa

1. *Defence procurement* e pratiche contrattuali per l'acquisto di armamenti

1.1 - *Panoramica dei principali sistemi di defence procurement per l'acquisto di armamenti*

1.1.1 - *La disciplina del defence procurement contenuta nella direttiva 2009/81/CE*

1.1.2 - *Il reciprocal defence procurement statunitense*

1.1.3 - *Applicazione dell'UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 agli acquisti di armi*

1.2 - *Panoramica delle attività contrattuali per la vendita di armi. La questione del diritto applicabile ai contratti conclusi dalle industrie di produzione degli armamenti*

2. Le restrizioni alle attività contrattuali di vendita delle armi

2.1 - *Le restrizioni ai trasferimenti di armamenti*

2.2 - *(segue) Prevenzione di riesportazioni e “triangolazioni” non autorizzate di armamenti*

3. La questione del dono di armi: le riserve della Svizzera e del Liechtenstein all'art. 2(2) dell'ATT

4. Trasporto e transito via aerea di armamenti

4.1 - *Il trasporto ed il transito di armamenti, con particolare attenzione al transito via aerea di armi*

4.2 - *Applicabilità degli INCOTERMS 2010 della Camera di Commercio Internazionale*

Premessa

Quando si menziona l'espressione “commercio di armi convenzionali”, non si può non tener conto dell'aspetto negoziale che sottostà ai trasferimenti di dette armi. La stipulazione ed esecuzione di tali accordi, invero, è l'aspetto più rilevante dell'attività esperita. In tale contesto, non solo si evidenzia che i soggetti operanti non sono solo gli Stati, bensì rilevano anche precisi riferimenti giuridici che riguardano l'accordo medesimo, nel contesto del quale la volontà di trasferire un bene giuridico come le armi convenzionali incontra già alcuni limiti evidenti.

Se si considera che i soggetti operanti hanno anche natura privata (individui e società), la prima constatazione che deve essere fatta è che gli accordi assumono una forma puramente contrattuale. Questa si esplica, almeno nella maggioranza dei casi, attraverso la stipulazione di veri e propri contratti commerciali, che trovano il loro fondamento nel diritto internazionale privato relativo ai contratti tra privati. Laddove, però, lo Stato acquirente sia sia dotato di specifiche procedure di appalto (*procurement*), queste sembrano essere immediatamente applicabili, sia per una specifica scelta di garantire una base di diritto pubblico alla stipulazione medesima, sia anche per un'esigenza di garantire trasparenza e legalità alla procedura di acquisto⁴⁹⁴. Quindi, il primo aspetto da considerare sarà quali forme di appalti e contratti commerciali vengono impiegate per la stipulazione di tali accordi, oltre ad evidenziare anche quale sia il diritto immediatamente applicabile.

Nel momento in cui sono accertate le forme degli accordi stipulati, bisogna evidenziare anche che tali accordi o contratti trovano un proprio limite intrinseco in

⁴⁹⁴ G. M. RACCA - R. YUKINS, *Introduction. Steps for Integrity in Public Contracts*, in G. M. RACCA (a cura di), *Integrity and Efficiency in Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 1-22.

alcune forme di restrizione, sia per quanto riguarda la stipulazione, sia per l'oggetto che viene trasferito, sia infine per alcune (ma residuali) motivazioni di natura politica che limitano le esportazioni o le importazioni di armi e tecnologia militare. In questo senso, un utile riferimento può essere fatto ai diversi tipi di restrizioni esistenti: quelle di natura *politica*, praticate fino alla fine della Guerra Fredda e che hanno trovato un proprio fondamento nella necessità di non garantire l'apporto delle medesime tecnologie agli Stati rivali, impedendo così la parificazione tecnologica⁴⁹⁵; quelle di natura *giuridica*, ovvero le clausole di non riesportazione e di non triangolazione, oltre all'impiego di certificati sull'utenza finale (*end-use* e *end-user certificates*), il cui fondamento è da rinvenire sia nell'esigenza politica supra descritta, sia anche nella necessità di porre un filtro od un blocco all'esportazione di certe armi verso zone o destinatari, dove possano successivamente essere impiegate per commettere violazioni anche gravi di obblighi internazionali. In questa categoria si inserirà anche una forma specifica di restrizione adottata a livello internazionale e resa obbligatoria dalla quasi totalità degli Stati, ovvero le sanzioni del Consiglio di Sicurezza, adottate a norma dell'art. 41, le quali impongono un embargo (restrizione) di materiale tecnologico, e più specificatamente armi, nei confronti di un dato Stato o dati individui. Quindi, l'analisi del capitolo si focalizzerà proprio sulle forme di restrizioni presenti nel diritto internazionale.

Tenuto conto che gli accordi che vengono stipulati per i trasferimenti di armi hanno una finalità onerosa, la vendita viene considerata la forma di trasferimento principale, se non addirittura quella esclusiva. Tuttavia, la prassi conosce anche forme non onerose o gratuite di trasferimento, che si concretizzano nel dono di armi. Di recente, la stipulazione del Trattato sul commercio di armi (*Arms Trade Treaty, ATT*) ha messo in luce proprio questo profilo. L'art. 2(1) menziona quali siano le forme di trasferimento da considerare ai fini dell'applicazione del Trattato medesimo, elencando le esportazioni, le importazioni, il transito, il trasbordo ed il *brokering* (intermediazione). Tutte queste attività presuppongono, a detta della maggior parte degli esperti come anche di alcuni Stati⁴⁹⁶, la corresponsione di un beneficio di natura economica, in quanto attuate proprio per tale fine. Non sembrerebbero essere comprese attività di trasferimento a titolo gratuito, come la donazione. Al contrario, alcuni Stati⁴⁹⁷ hanno chiaramente espresso che tale forma di trasferimento debba essere inclusa nel novero previsto all'art. 2(1), in quanto la prevenzione delle violazioni, quale oggetto del Trattato⁴⁹⁸, verrebbero meno se si tendesse ad escluderla. La questione diviene di maggiore interesse nel momento in cui si collega tale forma di trasferimento alla violazione di obblighi *erga omnes*, per i quali è possibile invocare la responsabilità da parte di ogni Stato appartenente alla Comunità Internazionale⁴⁹⁹: pur essendo tale *opinio* contenuta in una dichiarazione interpretativa del Trattato, essa palesa i suoi effetti non solo nei confronti degli Stati aderenti all'accordo (assumendo la forma di un obbligo *erga omnes partes*), bensì anche nei confronti di quegli Stati terzi che abbiano accettato donazioni di armi da parte di uno o più degli Stati

⁴⁹⁵ Si veda L. MIGLIORINO, *Iniziativa internazionale relative ai trasferimenti di tecnologia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, pp. 376-433, a p. 406 ss.

⁴⁹⁶ Si vedano, in tal senso, i moduli 6, 7, 8 e 9 dell'*Arms Trade Treaty Implementation Toolkit*, disponibili all'URL www.un.org/disarmament/ATT.

⁴⁹⁷ Segnatamente, Svizzera e Liechtenstein, dietro consulenza del Comitato per la Croce Rossa, che già aveva espresso il proprio parere nella Conferenza di negoziazione del 2010 (vedi § 3).

⁴⁹⁸ Si veda il combinato disposto degli artt. 6 e 7 del Trattato, di cui più *infra*.

⁴⁹⁹ Art. 51 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, pubblicato dalla Commissione di diritto internazionale il 9 giugno 2001. In dottrina, sul punto, si veda anche P. PICONE, *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, vol. XCVIII, n. 4, pp. 1081-1108.

aderenti.

Un ultimo accenno deve essere fatto anche alle forme di transito e trasporto che possano essere concordate o stipulate tra gli Stati⁵⁰⁰. Si è visto, sia in dottrina⁵⁰¹ che nella prassi qui *supra* citata⁵⁰², che il transito è considerato una forma di trasferimento delle armi, malgrado questo non abbia termine nello Stato di transito. Tuttavia, è doveroso prendere in considerazione tale forma, attraverso la quale è sempre possibile realizzare un trasferimento completo che possa violare obblighi internazionali di vario tipo. Sotto questo punto di vista, l'attenzione verrà canalizzata proprio sul transito via aeromobile di armi convenzionali, per il quale, come evidenziato dalla dottrina, sembra mancare una disciplina specifica, malgrado la vigenza della Convenzione di Chicago del 1944⁵⁰³. Un altro aspetto peculiare del transito è dato anche dagli accordi di natura privata che vengono stipulati per il trasporto. In questo senso, il riferimento che viene fatto è agli INCOTERMS® della Camera di Commercio Internazionale, di cui verrà discussa l'applicabilità e si metterà in luce come gli stessi, oltre a fornire un utile elemento per la formazione dell'accordo di vendita, assumono anche una veste preventiva delle violazioni, in quanto la possibilità di certificare detto trasporto può essere considerata una forma di *confidence- and security-building measure*, al pari dei certificati di utenza e utente finale *supra* citati.

1. *Defence procurement* e pratiche contrattuali per l'acquisto di armamenti

Nel quadro dei trasferimenti di armi, può essere utile fare riferimento alle discipline esistenti di *defence procurement*⁵⁰⁴. Tale definizione indica i sistemi di appalto e contratti pubblici cui le amministrazioni della difesa fanno ricorso per l'acquisto di materiale militare, ivi comprese le armi e gli armamenti⁵⁰⁵.

Questi accordi possono essere ritenuti una specificazione, seppur con alcune peculiarità, dei più generali accordi di *public procurement*, sottoscritti tra Stati e finalizzati alla fornitura di beni od alla prestazione di lavori e servizi tra i medesimi⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ § 4.2.

⁵⁰¹ Si veda Cap. I, § 2.2; Cap. II, § 4.

⁵⁰² Art. 2, § 1 dell'ATT.

⁵⁰³ Si veda *infra*, § 4.1.

⁵⁰⁴ In via puramente terminologica, in questa trattazione il termine “*procurement*” sarà utilizzato in maniera indistinta rispetto alla traduzione italiana “appalti”. In realtà, il *procurement* consiste in una serie di procedure ben diverse da quelle dei semplici appalti, in quanto vi sono ricomprese anche le stipulazioni di contratti pubblici a seguito dell'individuazione del contraente privato. Questa distinzione sembra stia venendo meno a seguito di un processo di armonizzazione delle procedure di appalto cominciato negli anni '90 nell'ambito dell'Unione Europea, e progressivamente esteso anche ad altri ambiti di disciplina internazionale, come l'UNCITRAL e l'OCSE. Per maggiori chiarimenti, si veda K. H. THAI, *International Public Procurement: Concepts and Practices*, in ID. (a cura di), *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press, Londra, 2009, pp. 1-24, ed in particolare p. 8 e ss., dove viene evidenziata la procedura di *public procurement*, in cui si comprendono non solo la fase del bando di gara e dell'assegnazione del contratto, ma anche una fase di studio del mercato (preventiva) ed una di gestione del contratto (successiva). Ciò potrebbe indurre a ritenere che il sistema del *public procurement* non sia tanto a base *aggiudicativa* (come nell'ordinamento italiano, e per converso in quello europeo), bensì a base *contrattualistica* o *dialogativa*, come nella maggior parte degli ordinamenti di *common law*.

⁵⁰⁵ Support for Improvement in Governance and Management – SIGMA, *Defence Procurement*, Public Procurement Brief, n. 23, Settembre 2011, disponibile sul sito www.sigmaweb.org, p. 2.

⁵⁰⁶ Con riferimento al *public procurement* in dottrina, si veda M. TRYBUS, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulations in EU and UK*, Sweet&Maxwell, New York, 2014; K. THAI, *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press, Boca Raton, 2009.

Sono diversi i modelli con cui viene disciplinato l'istituto del *defence procurement*⁵⁰⁷. Ci si riferisce, in particolare, al modello vigente nell'Unione Europea, come disciplinato dalla direttiva 81/2009/CE e successive modificazioni⁵⁰⁸, a vari accordi bilaterali sottoscritti nel quadro di cooperazioni militari e di alleanze strategiche, quale è il *reciprocal defence procurement* statunitense, oltre alla possibilità di adattare il sistema di *public procurement* alle esigenze tipiche degli appalti della difesa, come nel caso del *Model Law on Public Procurement* predisposto dall'UNCITRAL nel 2011.

1.1 – Panoramica dei principali sistemi di defence procurement per l'acquisto di armamenti

Non è riscontrabile una chiara definizione di *defence procurement*. Tuttavia, è possibile riscontrare, in parte della dottrina e della prassi, alcune nozioni che delineano una portata *ampia* o *ristretta* di una possibile definizione⁵⁰⁹.

Secondo la prima accezione, gli appalti in questione attengono alle attività di acquisto di materiale, prestazioni o servizi finalizzate a garantire il buon andamento della difesa nazionale. Secondo la seconda accezione, invece, le sopra menzionate attività sono poste in essere per il solo acquisto di beni prodotti di uso esclusivamente militare, quali possono essere gli armamenti. In tale seconda accezione, inoltre, si potrebbero comprendere anche i beni a duplice utilizzo⁵¹⁰.

La differenza di accezione sta anzitutto nel bene che viene acquisito tramite tali appalti: laddove il bene abbia una natura meramente militare, l'accezione da impiegare sarà quella in senso stretto⁵¹¹.

1.1.1 – La disciplina del defence procurement contenuta nella direttiva 2009/81/CE

Un primo caratteristico modello di *defence procurement* può essere rinvenuto nel sistema europeo delineato con la direttiva 2009/81/CE⁵¹². La peculiarità di questo sistema è quella di stabilire una disciplina specifica e organica del mercato della difesa, con

⁵⁰⁷ Secondo il documento SIGMA sopra citato, p. 3, le caratteristiche che differenziano il *defence procurement* da altri tipi di *public procurement* riguardano i diversi standard di pubblicità e trasparenza. Tale differente livello di standard sarebbe considerato un "terreno fertile" per pratiche scorrette, quali la corruzione e la dispersione di fondi pubblici, unitamente all'impossibilità di andare al di là degli interessi di sicurezza nazionale che coinvolgono i medesimi appalti. Sulla necessità manifestata a livello interno di rendere trasparenti le acquisizioni della difesa, si veda Z. YIHDEGO, *Arms Trade and Public Controls: The Right to Information Perspective*, in *Northern Ireland Law Quarterly*, 2007, vol. 59, n. 4, pp. 379-394.

⁵⁰⁸ Da ultimo, si segnala, seppur con interventi marginali, la direttiva 2014/24/UE che disciplina gli appalti pubblici per l'acquisto di lavori, beni e servizi.

⁵⁰⁹ SIGMA, *ib.*

⁵¹⁰ SIGMA, *ib.* Sulla questione dei beni a duplice utilizzo e sulla finalità specificatamente militare, si vedano P. KOUTRAKOS, *Exports of Dual-Use Goods under the Law of the European Union*, in *European Law Review*, 1998, n. 3, pp. 235-251; M. TRYBUS, *On the Application of the E.C. Treaty to Armaments*, in *European Law Review*, 2000, vol. 25, n. 6, pp. 663-668.

⁵¹¹ Anche con riferimento alle armi convenzionali, questa trattazione terrà in considerazione proprio l'accezione in senso stretto, dal momento che le medesime sono finalizzate allo scopo di preservare la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico interno di uno Stato.

⁵¹² La direttiva fonda la sua disciplina sui sistemi delineati dalle direttive 2004/18/CE citata e dalla direttiva 2004/17/CE relativa alle procedure speciali di appalto in materia di acqua, energia e servizi postali.

l'ambizione di creare un mercato unico⁵¹³.

Pur essendo basata su un impianto generale predisposto per appalti pubblici di beni, lavori e servizi, quale quello delineato nella direttiva 2004/18/CE, la direttiva 2009/81 presenta aspetti peculiari, con riferimento alle questioni della segretezza delle informazioni e della sicurezza nazionale. Secondo autorevole dottrina, tale differenziazione si è resa necessaria per evitare agli Stati membri il ricorso alle esimenti di sicurezza nazionale, tra le quali figura l'art. 346 TFUE; ciò, dunque, avrebbe avuto l'effetto conseguente di includere tutti i contratti pubblici per la difesa in un'unica disciplina, evitando così il ricorso al diritto primario o il ricorso al diritto interno per giustificare eventuali misure restrittive ai trasferimenti di armi⁵¹⁴. In questo senso, la *reductio ad unum* voluta dai redattori della direttiva produce l'effetto successivo di preservare la concorrenza in un mercato in formazione, come quello della difesa⁵¹⁵, oltre a stabilire il ricorso alle sole esimenti che qui sono previste.

La decisione di creare questa disciplina parte da un'esigenza fondamentale, ovvero quella di creare un mercato comune della difesa. In termini economici, l'Unione Europea conta come membri Stati che sono di per sé tra i maggiori produttori di armi e servizi per la difesa: solo nel 2010, il mercato europeo della difesa contava investimenti per 194 miliardi di euro, e la tendenza è diminuita di soli 10 miliardi, a causa dei tagli al settore⁵¹⁶. Secondo il SIPRI⁵¹⁷, nel 2014 la spesa per il settore europeo della difesa (*military expenditure*) è stata stimata per un totale di 396 miliardi di euro, sommando sia le spese intracomunitarie, sia quelle che avessero come controparte un soggetto extra-europeo.

In termini di politica internazionale, poi, la disciplina deve confrontarsi con realtà statuali diversificate tra loro: tra gli Stati membri, si annoverano Francia e Regno Unito, i quali figurano tra i maggiori esportatori di armamenti nel mondo, nonché sono gli unici Stati europei a detenere un seggio permanente all'interno del Consiglio di Sicurezza ONU. Inoltre, vi sono Stati, in particolare quelli dell'Europa centro occidentale, che a loro volta sono tra i principali esportatori di armi dopo gli Stati Uniti e la Russia⁵¹⁸. Infine, vi sono potenze minori, come la Finlandia, la Repubblica Ceca e gli Stati dell'area baltica che, seppur non registrano considerevoli livelli di esportazioni o investimenti nel settore della difesa, si stanno gradualmente affermando nel mercato della difesa⁵¹⁹.

È chiaro, dunque, che il principale ostacolo alla creazione di un mercato comune della difesa in Europa deriva dalla diversificazione delle economie militari presenti nei vari Stati membri, nonché da una ormai longeva “debolezza” istituzionale del settore della Politica comune per la sicurezza e la difesa⁵²⁰, che pure con il Trattato di Lisbona sembrava

⁵¹³ M. TRYBUS, *Defence Procurement*, in R. CARANTA-G. EDELSTAM-M. TRYBUS (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 249-283, a p. 249.

⁵¹⁴ TRYBUS, *op. cit.*, p. 250.

⁵¹⁵ Si vedano, in questo senso, la comunicazione interpretativa della Commissione europea del 7 dicembre 2006 sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato CE agli appalti pubblici della difesa e la comunicazione del 23 luglio 2013 relativa all'implementazione della concorrenza nel mercato della difesa.

⁵¹⁶ Fonte European Defence Agency, disponibile all'URL <http://www.eda.europa.eu/info-hub/press-centre/latest-news/2015/03/31/latest-defence-data-published>.

⁵¹⁷ S. PERLO-FREEMAN - A. FLEURANT - P. D. WEZEMAN - S. D. WEZEMAN, *Trends in World Military Expenditure, SIPRI Fact Sheet*, aprile 2015, p. 4, tab. 3, disponibile all'URL <http://books.sipri.org/files/FS/SIPRIFS1504.pdf>.

⁵¹⁸ Fonte SIPRI, disponibile all'URL <http://www.sipri.org/yearbook/2014/05>.

⁵¹⁹ *Ib.*

⁵²⁰ Va inoltre sottolineato un ulteriore fatto: la mancanza di unitarietà del quadro giuridico sui trasferimenti di armi nell'ambito dell'Unione Europea ha generato anche forme di “eccezionalismo giuridico” del mercato della difesa, portando alle estreme conseguenze le deroghe previste dalla sicurezza nazionale e dai Trattati UE e FUE, ed in particolare l'art. 346 di quest'ultimo. Ciò, secondo anche TRYBUS, *op. cit.*, p.

aver ricevuto maggiore considerazione⁵²¹.

Sulla base di questi presupposti economico-politici, il Parlamento ed il Consiglio, hanno inteso redigere una normativa, contenuta nella direttiva 2009/81, che trovasse perfetta aderenza alle necessità di acquisto dei vari dipartimenti della difesa nazionali⁵²². Per fare ciò, i redattori hanno deciso di costruire il nuovo impianto normativo sulla base della precedente direttiva 2004/18/CE sugli appalti di lavori e servizi pubblici⁵²³.

Per quanto riguarda le caratteristiche rilevanti della direttiva del 2009, si può menzionare anzitutto la *limitazione dell'oggetto e scopo*, ovvero l'applicazione delle norme a specifici soggetti. In tal senso, i redattori hanno inteso estendere l'ambito di applicazione materiale non solo alle autorità pubbliche o governative nel campo della difesa (ministeri e dipartimenti militari), bensì anche a quei soggetti esterni all'amministrazione militare e che interagiscono costantemente con la medesima, quali sono le imprese nel campo della sicurezza e le industrie per la produzione degli armamenti⁵²⁴.

Questa tecnica di redazione normativa ha due precisi scopi: il primo sarebbe identificato nell'inclusione di particolari tipi di contratti pubblici, i quali altrimenti oscillerebbero tra la prestazione di lavori e servizi (da parte di imprese per la sicurezza) e la fornitura di beni (da parte di industrie di produzione degli armamenti); il secondo scopo sarebbe quello di rendere responsabili, almeno civilmente, non solo le amministrazioni governative del settore, ma anche quei soggetti privati (società per la fornitura di servizi di

252, avrebbe generato un conseguente “velo” posto su tale mercato, strumentale alla configurazione di pratiche corruttorie e di gonfiamento dei prezzi dei vari appalti. Si vedano inoltre, sul punto, M. PYMAN, *Addressing Corruption and Building Integrity in Defence Establishments*, Transparency International Working Paper 02/2007, e S. GUPTA - L. DE MELLO - R. SHARAN, *Corruption and Military Spending*, International Monetary Found Working Paper, febbraio 2000.

⁵²¹ E. AALTO, *Towards a Common Defence? Legal Foundations after Lisbon Treaty*, in M. TRYBUS, *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 305-321.

⁵²² M. TRYBUS, *The Taylor-Made EU Defence and Security Procurement Directive: Limitations, Flexibility, Descriptiveness, and Substitution*, in *European Law Review*, 2013, vol. 38, n. 1, pp. 3-29.

⁵²³ TRYBUS, *Defence Procurement* citato, p. 259, e A. GEORGOPOULOS, *Legislative Comment: The New Defence Procurement Directive Enters into Force*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, vol. 19, NA1-3.

⁵²⁴ Art. 2 della direttiva. La distinzione tra questi soggetti di diritto privato e le amministrazioni militari era già risalente all'inizio del XX° secolo, quando si ebbe una progressiva “pubblicizzazione” del commercio di armi. Tale movimento fece progressivamente perdere la connotazione privatistica agli scambi di armamenti, rendendo di fatto tale attività unicamente esperibile da parte delle amministrazioni anzidette. Dopo la fine della II° guerra mondiale, e fino agli anni '90, la distinzione tra industria privata e amministrazione in alcuni casi venne ulteriormente meno, poiché si produsse un successivo movimento di acquisizione di quote azionarie da parte delle amministrazioni militari per favorire la ricostruzione di quelle industrie gravemente indebitate dopo la fine della guerra (è questo il caso di AerMacchi, AgustaWestland, BAE Systems e Boeing). Con la fine del XX° secolo, il fenomeno della privatizzazione del settore pubblico toccò anche diverse realtà del mercato della difesa (l'esempio è quello di Finmeccanica s.p.a., holding privatizzata le cui azioni societarie sono detenute in maggioranza dal Ministero dell'Economia e Finanze italiano), progressivamente ripristinando la situazione economica presente fino all'inizio del secolo scorso. Caso più unico che raro è quello della BAE Systems dopo la ristrutturazione societaria del 1999: inizialmente controllata da quote maggioritarie detenute dal Governo britannico, progressivamente tali azioni sono state vendute a soggetti privati, ad eccezione della quota minima (c.d. Quota da una sterlina), che permette al governo di sedere nel consiglio direttivo ed esercitare il suo diritto di veto, il quale, qualora siano compiuti illeciti conseguenti a scambi internazionali di armi, potrebbe essere inteso come potere di indirizzo ex art. 8 del Progetto di articoli della CDI sulla responsabilità degli Stati (in tal senso, si veda l'interrogazione presso la *House of Lords*, a seguito della vicenda “Al Yamamah”, a seguito di accertati fenomeni corruttori del governo dell'Arabia Saudita, del 1997, che portarono alla successiva responsabilità penale della società inglese nel 2010 davanti a corti statunitensi).

sicurezza e imprese per la produzione di armi) che ben di rado avrebbero collegamenti con le succitate amministrazioni⁵²⁵.

Per quanto sembri essere ampia, la portata dell'art. 2 della direttiva 2009/81 non copre tutti i beni, lavori e servizi necessari alla difesa. Infatti, si ritiene che tutti i tipi di contratto non espressamente previsti in questa disposizione siano a loro volta disciplinati dalla precedente direttiva 2004/18, evidenziando quindi lo stretto rapporto tra queste due normative⁵²⁶.

Inoltre, per espresso riferimento della disposizione in esame, la norma è soggetta a diverse eccezioni, in particolare quelle previste dai Trattati dell'UE e relative agli interessi di sicurezza nazionale⁵²⁷. Tale riferimento non esclude, ma include le esimenti e le eccezioni previste dai tali Trattati; di conseguenza, anche il ricorso alle medesime sarà effettuato solo in circostanze eccezionali e non disciplinate dalla direttiva.

Con specifico riferimento agli armamenti, l'eccezione prevista dall'art. 346 TFUE rimane, tuttavia, sottoposta ai limiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵²⁸. Ulteriormente, si ritiene che la portata della Direttiva del 2009 arrivi anche a comprendere la disciplina contenuta nella Decisione del Consiglio del 16 aprile 1958, relativa alla lista di armamenti e materiale militare per i quali gli Stati membri possono legittimamente adottare misure restrittive⁵²⁹. La direttiva del 2009, quindi,

*“does not take away the possibility for derogation, but it is designated to address security concerns to a degree that makes it unnecessary to use the exception”*⁵³⁰.

Proprio in relazione alle eccezioni, la direttiva del 2009, all'art. 13, sembra riprendere la disciplina inclusa nella direttiva 2004/18/CE, sebbene tali eccezioni sembrino avere una loro specifica configurazione delineata sul mercato della difesa⁵³¹.

Alla lett. a), viene disposto che si esclude l'applicazione della direttiva in relazione a:

“gli appalti per i quali l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva obbligherebbe uno Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza”.

Tale esclusione riflette quella contenuta nell'art. 346 TFUE, para. 1, e che in parte riprende quanto previsto dall'art. XXI GATT, para. a). Le informazioni di cui qui si fa menzione si riferiscono ad informazioni sensibili della difesa, quali possono essere la destinazione degli armamenti acquisitati o le caratteristiche tecniche dei medesimi⁵³². Secondo autorevole dottrina⁵³³, tale disposizione faciliterebbe l'applicazione della medesima esclusione, senza dover rinviare alla disciplina dell'art. 346 anzidetto. Inoltre, l'effetto si produrrebbe solo in quei casi in cui uno Stato decida di limitare la diffusione di informazioni riservate, a svantaggio dell'applicazione di obblighi procedurali di trasparenza.

Ciò, ovviamente, avrebbe maggiore senso rispetto a quanto si sosteneva più *supra*⁵³⁴:

⁵²⁵ TRYBUS, *op. cit.*, p. 260. Sul rapporto tra Stati e imprese per la produzione di armi, si veda più *infra*, § 1.2.

⁵²⁶ Directorate General Internal Market and Services, *Guidance Note: Field of Application*, p. 8.

⁵²⁷ Si veda, per quanto riguarda gli armamenti, l'art. 346 TFUE, di cui *infra*, Cap. IV, § 4.1.

⁵²⁸ Vedi *infra*, Cap. IV, § 3.1.

⁵²⁹ TRYBUS, *op. cit.*, p. 261.

⁵³⁰ TRYBUS, *cit.*, *ib.*

⁵³¹ TRYBUS, *op. cit.*, p. 263.

⁵³² Una simile esclusione era contenuta nell'art. 14 della direttiva 2004/18, ora art. 15, § 2 della dir. 2014/24/UE.

⁵³³ TRYBUS, *ib.*

⁵³⁴ Vedi Cap. IV, § 3.1.

il riferimento diretto alla norma contenuta nel diritto primario UE fa sì che ogni pratica considerata contraria alla garanzia del gioco della concorrenza possa essere oggetto di procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, e di conseguenza finire al vaglio della Corte di Giustizia UE. Infine, la previsione in una normativa specifica e di rango secondario permette l'applicazione del principio della *lex specialis*, facendo comunque salvo il principio di rigidità⁵³⁵.

In maniera simile all'esclusione *supra* menzionata, la lett. b) esclude l'applicazione della direttiva in riferimento alle attività di *intelligence*⁵³⁶. Con specifico riferimento alla disciplina della vendita delle armi, tale eccezione potrebbe trovare una sua applicazione nel momento in cui le amministrazioni della difesa aprano una gara d'appalto per l'acquisto di equipaggiamenti che abbiano finalità principale di tipo militare, o addirittura per l'acquisto di tecnologia militare che possa trovare un differente impiego, come i radar per il monitoraggio, o i droni utilizzati per la sorveglianza (assieme al relativo software di controllo)⁵³⁷. Inoltre, tale esclusione sembrerebbe trovare una sua *ratio* normativa nella terminologia impiegata all'art. 1, e sulla base di quanto esplicitato nelle guide sulla direttiva⁵³⁸, dove si afferma che, tra i soggetti destinatari dell'applicazione, si riscontrano anche:

“[...] body governed by public law [...] established for the specific purpose of meeting needs in the general interest not having an industrial or commercial character that has legal personality and is closely dependent on the State, regional or local authorities or other bodies governed by public law. This might be the case, for example, for science, research and development establishments, emergency services or police forces”⁵³⁹.

Ciò, dunque, trova applicazione in relazione a quelle amministrazioni che operano nel campo della sicurezza e dell'*intelligence*. Diverso discorso si deve fare per i *contractors* privati⁵⁴⁰, che svolgano tali attività come attività d'impresa o a scopo di lucro, dovendosi ritenere che nei loro confronti la disciplina dell'esclusione possa non trovare applicazione, sulla base del presupposto che l'acquisto di equipaggiamento o tecnologia militare avverrebbe tra privati, quindi al di fuori dell'ambito di operatività della direttiva medesima.

Oltre alle eccezioni previste alla lett. c) (programmi di collaborazione per la produzione e lo sviluppo di determinati tipi di armamento⁵⁴¹) e d) (contratti stipulati in Stati terzi dove siano dispiegate forze militari di Stati membri dell'UE⁵⁴²), ai fini di questa

⁵³⁵ A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM Padova, 2013, V° ed., pp. 182 e ss.

⁵³⁶ Secondo B. SCHMITT e N. SPIEGEL (redattori del testo della direttiva), *The Specificities of the European Defence and Security Directive*, presentato al seminario *European Defence Procurement and Other Market Initiatives*, tenutosi a Maastricht il 15 novembre 2010, menzionati in TRYBUS, *ib.*, n. 86, il termine “attività” darebbe maggiore concretezza all'esclusione, rispetto al termine “servizi” che avrebbe dato difficoltà di inquadramento e di applicazione.

⁵³⁷ Per maggiori approfondimenti, si veda più *infra*, Cap. III.

⁵³⁸ *Guidance* citata, p. 1.

⁵³⁹ *Guidance* citata, p. 3.

⁵⁴⁰ Sul punto si veda S. CHESTERMAN, *The Privatization of Intelligence*, in *EJIL Talk!*, 2009, disponibile all'URL http://www.ejiltalk.org/privatization_of_intel/.

⁵⁴¹ Quali sono i programmi sviluppati nell'ambito della Organizzazione Congiunta per la Cooperazione sugli Armamenti (O.C.C.A.R.) e i programmi sviluppati direttamente dalla Agenzia Europea per la Difesa (E.D.A.).

⁵⁴² Quali, ad esempio, gli accordi stipulati con le *private military and security companies* che abbiano sede o siano di nazionalità di uno Stato membro dell'Unione Europea, o che abbiano stipulato un contratto d'appalto con uno Stato membro dell'UE per l'espletamento di servizi di sicurezza in uno Stato terzo. Sul punto si vedano N. RONZITTI – F. FRANCONI, *War by Contract*, Oxford University Press, Oxford,

trattazione un particolare rilievo assume l'eccezione stabilita nella lettera f), la quale dispone l'esclusione dell'applicazione della direttiva 2009/81 per:

“gli appalti aggiudicati da un governo a un altro governo e concernenti:

a) la fornitura di materiale militare o di materiale sensibile;

b) lavori e servizi direttamente collegati a tali materiali; o

3. lavori e servizi per fini specificatamente militari, o lavori e servizi sensibili”.

L'eccezione troverebbe fondamento nella prassi, laddove si riscontrino casi di vendita di materiale militare, che sia entrato nella disponibilità dello Stato, e che venga successivamente ceduto, ad esempio nel quadro di accordi di cooperazione militare, ad un altro Stato, sia esso Stato membro o terzo. Secondo la dottrina, si tratterebbe di un'eccezione che va a coprire le forniture di materiale militare, e segnatamente di armamenti, che sia in eccesso. Solo in un momento successivo lo Stato cedente dovrà dimostrare che l'arma era “*non longer suitable for the purposes of armed forces so that [it] can be sold*”⁵⁴³. L'onere della prova, in questo senso, è quello di dimostrare l'inutilità dell'arma ai fini della difesa dello Stato membro, oltre alla dimostrazione che la quantità di armi venduta, a scapito dell'applicazione della disciplina della direttiva, sia esattamente quella in eccesso in base a determinati requisiti di tipo normativo⁵⁴⁴ o fattuale.

Viene, però, da considerare il fatto che tale eccezione non pare assolutamente essere generica, sia in relazione allo specifico linguaggio utilizzato, sia anche con riferimento al contesto normativo della direttiva medesima, la quale stabilisce che

“Nessuna delle norme, procedure, programmi, accordi, intese o appalti menzionati nella presente sezione possono essere utilizzati allo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva”⁵⁴⁵.

Ragion per cui, l'ipotesi nella quale un governo ceda armamenti in eccesso o non più utilizzabili, ma ancora di proprietà di un'impresa privata, sarà da considerarsi quale elusione della normativa in questione⁵⁴⁶.

Un'ultima esclusione prevista nella direttiva si riferisce agli accordi di *procurement* stipulati tra uno o più Stati membri e uno o più Stati terzi all'UE⁵⁴⁷. Per quanto non appaia un riferimento esplicito né alla difesa né alla sicurezza, si ritiene che accordi di questo tipo (almeno nella maggior parte) siano stipulati proprio per tali fini. Ciò deriverebbe anche dal contesto in cui è inserita l'esclusione, ovvero quello di appalti per la difesa⁵⁴⁸. Inoltre, il riferimento non viene fatto alle norme sostanziali degli accordi in questione, bensì a quelle procedurali. Secondo l'interpretazione offerta dalla direttiva, il riferimento a tali norme sarebbe da considerare in senso restrittivo, ovvero sono da prendere in considerazione solo quelle norme che stabiliscano

“a set of distinct rules that specifically concern the award of contracts and

2011 e C. BAKKER - M. SOSSAI, *Multilevel Regulations of Military and Security Contractors: The Interplay between International, European and Domestic Norms*, Hart Publishing, Portland, 2012.

⁵⁴³ TRYBUS, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁴⁴ Si pensi a quanto stabilito dagli artt. IV e ss. del Trattato sulle forze armate convenzionali in Europa (*Treaty on Conventional Armed Forces in Europe*, in *United Nations Treaty Series*, 2007, vol. 2441, pp. 285 e ss.), i quali fissano il limite quantitativo massimo di ogni specifico armamento che gli Stati aderenti devono disporre per le proprie forze armate.

⁵⁴⁵ Art. 11 della direttiva.

⁵⁴⁶ Directorate General Internal Market and Services, *Guidance note: Defence- and Security-specific exclusion*, p. 10, § 26.

⁵⁴⁷ Art. 12, lett. a) della direttiva.

⁵⁴⁸ Malgrado la norma prevista dall'art. 12(a) della direttiva riprenda quella dell'art. 15 della direttiva 2004/18, ora art. 17 della direttiva 2014/24, facendo quindi pensare che la specificità degli accordi di *procurement* per la difesa o sicurezza possa venir meno.

*provide a minimum of details setting out the principles and the different steps to be followed in awarding contracts*⁵⁴⁹.

Tali disposizioni, quindi, non devono essere generiche nel contenuto, bensì si ritiene che debbano fissare specifici passi procedurali da seguire al fine di giungere ad una valida stipulazione del contratto di appalto. In tal senso, le norme programmatiche di un *Memorandum of Understanding* (MoU) non sono considerate rientranti nell'ambito di applicazione dell'esclusione prevista dall'art. 12, lett. a), e di conseguenza, il contratto d'appalto concluso sulla base di tali norme dovrà essere disciplinato da una delle procedure delineate nella direttiva medesima⁵⁵⁰.

Un'altra caratteristica tipica di questa direttiva è la *flessibilità*, ritenuta fondamentale nelle procedure di *procurement* per l'acquisto di materiali per la difesa. Per quanto la direttiva delinea un diritto speciale rispetto a quello contenuto nella direttiva sugli appalti pubblici, la dottrina ritiene che le procedure predisposte dalla direttiva 2004/18 (ora 2014/24) non siano state adattate alle esigenze di sicurezza nazionale⁵⁵¹. In particolare, vengono criticate certe scelte del legislatore europeo, relative al mancato espresso riferimento alle procedure aperte quali percorribili dalle amministrazioni aggiudicatrici, od all'impiego di tale procedura solo in alcuni settori del mercato delle armi (segnatamente, quello delle munizioni), le richieste nei quali presentano notevoli tassi di tecnicità, e per i quali l'apertura della procedura alla competitività ed alla concorrenza non sembrerebbe essere ragionevole⁵⁵².

La direttiva prevede tre procedure specifiche per gli acquisti della difesa, ed altre due a carattere residuale⁵⁵³.

La *procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara* (art. 26) prevede la pubblicazione di un bando che disponga l'acquisizione di determinati materiali, e che sia aperta a tutti gli offerenti. La procedura prevede una prima fase, successiva a quella della pubblicazione del bando, di valutazione delle offerte proposte, dove le amministrazioni negoziano con i proponenti tali offerte “*per adeguarle ai requisiti indicati nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti di supporto ed al fine di individuare l'offerta migliore*”⁵⁵⁴. La flessibilità è qui insita nella negoziazione stessa, poiché l'amministrazione ha il dovere di adeguare le offerte ricevute alle esigenze del bando stesso. Tale flessibilità è altresì insita nella possibilità di prevedere fasi successive nel

⁵⁴⁹ *Guidance* citata, p. 2, § 3.

⁵⁵⁰ *Guidance, ib.* Ciò non sembrerebbe vero in relazione ai modelli di accordi conclusi nel quadro del *reciprocal defence procurement* statunitense, in base ai quali l'art. V, assieme alla disciplina contenuta nell'all. A sull'assicurazione dei servizi di qualità, stabilisce con sufficiente precisione tutti i passi procedurali della gara d'appalto. Si veda, ad esempio, il MoU concluso tra Italia e Stati Uniti il 3 aprile 2009, disponibile all'URL <http://www.difesa.it/SGD-DNA/Staff/Reparti/III/Documents/MoUITUSAReciprocoProcurementperlaDifesa2.pdf>.

⁵⁵¹ TRYBUS, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁵² TRYBUS, *op. cit.*, pp. 270-272.

⁵⁵³ L'art. 25, § 1 dispone che “*Per aggiudicare gli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva*”. Questa formula sembrerebbe lasciare ampio margine discrezionale alle stazioni appaltanti nel decidere a quale procedura fare affidamento nella selezione del candidato vincitore, od addirittura permetterebbe alle stesse di scegliere le procedure ristrette per l'aggiudicazione. Inoltre, la finalità di adattamento ai fini indicati nella direttiva medesima comporta che, scegliendo una procedura ordinaria e quindi aperta alla competitività dei candidati, l'amministrazione proponente dovrà necessariamente tenere conto di eventuali esigenze di tutela delle informazioni rilevanti o sensibili. Si veda, per un esempio risolutivo, il *Model Law on Public Procurement* dell'UNCITRAL, di cui di seguito.

⁵⁵⁴ Art. 26, § 1.

bando medesimo, finalizzate ad una selezione progressiva e mirata delle offerte⁵⁵⁵, nonché al dovere di negoziare “alla pari” con tutti gli offerenti. In tal senso, deve essere applicato il principio di non discriminazione nel fornire informazioni ai medesimi proponenti⁵⁵⁶. Si ritiene che tale procedura sia *de facto* alla base di tutte le procedure di acquisizione dei dipartimenti della difesa degli Stati membri⁵⁵⁷. Ciò in quanto la necessità di far prevalere le esigenze tipiche del mercato della difesa spetta non al legislatore europeo, e nemmeno a quello nazionale, bensì solo alla stazione appaltante, la quale è chiamata sia a preservare certe esigenze di riservatezza, sia a rendere più “trasparenti” le procedure di acquisizione.

Più intricata sembrerebbe la seconda procedura specifica della direttiva, ovvero il *dialogo competitivo* (art. 27). Questa viene utilizzata per appalti “*particolarmente complessi*” e solo quando sia la procedura negoziata, sia la procedura ristretta non permettano l'aggiudicazione del contratto d'appalto, in base ad una valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice⁵⁵⁸. La selezione per il dialogo avviene sulla base del solo criterio di aggiudicazione sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁵⁵⁹, ovvero secondo un parametro meramente economico. L'apertura della procedura avviene nella medesima modalità della precedente, ovvero vi sarà la pubblicazione di un bando nel quale siano palesate le esigenze dell'amministrazione⁵⁶⁰. Come la procedura negoziata, anche il dialogo competitivo presenta la peculiare caratteristica di essere governato dal principio di non discriminazione, e da un temperato principio di trasparenza delle informazioni rese ai contraenti: tale temperamento verrebbe predisposto da un dovere delle amministrazioni che “*non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate da un candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo*”⁵⁶¹, ovvero si identificerebbe nel correlato diritto del candidato a mantenere “in busta chiusa” la propria offerta. La chiusura del dialogo apre la successiva fase di selezione delle offerte accettate. Nel caso siano state scelte più offerte economicamente vantaggiose⁵⁶², l'amministrazione invita i selezionati a presentare i loro progetti, questa volta in maniera più specifica che non in precedenza⁵⁶³. Nei progetti, dovranno essere compresi tutti gli elementi individuati dal bando; inoltre, se l'amministrazione lo richiede, dovranno essere inserite anche le informazioni necessarie per chiarire, precisare o perfezionare le precedenti offerte, con l'unico limite di non modificare l'offerta precedentemente proposta, la quale, se effettuata, corrisponderebbe ad una nuova offerta. Il fine di questo limite viene indicato anche dalla medesima norma, ovvero la tutela della concorrenza ed il contrasto alla falsificazione del gioco⁵⁶⁴.

⁵⁵⁵ Art. 26, § 3.

⁵⁵⁶ Art. 26, § 2. Tale disposizione sembrerebbe, quindi, ammettere la possibilità di applicare il principio della trasparenza nelle procedure di acquisizione di materiali della difesa, ivi compresi gli armamenti.

⁵⁵⁷ Preambolo, considerando 47; TRYBUS, *op. cit.*, p. 268; B. HEUNINCKX, *The EU Defence and Security Procurement Directive, Trick or Threat?* In *Public Procurement Law Review*, 2011, vol. 20, n. 1, a p. 14, il quale la definisce “*the standard procedure*”.

⁵⁵⁸ Art. 27, § 1, c. 1.

⁵⁵⁹ Art. 27, § 1, c. 2.

⁵⁶⁰ Art. 27, § 2.

⁵⁶¹ Art. 27, § 2, c. 3.

⁵⁶² Art. 27, § 5.

⁵⁶³ Art. 27, § 6, c. 1.

⁵⁶⁴ Art. 27, § 6, c. 2. Sembrerebbe sussistere una contraddizione in termini con quanto previsto al § 7, che menziona le informazioni relative alle offerte economicamente più vantaggiose. Per quanto la disposizione del § 6 parli di “*presentazione delle offerte finali*”, è da ritenersi che questa differenza non possa sussistere, dal momento che la stessa amministrazione applica il solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La *procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara* (art. 28), invece, ha la caratteristica di essere esperita solo nelle situazioni specificatamente indicate nell'articolo stesso⁵⁶⁵. Le motivazioni che spingono l'amministrazione alla scelta di questa procedura sono ricavate dalla direttiva sugli appalti pubblici⁵⁶⁶, ma vi sono anche motivazioni strettamente legate all'ambito militare, quali:

- a) l'urgenza risultante da situazioni di crisi non compatibile con i termini previsti dalla procedura ristretta e dalla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara⁵⁶⁷;
- b) le ragioni di ricerca e sviluppo⁵⁶⁸;
- c) la destinazione dei servizi e delle forniture a truppe stanziate all'estero⁵⁶⁹.

Il fatto che vi sia un limitato numero di casi in cui sia possibile ricorrere a tale procedura (definita "oscura"⁵⁷⁰) viene considerato come un ottimo metodo per evitare anche pratiche corruttorie e di continua assegnazione ad un singolo contraente⁵⁷¹.

1.1.2 - *Il reciprocal defence procurement statunitense*

La disciplina degli appalti per la difesa può anche essere contenuta in accordi bilaterali che favoriscano le possibilità di entrare nel mercato della difesa alle imprese di produzione di entrambi gli Stati. Ciò avviene nel caso del *reciprocal defence procurement*, stipulato tra gli Stati Uniti ed i propri alleati e che permette di favorire la summenzionata possibilità⁵⁷².

Questo modello di *procurement* può essere considerato come assimilabile ad un BIT (*bilateral investment treaty*)⁵⁷³, in quanto si pone l'obiettivo di tutelare l'accesso al mercato in altro Stato delle imprese nazionali di un determinato settore, quale è quello della difesa. Tuttavia, parte della dottrina critica questo sistema e ritiene che non permetta una piena tutela delle imprese straniere, come nel caso dei BIT, bensì abbia solo lo scopo di indirizzare le scelte di acquisto nel campo militare degli Stati sottoscriventi⁵⁷⁴. Tale problematica emerge con riferimento al tipo di strumento che viene utilizzato, ovvero il *memorandum of understandings*, il quale svolge la sola funzione di fissare gli indirizzi a cui uno Stato aderisce per determinare i propri obblighi nei confronti degli altri Stati stipulanti.

Il sistema del *reciprocal defence procurement* si sviluppa a metà degli anni '70 con l'intento di massimizzare la consistenza e la qualità delle forze armate degli Stati facenti

⁵⁶⁵ A differenza delle precedenti due procedure, la prima delle quali si applica in tutte le situazioni, e la seconda nelle situazioni in cui l'amministrazione effettui una valutazione di economicità dell'appalto stesso.

⁵⁶⁶ Art. 31 della direttiva 2004/18, ora art. 32 della direttiva 2014/24/UE.

⁵⁶⁷ Art. 28, § 1, n. 1, lett. c).

⁵⁶⁸ Art. 28, § 1, n. 2, lett. a) e b).

⁵⁶⁹ Art. 28, § 1, n. 5.

⁵⁷⁰ Così TRYBUS, *op. cit.*, citazione p. 270.

⁵⁷¹ Si veda, in questo senso, il lavoro redatto da R. WILSON - D. SCOTT - M. PYMAN, *The Extent of Single Sourcing and Attendant Corruption Risk in Defence Procurement: A First Look*, presentato al seminario "Public Procurement III" tenutosi all'Università di Nottingham dal 19 al 20 giugno 2006.

⁵⁷² D. B. MILLER, *Is It Time to Reform Reciprocal Defence Procurement?*, in *Public Contract Law Journal*, 2009, vol. 39, n. 1, pp. 93-111, a p. 96.

⁵⁷³ M. JACOB, voce *Investment, Bilateral Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2011. I BITs sono accordi stipulati tra due Stati per la promozione e protezione degli investimenti reciproci tra i due enti sovrani (§ 1).

⁵⁷⁴ D. B. MILLER, *Is It Time to Reform Reciprocal Defence Procurement?*, in *Public Contract Law Journal*, 2009, vol. 39, n. 1, pp. 93-111, a p. 94.

parte della NATO⁵⁷⁵. Ad oggi, gli Stati aderenti a tale “modello” sono 21⁵⁷⁶. Proprio perchè si tratta di un modello, ed eccettuate alcune disposizioni, il MoU presenta i medesimi elementi pattizi. Per avere una piena cognizione della disciplina, possiamo fare riferimento al modello sottoscritto da Stati Uniti e Italia⁵⁷⁷.

Cominciando dal preambolo, si rinvencono le finalità a cui si ispira tale accordo: tale strumento viene sottoscritto per “*promuovere gli obiettivi di razionalizzazione, standardizzazione ed interoperabilità ed il reciproco supporto logistico nell'ambito delle loro relazioni di Difesa*”⁵⁷⁸, “*sviluppare e consolidare le relazioni amichevoli tra loro esistenti*”⁵⁷⁹, “*potenziare e consolidare la base industriale di ciascun Paese*”⁵⁸⁰, “*promuovere lo scambio delle tecnologia di Difesa in armonia con le loro rispettive politiche nazionali*”⁵⁸¹, ed infine per “*rimuovere barriere discriminatorie all'acquisto di beni e servizi della Difesa prodotti dal complesso industriale dell'altro Paese, per quanto reciprocamente utile ed in conformità alle leggi, ai regolamenti, alle linee di condotta nazionali ed alle obbligazioni internazionali*”⁵⁸².

Nella lettura sistematica di tutte le considerazioni iniziali, è possibile cogliere l'intento primario, da parte dei rispettivi Stati, di creare un mercato comune della difesa, che quindi favorisca l'accesso delle imprese di propria nazionalità al mercato della controparte (e ciò avrebbe maggiore utilità per le imprese di Stati che abbiano un settore della difesa in evoluzione od espansione, quali quelli di Egitto, Israele e Turchia), ed al contempo che garantisca a queste la parità di condizione nello svolgimento della propria attività di fornitura di beni e servizi. Le finalità di questi accordi, dunque, sono tipicamente rinvenibili negli accordi bilaterali di investimento⁵⁸³.

Nella lettura delle disposizioni del MoU, appare evidente il rilievo che gli Stati decidono di assegnare alla buona fede e alla reciproca legittima aspettativa, nell'adempiere all'accordo medesimo. In particolare, il para. 1 dell'art. II dispone che:

*“Ciascuna Parte riconosce e si attende che l'altra Parte usi idonee procedure per la definizione dei requisiti, l'acquisizione, il 'procurement' e l'attività contrattuale e che tali procedure contemporaneamente agevolino e dipendano dalla trasparenza e dall'integrità nella condotta degli approvvigionamenti. Ciascuna Parte si assicurerà che i propri processi siano in armonia con le procedure di acquisizione di cui all'Articolo V”*⁵⁸⁴.

Tale impostazione trova conferma anche nei successivi principi descritti. Qui, il principio di buona fede prevede la *valutazione in spirito positivo* delle richieste di approvvigionamento (oltre a quelle per la ricerca cooperativa e per il supporto logistico),

⁵⁷⁵ MILLER, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁷⁶ Tra i vari Stati si possono citare la Francia, il Regno Unito, la Turchia, la Germania, Israele e l'Egitto. Una menzione a parte merita il Canada, con il quale gli Stati Uniti hanno sottoscritto non solo accordi bilaterali reciproci per l'acquisto di beni ed equipaggiamenti di natura militare, ma anche accordi per lo stabilimento di impianti industriali e la produzione di armi nell'ambito di comuni progetti di ricerca: A. REICH, *International Public Procurement Law*, Kluwer, Londra, 1997, p. 52 e s.

⁵⁷⁷ Accordo redatto in duplice lingua e sottoscritto l'11 settembre 1978, successivamente sostituito dall'accordo sottoscritto il 20 ottobre 2008.

⁵⁷⁸ Preambolo, considerando n. 2.

⁵⁷⁹ Preambolo, considerando n. 3.

⁵⁸⁰ Preambolo, considerando n. 4.

⁵⁸¹ Preambolo, considerando n. 5.

⁵⁸² Preambolo, ultimo considerando.

⁵⁸³ Si veda M. JACOB, *Investment, Bilateral Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011.

⁵⁸⁴ Art. II, § A.

in armonia con la propria legislazione interna e con i rispettivi obblighi internazionali⁵⁸⁵.

Di rilievo vi è il para. C dello stesso articolo, che disciplina più da vicino i principi relativi alle acquisizioni di materiale per la difesa. In particolare, tale disposizione sia articola in una serie di prescrizioni programmatiche.

Un primo principio riguarda la *facilitazione degli approvvigionamenti*: questa prescrizione trova un suo fondamento condizionale nel correlato principio di “*equo equilibrio di lunga durata nei relativi acquisti*”⁵⁸⁶. Questo corollario della buona fede può essere considerato come il fondamento della disciplina degli investimenti che entrambi gli Stati hanno intenzione di avviare nel territorio della controparte, e che di conseguenza non potrà essere paragonato alla mera stipulazione di contratti commerciali tra i medesimi Stati e le industrie di nazionalità della controparte, la cui durata è relativamente breve nel tempo e il più delle volte si esaurisce nella sola consegna del bene prodotto da tali industrie⁵⁸⁷. Questa disposizione, quindi, dà una maggiore idea di come questo accordo sia assimilabile ad accordo di investimento bilaterale, come sopra enunciato.

Un ulteriore riscontro di questo intento si ha anche nella successiva disposizione, relativa alla “*rimozione degli ostacoli agli acquisti*”, attraverso la garanzia dell'osservanza del “*principio della parità di trattamento*” tra le imprese industriali dei due Stati⁵⁸⁸. Tale principio verrebbe, però, limitato dall'eventuale presentazione di un'offerta più bassa da parte di un'impresa industriale, ovvero la garanzia si manifesterebbe nel momento in cui sia presentata un'offerta economicamente più vantaggiosa⁵⁸⁹. Qualora ciò dovesse accadere, e valutando sempre che non siano presenti vincoli di acquisto nazionale⁵⁹⁰, gli Stati si impegnano reciprocamente a rimuovere tali vincoli. Ciò, dunque, potrebbe essere letto come un'applicazione del principio di rimozione delle barriere e dei dazi doganali, come previsto dall'art. I, para. 1 del GATT.

Gli Stati si impegnano, ulteriormente, ad *adottare pratiche contrattuali* che siano uguali per tutte le imprese, e che al tempo stesso facilitino la competitività tra le medesime⁵⁹¹.

Più controverso sembra il tenore della norma contenuta al n. 5 del para. C, che dispone

*“Darà piena considerazione a tutte le imprese industriali responsabili, sia negli Stati Uniti che in Italia, in conformità con le linee guida e i principi delle rispettive agenzie acquirenti”*⁵⁹²

Tale considerazione dovrà avvenire in conformità con le proprie linee guida ed i principi delle agenzie acquirenti di entrambi gli Stati. È necessario, dunque, chiarire il significato dell'espressione “*impresa responsabile*”. In base all'interpretazione testuale, e facendo quindi riferimento all'art. 31, para. 1 della Convenzione di Vienna, tale “*responsabilità*” dovrebbe essere letta alla luce del precedente termine “*considerazione*”. In tal caso, la considerazione della responsabilità che emerge è relativa alle obbligazioni contrattuali che sorgono dalla stipulazione dei contratti tra le industrie e gli Stati

⁵⁸⁵ Art. II, § B.

⁵⁸⁶ Art. II, § C, n. 1.

⁵⁸⁷ Si veda più *infra*, § 1.2.

⁵⁸⁸ Art. II, § C, n. 2; R. E. VINUESA, *National Treatment, Principle*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011.

⁵⁸⁹ Si veda quanto esposto più *supra*, § 1.1.1.

⁵⁹⁰ Da identificarsi, ad esempio, nella soglia minima per gli appalti della difesa previsti dall'art. 8 della direttiva 2009/81/CE, al di sotto della quale non si avrebbe applicabilità della medesima direttiva e dei conseguenti principi volti a rendere più trasparenti le acquisizioni della difesa.

⁵⁹¹ Art. II, § C, n. 3. Per una disamina del diritto applicabile a tali contratti, si veda più *infra*, § 1.2.

⁵⁹² “*Full consideration to all responsible industrial enterprises*” nel testo in lingua inglese.

sottoscriventi il *memorandum*, ovvero la responsabilità deve essere valutata sulla base di requisiti richiesti dal bando di appalto dello Stato, e del conseguente soddisfacimento dei requisiti “operativi, di qualità, di consegna e di costo”⁵⁹³, finanche sulla base di requisiti di qualificazione delle imprese⁵⁹⁴. Quindi, la responsabilità dell'industria potrebbe essere intesa come una “condotta diligente” della medesima nella presentazione dell'offerta e nella conseguente esecuzione del contratto, in modo che vi sia una speculare somiglianza tra quanto inizialmente pattuito e quanto verrebbe successivamente eseguito.

Ai fini di una corretta osservanza dell'accordo, rilevante diviene il *principio di informazione*, sia in relazione alle normative presenti nei rispettivi ordinamenti (ed ivi comprese le regolamentazioni relative ai controlli sull'esportazione dei materiali d'armamento)⁵⁹⁵, sia in relazione ai bandi di appalto che vengono pubblicati nei rispettivi territori, in modo da favorire la visibilità delle reciproche opportunità di accesso al proprio mercato della difesa⁵⁹⁶, oltre a favorire lo scambio di statistiche sulle somme degli appalti aggiudicati alle imprese di nazionalità dello Stato controparte⁵⁹⁷.

Vi è, inoltre, una “*garanzia della finalità d'impiego dei dati forniti*”: questi devono essere impiegati solo per le finalità di contratto. L'eccezione a tale garanzia si riscontra in un'autorizzazione scritta da parte di chi possiede i diritti industriali sia sul bene oggetto di contratto, sia sul contratto medesimo; quindi, la disponibilità a concedere questa eccezione è rimessa allo Stato, qualora sia divenuto proprietario dell'armamento, o disponga di una quota societaria che permetta il controllo dell'impresa, o abbia concluso accordi di offset, in base ai quali ottiene partecipazioni militari industriali⁵⁹⁸.

L'accordo mira anche a garantire la *protezione dei dati* relativi alle partecipazioni o diritti industriali, di quelli relativi ai beni oggetto di trasferimento e di ogni altro dato che sia sottoposto a diversa qualificazione di riservatezza, privilegio o protezione. In tal maniera, l'accordo mira a stabilire un “limite” al di là del quale il principio di trasparenza non può trovare applicazione. La mancata definizione di quali siano i dati per i quali interviene tale tipo di protezione viene colmata dalle normative interne, di rango primario o secondario. Inoltre, è previsto il divieto di cessione a terzi delle informazioni ivi considerate, salvo diversa disposizione della controparte interessata⁵⁹⁹.

Il *memorandum* sembrerebbe avere un *carattere esclusivo e prevalente* rispetto ad altri obblighi internazionali⁶⁰⁰. La natura di tale accordo assume carattere prevalente rispetto agli altri obblighi degli Stati⁶⁰¹. Ciò porta, quindi, a pensare che, malgrado il carattere programmatico dell'accordo, a questo sia accordata una generale prevalenza sugli altri obblighi degli Stati stipulanti. Inoltre, laddove sorgano contrasti tra gli obblighi previsti dal memorandum ed altri obblighi internazionali degli Stati, la *risoluzione di eventuali controversie* deve essere attuata mediante le sole *consultazioni*, escludendo a priori la possibilità di ricorrere a corti o tribunali internazionali od arbitrali⁶⁰². Queste disposizioni sembrerebbero essere in contrasto con le precedenti, le quali indirizzano

⁵⁹³ Art. II, § C, n. 5, II° parte.

⁵⁹⁴ Art. II, § C, n. 5, ult. parte.

⁵⁹⁵ Art. II, § C, n. 4.

⁵⁹⁶ Art. II, § C, n.6.

⁵⁹⁷ Art. II, § C, n. 10.

⁵⁹⁸ Sull'accordo in questione, si veda quanto prescritto dall'art. III sulla limitazione degli effetti negativi dei medesimi. Per un riepilogo della questione degli accordi di compensazione, si veda Cap. I, § 3.4.

⁵⁹⁹ Art. II, § C, n. 8.

⁶⁰⁰ Art. II, § C, n. 9.

⁶⁰¹ Art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Si veda altresì TANZI, *op. cit.*, pp. 118. e ss.

⁶⁰² Artt. VIII, § F e Art. IX.

l'esecuzione dell'accordo nel senso di armonizzare, o quantomeno far rispettare, gli altri obblighi internazionali degli Stati stipulanti.

Questa apparente discrasia si risolve attraverso un'interpretazione testuale della disposizione medesima. Lo Stato non dovrà “*assumere impegni che siano in conflitto con il presente Memorandum*”. L'assunzione di impegni ivi considerata è solo quella successiva alla stipulazione dell'accordo d'intesa. In questo caso, la disciplina contenuta nell'art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969⁶⁰³ permette agli Stati di decidere a quale obbligo ottemperare, se quello previsto dal *memorandum* o quello previsto dall'accordo successivo. Ciò può portare ad una successiva riconsiderazione degli impegni assunti dagli Stati stipulanti, tramite il meccanismo della consultazione, qualora sopraggiungano modificazioni di diritto interno, o necessità di ottemperare a normative internazionali che abbiano carattere prevalente, come quelle derivanti dal diritto dell'Unione Europea⁶⁰⁴. Nel caso dovesse essere commesso un illecito internazionale tramite la non osservanza di uno dei due obblighi, rimane comunque applicabile la generale disciplina sulla responsabilità per illecito⁶⁰⁵, sempre che la parte o le parti del trattato successivo invochino tale responsabilità⁶⁰⁶.

L'accordo non è finalizzato a creare alcuna competenza che possa per ciò solo autorizzare le esportazioni di materiale militare da uno dei due Stati⁶⁰⁷. Alla stessa maniera, le previsioni del memorandum non possono essere invocate per evitare l'applicazione di tali regolamentazioni⁶⁰⁸. Il *principio di subordinazione* qui espresso fa salve le regolamentazioni interne ed internazionali sulle autorizzazioni all'esportazione di tali materiali⁶⁰⁹. Quindi, pur avendo predisposto un “canale” tra i due Stati, all'interno del quale favorire l'accesso delle industrie di produzione degli armamenti al mercato della difesa in ognuno dei due Stati, permane il limite generale dato dalle regolamentazioni sull'esportazione⁶¹⁰. Tali normative, come verrà sottolineato più sotto, costituiscono un inderogabile limite, che può portare all'invalidità del contratto sottoscritto tra l'industria e lo Stato estero⁶¹¹.

Il carattere di reciprocità degli obblighi contenuti in tale accordo trova una maggiore espressione nel principio contenuto al para. E dell'art. II, il quale stabilisce che

“Una Parte non è obbligata a porre in essere una determinata obbligazione in attuazione di questo Memorandum, se l'altra Parte non intraprende analoga azione”.

⁶⁰³ Art. 30, § 4.

⁶⁰⁴ Art. VIII, § E.

⁶⁰⁵ Art. 30, § 5 della Convenzione citata.

⁶⁰⁶ Artt. 42 del Progetto della Commissione di Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati del 2001. Secondo M. SCHRÖDER, voce *Treaties, Validity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, dicembre 2010, para. 4, il trattato non si considera per ciò solo invalido, bensì annullabile, finché la o le controparte/i del trattato successivo non considerino come fondamentale la violazione occorsa e non invochino l'invalidità dell'accordo stipulato (ciò è reso evidente anche dalla lett. c) dell'art. 42 qui citato).

⁶⁰⁷ Art. II, § D.

⁶⁰⁸ Art. II, § F.

⁶⁰⁹ Nell'ambito del MoU Italia-Stati Uniti, vengono espressamente menzionati la *US Munitions Lists*, *US Commerce Control List*, *US Arms Export Control Act*, *International Traffic in Arms Regulations*, *US International Emergency Economy Powers Act* e *Export Administration Regulations*, per quanto riguarda la normativa statunitense, e la disciplina contenuta nella l. 185/1990, per quanto riguarda la normativa italiana, oltre alla Lista comune degli equipaggiamenti militari dell'UE.

⁶¹⁰ Inoltre, il limite posto dalle normative interne relative al controllo sull'esportazione viene fatto valere anche in considerazione di un'eventuale invocazione delle norme previste nel MoU (Art. II, § F).

⁶¹¹ Vedi *infra*, § 1.2.

Questa disposizione riflette la generale constatazione del principio di reciprocità nel diritto internazionale. Secondo anche autorevole dottrina, la reciprocità nei trattati e negli accordi internazionali in genere sta nella

“*substantive reciprocity which results from actual equivalence of mutual advantages deriving from treaty performance*”⁶¹².

La concessione mutuale di benefici, derivanti dalla stipulazione di un accordo internazionale, permette sicuramente agli Stati sottoscrittori di fare affidamento su tale finalità, ma questo sarebbe concepibile solo in ambito politico, laddove si intende la reciprocità quale principio che assicura una sicura e indipendente negoziazione dei termini dell'accordo, ma non vi sarebbe un corrispondente principio generale nel diritto internazionale generale⁶¹³.

Quella qui descritta ha sicuramente la forma di una clausola di reciprocità, proprio perché svolge due funzioni: la prima è quella di stabilire l'*equivalenza dei mutui vantaggi* che possano derivare dalla prestazione degli accordi, e ciò è reso vero dal fatto che l'accordo di *reciprocal defence procurement* ha proprio questa finalità; la seconda finalità riguarda la *misura della prestazione corrispondente*, ovvero vi è il diritto a che la controparte adempia nella medesima misura in cui si è adempiuto all'accordo. L'eccezione a tale finalità è data dal caso in cui tale prestazione vada al di là della misura della prestazione, per la quale si potrebbe generare la creazione di una *lex specialis* sulle contromisure e sulla possibilità di inadempimento a causa della violazione delle regole pattizie⁶¹⁴.

Infine, il carattere di reciprocità dell'accordo può essere rinvenuto anche nel trattamento che viene riservato ai fornitori di uno dei due Stati, ovvero laddove questi vengano discriminati nelle gare d'appalto interne all'altro Stato, lo Stato di nazionalità potrà assumere il medesimo atteggiamento⁶¹⁵.

Il cuore dell'accordo si ritrova nell'art. V, che dispone una procedura sommaria, ma sufficientemente precisa, da seguire nel caso delle acquisizioni. In particolare, la procedura d'appalto prevede i requisiti fondamentali che devono essere presenti, qualora un'amministrazione della difesa necessiti di acquisizioni di materiale militare. Tali requisiti vengono individuati in:

1. la pubblicazione di un avviso per l'approvvigionamento, che contenga: a) tutti i requisiti per la partecipazione alla gara; b) l'oggetto del contratto; c) il termine per la presentazione della proposta o dell'offerta; d) l'indirizzo presso cui richiedere informazioni sull'appalto;

2. la presentazione di una copia del relativo bando anche alle industrie dell'altro Stato, che equivale a invito a proporre offerta⁶¹⁶. Tale bando dovrà contenere: a) natura e quantità degli approvvigionamenti richiesti; b) il tipo di procedura che verrà espletato per la gara (aperta, ad offerta segreta, procedura negoziata, ecc.); c) i parametri di aggiudicazione (come il criterio dell'offerta più bassa, o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa); d) il termine di consegna degli approvvigionamenti richiesti, i termini temporali ed il luogo di presentazione dell'offerta; e) l'indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice; f) i requisiti a carattere economico e societario che il soggetto deve possedere al momento della presentazione della domanda; g) gli importi e le

⁶¹² B. SIMMA, voce *Reciprocity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2008, citazione § 4.

⁶¹³ SIMMA, *ib.*

⁶¹⁴ SIMMA, *op. cit.*, § 11.

⁶¹⁵ MILLER, *op. cit.*, p. 98.

⁶¹⁶ Art. V, § B.

modalità di pagamento; h) ogni altra condizione utile ai fini della partecipazione.

La disposizione in esame si conclude con la previsione di una serie di norme programmatiche relative alle garanzie per i soggetti privati che siano stati esclusi in una delle fasi del procedimento di aggiudicazione del contratto pubblico. In particolare, l'amministrazione dovrà dare pronta notizia al soggetto che sia stato escluso dalla procedura d'appalto, assieme alle motivazioni sulla medesima esclusione⁶¹⁷.

Al termine della fase di selezione dell'offerente e prima dell'aggiudicazione vera e propria, l'amministrazione dovrà dar notizia anche ai soggetti esclusi delle informazioni relative ai requisiti applicati per l'aggiudicazione, ai soggetti aggiudicatari, alla quantità ed alle caratteristiche tecniche dei beni aggiudicati, nonché delle informazioni di natura contrattuale, come gli importi fissati per l'aggiudicazione⁶¹⁸.

Nel caso in cui le motivazioni precedentemente offerte siano ritenute insoddisfacenti dai soggetti esclusi, questi potranno richiedere nuove informazioni relativamente alle offerte aggiudicate, sempre nei limiti dell'armonizzazione e dell'osservanza delle varie normative coinvolte, ivi comprese quelle relative alla classificazione delle informazioni⁶¹⁹. Questo fase informativa permette un primo confronto diretto tra il soggetto che si ritenga leso e l'amministrazione.

La disposizione in esame conclude stabilendo la predisposizione, da parte di entrambi gli Stati, di apposite procedure per la ricezione e la valutazione delle doglianze dei soggetti non aggiudicatari, che lamentino l'inadeguatezza delle motivazioni offerte nella precedente fase informativa, al fine di garantire, “*per quanto possibile*”, la possibilità di risolvere in maniera equa e rapida la controversia occorsa⁶²⁰. Tale previsione sembrerebbe porre delle basi per un procedimento para-giurisdizionale. Il recepimento delle doglianze, non importando la forma con cui queste vengono presentate, assume, sotto questo punto di vista, la natura di un procedimento amministrativo di secondo grado, che nella maggior parte degli ordinamenti diviene un passo fondamentale verso la giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa⁶²¹.

Ora, con riferimento alla disposizione in oggetto, malgrado nulla sia disposto circa il recepimento da parte dell'autorità giudiziaria, sia essa ordinaria o speciale, di doglianze o ricorsi dei soggetti non aggiudicatari, e che perciò debbano essere considerati come impugnanti il provvedimento di esclusione, si deve ritenere che, nel silenzio della disposizione, e non disponendo diversamente la normativa interna⁶²², possa essere

⁶¹⁷ Art. V, § C.

⁶¹⁸ Art. V, § D.

⁶¹⁹ Art. V, § E. Ciò potrebbe non essere necessario, quando l'amministrazione abbia deciso di avvalersi di una procedura con presentazione segreta di un'offerta, o quando sia esperita una procedura non negoziata, di cui supra all'art. 27 della direttiva 2009/81.

⁶²⁰ Art. V, § F.

⁶²¹ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 171 e ss.

⁶²² È quindi possibile ritenere che, nell'ambito della tutela di soggetti stranieri nel territorio di altro Stato e nel silenzio normativo sui rimedi ad eventuali torti subiti da parte delle amministrazioni dello Stato ospitante, vi sia una espansione “tacita” delle procedure, giudiziali od amministrative, che permettano alle imprese straniere di ottenere tutela. La previsione di un seppur minimo cenno al dovere di istituzione preventiva di “procedure” atte a recepire le doglianze di soggetti non aggiudicatari di un contratto d'appalto va letto nel senso che, se non di fronte all'autorità giudiziaria competente, il soggetto possa presentare le proprie richieste all'autorità amministrativa che ha emanato il provvedimento di esclusione (procedimento in opposizione), ovvero all'ufficio gerarchicamente superiore a tale amministrazione (procedimento per il ricorso al superiore gerarchico), oppure, ma solo se effettivamente prevista, può presentare il ricorso ad una commissione *ad hoc*. Tutte queste alternative, a seconda anche dell'ordinamento nazionale in cui si opera, possono essere considerate alternative al od escludenti il

astrattamente configurabile un successivo ricorso all'autorità giudiziaria per far valere le proprie pretese, sempre che vi siano sostanziali basi giuridiche per farlo.

Parte della dottrina⁶²³ asserisce che in questo tipo di accordi i meccanismi per la protezione degli interessi dei fornitori o degli investitori siano quasi nulli. Come abbiamo appena visto, il MoU dispone genericamente solo per la predisposizione interna ai due Stati parte di procedure per il recepimento delle doglianze e la valutazione delle medesime. Tuttavia, effettivamente, nulla si dice su quali siano i principi che si applicano a tale tipo di procedure.

Sarebbe d'uopo provare a constatare se sia possibile applicare alcuni principi fondamentali per la protezione internazionale degli investimenti stranieri⁶²⁴.

Un primo principio che può soccorrere tale impasse è il principio del trattamento equo e giusto (*Fair and Equitable Treatment*), che riguarda il rapporto esistente tra l'investimento posto in essere da soggetto straniero ed il processo decisionale che lo Stato ospitante pone in essere, e che finisce per avere ripercussioni sull'attività di investimento medesimo⁶²⁵. Non si tratterebbe, però, di un principio di natura contingente: secondo la giurisprudenza ICSID, il principio è governato esclusivamente dal diritto internazionale, che non delinea in maniera dettagliata quale debba essere la condotta di uno Stato, e rimane indipendente rispetto alle scelte di decisione che lo Stato ospitante adotta. Quindi, il principio ha mera natura programmatica ed informa solo l'azione che lo Stato ospitante adotta con riferimento agli investimenti esteri⁶²⁶.

Diverso, invece, il discorso con riferimento ad altri due principi, ovvero il principio degli standard minimi (*Minimum Standard Principle*) e quello del trattamento nazionale (*National Treatment Principle*). Per quanto riguarda il primo, si ritiene consolidata la natura consuetudinaria, che riguarda l'obbligo dello Stato ospitante di proteggere i diritti degli stranieri alla medesima stregua di quelli dei propri cittadini⁶²⁷. Questo principio, peraltro, sembrerebbe emergere anche dalle disposizioni del MoU in questione, in quanto l'accordo è volto alla creazione di un mercato comune della difesa tra i due Stati, nel quale si garantisce la reciproca (e quindi pari) possibilità di accedere da parte delle industrie di produzione dei materiali per la difesa di entrambi⁶²⁸. Nell'ambito degli investimenti internazionali, peraltro, l'applicazione di tale principio sarebbe ancor più evidente con riferimento al diniego di giustizia: infatti, secondo la giurisprudenza dei tribunali arbitrali, è sufficiente che sia manifesto il diniego, ovvero che non sia garantito nemmeno il diritto di accesso alla giustizia⁶²⁹. In questo caso, e facendo riferimento a quanto esplicito poco

ricorso alle autorità giudiziarie competenti. Si veda ALLENA, *ib.*

⁶²³ MILLER, *op. cit.*, p. 94.

⁶²⁴ C. SCHREUER, voce *Investment, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2013; A. TANZI - F. CRISTANI (a cura di), *International Investment Law and Arbitration. An Introductory Casebook*, Cedam, Padova, 2013, pp. 137 e ss.

⁶²⁵ N. ANGELET, voce *Fair and Equitable Treatment*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, marzo 2011, § 2.

⁶²⁶ ICSID, *Genin v. Estonia*, ARB/99/2, lodo del 25 gennaio 2001, § 367, in *ICSID Report*, 2004, n. 6, p. 241 e ss. Peraltro, tale natura programmatica nemmeno conferisce ai tribunali arbitrali il potere di decidere le controversie secondo equità (Corte Permanente di Arbitrato, *Saluka Investments BV v. Repubblica Ceca*, lodo parziale del 17 marzo 2006, § 284, disponibile all'URL www.cpa-pca.org).

⁶²⁷ H. DICKERSON, voce *Minimum Standards*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2010, § 1. In giurisprudenza, si veda ICSID, *El Paso Energy International v. Argentina*, ARB/03/15, lodo del 31 ottobre 2011, § 336, che addirittura equipara questo standard con il principio di trattamento equo e giusto.

⁶²⁸ Si veda art. I.

⁶²⁹ Corte Internazionale di Giustizia, *Elettronica Sicula (ELSI), USA v Italy*, judgement of 20 July 1989, in *I.C.J. Reports*, 1989, p. 15 e ss.; ICSID, *Loewen Group, Inc and Raymond L. Loewen v. USA*, award of 26

più supra, l'accesso alla giustizia deve consistere nella predisposizione di procedure certe ed efficaci per il vaglio dei reclami avverso i provvedimenti di esclusione dai bandi di gara.

Ancor più rilevante il principio del trattamento nazionale di investitori stranieri, che diviene l'altra faccia della medaglia del trattamento, assieme agli standard minimi⁶³⁰. Tale principio viene riconosciuto come obbligatorio nella maggior parte dei trattati di investimento, e pertanto si può assumere che esso abbia natura consuetudinaria⁶³¹. Nel caso del MoU in questione, tale principio sarebbe ugualmente garantito attraverso l'obbligo per gli Stati di assicurare, in buona fede, l'accesso per le imprese di produzione di materiale militare dell'altro Stato, con un trattamento che non sia meno favorevole di quello accordato alle proprie. Perché vi sia un trattamento differenziato, o discriminatorio, l'onere della prova incombe sullo Stato di dimostrare che esistano circostanze di trattamento eguale sia per gli investimenti nazionali sia esteri; qualora tale comparazione dovesse mancare, il tribunale arbitrale, od il giudice interno designato, riterrà lo Stato responsabile di trattamento discriminatorio⁶³².

Ora, questi due principi risultano essere di fondamentale importanza per capire se vi siano adeguate garanzie apprestate dalla disciplina del MoU per i *procurement* reciproci. Invero, queste garanzie non risultano essere sufficientemente predisposte nell'accordo, che non menziona espressamente nessuno dei due principi. A tal fine, anche grazie alla natura consuetudinaria dei medesimi, il soggetto che pone reclamo, e che veda negarsi, nell'ambito delle procedure interne per l'accoglimento delle doglianze, il proprio diritto ad avere adeguate motivazioni per l'esclusione dai bandi di gara, può invocare tale diniego di giustizia davanti a corti e tribunali internazionali⁶³³.

1.1.3 - Applicazione dell'UNCITRAL Model Law on Public Procurement del 2011 agli acquisti di armi

giugno 2003, in *ICSID Reports*, 2005, vol. 7. p. 442 e ss.

⁶³⁰ R. E. VINUESA, voce *National Treatment, Principle*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011. in giurisprudenza si veda il lodo *El Paso* citato.

⁶³¹ VINUESA, *op. cit.*, para. 55.

⁶³² ICSID, *Archer Daniels Midland Company v. Mexico*, ARB(AF)/04/5, award of 21 November 2007, §§ 202-203, in *International Arbitration Reporter*, 16 luglio 2008, consultato all'URL <http://www.iareporter.com/articles/award-in-archer-daniels-midland-following-partial-arbitration-victory-us-agriculture-giants-continue-to-seek-further-damage/>. In senso diverso e restrittivo, ovvero per la comparazione dei soli investimenti che siano identici, si veda Corte Permanente di Arbitrato, *Methanex Corp v. USA*, award of 3rd August 2005, para. 37 e ss., in *International Legal Materials*, 2005, vol. 44, , p. 1345 e ss.

⁶³³ Non è dato sapere se queste procedure esauriscano direttamente i ricorsi interni. Dal momento che le procedure amministrative, possono essere equiparate ai ricorsi giudiziari, è possibile ritenere che, laddove non siano previsti adeguati meccanismi per la revisione del provvedimento emesso a seguito di tale procedimento, il ricorso a tali procedure esaurisce il requisito di cui *supra*. Diversamente, se si sostiene che il provvedimento emesso a seguito di tali procedure possa a sua volta essere impugnato dinanzi il giudice amministrativo, è possibile ritenere che solo l'esperimento di questi ricorsi giudiziari possa implementare il requisito del previo esaurimento: F. CASTIELLO, *I ricorsi amministrativi*, Maggioli editore, Rimini, 2007, p. 30; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2014, XVI^o ed., p. 991 e ss. Peraltro, nell'ambito dell'ordinamento italiano, nemmeno il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 relativo agli appalti per la difesa, che recepisce la direttiva 2009/81/CE, stabilisce norme particolari con riferimento alle procedure di doglianza. Rimane così applicabile, ex art. 3 del medesimo decreto, la disciplina prevista dal Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche), assieme alla disciplina dei ricorsi amministrativi (d.P.R. 24 novembre 1971 e successive modifiche). Infine, la materia rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, c. 2, lettera z)-*quinquies* del Codice del processo amministrativo.

Può accadere anche che uno Stato non disponga di un'adeguata disciplina di *defence procurement*, e di conseguenza avrà da scegliere il metodo più conveniente per l'acquisto di armamenti. Secondo anche quanto evidenziato più *supra*, la disciplina degli appalti della difesa finisce per essere una specificazione di quella del *public procurement*, sulla quale (salvo alcuni standard peculiarmente non presenti nell'impianto di *defence procurement*) fonda le basi per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione.

Astrattamente parlando, esiste la possibilità di ricorrere a modelli normativi di *public procurement*⁶³⁴. Tra questi, e tenendo presente la possibilità di scegliere e di adattare il modello alle diverse esigenze che il *defence procurement* presenta, si riscontra il *Model Law on Public Procurement* redatto dall'UNCITRAL⁶³⁵.

Come sopra evidenziato, gli appalti per le forniture militari, seppur in molti casi basato sui modelli di *public procurement*, non interamente riproducono i medesimi. Tale considerazione si impone con riferimento alla pubblicità e trasparenza delle informazioni sulle procedure di acquisizione e delle relative somme impiegate. Tali informazioni continuano a rimanere classificate in molti ordinamenti interni. Tuttavia, questa esigenza non impedirebbe il ricorso ai modelli anzidetti, soprattutto nel momento in cui i redattori dei medesimi hanno studiato soluzioni che possano adattarsi in maniera concreta (*tailored solution*⁶³⁶) alle esigenze di volta in volta espresse dalle necessità della difesa e dagli interessi di sicurezza nazionale.

Partendo dalla definizione di *public procurement* offerta all'art. 2, lett. f⁶³⁷, è facile arguire come la portata materiale del *Model Law* (secondo l'art. 1) copre, quindi, anche gli appalti relativi al settore della difesa⁶³⁸, ivi comprese le procedure di acquisto di armi e munizioni, oltre che di altro materiale finalizzato all'uso militare⁶³⁹.

⁶³⁴ Questo è il caso di alcuni ordinamenti statali (segnatamente, quelli di India e Australia), nei quali i *procurement* per il settore della difesa sono disciplinati dalla medesima normativa attraverso al quale si disciplinano i *procurement* ordinari. Per quanto le esigenze di sicurezza vadano sempre bilanciate con quelle di trasparenza, anche in questi casi può accadere che la procedura ordinaria venga conformata a certe esigenze degli appalti della difesa (come accade nel *defence procurement* australiano: G. WOOD - A. PETTERD, *Australia*, in J. DAVEY - J. FALLE, *The Government Procurement Law Review*, 2014, Law Business Research, Londra, II° ed., p. 14 e ss.). Solo in un caso (quello indiano: A. COWSHISH, *Defence Procurement Procedure 2013 - A Ringside View*, in *Institute for Defence Studies&Analysis Issue Brief*, 11 giugno 2013, disponibile all'URL http://www.idsa.in/issuebrief/DefenceProcurementProcedure2013_acowshish_110513.html) la procedura di *defence procurement* ha subito una profonda trasformazione, al punto da divenire una disciplina a sé stante (oltre ad aver imposto la preferenza, negli appalti, per le forniture prodotte da industrie locali).

⁶³⁵ United Nations Commission on International Trade Law, *Model Law on Public Procurement*, adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale 66/95 del 9 novembre 2011. per una disamina in dottrina, si veda C. NICHOLAS, *The 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, vol. 21, n. 3, pp. NA111-123.

⁶³⁶ Art. 1 del Model Law.

⁶³⁷ "Procurement means the acquisition of goods, construction or services by a procuring entity". In questa definizione quasi onnicomprensiva, non si fa distinzione alcuna tra i vari tipi di *procurement*, a differenza del precedente *Model Law* del 1994, il quale avrebbe "risentito" della esigenza di segretezza associata alla materia delle acquisizioni della difesa. In dottrina, si veda una critica dell'applicazione del *Model Law* agli appalti della difesa in S. ARROWSMITH (a cura di), *Public Procurement Regulations*, p. 30, disponibile all'URL <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.

⁶³⁸ Vedi SIGMA, *op. cit.*, p. 2.

⁶³⁹ United Nations Commission on International Trade Law, *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 2012, p. 10, § 40, disponibile all'URL <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-e.pdf>.

. Tuttavia, la soluzione predisposta vuole tenere conto anche della peculiare differenza che intercorre tra un normale *public procurement* ed il *defence procurement*, ovvero la necessità di preservare le informazioni classificate e che siano considerate sensibili per gli interessi di sicurezza nazionale⁶⁴⁰. La soluzione che viene adottata è quella di valutare in concreto le esigenze di segretezza, al fine di non inficiare uno degli obiettivi principali dello stesso *Model Law*, ovvero assicurare la trasparenza delle procedure di selezione per l'acquisto⁶⁴¹.

La soluzione offerta terrebbe anzitutto conto del fatto che tali informazioni, se rivelate, potrebbero inficiare gli interessi di sicurezza nazionale; tuttavia, se un ordine di *disclosure* viene impartito da una corte od autorità interna designata, tale segretezza potrebbe venir meno⁶⁴². E qui si coglie appieno quanto *supra* riferito circa la necessità di bilanciare le esigenze di trasparenza delle procedure di *procurement* con quelle di segretezza delle informazioni sui materiali per la difesa: solo attraverso un vaglio giudiziale od amministrativo è possibile effettuare tale bilanciamento. Peraltro, la definizione di “informazione classificata” contenuta nel *Model Law* non permette agli Stati che utilizzano il Modello di interpretare in maniera ampia tale definizione⁶⁴³, ma anzi si stabilisce che, attraverso fonti legislative di rango primario⁶⁴⁴, debba concretamente essere individuato cosa si intenda come “informazione classificata”⁶⁴⁵.

Non solo l'applicazione viene “differenziata” per quanto riguarda la sicurezza delle informazioni sensibili, bensì anche in relazione alla sicurezza della fornitura e delle procedure di acquisto *stricto sensu* viene prescritta l'applicazione di dovute cautele. In particolare, il *Model Law* del 2011 garantisce tale sicurezza attraverso l'applicazione di metodi differenti per quanto riguarda la valutazione dell'offerta, la negoziazione con l'appaltatore ed altre informazioni relative alla gara medesima, quando la stazione appaltante ritenga che le esigenze di sicurezza nazionale siano ugualmente tutelate attraverso il ricorso a tali metodi⁶⁴⁶.

Tra questi, si individua come utilizzabile il ricorso alla richiesta di consultazione e conseguente dialogo tra la stazione appaltante ed il fornitore⁶⁴⁷. Questo tipo di procedura avrebbe il pregio di predisporre un modello contrattuale su misura, permettendo, inoltre, di garantire una maggiore tutela alla sicurezza delle informazioni classificate di cui *supra*⁶⁴⁸. In particolare, la disciplina contenuta nell'art. 30, para. 2 del *Model Law* specifica che l'accesso a questo tipo di *procurement* viene garantito qualora fosse presente una delle situazioni seguenti:

a) non sia possibile, per la stazione appaltante, formulare una descrizione dettagliata dell'oggetto della procedura di *procurement*, e la medesima stazione valuti che il dialogo con i fornitori od i contraenti sia necessario al fine di ottenere la soluzione più soddisfacente per le sue necessità di acquisizione;

⁶⁴⁰ UNCITRAL, *Guide* citata, p. 7, § 28.

⁶⁴¹ UNCITRAL, *Guide* citata, p. 8.

⁶⁴² Art. 24, § 1 del *Model Law*.

⁶⁴³ UNCITRAL, *Guide* citata, p. 45, § 5.

⁶⁴⁴ Il riferimento viene fatto agli “*statutes*”, i quali assumono il rango di maggior atto avente forza di legge in molti ordinamenti di *common law*. Si veda, ad esempio, A. RILEY, *Legal English and the Common Law*, Kluwer, Londra, 2012.

⁶⁴⁵ Si veda, ad esempio, le definizioni di “informazione segreta” e “riservata” come disciplinate dall'art. 39 e ss. del d.lgs. 3 agosto 2007, n. 124 relativo alle modifiche della disciplina del segreto di Stato e dei servizi di informazione e sicurezza nazionali.

⁶⁴⁶ UNCITRAL, *Guide* citata, p. 11, § 49.

⁶⁴⁷ Artt. 27, § 1, lett. f) e 30, § 2 del *Model Law*.

⁶⁴⁸ *Guide* citata, p. 152, § 3.

b) la stazione appaltante cerchi di stipulare un contratto con fini di ricerca, sperimentazioni, studio o sviluppo, tranne nel caso in cui il contratto includa la produzione degli oggetti dell'appalto in quantità sufficienti al fine di stabilire un proprio flusso commerciale o per coprire i costi di ricerca e sviluppo;

c) la stazione appaltante stabilisca che il metodo selezionato è quello più appropriato per la protezione degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato; oppure

d) sia stata effettuata una procedura aperta a molteplici contraenti ma nessuno si è palesato, oppure la gara d'appalto è stata cancellata dalla stazione appaltante prima dell'accettazione di successive offerte sottoposte alla medesima⁶⁴⁹, e laddove, sulla base di un proprio giudizio, l'apertura di nuove procedure aperte o la scelta di un metodo di *procurement* a partecipazione ristretta o selezionata⁶⁵⁰ sembrerebbe non poter sfociare nella conclusione di un contratto d'appalto.

Come si evince anche dal testo delle condizioni ivi previste, la scelta di una procedura di *procurement* di tipo “dialogativa”, o “consultiva”, costituisce una forma speciale di *public procurement*, che ben si adegua ad un oggetto di scambio connotato da forte sensibilità, come gli armamenti. Invero, la decisione di ricorrere a questo metodo non spetta alla scelta comune dei contraenti, bensì alla medesima stazione appaltante. Si finisce, dunque, per rievocare, ancora una volta, quella necessità di segretezza, o riservatezza, o classificazione delle informazioni, che contraddistingue una procedura d'appalto relativa a beni di natura o con finalità militari.

1.2 - Panoramica delle attività contrattuali per la vendita di armi. La questione del diritto applicabile ai contratti conclusi dalle industrie di produzione degli armamenti

Come sottolineato in precedenza, normalmente l'acquisto e la vendita avvengono secondo una disciplina specifica di *defence procurement* (che può essere predisposta in una normativa di un'organizzazione regionale, in un modello bilaterale di accordo oppure essere predisposta dal singolo Stato), ma può anche trovare un fondamento residuale in modelli normativi di *public procurement*.

Nel caso in cui non sia presente nessuno di questi strumenti, *quid iuris* per le acquisizioni di armamenti? È possibile, in questo caso, far riferimento alla disciplina dei contratti commerciali internazionali⁶⁵¹, stipulati direttamente con le industrie di produzione degli armamenti?

Normalmente, contratti di questo tipo sono stipulati con maggiore frequenza quando hanno ad oggetto transazioni relative a beni mobili, nella cui categoria possono astrattamente rientrare gli armamenti⁶⁵². Inoltre, il riferimento ai principi generali di diritto, o la previsione di una clausola di devoluzione delle controversie alla giurisdizione di un tribunale arbitrale o corte internazionale, fanno propendere per la tesi di considerare il contratto disciplinato dal diritto internazionale, più che dal diritto interno⁶⁵³.

Secondo la dottrina, la posizione assunta dagli Stati, nella conclusione di questi contratti, non assurge a quella tipicamente conosciuta quale soggetto sovrano a capacità

⁶⁴⁹ Secondo l'art. 19, § 1 del *Model Law*.

⁶⁵⁰ Come stabilito dagli artt. 45 e ss. del *Model Law*.

⁶⁵¹ I. MARBÖ - A. REINISCH, voce *Contracts between States and Foreign Private Law Persons*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2011, § 1-2.

⁶⁵² MARBÖ - REINISCH, *op. cit.*, § 20.

⁶⁵³ MARBÖ - REINISCH, *op. cit.*, § 21.

piena, bensì in queste situazioni lo Stato agisce in veste di attore “*iuris privatorum*”⁶⁵⁴.

Il problema principale che qui si pone è quello relativo alla disciplina giuridica che si ritiene applicabile a contratti di questo tipo. In questo senso, può essere utile fare un primo riferimento alla teoria generale, prendendo anzitutto in considerazione quanto espresso dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nei casi relativi ai *Prestiti serbi*⁶⁵⁵ e ai *Prestiti brasiliani*⁶⁵⁶.

Sia nel primo che nel secondo caso, il rapporto contrattuale non era inteso tra la Francia e la Serbia o il Brasile, bensì si intendeva come contrattuale il rapporto tra questi due ultimi Stati, che avevano richiesto un prestito in denaro, ed i creditori, ovvero le banche francesi. Il successivo intervento francese, che ha avviato i ricorsi dinanzi la Corte, è avvenuto in protezione diplomatica dei propri nazionali, ovvero i creditori⁶⁵⁷.

In particolare, nel caso dei *Prestiti serbi*, la Corte ha ritenuto che, dal momento in cui una delle due parti del contratto era uno Stato e che questo prevedeva, all'interno del proprio ordinamento, una normativa di diritto internazionale privato, si potesse fare riferimento al diritto interno dello Stato contraente, e non anche a quello dello Stato di nazionalità del creditore⁶⁵⁸.

Nel caso dei *Prestiti brasiliani*, al contrario, la precedente affermazione della Corte sembrerebbe essere stata ridotta nella sua portata, sostenendo che è sempre applicabile il diritto interno dello Stato contraente, sia nel caso in cui vi era un riferimento espresso, sia nel caso contrario⁶⁵⁹.

Nondimeno, la Corte ha ritenuto che l'interpretazione effettuata dai giudici interni dello Stato contraente può essere considerata un utile strumento per orientare la propria decisione, ma che la medesima Corte non si sentiva vincolata a decidere una controversia solo sulla base delle pronunce di tali giudici⁶⁶⁰. In sostanza, la Corte avrebbe affermato che la scelta a favore del diritto interno dello Stato parte del contratto era da preferire in base alla espressa intenzione delle parti.

Questo orientamento è stato recepito e perfezionato qualche anno più tardi anche dalla dottrina. Infatti, nella sua risoluzione della sessione di Atene del 1979⁶⁶¹, l'*Institut de Droit International* ha sottolineato che:

“[...] in the case of a contract between a State and a foreign private person the parties may, under the general principles of private international law, designate the proper law of the contract and, if such is their intent, withdraw

⁶⁵⁴ MARBÖ - REINISCH, *op. cit.*, § 1. Diverso il discorso che dovrebbe essere fatto con riferimento ai contratti di investimento stipulati tra uno Stato ed una società o altra persona giuridica straniera: in questo caso, lo Stato ospitante agirà in veste di attore pubblico, e di conseguenza tale qualifica sarà accordata anche al contratto concluso tra le parti. Si veda, a tal proposito, il recente lavoro di A. V. M. STRUYKEN, *Arbitration and State Contracts*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2015, vol. 374, pp. 9-52, in particolare pp. 29-31.

⁶⁵⁵ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Judgement of 12 July 1929, Serie A-20.

⁶⁵⁶ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case Concerning the Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Issued in France*, sentenza di merito del 12 luglio 1929, Serie A-21.

⁶⁵⁷ *Prestiti serbi*, p. 18, *Prestiti brasiliani*, p. 95, dove la Corte evidenzia che il contratto di prestito è intervenuto tra il Governo federale brasiliano ed i titolari di nazionalità francese del credito per i relativi prestiti.

⁶⁵⁸ *Prestiti Serbi*, p. 40-42.

⁶⁵⁹ *Prestiti brasiliani*, p. 122.

⁶⁶⁰ *Prestiti brasiliani*, p. 123-25.

⁶⁶¹ Institut de Droit International, *La loi du contract dans les accords entre un Etat et un personne privée étrangère*, sessione di Atene, 11 settembre 1979, XXI^o Commissione, relatore speciale M. Georges Van Hecke.

*the contract from the exclusive application of any given domestic law*⁶⁶².

La risoluzione, quindi, recepisce direttamente l'orientamento giurisprudenziale, salvo precisare che, laddove l'intento delle parti contraenti sia univoco e non faccia sorgere dubbio alcuno, queste hanno la possibilità di ricorrere ad altri strumenti di disciplina del contratto. Oltre a ciò, si evince anche che la disciplina del contratto non dovrebbe risiedere primariamente nella disponibilità normativa di una delle due parti contraenti, finendo quindi per sminuire il principio di autonomia contrattuale.

Dunque, nel caso in cui vi sia un espresso riferimento ad altro diritto, la scelta dovrà ricadere sulle norme di diritto internazionale privato, ovvero si dovrà fare riferimento anche a quelle norme sulla risoluzione dei conflitti tra leggi di Stati diversi.

Tuttavia, la scelta del diritto applicabile sembrerebbe essere indirizzata, dalla Risoluzione medesima, secondo una serie di criteri che manterrebbero la precedente impostazione delineata dalle sentenze sui *Prestiti*. A tal proposito, nell'art. 1, che fa comunque salva la volontà delle parti, si fa riferimento al requisito del *collegamento più stretto* con il tipo di contratto che si intende concludere.

Tale espressione non sembrerebbe essere risolutiva della questione qui posta, ovvero non sembrerebbe risolvere l'apparente conflitto normativo che possa generarsi a seguito della scelta delle parti contraenti. Invero, anche al fine di facilitare la scelta alle parti medesime, l'art. 2 della Risoluzione stabilisce ben sei criteri di scelta:

- la scelta potrebbe ricadere su *uno o più sistemi giuridici interni*, ovvero ci si rifarebbe, anche secondo le regole del diritto internazionale privato, al diritto dello Stato contraente;

- la scelta potrebbe anche tener conto di *principi giuridici comuni a tali sistemi*: in tal senso, laddove diversi istituti contrattuali siano comuni a più Stati, è possibile sceglierli per disciplinare alcuni aspetti peculiari del contratto. Ciò potrebbe emergere, invero, anche dai principi generali dei contratti commerciali internazionali, quali sono quelli predisposti dall'UNIDROIT⁶⁶³.

Nel momento in cui tali criteri nazionali o transnazionali non siano preferibili, la scelta potrebbe vertere su fonti di rango internazionale, ovvero:

3) sui *principi generali di diritto*, ed in particolare facendo riferimento ai principi comuni ai negozi giuridici, quali il principio di buona fede, il principio *pacta sunt servanda* ed il principio di non contraddizione;

4) sui *principi applicati nelle relazioni economiche internazionali*: tale criterio potrebbe fare riferimento ai principi generali relativi alla protezione dei soggetti stranieri che avviino attività commerciali o di investimento nel territorio di altro Stato, quali il principio di trattamento equo e giusto, gli standard minimi di protezione e il trattamento non meno favorevole a quello dei propri nazionali, come visti più supra;

5) sul *diritto internazionale*, che fungerebbe da ulteriore “bacino di riserva” per i precedenti due criteri.

È infine possibile vagliare una scelta combinata dei suddetti criteri, che permetterebbe alle parti del contratto di avere sempre uno strumento applicabile nel caso di dubbia interpretazione delle clausole.

La scelta del diritto applicabile non solo deve tenere in considerazione i criteri qui elencati. Le parti dovranno, al momento della scelta, tenere in considerazione anche le possibili difficoltà che potrebbero sorgere dall'applicazione del diritto designato, o dei

⁶⁶² Risoluzione citata, preambolo, 3° considerando.

⁶⁶³ International Institute for the Unification of Private International Law - UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2010, disponibile all'URL <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

principi richiamati espressamente dal contratto⁶⁶⁴, oltre, ovviamente, le regole giuridiche sulla responsabilità contrattuale che possa sorgere, in particolare, nel momento in cui lo Stato eserciti i propri poteri di sovranità per venir meno ai propri obblighi contrattuali, quando, ad esempio, si verifichi il c.d. *Factum principis*⁶⁶⁵.

Con riferimento, tuttavia, ai contratti di transazione commerciale di beni, questo profilo non costituisce di per sé un problema rilevante, per via della breve durata della prestazione stabilita e della possibilità di rinegoziazione, differenziandosi dagli altri contratti stipulati dagli Stati, quali i contratti di investimento⁶⁶⁶.

Si ritiene di difficile applicazione anche la disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili⁶⁶⁷, soprattutto con riferimento a certi tipi di armamento che rientrino, per natura o caratteristiche tecniche, nell'ambito di esclusione previsto dall'art. 2, lett. e), il quale dispone che “*la presente Convenzione non disciplina la compravendita [...] di navi, battelli, veicoli a cuscino d'aria (overcraft) e aeromobili*”. Ciò escluderebbe buona parte delle vendite attuali di armamenti⁶⁶⁸.

A tal fine, si segnala anche quanto espresso da un tribunale arbitrale russo⁶⁶⁹, che si è pronunciato su una controversia relativa alla vendita internazionale di un natante sottomarino non più operativo, da parte dell'esercito russo ad un'impresa canadese, rimuovendolo dalla lista degli armamenti della marina russa e considerandolo come rottame. In tale caso, la controversia concerneva il diritto applicabile al contratto, ovvero la Convenzione di Vienna del 1980, in base al fatto che la qualificazione di “non operativo” avesse la prevalenza sulla natura del bene oggetto di transazione. Il tribunale arbitrale ha escluso l'applicabilità della Convenzione al contratto di vendita, affermando che:

“A sea vessel remains what it is as long as it has the possibility to be afloat, though with the assistance of any other exterior appliances. In any other case, it becomes goods subject to the CISG”.

In senso estensivo, l'astratta configurazione di un bene quale compreso nelle eccezioni all'applicazione della Convenzione anzidetta impedirebbe comunque l'applicazione del suddetto strumento pattizio⁶⁷⁰. Ciò è vero, in particolare, anche con riferimento a quei beni che abbiano una delle caratteristiche tecniche individuate nell'eccezione di cui alla lett. e) dell'art. 2 della Convenzione del 1980, e che siano specificatamente designati per un fine di natura militare.

Rimane comunque ovvio che il contratto commerciale sia soggetto a particolari limiti, segnatamente quelli individuati nelle regole a carattere imperativo⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ Risoluzione citata, art. 4, § 2.

⁶⁶⁵ Risoluzione citata, art. 6. R. YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux d'armes de guerre*, Edizioni Pedone, Parigi, 1980, p. 261 e ss.; MARBÖ - REINISCH, *op. cit.*, § 20.

⁶⁶⁶ MARBÖ - REINISCH, *ib.*

⁶⁶⁷ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, stipulata a Vienna l'11 aprile 1980, in *United Nations Treaty Series*, 1988, vol. 1489, n. 25567, p. 59 e ss.

⁶⁶⁸ Escludendo la vendita di armi convenzionali, come le SALW, la cui proporzione è decisamente maggiore rispetto ad altri tipi di armamento, navi da guerra, sommergibili, aerei da combattimento e elicotteri costituiscono una ragionevole percentuale delle vendite annue di armamenti, secondo anche quanto riferito dal Registro ONU delle armi convenzionali, consultato all'URL <http://www.un-register.org/HeavyWeapons/Index.aspx>.

⁶⁶⁹ Russian Maritime Commission, arbitration proceeding 1/1998, award of 18 December 1998, testo tradotto disponibile all'URL <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981218r1.html>.

⁶⁷⁰ F. FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, 2012, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, p. 147 e ss.

⁶⁷¹ Art. 1.4 dei Principi UNIDROIT: “*Nothing in these Principles shall restrict the application of*

Tra i limiti rilevanti per la vendita di armi si segnalano i limiti all'esportazione (od all'importazione) di armi e altro materiale di natura militare, imposti sia a livello nazionale, sia internazionale, l'inosservanza dei quali determinerà l'invalidità⁶⁷² del contratto concluso⁶⁷³ e la conseguente possibile applicazione di sanzioni nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili a seguito di accertamento giudiziale o amministrativo.

2. Le restrizioni alle attività contrattuali di vendita delle armi

2.1 - Le restrizioni ai trasferimenti di armi

Come sopra sottolineato, la possibilità di stipulare contratti commerciali, o anche contratti pubblici per la fornitura di materiale militare, sembrerebbe essere sottoposta ai soli limiti all'esportazione, imposti dall'amministrazione nazionale, od eventualmente in ottemperanza di decisioni adottate da organizzazioni internazionali, per ragioni di politica estera o di sicurezza nazionale, al fine di far recedere uno Stato dal tenere un determinato comportamento lesivo di interessi collettivi, quale la preservazione della pace e sicurezza internazionali⁶⁷⁴.

Normalmente, i termini utilizzati per tali strumenti sono "misure restrittive" e "sanzioni economiche". Non sembrerebbe sussistere alcuna differenza tra queste due espressioni: le misure restrittive, come le sanzioni, avrebbero la comune finalità di far desistere un determinato soggetto, sia esso Stato o gruppo di individui, dal tenere un determinato comportamento, ritenuto lesivo di interessi collettivi⁶⁷⁵.

L'opinione più rilevante, invece, andrebbe in un senso opposto. Si parla di "sanzioni" quando siano adottate ad un livello internazionale, come ad es. quelle previste dall'art. 41 della Carta della Nazioni Unite, posseggano un carattere punitivo dell'illecito commesso (soprattutto in ragione della sua gravità) e sono normalmente adottate a livello internazionale, da ampia parte della Comunità Internazionale, o da un gruppo di Stati⁶⁷⁶.

mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law". Oltre ad individuare il c.d. limite dell'ordine pubblico, presente nell'ambito del diritto internazionale privato, in base al commentario dell'articolo medesimo (para. 2), la nozione avrebbe volutamente una portata ampia, al fine di coprire sia quei limiti tipicamente previsti dal diritto interno, sia limiti imposti dal diritto internazionale generale e pattizio.

⁶⁷² Secondo C. MURRAY - D. HOLLOWAY - D. TIMSON-HUNT, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, XI° ed., Thomson-Sweet&Maxwell, Londra, 2007, p. 129, l'invalidità del contratto interverrà se l'inosservanza avrà avuto luogo "[without] used due diligence and took all reasonable steps"

⁶⁷³ P. OSTENDORF, *International Sales Terms*, C. H. Beck-Hart-Nomos, Monaco di Baviera, 2010, p. 109 e ss. Secondo l'a., tale limite sarebbe configurato in maniera restrittiva per il compratore nell'art. 79, § 1 della Convenzione di Vienna del 1980 relativa alla vendita di beni mobili (*Una parte non è responsabile dell'inadempienza di uno dei suoi obblighi se prova che tale inadempimento è dovuta a un impedimento indipendente dalla sua volontà e che non si poteva ragionevolmente attendere che la prendesse in considerazione al momento della conclusione del contratto, che essa la prevenisse o la superasse o che ne prevenisse o superasse le conseguenze*), il quale limite però non si traduce in un conseguente diritto di risoluzione del contratto per il venditore.

⁶⁷⁴ MIGLIORINO, *Le misure restrittive all'esportazione*, CEDAM, Padova, 1993, p. 5; YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 392 e s.

⁶⁷⁵ In questo senso e con riferimento alla politica europea di adozione di sanzioni e misure restrittive, si veda A. PIETROBON, *L'efficacia delle misure di embargo sulle armi: luci e ombre dopo Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, vol. 28, n. 3, pp. 783-807, a p. 786.

⁶⁷⁶ La tendenza, però, è stata rigettata in alcuni casi in cui Stati abbiano deciso di adottare misure unilaterali contro siffatte violazioni, come nel caso delle misure statunitensi avverso India e Pakistan per gli

Al contrario, una contromisura può essere adottata da un singolo Stato nei confronti di uno Stato che abbia commesso un illecito internazionale “*soltanto al fine di indurre quello Stato a conformarsi ai propri obblighi*”⁶⁷⁷. Quindi, non sono concepite come punizione per la commissione di un illecito, ma solo come strumento di induzione all'osservanza e rispetto dell'obbligo violato, al fine di far cessare la situazione di illecito che si è verificata.

In ambito commerciale, le misure hanno l'effetto di controllare gli scambi, e presentano una connotazione marcatamente statale, in ragione della scelta di politica estera che uno Stato è libero di adottare⁶⁷⁸; la sanzione, invece, possiede, oltre a tale finalità di controllo, anche quella di incisione diretta sull'attività contrastata, producendo effetti sia nei confronti dello Stato cui si indirizza, sia nei confronti di soggetti sub-statali che svolgono le proprie attività a livello internazionale, quali le imprese e gli investitori⁶⁷⁹.

Tali misure restrittive, o sanzioni economiche, esplicano la propria efficacia solo se il bene tecnologico o merceologico in questione (quali sono le armi) è prodotto in regime di monopolio mondiale dallo Stato che le adotta. Nel caso in cui tale monopolio non sussista, lo Stato destinatario della misura potrà sempre acquistare tale bene da altri soggetti, che non abbiano adottato misure di questo tipo, o che alle stesse non si siano conformati. Per far sì che la misura sia efficace, è necessario che intervenga un accordo tra tutti gli Stati produttori di quel bene, volto a stabilire una comune politica di esportazione verso destinazioni ritenute proibite⁶⁸⁰. Molte volte, però, la stipulazione di tali accordi non è andata oltre il mero coordinamento delle politiche nazionali sull'esportazione, che di conseguenza non presentano un conseguente impegno dal punto di vista del diritto internazionale per i medesimi Stati sottoscrittenti⁶⁸¹.

Tra le misure restrittive, si annoverano gli *embargoes* di armi, la cui natura è quella di impedire che un determinato Stato, responsabile di aver leso la pace e la sicurezza internazionali⁶⁸², o che debba cessare un determinato comportamento considerato contrario a norme od obblighi internazionali, quale può essere il divieto di intervento in un conflitto armato⁶⁸³, possa perseverare nell'illecito.

La misura può avere portata *totale*, quando è indirizzata nei confronti di tutte le esportazioni di armi verso la destinazione proibita, oppure *parziale*, e riguardare quindi solo alcuni tipi di arma, oppure solo alcuni tipi di componenti, ed al tempo stesso

esperimenti nucleari da questi condotti nel 1998: L. PICCHIO FORLATI, *The Legal Core of International Economic Sanctions*, in L. PICCHIO FORLATI - L. A. SICILIANOS (a cura di), *Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 99-207, a p. 106.

⁶⁷⁷ Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, commento all'art. 49, in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, vol. II, Part II, p. 130, para. 1.

⁶⁷⁸ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 4

⁶⁷⁹ M. GRAMOLA, *La tutela del contraente privato nell'applicazione delle sanzioni economiche contro l'Iraq*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, vol. 21, n. 1, pp. 163-203.

⁶⁸⁰ Questo tipo di accordi trova la sua maggiore applicazione nel campo delle armi, ed in particolare quelle di distruzione di massa.

⁶⁸¹ MIGLIORINO, *op. cit.*, pp. 8-9. Un esempio di questo tipo si è avuto con il CoCom, (*Coordination Committee*), di cui *infra*.

⁶⁸² Quale è il caso dell'invasione del Kuwait ad opera dell'Iraq, nel 1991. Si vedano le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza nn. 705, 707, 712 e 715 del 1991.

⁶⁸³ Quale è il caso della situazione dell'Ucraina orientale, e delle conseguenti misure restrittive imposte dagli Stati Uniti e dall'UE nel marzo 2014: Latham&Watkin's *International Arbitration Newsletter*, giugno 2014, p. 5, disponibile all'URL <https://www.lw.com/thoughtLeadership/lw-international-arbitration-newsletter-june-2014>.

mantenere inalterate le precedenti relazioni instaurate relativamente ai beni non inclusi nelle sue disposizioni⁶⁸⁴.

Anche la durata di tale misura restrittiva viene considerata elemento fondamentale. Secondo parte della dottrina, però, la durata dovrebbe essere relativamente breve, poiché ogni successivo prolungamento determinerebbe l'inefficacia della misura. S'individuano, perciò, due sistemi che fissano termini temporali dell'embargo: a) da un lato, lo Stato adottante renderà noto, sin dall'inizio, quale sarà la durata della misura, riservandosi la possibilità di prorogare il termine⁶⁸⁵; b) dall'altro, uno Stato potrà adottare una misura restrittiva fintanto che permarrà la situazione di illecito internazionale cui ci si riferisce, e segnatamente un conflitto armato; in tal caso, non sarà tanto la cessazione delle ostilità a determinare la fine del conflitto, bensì saranno considerati come rilevanti elementi più empirici, quali la stipulazione di un trattato di pace tra le parti in conflitto⁶⁸⁶.

Proprio a causa della breve durata, la decisione di adottare misure di embargo è ritenuta *contingente*, poiché si fa riferimento ad un dato contesto politico in cui viene adottata, e con riferimento ad una data situazione politica. Il carattere contingente verrà meno proprio con il termine della situazione politica cui si indirizza, o quando la decisione di altri Stati adottanti sia quella di far cadere ogni effetto delle misure restrittive⁶⁸⁷.

Uno degli effetti delle misure di embargo è quello di inficiare l'esecuzione dei contratti di vendita e consegna di armamenti. In tal caso, essendosi palesate situazioni capaci di incidere giuridicamente sull'accordo, e che non siano state prevedibili al momento della stipulazione del contratto, una delle due parti (segnatamente, lo Stato acquirente) potrà invocare l'annullamento o la sospensione dei termini contrattuali⁶⁸⁸. Tale limite può essere considerato quale norma imperativa, sia essa di origine nazionale, sovranazionale o internazionale, che limita fortemente l'efficacia dell'accordo contrattuale tra le parti. Ciò a maggior ragione nel momento in cui uno Stato abbia stipulato accordi commerciali con certe industrie di produzione degli armamenti, le quali vedano sfumare le opportunità di profitto conseguite.

In tal senso, e sempre che le parti non li abbiano espressamente esclusi, può essere

⁶⁸⁴ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 403. Un caso di distinzione può essere quello operato dal Governo francese, come da altri governi, con riferimento alle esportazioni di *armi offensive* verso Israele, durante la Guerra dei sei giorni (1967), dove si è ritenuto ammissibile sia la fornitura di armamenti a scopo difensivo, sia quella di parti e componenti dei medesimi.

⁶⁸⁵ Questo è il caso degli *embargoes* imposti dagli Stati Uniti tra le due guerre, la cui durata non superava i sei mesi. Al giorno d'oggi, tale sistema sembrerebbe più raro. YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 404.

⁶⁸⁶ Questo è il caso della Guerra dei sei giorni di cui sopra, allorquando Francia, Regno Unito e Stati Uniti riconsiderarono la portata materiale della misura e decisero, nell'arco di appena due anni, di abrogare la medesima.

⁶⁸⁷ YAKEMTCHOUK, *ib.* Per quanto presenti una portata generale, l'embargo adottato dagli Stati Uniti nei confronti della Cuba castrista ha avuto, al contrario, una durata eccessivamente lunga, protraendosi per circa cinquanta anni. Vale la pena di ricordare che nel 1996, l'amministrazione Clinton promosse un ampliamento di tali misure (attraverso il *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act*, conosciuto anche come *Helms-Burton Act*) anche nei confronti di quegli Stati, le cui imprese o società avessero deciso di avviare investimenti ed attività nel territorio cubano e che contemporaneamente svolgessero analoghe attività negli Stati Uniti (sec. 103). Solo di recente, l'amministrazione Obama ha deciso di rimuovere definitivamente tutti gli effetti della misura adottata. Per una disamina sistematica di tale misura, si veda V. LOWE, *US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D'Amato Act*, in M. EVANS - P. CAPPS, *International Law*, Ashgate, Farnham, 2009, vol. 2, pp. 371-383; sulla fine dell'embargo cubano, si veda A. MORELLO, *U.S. And Cuba Agree to Normalize Relations*, in *International Law in Brief*, disponibile all'URL <http://www.asil.org/blogs/us-and-cuba-agree-normalize-relations-december-17-2014>.

⁶⁸⁸ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 408.

utile fare riferimento ai Principi UNIDROIT dei contratti commerciali⁶⁸⁹. Secondo tali principi, il contratto che sia in contrasto con norme imperative di origine nazionale od internazionale può essere considerato nullo o sospeso, a seconda di quali siano gli effetti previsti dalla norma imperativa contrastata⁶⁹⁰. Nel caso in cui tali effetti non siano stati previsti, le parti possono esperire i rimedi contrattuali idonei a seconda delle circostanze⁶⁹¹, sulla base delle ragionevoli aspettative di entrambe⁶⁹². Ai fini di chiarificazione, le norme imperative di cui *supra* sono individuate in quelle disposizioni applicabili secondo i normali principi del diritto internazionale privato, e ciò sia sulla base della litispendenza avanti al giudice arbitrale (laddove sia stata prevista la sua nomina), sia se questi siano stati effettivamente richiamati dalle parti nel testo del contratto, sia infine se questi principi siano applicabili alla disciplina del contratto in questione⁶⁹³.

Tuttavia, nell'ambito degli *embargoes* ai trasferimenti di armi si annoverano anche due ulteriori ipotesi, interne al rapporto contrattuale. La prima ipotesi è relativa al fatto che la sospensione o annullamento del contratto dipenda da una decisione unilaterale dello Stato fornitore sulla base di proprie motivazioni, quali ad esempio la violazione delle clausole di non-riesportazione⁶⁹⁴. Tale considerazione sembrerebbe applicarsi anche a quelle circostanze relative ad un'azione di annullamento o di sospensione del contratto dovuta ad "attitudine inamichevole" dello Stato acquirente.

Una seconda ipotesi riguarda la sospensione o annullamento di un contratto quando sia contrario ad embarghi internazionali, adottati a seguito del coinvolgimento dello Stato acquirente in un conflitto armato⁶⁹⁵: in questo caso, è evidente che quanto espresso in precedenza con riferimento alle norme imperative di natura internazionale trova qui un riscontro maggiore⁶⁹⁶.

La prassi e la dottrina internazionali sembrerebbero divisi sugli effetti che tali *embargoes* possono avere: da un lato, vi è chi sostiene che tali misure abbiano l'effetto di sospendere, e finanche di annullare, il contratto di vendita delle armi⁶⁹⁷; dall'altro, dato l'elevato tasso politico di cui si caratterizzano tali decisioni, l'orientamento contrario sembrerebbe propendere per una mancanza di effetti decisivi sui contratti, salvo che non sia lo Stato fornitore a stabilire quali debbano essere questi effetti nel momento in cui recepisce decisioni di tale tipo⁶⁹⁸.

Come detto in precedenza, una differenziazione tra misura restrittiva e sanzione economica nel diritto internazionale non sembrerebbe essere rilevante⁶⁹⁹, soprattutto per il fatto che la prassi in materia non sarebbe concorde; inoltre, una ragione per differenziare

⁶⁸⁹ UNIDROIT citato, p. 132 e ss.

⁶⁹⁰ Art. 3.3.1, § 1 dei Principi UNIDROIT.

⁶⁹¹ Art. 3.3.1, § 2.

⁶⁹² Art. 3.3.1, § 3.

⁶⁹³ UNIDROIT citato, p. 133.

⁶⁹⁴ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 409.

⁶⁹⁵ Coinvolgimento che ora obbliga le amministrazioni degli Stati esportatori ad effettuare una valutazione preventiva del rischio preponderante di gravi violazioni del diritto internazionale, di cui agli artt. 6 e 7 del Trattato sul commercio di armamenti.

⁶⁹⁶ YAKEMTCHOUK, *ib.*

⁶⁹⁷ Per tutti, si veda MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 113 e ss.

⁶⁹⁸ Si veda, con riferimento alla controversia all'interno del CoCom sul caso Toshiba/Kongsberg, J. E. GREGORY, *Controlling the Transfer of Military Significant Technology: COCOM After Toshiba*, in *Fordham International Law Journal*, 1987, vol. 11, n. 4, pp. 863-882; W. A. WRUBEL, *The Toshiba-Kongsberg Incident: Shortcomings of CoCom, and Recommendations for Increased Effectiveness of Export Control to the East Bloc*, in *American University International Law Review*, 1989, vol. 4, n. 1, pp. 241-273.

⁶⁹⁹ PICCHIO FORLATI, *op. cit.*, p. 204.

concettualmente tali termini troverebbe applicazione solo in un contesto normativo specifico, quale è il diritto della responsabilità dello Stato. Secondo l'impostazione dell'art. 49, la misura o contromisura sarebbe adottata solo in risposta ad un illecito di uno Stato e solo al fine di indurre quello Stato al rispetto della norma violata; al contrario, la sanzione sarebbe irrogata secondo un procedimento istituzionalizzato (come nel caso del sistema di sicurezza collettiva ex Cap. VII della Carta ONU) e avrebbe il solo fine di punire uno Stato colpevole della violazione di un obbligo internazionale di particolare importanza.

Tuttavia, questa distinzione risulta essere ancor più evidente da una prospettiva meramente statale, secondo al quale le misure vengono adottate sia allo scopo di indurre un determinato Stato a cessare un illecito, sia alle medesime viene attribuita una funzione punitiva nei confronti di quelle persone fisiche o giuridiche che non siano immediatamente vincolati dalla norma internazionale, e che decidano di continuare la propria attività d'impresa⁷⁰⁰. A maggior ragione, tale comportamento viene tenuto nel momento in cui la misura restrittiva sia applicata da parte di uno Stato che diverso da quello di nazionalità dell'individuo o dell'impresa, e quando l'attività di costoro venga esperita a favore di uno Stato colpito da tale misura⁷⁰¹.

Come accennato, di natura diversa sono gli accordi di controllo e coordinamento politico dell'esportazione di tecnologia, quali la *Coordination Committee for multilateral export controls* (CoCom) ed il suo successore, il *Wassenaar Arrangement on Exports controls for conventional arms and dual-use goods and technologies* (WA).

Il CoCom nacque per volontà di alcuni Stati dell'Alleanza Atlantica (Stati Uniti, che proposero l'iniziativa⁷⁰², Regno Unito, Francia, Italia, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo), i quali decisero che sarebbe stato necessario coordinare le proprie politiche di esportazione di materiale tecnologico verso Stati che appartenevano al blocco socialista. La volontà degli Stati alleati, però, era quella di non creare un accordo che fosse vincolante a tutti gli effetti, poiché l'osservanza di queste disposizioni avrebbe significato inevitabilmente privarsi di una buona parte del mercato delle esportazioni di tecnologia⁷⁰³.

Tuttavia, per quanto questo accordo sembrasse porre effetti di qualche tipo su tutti gli Stati dell'Alleanza Atlantica, la sua "consistenza" giuridica era pressoché nulla: infatti, non esistevano le bozze di un accordo o delle linee-guida che potessero indirizzare le politiche dello Stato, né alcuna documentazione che fosse reperibile; le assemblee della Commissione non venivano pubblicizzate, né esistevano ordini del giorno o verbali che ne dimostrassero il funzionamento. Si è addirittura parlato di una caratterizzazione "secrecy-

⁷⁰⁰ PICCHIO FORLATI, *ib.*; A. BLANDINI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in F. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Manuale di Diritto Commerciale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 133 e ss.

⁷⁰¹ Si vedano ad esempio le c.d. dieci proibizioni generali contenute nelle *Export Administration Regulations* statunitensi (15 C.F.R. Pts 730-774) al §. 736.2(b), relative a: riesportazioni di armi a duplice utilizzo e di loro componenti; esportazione di prodotti fabbricati all'estero e che impieghino tecnologia di origine statunitense; violazione degli ordinanze di diniego all'autorizzazione per l'esportazione; finalità ed utente finale proibite; destinazioni sottoposte ad embargo; attività di proliferazione nucleare da parte di cittadini americani; restrizioni al transito di armi; violazioni di ordinanze, termini di licenza o condizioni di licenza all'esportazione; azione con la consapevolezza di violare. Per tutte queste ipotesi, le *Regulations* (§ 764.2) stabiliscono sia sanzioni a carattere penale, sia amministrativo, entrambe le categorie con l'intento di punire l'autore della violazione imputata.

⁷⁰² L'idea di un coordinamento delle politiche statali sull'esportazione sorse a seguito dell'emanazione dell'*Export Control Act* del 1949 negli Stati Uniti (26 febbraio, *Public Law* 111, in *United States Statutes at Large*, vol 40, p. 411), il quale si applicava in tempo di pace a tutte le esportazioni di materiale e tecnologia militare verso gli Stati alleati. La sola emanazione di tale legislazione, però, non consentiva una piena efficacia delle norme ivi contenute, a meno che non si fossero estesi tali effetti anche agli Stati alleati, obbligando i medesimi a coordinare le proprie politiche con quelle statunitensi.

⁷⁰³ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 181.

obsessed”, tale per cui si conoscevano solo per grandi linee i resoconti delle sedute⁷⁰⁴. Indizi sui lavori di questa organizzazione potevano riscontrarsi solo in atti legislativi e ministeriali degli Stati, ed in particolare le promulgazioni ed i verbali del Congresso degli Stati Uniti, considerate sempre in ottemperanza alle “decisioni” adottate nelle assemblee anzidette⁷⁰⁵.

Inoltre, il funzionamento del CoCom dipendeva largamente anche dall'impegno che gli Stati europei dell'Alleanza Atlantica avevano con gli Stati Uniti, ed in particolare tale impegno era evidente nel momento in cui furono avviati i *Marshall Plans* per la ricostruzione dell'Europa, sulla base dei quali il recepimento di fondi necessari derivava dall'impegno di tali Stati a collaborare attivamente per sostenere le misure di *embargo* promosse dagli Stati Uniti verso il blocco socialista⁷⁰⁶. La violazione di questa intesa, attraverso l'esperimento di attività di riesportazione di materiale a contenuto tecnologico o militare verso tale blocco, avrebbe significato la revoca di qualsiasi aiuto di natura militare, economica o finanziaria⁷⁰⁷.

Come detto, l'organizzazione e le istituzioni del CoCom erano caratterizzate da un generale alone di segretezza, tale per cui non erano sufficientemente note le decisioni che ivi venivano adottate e che avrebbero pesantemente condizionato sia le politiche commerciali degli Stati, sia le esportazioni effettuate dalle imprese che avessero in tali Stati il proprio centro di affari. Tuttavia, la generale non conoscibilità dell'organizzazione rendeva ancora più difficile capire che tipo di accordo vi fosse stato alla base. Si è ipotizzato che l'organizzazione si reggesse sulla base di un accordo che non fosse stato concluso in forma scritta⁷⁰⁸.

Si potrebbe, allora, ipotizzare l'esistenza di un accordo scritto ma segreto. Sebbene gli Stati aderenti al CoCom avessero sempre negato che questo accordo esistesse, come anche di farne parte, è tuttavia da ipotizzare che un patto tra i medesimi sia intervenuto.

Nel diritto internazionale, tuttavia, non esiste un divieto di stipulare accordi segreti (o che difettino della forma scritta, od ancora che non siano resi pubblici)⁷⁰⁹. L'unica sanzione prevista per questo genere di accordi è l'impossibilità di invocarli dinanzi gli

⁷⁰⁴ T. ÄPPEL, *The Evolution of Multilateral Export Controls: A Critical Study of the CoCom Regime*, in *The Fletcher Forum*, 1985, vol. 9, n. 1, pp. 105-124, cit. p. 108.

⁷⁰⁵ Una lista dei provvedimenti adottati è fornita da MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 179, n. 5. Questa “trasparenza” normativa è stata messa a confronto con le linee politiche della Francia, la quale era, tra gli Stati aderenti, quello più restio ad ammettere l'esistenza e l'indirizzo politico promanante dell'organizzazione. ÄPPEL, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁰⁶ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 182. si veda anche D. JOYNER, *International Law and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 122 e ss., che collega la controversia sorta tra Cecoslovacchia e Stati Uniti nell'ambito GATT (vedi *infra*, Cap. II, § 1.2) al rifiuto della prima, come di altri Stati aderenti al Patto di Varsavia, o rientranti nella sfera di influenza dell'Unione Sovietica, di ricevere i fondi del Piano Marshall. Tali rifiuti avrebbero determinato le conseguenti misure restrittive verso tali Stati da parte degli Stati Uniti, oltre alla successiva creazione del CoCom.

⁷⁰⁷ Tale disposizione era contenuta nel *Military Defence Assistance Control Act* del 1951 (Public Law 213, in *United States Statutes at Large*, vol. 65, p. 644 e ss.).

⁷⁰⁸ In quest'ultimo senso, si vedano: G. ADLER-KARLSSON, *Western Economic Warfare*, Stoccolma, Almqvist and Wiksell, 1968, p. 51; P. C. WEBSTER, *CoCom: Limitations on the Effectiveness of Multilateral Export Controls*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1983, p. 106 e ss., a p. 108; R. VAN DEN HOVEN VA GENDEREN, *Cooperation on Export Control between United States and Europe: A Cradle of Conflict in Technology Transfer*, in *North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulation*, 1989, pp. 391-424, a p. 394.

⁷⁰⁹ R. CADDELL, voce *Treaties, Secret*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2006, § 2.

organi dell'ONU⁷¹⁰. Invero, l'esigenza di mantenere “occultati” alcuni tipi di accordo presenta solo aspetti di natura politica: infatti, la possibilità di segretare sia la fase della negoziazione, sia l'accordo concluso dipende da mere esigenze di preservazione della sicurezza, interna ed esterna, dei partecipanti. Un'eventuale responsabilità giuridica sorgerebbe solo nel caso in cui l'accordo disponesse circa la violazione di una norma a carattere cogente⁷¹¹, come nel caso di un accordo che stabilisca un'aggressione congiunta nei confronti di un determinato Stato⁷¹².

Inoltre, come più volte affermato più *supra*, non esiste nel diritto internazionale un obbligo di dover commerciare con tutti gli Stati. Per converso, non esiste un divieto di creazione di un accordo che accomuni più Stati e che coordini le politiche economiche di questi. Peraltro, la mancanza di un accordo, secondo anche autorevole dottrina⁷¹³, deve indurre ad affermare con cautela che ci si trovi di fronte ad un accordo vincolante; semmai, si è di fronte ad un'intesa non vincolante (un *gentlemen's agreement*, appunto).

Infine, anche la prassi può dare segnali della mancanza di un vero e proprio accordo alla base del Cocom: nel 1982, un rapporto della Commissione Trilaterale⁷¹⁴ sosteneva la necessità di basare il CoCom su un accordo scritto. Nel 1983, un gruppo di deputati statunitensi, guidati da Jim Courter, presentò alla Camera dei Rappresentanti del Congresso una proposta intesa alla redazione di un testo pattizio per il CoCom⁷¹⁵. La proposta, però, fu bocciata.

Come è stato suggerito⁷¹⁶, lo studio della natura, funzioni e tipi di decisioni di tale accordo ha indotto più parti a sostenere la tesi secondo al quale il CoCom non sarebbe stata una reale organizzazione, bensì un “cartello” di monopolio della tecnologia, detenuto dagli Stati dell'Alleanza Atlantica. Inoltre, si può aggiungere che, data anche la compenetrazione che tali decisioni avevano sugli ordinamenti degli Stati partecipanti, il livello di segretezza cui era circondata l'organizzazione, ed il fatto che alcuni Stati (segnatamente, Stati Uniti e Regno Unito) pressavano particolarmente gli altri partecipanti al fine di far adottare ed osservare misure restrittive di rango interno, è da ritenersi che il CoCom abbia funzionato come “barriera” contro l'applicazione del divieto di ingerenza negli affari interni⁷¹⁷. Ciò sarebbe stato possibile sulla base del fatto che l'adozione di simili decisioni veniva presa a livello assembleare, e non a livello di singoli Stati.

Le funzioni del Cocom sono state raggruppate in tre ordini: a) redazione e

⁷¹⁰ Art. 102 della Carta ONU.

⁷¹¹ Artt. 53 e 62 della Convenzione di Vienna del 1969 citata.

⁷¹² È il caso dell'allegato al c.d. Patto Molotov-Ribbentrop, stipulato nel 1939 tra la Germania nazionalsocialista e l'Unione Sovietica per la spartizione segreta del territorio della Polonia e per la gestione delle sfere di influenza nell'Europa centro-orientale. Per una disamina accurata, si veda D. ZIMMERMANN, voce *Molotov-Ribbentrop Pact*, in *Max Plack Encyclopedia of Public International Law*, luglio 2009.

⁷¹³ MIGLIORINO, *op. cit.*, pp. 183-184.

⁷¹⁴ Organizzazione privata fondata da David Rockefeller nel 1972, e che riunisce i “gotha” di finanza, economia e diritto delle tre grandi aree produttive del mondo occidentale (Stati Uniti e Canada, Giappone, Europa Occidentale). Stephen Gill, *Trilateral Commission*, in *Encyclopedia Britannica*, consultato all'URL <http://www.britannica.com/topic/Trilateral-Commission>.

⁷¹⁵ In *Congressional Record*, vol. 129, 19 ottobre 1983, H8346, consultato all'URL <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRI-1983/html/CRI-1983-COURTER-JIM-F44D67.htm>.

⁷¹⁶ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 5.

⁷¹⁷ Si pensi, appunto, al caso Toshiba-Kongsberg, nel quale gli Stati Uniti hanno fatto notevoli pressioni sugli Stati di nazionalità delle due imprese (segnatamente, Giappone e Norvegia) affinché perseguissero i responsabili delle riesportazioni di tecnologia statunitense verso il blocco ostile. Tali pressioni effettivamente si realizzarono nelle sentenze di condanna delle due imprese, e nell'annullamento dei contratti stipulati con l'Unione Sovietica per sopravvenuto contrasto con norme imperative.

aggiornamento delle liste di merci e tecnologie per le quali sussisteva un divieto di esportazione; b) accoglimento di singole richieste dagli Stati aderenti per l'esportazione di determinate merci; c) coordinamento delle attività degli Stati aderenti per l'attuazione delle decisioni adottate⁷¹⁸.

Rilevante, ai fini di questa trattazione, era la lista sulle armi e munizioni, assieme a quella dei prodotti industriali che fossero suscettibili anche di utilizzo militare (*dual-use goods*). Entrambe le liste venivano periodicamente aggiornate, con frequenza di quattro anni. Perché fosse possibile per uno Stato aderente esportare una determinata merce, era necessario che questo proponesse all'organizzazione medesima un'eccezione al divieto stabilito. Dopo aver vagliato l'ammissibilità della richiesta, il CoCom comunicava l'esito dell'istanza allo Stato proponente, che normalmente accettava la decisione, salvo invocare il limite della sicurezza nazionale⁷¹⁹.

Diversamente dal suo predecessore, l'Intesa di Wassenaar non è stato inteso come mero accordo politico che permettesse di perseguire una logica restrittiva delle esportazioni verso determinati Stati, bensì tale accordo si contraddistinse per una struttura determinata e che fonda tutte le sue funzioni su un documento scritto e conoscibile⁷²⁰.

Lo scopo principale, a differenza del CoCom, è quello di prevenire gli "accumuli destabilizzanti" di armi convenzionali (in particolar modo, SALW e MANPADS) e di certi beni a duplice utilizzo⁷²¹. Ciò significa che, diversamente dalla presunzione sul diniego di trasferimento della tecnologia che era presente nel CoCom, l'Intesa di Wassenaar mira a consentire il commercio e gli scambi di armi e prodotti a duplice utilizzo, e contemporaneamente a porre su questi un controllo, che sia efficace nel caso degli accumuli destabilizzanti di cui sopra⁷²². Per converso, quella che era una discrezionalità degli Stati "ristretta" nell'ambito del CoCom, nell'Intesa di Wassenaar torna ad assumere i connotati di un diritto che lo Stato esercita in relazione alle restrizioni all'esportazione sulle armi⁷²³.

L'obiettivo principale, si è detto, è quello di prevenire significativi accumuli di armi convenzionali, o beni a duplice utilizzo,

*"if the situation in a region or the behaviour of a state is, or becomes, a cause for serious concern to the Participating States"*⁷²⁴.

Non esiste, a tal proposito, una lista di Stati "nemici" o di destinazioni vietate, né gli Stati aderenti si considerano vincolati alle decisioni di un determinato Stato di non esportare verso una destinazione particolare⁷²⁵. In tal senso, quindi, la differenza relativa alla discrezionalità che viene accordata agli Stati nelle due organizzazioni⁷²⁶ diviene il

⁷¹⁸ L'*Export Administration Act* statunitense, (§ 5-i) conteneva il riferimento alle funzioni fondamentali dell'organizzazione. MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 185-186.

⁷¹⁹ Non sempre tale procedura sembrava esser stata seguita alla lettera: cfr. MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 189-190; WEBSTER, *op. cit.*, p. 118.

⁷²⁰ *Guidelines and Documents including Initial Elements*, 11-12 luglio 1996, e successive modifiche sino a luglio 2014, disponibili all'URL <http://www.wassenaar.org/guidelines/docs/5%20-%20Initial%20Elements.pdf>.

⁷²¹ *Initial Elements*, Sez. I, § 3.

⁷²² C. AHLSTRÖM, *The Status of Multilateral Export Control Regimes - An Examination of Legal and Non-Legal Agreements in International Co-operation*, Iustus Förlag, Stoccolma, 1999, p. 399.

⁷²³ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 400.

⁷²⁴ *Initial Elements*, *ib.*

⁷²⁵ *Initial Elements*, Sez. I, § 4.

⁷²⁶ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 401. Tuttavia, si ritiene che gli Stati possano trovare taciti accordi bilaterali o plurilaterali e per impedire l'esportazione di determinata tecnologia verso zone a rischio o destinazioni indesiderate.

punto focale dell'Intesa medesima.

Altra fondamentale differenza rispetto al CoCom è la maggiore presenza di trasparenza nelle relazioni e nelle decisioni adottate all'interno dell'organizzazione, che si associa alla volontà degli Stati di rivelare, ovvero rendere trasparenti, certe informazioni relative alle esportazioni effettuate. In questo contesto, per la prima volta è stato stabilito il dovere di procedere ad una valutazione dell'insorgenza di eventuali rischi a seguito dell'esportazione di determinati materiali d'armamento, i quali possano condurre alla conseguenza di gravi violazioni del diritto internazionale⁷²⁷. Anche qui, la discrezionalità degli stati rimane piena: lo scambio e la rivelazione delle informazioni avviene solo su base volontaria⁷²⁸.

Ancor più rilevante la disposizione relativa allo scambio di informazioni su trasferimenti e dinieghi di trasferimento verso entità non appartenenti all'Intesa. Il para. 4 della Sez. II recita:

“Participating States agree to notify transfers and denials. These notifications will apply to all nonparticipating states. However, in the light of the general and specific information exchange, the scope of these notifications, as well as their relevance for the purposes of the Arrangement, will be reviewed. Notification of a denial will not impose an obligation on other Participating States to deny similar transfers. However, a Participating State will notify, preferably within 30 days, but no later than within 60 days, all other Participating States of an approval of a licence which has been denied by another Participating State for an essentially identical transaction during the last three years”.

Dalla lettura del testo della disposizione, emerge chiaramente come lo scambio di tali informazioni sia volto a generare una comune “convinzione” che un determinato ente non possa essere riconosciuto come destinatario “gradito” di armi e tecnologia militare. Tuttavia, la discussione dottrinale si è maggiormente concentrata sulla questione della natura di tale obbligo. Parte della dottrina⁷²⁹ ritiene che questa sia l'unica disposizione che stabilisca un obbligo di natura giuridica, ovvero quello di notificare, entro i termini previsti, le eventuali decisioni di diniego al trasferimento verso un determinato ente; altra parte della dottrina⁷³⁰, invece, ritiene che il fine politico della norma debba prevalere, e pertanto non può sorgere alcuna responsabilità per la mancata osservanza dell'obbligo ivi previsto.

Malgrado la prassi sia scarsa, ad oggi è possibile ritenere che quest'ultima impostazione sia dominante, in virtù del fatto che agli Stati viene sempre accordata quel margine di discrezionalità di adottare misure restrittive nei confronti di determinati soggetti, e che questa discrezionalità viene ora limitata solo quando gli Stati debbano applicare una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, adottata a norma dell'art. 41 Carta ONU, la quale stabilisca una misura di embargo nei confronti di un determinato Stato, od addirittura stabilisca divieti di esportazione nei confronti di determinati soggetti⁷³¹.

⁷²⁷ Alla stessa maniera, appena un anno più tardi, disporrà in tal senso anche il II° criterio del Codice di condotta degli Stati della Comunità Europea per l'esportazione di armi (PESC/137/), adottato con decisione del Consiglio il 5 giugno 1998, ora sostituito dalla posizione comune del Consiglio 2008/944/CFSP.

⁷²⁸ *Initial Elements*, Sec. II, § 2.

⁷²⁹ K. DURSH, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, vol. 19, p. 1079 e ss., a p. 1084.

⁷³⁰ AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 403.

⁷³¹ Hanno questo tenore le risoluzioni adottate tra il 2004 ed il 2006 che hanno stabilito dei divieti di esportazione di armi e altro materiale a soggetti affiliati ad al-Qaeda, e più di recente nei confronti degli affiliati all'ISIS (si veda, ad esempio la ris. 2070 del 2014).

2.2 - (Prevenzione di riesportazioni e “triangolazioni” non autorizzate di armamenti)

Per quanto accurati possano essere i controlli all'esportazione da parte di uno Stato, non sempre è possibile impedire che una determinata merce, e segnatamente una merce sensibile come la tecnologia militare, possa essere a sua volta riesportata verso una destinazione proibita. Tale riesportazione può avvenire illecitamente (ad esempio attraverso la falsificazione dei certificati di utenza finale e la deviazione del carico), ma anche e soprattutto lecitamente (ad esempio attraverso la “triangolazione”, ovvero l'esportazione di un determinato bene dallo Stato di origine sino ad un primo Stato di destinazione, il quale a sua volta esporta nuovamente tale bene verso altra destinazione (Stato di destinazione finale), divenendo a sua volta uno Stato di transito)⁷³².

Per ovviare a tale fenomeno, molto spesso gli Stati di origine cercano di stipulare accordi che contengano clausole di finalità d'impiego o di non riesportazione, le quali hanno la chiara finalità di “fissare” una determinata destinazione od impiego alla tecnologia militare esportata⁷³³.

La caratteristica di questa clausola è quella di porre obblighi in capo all'acquirente, anche dopo che la vendita sia stata effettuata ed il bene consegnato. Ciò sembrerebbe restringere il diritto di proprietà dell'acquirente. Se normalmente gli accordi di natura contrattuale prevedono i soli obblighi di pagamento del bene (o di prestazione dell'acquirente) e di consegna del bene (o di controprestazione del venditore), lasciando quindi impregiudicato il diritto dell'acquirente di disporre liberamente del bene acquistato (finanche di rivenderlo), gli accordi per la vendita di armi che siano provvisti di tali clausole impediscono che lo Stato di destinazione possa disporre liberamente del bene acquistato⁷³⁴.

La finalità della clausola è evidentemente di natura politica: in un ambiente internazionale, i cui equilibri sono particolarmente fragili, la cessione continua di un armamento, che possa giungere nella disponibilità di uno Stato “nemico”, contribuirebbe a creare maggiori instabilità, e quindi la proliferazione di ulteriori conflitti⁷³⁵.

A tal fine, parte della dottrina⁷³⁶ individua alcuni principi fondamentali di matrice politica che governano la clausola medesima:

- a) il divieto di utilizzo nei confronti del venditore e unico impiego per fini di sicurezza interna o difesa esterna, al fine di preservare la sicurezza internazionale;
- b) il divieto di riesportazione a Stati nemici dello Stato venditore;
- c) il divieto di riesportazione ad uno Stato che sia colpito da conflitto armato, e che diviene principio più a tutela della comunità internazionale, che non del singolo Stato venditore, avendo maggiore applicazione nei casi in cui lo Stato in conflitto sia colpito da misure di embargo stabilite da un'organizzazione internazionale;
- d) il divieto di riesportazione verso Stati che possano utilizzare tali armi per gravi violazioni dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario, che ora trova una sua consacrazione nell'art. 6 del Trattato sul commercio di armi; a questo principio si associa anche il divieto di riesportazione a ribelli o movimenti di liberazione nazionale non riconosciuti, anche se la linea di tendenza non sembrerebbe essere stata unanime in più

⁷³² MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 7.

⁷³³ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 276.

⁷³⁴ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 277.

⁷³⁵ YAKEMTCHOUK, *ib.*

⁷³⁶ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 280-281.

casi⁷³⁷;

e) il divieto di riesportazione verso enti non statali, quali possono essere le imprese di produzione ed esportazione degli armamenti, che possano sia modificare l'arma (ledendo così alcuni aspetti legati alla tutela della proprietà industriale), sia rivendere tali armi in violazione delle finalità di uso e di impiego.

Infine, dato che il controllo sullo Stato di destinazione (o di transito) può non essere efficace, questa clausola permette di prevenire eventuali violazioni determinate dalla deviazione del bene venduto verso zone colpite da conflitto armato od anche verso Stati considerati "nemici". La configurazione di questo tipo di clausola ha fatto sorgere l'opinione che il mercato delle armi possa essere "*un marché organisé*", ma solo nel caso in cui tale clausola abbia conseguito un carattere imperativo, a seguito di effettivo controllo post-stipulazione e di eventuale irrogazione di sanzioni efficaci nei confronti dei soggetti responsabili⁷³⁸.

La clausola può essere contenuta in diversi tipi di accordo per il trasferimento di armi⁷³⁹:

a) *accordi governativi*, che impongano l'interdizione di vendita a Stati terzi;

b) accordi governativi per la cooperazione militare, che oltre ad imporre l'interdizione di cui *supra*, prevedono anche la possibilità, dietro autorizzazione, di trasferimento degli armamenti verso *Stati che facciano parte della medesima alleanza militare*;

c) gli accordi, di cui al punto *b)*, che presentino un divieto di riesportazione verso *territori dipendenti* del medesimo Stato⁷⁴⁰;

d) accordi di cui al punto *b)*, che presentino un *divieto di utilizzo* nei confronti di Stati espressamente elencati⁷⁴¹;

e) la clausola può essere contenuta, a sua volta, in *accordi di vendita tra imprese di produzione di armamenti* (siano esse controllate o meno da uno Stato) e uno Stato estero. In tal caso, la clausola verrà apposta soprattutto per ragioni di osservanza di norme imperative dello Stato da cui vengono esportate le armi e che si sia dotato di una legislazione di controllo sull'esportazione⁷⁴²;

La clausola, oltre ad un generico divieto di ritrasferimento, può anche riferirsi al tipo di arma che non deve essere ritrasferita. Tale clausola è più frequente in quegli accordi per il trasferimento di *armi nuove o di tecnologia militare nuova*⁷⁴³.

Con riferimento, invece, alle *armi leggere e di piccolo calibro*, la clausola impedisce soprattutto gli utilizzi fraudolenti, ovvero si vieta l'impiego di tali armi contro determinati governi ed alleati; ad oggi, data anche l'elevata sensibilità che il dibattito internazionale ha raggiunto sulle SALW, la clausola di non riesportazione ottempera soprattutto a risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che invitino gli Stati a controllare la proliferazione

⁷³⁷ Si veda più *infra*, cap. V.

⁷³⁸ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 278.

⁷³⁹ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁷⁴⁰ È il caso degli accordi conclusi con il Portogallo, al quale si era proibito di trasferire tali armi nelle zone dell'Angola e del Mozambico.

⁷⁴¹ È il caso delle armi vendute dagli Stati Uniti all'Egitto (con divieto di utilizzo nei confronti di Israele) e a Pakistan e India (con divieto di utilizzo uno contro l'altro).

⁷⁴² È il caso di diversi modelli contrattuali, di vendita come di subfornitura, predisposti dalle industrie statunitensi, le quali fanno espresso riferimento alle *Export of Arms Regulations* e alle *International Traffic in Arms Regulations*.

⁷⁴³ Ad esempio, tale limitazione trovava una sua collocazione nell'ambito del CoCom, che impediva il trasferimento di tecnologia militare e di armi nuove ai paesi del blocco socialista.

di tali tipi di arma⁷⁴⁴.

La clausola trova, però, qualche difficoltà di applicazione con riferimento ad *armi che siano state declassificate*, o finanche donate. Ciò accadrebbe soprattutto nel caso in cui i documenti di trasferimento indichino che l'armamento non ha più finalità militare, e può quindi essere potenziale oggetto di vendita sul mercato nero a gruppi armati. Per ovviare a tale impasse, la clausola dovrebbe contenere anche alcune indicazioni sulla finalità d'impiego dell'arma o sulle destinazioni proibite, od ancora potrebbe contenere un divieto di riesportazione a gruppi armati singolarmente individuati.

Oltre all'oggetto trasferito, la clausola di non riesportazione potrà indirizzarsi sulla *licenza di fabbricazione*, ovvero si limiterà il diritto dell'acquirente di fare propri i diritti di proprietà industriale dell'arma. In tal caso, la funzione principale può essere svolta dalle certificazioni di *end-use* e *end-user*.

Il funzionamento di tale clausola dipende, come detto, anche dalla collaborazione che gli Stati di destinazione suscettibili di transito possono fornire allo Stato di origine. Questa collaborazione normalmente ha alla base un accordo di cooperazione militare tra Stati alleati, che eprmette alla clausola di rimanere effettiva. Un esempio di questo tipo può essere fornito dagli accordi bilaterali conclusi dagli Stati Uniti a partire dal 1950 con i propri alleati NATO, allo scopo di stabilire una comune intesa sui trasferimenti e la fornitura di armi tra questi Stati, dove figurano clausole di non riesportazione senza l'espresso consenso dello Stato fornitore⁷⁴⁵. In tal maniera, la clausola trova una maggiore consistenza politica, poiché l'accordo che viene sottoscritto normalmente impegna due alleati politici e militari.

In alcuni casi, la garanzia contro la riesportazione può essere fornita direttamente dallo Stato esportatore, che predispone una serie di controlli e procedure volti a garantire che il materiale d'armamento trasferito venga utilizzato da quello specifico destinatario, o venga utilizzato per determinati scopi, oppure non venga utilizzato qualora in contrasto con determinate normative di diritto interno ed internazionale.

Tali funzioni sono espletate dai certificati di uso finale (*end-use certificate*) e di utente finale (*end-user certificate*), l'utilità dei quali è sicuramente quella di prevenire che i materiali ed i beni di natura militare possano giungere nella disponibilità di soggetti che siano potenziali violatori delle norme di diritto internazionale, attraverso anche gli stoccaggi di armi, o lo svolgimento di attività di *brokering* non autorizzata⁷⁴⁶.

Inizialmente solo raccomandato a livello internazionale⁷⁴⁷ per fronteggiare la proliferazione delle armi leggere e di piccolo calibro, in tempi più recenti tale tipo di procedura sembra aver ricevuto una spinta nuova, soprattutto grazie ad un ricorso sempre più ampio da parte degli Stati teso a prevenire sia l'espletamento di *brokering* illecito, sia di possibili *diversions* che possono subire i carichi di armi, ma ancor di più il ricorso è teso ad evitare che a munirsi delle medesime armi siano determinati soggetti, i quali possano utilizzarli per commettere violazioni più gravi⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Da ultimo, si veda la ris. 2117 (2013) sul contrasto alla proliferazione delle SALW.

⁷⁴⁵ Il caso è quello dell'art. 1.4 dell'accordo tra Italia e Stati Uniti del 27 gennaio 1950 (Text of International Agreements in which US is Party - TIAS 2010, 1950).

⁷⁴⁶ B. WOOD - P. DANSSÄRT, *Study on the Development of a Framework for Improving End-use and End-user Certificate Systems*, UNODA Occasional Paper n. 21, dicembre 2011, p. 2 e ss., disponibile sul sito www.un.org/disarmament.

⁷⁴⁷ Si veda ad esempio il *Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects*, sez. II, § 12 (A/CONF.192/15), creato dall'Assemblea Generale nel 2001, in cui si raccomanda caldamente il ricorso a tale tipo di procedura amministrativa per attuare maggiori controlli sull'esportazione illecita di armi leggere e di piccolo taglio.

⁷⁴⁸ WOOD - DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 3.

Per quanto consigliate, tali procedure non hanno mai trovato una disciplina dettagliata negli strumenti internazionali⁷⁴⁹. Si è così sempre demandato agli Stati la scelta del metodo e del modo di disciplinare questi aspetti procedurali, imponendo sugli stessi il solo obbligo di risultato di rendere tali sistemi effettivi e sicuri⁷⁵⁰. Allo stato attuale, però, le normative interne risultano essere disomogenee e non armonizzate tra loro, costituendo, quindi, un “*relatively ad hoc patchwork of reciprocal relations*”⁷⁵¹, nel quale gli Stati impongono l'un l'altro una serie di obblighi procedurali e sostanziali che devono essere osservati affinché vi sia un corretto trasferimento del materiale militare.

Sono però numerose le organizzazioni intergovernative che si sono proposte di fissare, almeno nella forma di linee-guida, sia i requisiti minimi che tali procedure devono possedere per poter essere efficaci, sia i relativi passi procedurali che il soggetto trasferente e quello ricevente devono attuare affinché si eviti che il carico di armi possa essere riesportato o subire una *diversion* e finire, pertanto, per essere utilizzati a fini diversi da quelli per i quali si è autorizzato il trasferimento⁷⁵².

La dottrina sostiene che normalmente gli accertamenti necessari dovrebbero avvenire nel paese di origine, tendenzialmente sotto forma di accertamento dei requisiti per il rilascio della singola licenza di esportazione delle armi. In questo senso, le autorità interne preposte al rilascio di suddetta licenza ottengono le informazioni rilevanti dal soggetto da autorizzare, le quali possono consistere sia in un resoconto storico dei trasferimenti che lo stesso ha già effettuato, sia in informazioni rilevanti che riguardino le eventuali misure predisposte dal privato per prevenire la *diversion* del carico⁷⁵³.

Con specifico riferimento al divieto di riesportazione, alcuni Stati possono richiedere che l'esportatore tenga in considerazione l'eventuale rischio che le armi possano essere riesportate od utilizzate al fine di commettere gravi violazioni del diritto internazionale, o destabilizzare l'ordinamento di uno Stato, e possono richiedere anche adeguate garanzie per specifiche situazioni, come la consegna ad altri soggetti privati, od il divieto di trasferire, assieme a quelle registrate, le armi che siano non registrate o acquisite nell'ambito di un conflitto armato⁷⁵⁴.

Sotto questo punto di vista, è facile ipotizzare che l'obbligo di *due diligence* posto in capo agli Stati, al fine di evitare che i trasferimenti possano esplicitarsi in tali violazioni, si concretizzi in questa medesima valutazione, ma al tempo stesso sembrerebbe che il medesimo obbligo incontri un serio limite dal momento che l'esportatore è un soggetto privato, ovvero l'obbligo potrebbe esaurirsi con la mera richiesta di informazioni ed una valutazione oggettiva dei dati raccolti fino a quel momento. Lo Stato così si libererebbe da

⁷⁴⁹ Tuttavia, vi è parte della dottrina che ha provato ad identificare alcuni elementi fondamentali che devono essere contenuti in un certificato di *end-use*. Si veda, ad esempio, B. HAGELIN, *International Armament Embargoes and the Need for End-use Documents*, in P. WALLENSTEEN - C. STAIBANO, *International Sanctions: Between Words and Wars in the Global System*, pp. 75-91, a p. 77.

⁷⁵⁰ Anche l'art. 7 ATT sembrerebbe assumere la forma di una procedura di *end-use*, in quanto stabilisce che gli Stati, una volta raccolte tutte le necessarie informazioni, dovranno valutare, e perciò autorizzare, l'esportazione delle armi verso una determinata destinazione, od un determinato soggetto ricevente.

⁷⁵¹ WOOD - DANSSÄRT, citazione p. 21.

⁷⁵² Si vedano ad esempio: Wassenaar Arrangement, *Introduction to End-user/End-use Controls for Exports of Military-list Equipment*, documento emesso dall'Assemblea Plenaria il 3 luglio 2014, disponibile all'URL <http://www.wassenaar.org/guidelines/docs/End%20User-%20Use%20Controls%20-%20Export%20ML%20Equipment.pdf>; Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, *Standard Elements of End-use Certificates and Verification Procedures for SALW Exports*, dec. FSC.Dec/5/04 del 17 novembre 2004, disponibile all'URL <http://www.osce.org/fsc/16941?download=true>.

⁷⁵³ Sulla predisposizione di queste misure, come vedremo in seguito, si fonda la ripartizione della responsabilità civile tra venditore ed acquirente per il trasporto delle armi.

⁷⁵⁴ WOOD - DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 23.

qualsiasi altro obbligo internazionale di vigilanza, nel momento in cui il soggetto privato esce dalla sua sfera di sovranità.

Ed è in tal senso che gli Stati reciprocamente si chiedono di applicare in maniera più stringente i requisiti per il rilascio dei certificati di *end-use*⁷⁵⁵. Ciò avviene nella fase antecedente il trasporto, attraverso una autenticazione, da parte delle autorità controllanti, delle firme apposte, dei soggetti che hanno rilasciato il certificato o la licenza, della loro capacità di agire quali pubblici ufficiali, o attraverso la verifica che eventuali informazioni riservate non siano divulgate⁷⁵⁶.

Ma tale applicazione avviene anche a seguito di un controllo più stringente della documentazione richiesta, ovvero per il tramite di verifiche che le autorità pongono in essere, ed a seguito delle quali vi è la decisione definitiva sul rilascio della licenza di esportazione. Tali verifiche, in alcuni casi, dovrebbero essere poste in essere anche dallo Stato importatore, che dovrà verificare in un secondo momento la validità dei documenti, e dovrà far rispettare in maniera puntuale quanto prescritto nel certificato. In tal maniera, incomberà sul medesimo Stato l'obbligo di vigilare e far rispettare i precetti internazionali⁷⁵⁷.

Quando una clausola di non riesportazione sia inclusa nel certificato di utente finale, la responsabilità per eventuali riesportazioni o triangolazioni incomberà sul soggetto che risulti essere ricevente sulla base del certificato medesimo, il quale dovrà fornire adeguate documentazioni, e finanche richiedere i permessi di riesportazione, alle autorità designate dello Stato esportatore⁷⁵⁸. Nel caso in cui tale onere della prova non sia soddisfatto, verrà annullata la consegna delle armi, e ed il soggetto privato sarà sottoposto a sanzioni, che possono assumere sia la forma di misure a carattere amministrativo, sia quella di sanzioni detentive o pecuniarie⁷⁵⁹.

2.3 - *Gli arms embargoes del Consiglio di Sicurezza quali restrizioni ai trasferimenti di armi*

Tra le più note forme di restrizione all'esportazione di armi e tecnologia militare in generale, menzione d'obbligo deve essere fatta anche per le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che stabiliscono *arms embargoes*. Come visto in precedenza⁷⁶⁰, questo tipo di misura è sicuramente ascrivibile alle misure non implicanti l'uso della forza ex art. 41 della Carta ONU, le quali hanno il precipuo scopo di far desistere un determinato Stato dal continuare nella perpetrazione dell'illecito accertato⁷⁶¹.

La ricerca delle forme di *arms embargoes* emanati dal Consiglio di Sicurezza parte dai due antecedenti storici, ovvero gli *embargoes* imposti al Sudafrica ed alla Rhodesia del Sud tra il 1966 ed il 1994⁷⁶², dove movimenti armati contrastavano il regime di segregazione razziale (*apartheid*) ivi praticato⁷⁶³.

⁷⁵⁵ WOOD - DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁵⁶ WOOD - DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁵⁷ WOOD - DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁵⁸ WOOD - DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 35, 41-42.

⁷⁵⁹ Si veda, in particolare, il Cap. VI.

⁷⁶⁰ Cap. I, § 5.2.

⁷⁶¹ Pur tuttavia, non sembra potersi dire che tali sanzioni sono assimilabili alle contromisure di cui dispongono gli Stati per contrastare le violazioni di obblighi di natura pattizia, o peggio di obblighi *erga omnes*.

⁷⁶² Di cui subito appresso.

⁷⁶³ Secondo l'art. 1, § 3 del II° Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra (1977), le lotte contro un regime segregazionista erano da considerarsi come lotte per l'autodeterminazione dei popoli. In tal senso,

Tendenzialmente, il Consiglio si è avvalso di misure non implicanti l'uso della forza ex art. 41 della Carta per fermare l'afflusso di armi in una determinata regione o Stato. Le prime risoluzioni che stabilirono *arms embargoes* avevano mero carattere esortativo: il Consiglio di Sicurezza, infatti, si limitava ad “invitare” gli Stati a non inviare armi o a venderne ad un governo che, tramite la sua condotta, stesse violando la pace e la sicurezza internazionali. Questo è stato il caso delle prime risoluzioni contenenti un *embargo* di armi verso il Sudafrica, il quale perpetrava una politica di *apartheid* anche tramite violenza armata. Nella ris. 182 (1963), il Consiglio invitava gli Stati a non esportare in Sudafrica armi e materiale da guerra⁷⁶⁴. Ciò in ragione del fatto che si intendeva togliere qualsiasi supporto alla perpetrazione di atti di *apartheid*⁷⁶⁵. Lo stesso tipo di atteggiamento fu tenuto anche nei confronti della Rhodesia del Sud⁷⁶⁶.

Due sono gli elementi che fanno propendere per la natura esortativa della risoluzione: da un lato, secondo l'interpretazione testuale della risoluzione, il linguaggio utilizzato (“*Solemnly calls upon*”) dà chiaramente l'impressione che la risoluzione voglia solo invitare gli Stati a tenere il comportamento ivi prescritto, e non anche obbligarli a ciò; dall'altro, si constata la mancanza del riferimento espresso al ricorso ai poteri ex Cap. VII della Carta ONU⁷⁶⁷. Questi due elementi fanno chiaramente emergere come il Consiglio, pur non potendo emanare una decisione vincolante, abbia agito ricorrendo a poteri raccomandativi che, in linea di principio, si ritengono sempre ammissibili⁷⁶⁸.

Proprio perché le decisioni prese avevano mero carattere esortativo, il Consiglio necessitò di una seconda risoluzione per entrambe le situazioni, in cui si richiamavano in maniera decisa (“*Appeals*”) tutti gli Stati ad osservare le disposizioni contenute nella precedente risoluzione⁷⁶⁹. Anche in questo caso, tuttavia, sia sulla base dell'interpretazione letterale della risoluzione, sia per la mancata azione sulla base dei poteri espressi nel Cap. VII°, la decisione del Consiglio di Sicurezza è tornata ad assumere il mero carattere esortativo.

Questo atteggiamento esortativo è stato pian piano abbandonato dal Consiglio di Sicurezza nel momento in cui sia numerosi Stati non adottavano alcuna misura per impedire i trasferimenti di armi da parte dei propri sudditi verso il Sudafrica, sia l'*embargo* era stato più volte violato⁷⁷⁰. In particolare, nel momento in cui nessuno Stato aveva adottato misure restrittive nei confronti del Sudafrica, il Consiglio di Sicurezza invitò nuovamente tali Stati ad adempiere a quanto disposto circa l'*embargo* di armi e materiale militare, attraverso:

- a) la piena attuazione delle precedenti risoluzioni che ponevano l'*embargo* in maniera incondizionata e senza riserva alcuna;
- b) l'arresto delle forniture di parti e componenti di veicoli ed equipaggiamento a militari e paramilitari affiliati al Governo del Sudafrica;
- c) la revoca di tutte le licenze e autorizzazioni per la produzione di armi e

il movimento di ribelli che si era costituito a tal fine veniva considerato come movimento di liberazione nazionale e godeva delle medesime garanzie di diritto bellico previste nel Protocollo medesimo.

⁷⁶⁴ Ris. 181 del 7 agosto 1963, § 3 del dispositivo.

⁷⁶⁵ Ris. 181 (1963), V° considerando.

⁷⁶⁶ Ris. 216 del 12 novembre 1965.

⁷⁶⁷ Si veda B. CONFORTI-C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012, pp. 259 ss., pp. 473 ss.

⁷⁶⁸ Sul punto si veda CONFORTI-FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 273 ss.

⁷⁶⁹ Ris. 181 (1963), § 1 del dispositivo per quanto riguardava la situazione in Sudafrica. Per la Rhodesia del Sud, al contrario, la ris. 232 del 16 dicembre 1966 stabilì immediatamente un regime di *embargo* vincolante per gli Stati, facendo chiaramente riferimento al fatto che la violazione della risoluzione avrebbe costituito una violazione dell'art. 25 della Carta (§ 3 del dispositivo).

⁷⁷⁰ Ris. 282 (1970), § 2 del dispositivo.

componenti d'arma al Governo sudafricano ed alle industrie della difesa sudafricane;

d) la proibizione di effettuare investimenti e assistenza nella produzione di armi⁷⁷¹.

L'invito qui descritto, pur trattandosi di una raccomandazione puntuale agli Stati, potrebbe essere vista come una forma di regolamentazione dettagliata delle misure per porre termine all'illecito⁷⁷².

Il fatto di aver previsto in maniera dettagliata quali fossero le attività proibite non ha impedito agli Stati di ritenere che la risoluzione avesse ancora mera natura esortativa, poiché questa né incideva sui rapporti giuridici con il Sudafrica e la Rhodesia del Sud, né su eventuali accordi commerciali e di investimento. Ciò in quanto l'indicazione di sospendere o terminare le relazioni commerciali non costituisce automaticamente un obbligo a fare ciò.

Il Consiglio, quindi, fece appello ai propri poteri che derivavano dal Cap. VII° della Carta e decise di emanare le prime risoluzioni vincolanti (232 del 16 dicembre 1966 e 418 del 4 novembre 1977) che stabilivano *embargoes* di armi. L'ulteriore fattore che portò a tale scelta fu l'aggravarsi della situazione interna, dove il regime segregazionista era diventato maggiormente cruento⁷⁷³. Se ciò era vero soprattutto in relazione alla situazione nella Rhodesia del Sud, per quanto riguardava il Sudafrica fu la politica aggressiva verso gli Stati confinanti a costituire quella minaccia alla pace e sicurezza internazionali che costituiva il presupposto giuridico per l'azione del Consiglio⁷⁷⁴.

Analizzando la situazione sotto questo punto di vista, il Consiglio di Sicurezza ritenne di dover agire attraverso una risoluzione vincolante ("*mandatory*")⁷⁷⁵, ovvero fondata sul Cap. VII⁷⁷⁶. Generalmente si ritiene che, laddove venga fatta menzione a tale Capitolo nel preambolo della risoluzione, l'atto emanato avrà efficacia vincolante per i suoi destinatari⁷⁷⁷. Ciò risponderebbe non solo alla finalità della risoluzione di indurre alla definitiva cessazione dell'illecito da parte di un determinato Stato, bensì anche in ragione di una più generale finalità accordata al Consiglio medesimo per quanto riguarda i poteri che gli sono attribuiti ex art. 26, § 1 della Carta, ovvero la *regolamentazione delle armi (regulation of arms)*⁷⁷⁸. Tale termine, che pare essere molto generale e ambiguo, in realtà troverebbe riscontro nella prassi proprio attraverso gli *arms embargoes*, i quali assumono la natura di regolamentazione specifica dei traffici di armi e che avrebbero lo scopo di prevenirne l'impiego in un dato conflitto armato⁷⁷⁹.

Anche in base al linguaggio impiegato è possibile capire che le risoluzioni avessero

⁷⁷¹ Ris. 282 (1970), § 4, lett. a)-e) del dispositivo.

⁷⁷² Le attività proibite ivi previste hanno permesso di individuare, per situazioni simili successive, tutte le attività contrattuali inerenti la vendita di armi che dovessero essere vietate in un *embargo*. Sul punto, si veda Cap. I, § 2.1 e ss.

⁷⁷³ Ris. 232 (1966), Preambolo, II° considerando; 418 (1977), Preambolo, I° e III° consideranda.

⁷⁷⁴ Ris. 418 (1977), Preambolo, II°, V°, VI° e VII° consideranda, in cui si menzionano, a più riprese, gli atti di aggressione del Governo sudafricano nei confronti degli Stati indipendenti vicini, in particolare Namibia e Angola, nella quale stava inviando diverse compagnie di mercenari per contrastare i movimenti socialisti di rivolta di Luanda e Cabinda.

⁷⁷⁵ Ris. 418 (1977), Preambolo, IX° considerando.

⁷⁷⁶ Si veda CONFORTI-FOCARELLI, *op. cit.*, p. 291 ss.

⁷⁷⁷ Si veda L. MIGLIORINO, *Il controllo delle esportazioni nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1993, p. 40 ss.; CONFORTI-FOCARELLI, *ib.*

⁷⁷⁸ Sul punto si veda B. SIMMA, *The UN Charter: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed., p. 431 ss.

⁷⁷⁹ Come vedremo in seguito (Cap. VI, § 1.2.1), le risoluzioni che stabiliscono *arms embargoes* sono specifiche forme di regolamentazione del mercato delle armi convenzionali e sono prevalenti perfino ad accordi internazionali che regolamentano il controllo del traffico di determinati tipi di armi o materiale d'armamento.

natura vincolante per gli Stati membri: il Consiglio, agendo proprio a norma del Cap. VII, aveva determinato (“*Determines*”⁷⁸⁰), ex art. 39 della Carta⁷⁸¹, che la persistente situazione di disordini interni in Rhodesia del Sud e le politiche aggressive del Sudafrica costituivano una minaccia alla pace e sicurezza internazionali; indi per cui, era necessario agire con misure vincolanti ex art. 41 della Carta. Tenendo anche conto delle risoluzioni precedenti, dove il Consiglio invitava gli Stati a comportarsi secondo le disposizioni stabilite per l'*embargo*, si decise (“*Decides*”) all'unanimità di ricorrere ad una misura non implicante l'uso della forza, per cui ogni tipo di fornitura di armi e materiale militare doveva cessare immediatamente (“*cease forthwith*”)⁷⁸².

Tali misure, dunque, costituirono le prime forme di *embargo* internazionale, adottato quale contromisura⁷⁸³ nei confronti dello Stato che si fosse reso responsabile della violazione degli obblighi internazionali, in particolare quelli derivanti dallo *status* di Stato membro dell'ONU.

Come in precedenza accennato, la collocazione primaria di tale obbligo deriverebbe dai caratteri di prevalenza e specialità. Sicuramente, il divieto di trasferimento di armi nei confronti di uno Stato o di un gruppo di individui specificatamente individuati (*targeted sanctions*) assume natura vincolante in base agli obblighi imposti dalla Carta ONU: l'osservanza delle risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza (art. 25) e la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta sugli altri obblighi degli Stati (art. 103). Ma è anche vero che i divieti così stabiliti hanno prevalenza in ragione dello scopo che intendono perseguire, ovvero far cessare ogni forma di illecito da parte dei soggetti considerati responsabili delle violazioni della pace e sicurezza internazionali o di atti di aggressione⁷⁸⁴. In questo senso, in combinato disposto con l'art. 39 § 1, deve leggersi l'art. 41 § 1, il quale stabilisce che:

“*The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures*”.

⁷⁸⁰ Ris. 232 (1966), §1 del dispositivo; ris. 418 (1977), § 1 del dispositivo.

⁷⁸¹ Per una disamina del procedimento di valutazione operato dal Consiglio e sulla determinazione di una situazione quale minaccia alla pace, pericolo per la pace o atto di aggressione, si veda A. ORAKHELASHVILI, *Collective Security*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 76 ss.

⁷⁸² Ris. 232 (1966), § 2 del dispositivo, in particolare la lett. e) e ss., in cui si menzionano espressamente le interruzioni di vendita di armi alla Rhodesia; ris. 418 (1977), § 2 del dispositivo. È da segnalare come, per il caso della Rhodesia del Sud, il Consiglio di Sicurezza avesse richiamato (“*reminds*”) gli Stati ad adempiere a tali obblighi, in base all'art. 25 della Carta, relativo all'obbligatorietà delle risoluzioni del Consiglio medesimo. Contrariamente a quanto sostiene parte della dottrina, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non assumono la forma di norme imperative o di diritto cogente internazionale. È pur vero, in questo caso, che il Consiglio abbia deciso di far cessare ogni approvvigionamento di armi e munizioni, ma è anche vero che ha solo invitato (“*calls upon*”) gli Stati membri a rivedere tutti gli accordi stipulati con il Sudafrica e che abbia invitato ugualmente gli Stati non membri ad adottare le misure di *embargo*, dimostrando che le proprie risoluzioni si rivolgono unicamente agli Stati membri dell'ONU. Non è, quindi, possibile ritenere che si fosse generata una norma di *jus cogens*, in quanto la sanzione medesima aveva carattere solo temporale ed era destinata a cadere nel momento in cui lo Stato colpito si fosse conformato ai propri obblighi internazionali (come effettivamente accadde a seguito delle risoluzioni 460 del 21 dicembre 1979 per la Rhodesia del Sud e 919 del 25 maggio 1994 per il Sudafrica, a seguito delle elezioni democratiche a suffragio universale e della caduta dei regimi di *apartheid*). Invero, gli accordi stipulati sarebbero potuti essere sospesi per un periodo indeterminato sulla base di una impossibilità sopravvenuta, a norma dell'art. 61 della Convenzione di Vienna del 1969.

⁷⁸³ Sulla funzione del sistema di sicurezza collettiva quale forma di contromisura agli illeciti internazionali degli Stati, si veda A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova, 2016, V° ed., p. 449 ss.

⁷⁸⁴ Cause previste all'art. 39, § 1 della Carta.

Gli *embargoes* di armi si inseriscono tra i diversi tipi di sanzioni non implicanti l'uso della forza disciplinati all'art. 41 § 2, il quale recita:

“*These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations*”⁷⁸⁵.

L'elenco è ritenuto non esaustivo⁷⁸⁶. In effetti, gli *embargoes* di armi non sono immediatamente invocati, ma risultano essere lo strumento sanzionatorio più utilizzato, dal 1966 in avanti⁷⁸⁷.

È possibile individuare quattro condizioni comuni a tutte le decisioni che adottino *embargoes* di armi:

a) normalmente, il Consiglio decide di attivare tali misure quando vi siano violazioni o minacce della pace e sicurezza internazionali o atti di aggressione; nella prassi, il Consiglio ha ritenuto che conflitti armati internazionali (come quello tra Iraq e Kuwait), conflitti armati non internazionali (come quelli visti in precedenza⁷⁸⁸), terrorismo internazionale (come nei casi di Al-Qaeda e ISIS/Daesh') e gravi violazioni dei diritti umani (Sud Africa e Rhodesia del Sud) dovessero essere considerate situazioni in cui intervenire con questo tipo di misura, al fine di contenere il conflitto o la situazione di illecito ed indurre i responsabili a cessare ogni ulteriore attività illecita⁷⁸⁹;

b) tali misure sono state applicate ai trasferimenti di armi e componenti d'arma, o finanche di pezzi di ricambio o tecnologia strategica⁷⁹⁰;

c) le misure hanno colpito tanto la fornitura diretta (da parte degli stati) quanto quella indiretta (da parte di individui), servendo quale mezzo per “tagliare” qualsiasi relazione economica con tali Stati ed ampliando così anche il novero dei soggetti che potevano essere ritenuti responsabili per la violazione di obblighi internazionali⁷⁹¹;

d) la base giuridica per poter procedere in questo senso è rinvenibile nel Capitolo VII della Carta⁷⁹².

Come per le altre misure adottate a norma dell'art. 41, anche gli *arms embargoes* sono soggetti a limiti generali e specifici⁷⁹³. Tra i limiti *generali* vi rientrano sicuramente quelli relativi al rispetto dei diritti umani e del diritto umanitario, ed in particolare tale situazione potrebbe verificarsi quando sia imposto un *embargo*, ma al tempo stesso vi sia

⁷⁸⁵ Art. 41, § 2 della Carta.

⁷⁸⁶ KRISCH, *op. cit.*, p. 1311.

⁷⁸⁷ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 121; E. GILLARD, *What is Legal? What is Illegal?*, in L. LUMPE (a cura di), *Running Guns: The Global Black Market in Small Arms*, Zed Books, Londra, 2000, pp. 32-33.

⁷⁸⁸ Cap. V, § 2.1.

⁷⁸⁹ Se, da un lato, vi fu un blocco quasi totale delle importazioni di armi da parte di questi Governi, dall'altro si riconobbe come legittimo il supporto umanitario a favore di movimenti di rivolta contro i regimi segregazionisti. In tal senso, come evidenziato anche in precedenza, si ritenne legittimo l'invio di armi a favore di tali movimenti, in quanto la formula “*material assistance*” impiegata dal Consiglio di Sicurezza con riferimento a tali aiuti (ris. 227 del 1970 per la Rhodesia del Sud e 467 del 1977 per il Sud Africa), non sembrava escludere direttamente l'invio di materiale militare.

⁷⁹⁰ Nelle risoluzioni che hanno stabilito *embargoes* contro Sudafrica e Rhodesia del Sud, sono state menzionate solo le componenti tecnologiche. Nelle risoluzioni che stabilirono gli *embargoes* definitivi, furono specificate le ulteriori componenti tecnologiche, arrivando a colpire direttamente le armi e le parti e componenti di queste.

⁷⁹¹ Ad oggi, si ritiene che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza si limitino a sospendere tali relazioni, a causa delle *situazioni eccezionali* in cui sono adottate ed alla *precarietà* di cui sono caratterizzate. In dottrina, si veda A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Giuffrè editore, Milano, 2007, p. 56 ss.; CONFORTI-FOCARELLI, *op. cit.*, p. 479 ss.

⁷⁹² YIHDEGO, *ib.*; F. KIRGIS, *The Security Council's First Fifty Years*, in *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, p. 519 ss.

⁷⁹³ SIMMA, *op. cit.*, p. 1316 ss.

la necessità di proteggere parte della popolazione civile da eventuali attacchi o atti di violenza militare posti in essere dalle truppe governative o da quelle occupanti. In questo caso, la necessità di permettere la protezione di tali diritti deve essere messa in relazione con la necessità di far cessare eventuali illeciti posti in essere da quello Stato. Laddove, però, vi sia un esito negativo del test di prevalenza di tale necessità, il Consiglio può adottare misure complementari, quali l'autorizzazione all'invio di operazioni di *peace-keeping* e l'invio di aiuti umanitari, od addirittura può stabilire la possibilità di ricorrere a zone-cuscinetto entro le quali vietare attività armate⁷⁹⁴.

Tra i limiti specifici, vi sono le *esenzioni* e le *eccezioni*. A questo tipo di limite si ricorre quando l'embargo di armi renda impossibile lo svolgimento di operazioni per il mantenimento od il ristabilimento della pace in una determinata regione⁷⁹⁵. Tali eccezioni sono considerate fondamentali, tanto quanto un ulteriore fattore⁷⁹⁶, ovvero garantire l'esercizio della legittima difesa di uno Stato⁷⁹⁷. La necessità di ricorrere alla legittima difesa da parte degli Stati è riconosciuta ampiamente nelle risoluzioni del Consiglio con le quali si condannano la proliferazione delle armi leggere e di piccolo calibro⁷⁹⁸. Tale fattore viene considerato soprattutto ai fini del ristabilimento della pace e stabilità, ma il riferimento a tale misura permane solo finché non sia necessario adottare una sanzione implicante l'uso della forza ex art. 42 della Carta⁷⁹⁹.

L'attuazione di queste misure è normalmente lasciata agli Stati⁸⁰⁰. La mancata attuazione può far sorgere responsabilità in capo agli Stati destinatari per violazione di obblighi derivanti dalla Carta⁸⁰¹. Vi sono legislazioni nazionali che effettuano un formale rinvio alle risoluzioni del Consiglio che stabiliscono *arms embargoes*, rendendole di fatto parte integrante della disciplina nazionale sul controllo all'esportazione di armi convenzionali: è il caso dell'ITAR statunitense, il quale prevede, alla sez. 126.1(c), che:

*“Whenever the United Nations Security Council mandates an arms embargo, all transactions that are prohibited by the embargo and that involve U.S. persons anywhere, or any person in the United States, and defense articles or services of a type enumerated on the United States Munitions List (22 CFR part 121), irrespective of origin, are prohibited under the ITAR for the duration of the embargo, unless the Department of State publishes a notice in the Federal Register specifying different measures. This would include, but is not limited to, transactions involving trade by U.S. persons who are located inside or outside of the United States in defense articles or services of U.S. or foreign origin that are located inside or outside of the United States”*⁸⁰².

⁷⁹⁴ Questo fu il caso della zona di Pecari e di Srebrenica, i cui confini avrebbero dovuto essere pattugliati da truppe di *peacekeeping*.

⁷⁹⁵ Così, ad esempio, si veda il § 5 della ris. 864 del 15 settembre 1993, con il quale si stabiliva l'eccezione per l'applicazione degli obblighi derivanti dall'*embargo* in Angola.

⁷⁹⁶ SIMMA, *op. cit.*, p. 1319.

⁷⁹⁷ Art. 51, § 1 della Carta. Il principio è ora ripreso anche dall'ATT nel Preambolo, VII° principio, il quale stabilisce *“The respect for the legitimate interests of States to acquire conventional arms to exercise their right to self-defence and for peacekeeping operations”*. Questo fu il caso, inoltre, delle ris. 816 e 836 del 1993 sulla Bosnia e Erzegovina, con la quale sia riconosceva il diritto di tale Stato a proteggersi contro eventuali invasioni delle truppe jugoslave.

⁷⁹⁸ Si vedano le Dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio di Sicurezza 1 (2004), UN Doc S/PRST/2004/1; 7 (2005), UN Doc S/PRST/2005/7; 24 (2007) UN Doc S/PRST/2007/24. Tenzionalmente, questo considerando appare in molte altre risoluzioni del medesimo tipo.

⁷⁹⁹ SIMMA, *ib.*

⁸⁰⁰ SIMMA, *op. cit.*, p. 1324 ss.

⁸⁰¹ YIHDEGO, *op. cit.*, p.122.

⁸⁰² Sono previste anche forme di embargo speciali per alcuni Stati, in particolare per l'Iraq, l'Afghanistan, la RDC, La Libia, Haiti ed il Vietnam (lett. da (d) ad (l) della sezione riportata). Sono inoltre vietate le

Un altro esempio è dato anche dalla recente Ordinanza sul recepimento automatico delle liste di sanzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite adottata dal Consiglio federale svizzero⁸⁰³.

In altri casi, gli Stati si adattano con provvedimento interno in cui stabiliscono il tipo di misura nei confronti dei soggetti sub-statali (individui, industrie, gruppi armati), i quali decidano di intraprendere attività di commercio con lo Stato od i soggetti sottoposti ad embargo⁸⁰⁴.

Profili di interesse sorgono nel momento in cui l'efficacia delle sanzioni del Consiglio venga meno, ad esempio perché questi ritenga di ritirare le proprie sanzioni⁸⁰⁵. Per quanto riguarda l'efficacia degli accordi internazionali tra Stati, la corrente maggioritaria della dottrina sostiene che le risoluzioni del Consiglio abbiano un effetto sospensivo e non anche estintivo degli stessi⁸⁰⁶. Questa considerazione muove da due assunti principali:

a) laddove il Consiglio abbia invitato (quindi tramite raccomandazione) gli Stati a non inviare o trasferire armamenti nei confronti di uno dato Stato, evidentemente manca qualsivoglia elemento di vincolo per gli Stati stessi⁸⁰⁷, i quali determineranno di adottare eventuali misure restrittive solo in base ad una propria scelta di politica economico-internazionale⁸⁰⁸; tale scelta, evidentemente, comporta anche una scelta di sospendere le relazioni economiche con lo Stato colpito da embargo, a meno che le relazioni economiche tra i due Stati non siano ritenute un elemento fondante dell'accordo, che pertanto porterebbe all'estinzione⁸⁰⁹;

b) laddove, al contrario, il Consiglio abbia adottato una decisione vincolante (a norma del Cap. VII), questa deve essere considerata prevalente su altri obblighi internazionali degli Stati, secondo il combinato disposto degli artt. 25 e 103 della Carta ONU. In linea teorica, gli effetti giuridici che si producono possono essere assimilabili sia

attività di *brokering* che i coinvolgano, direttamente od indirettamente, gli Stati sottoposti ad *embargo*, come previsto alla sez. 129.5, lett. (d). Le sanzioni per l'inosservanza di questi, come degli obblighi prescritti dall'*Arms Export Control Act* (22 U.S.C. 2778 e 2779), consistono sia nella nullità dell'accordo di vendita e trasferimento delle armi, sia nella reclusione (anche a vita), oppure al pagamento di una sanzione pecuniaria od infine ad entrambi (sez. 127.3).

⁸⁰³ Adottata il 4 marzo 2016, disponibile all'URL <https://www.admin.ch/opc/it/official-compilation/2016/671.pdf>.

⁸⁰⁴ Questo è il caso italiano, nel quale, ad esempio, si adottò il d.lg. 23 agosto 1990, n. 247, convertito con modificazioni in l. 19 ottobre 1990, n. 298 in relazione al divieto di esportazione di armi verso l'Iraq. In dottrina, M. GRAMOLA, *La tutela del contraente privato nell'applicazione delle sanzioni economiche contro l'Iraq*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, pp. 163-203.

⁸⁰⁵ In dottrina, si veda K. E. BOON, *Terminating Security Council Sanctions*, International Peace Institute, New York, aprile 2014, pp. 6-7.

⁸⁰⁶ KRISCH, *op. cit.*, p. 1312; M. J. MATHESON *Council Unbound: The Growth of UN Decision Making on Conflict and Postconflict Issues after the Cold War*, US Institute of Peace Press, New York, 2006, pp. 92-94.

⁸⁰⁷ Si veda anche MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 98 ss.

⁸⁰⁸ Né sembrerebbe ora più possibile sostenere la c.d. teoria dell'effetto di liceità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, ivi comprese quelle non vincolanti. Spiega CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, X° ed., p. 183: "Dobbiamo dunque ormai riconoscere che le raccomandazioni [del Consiglio e dell'Assemblea] appartengono puramente e semplicemente al soft law", ricavandone quindi un mero valore ricognitivo delle norme consuetudinarie. Nello stesso senso, ora, si pone anche TANZI, *op. cit.*, p. 172 ss., che però fa salvo il rispetto del principio di buona fede. Si veda, infine, CONFORTI-FOCARELLI, *op. cit.*, p. 473 ss.

⁸⁰⁹ Art. 63 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In dottrina, si veda O. DÖRR - K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 1105 ss.

al termine o sospensione dell'esecuzione di un trattato derivanti dalla conclusione di un trattato successivo⁸¹⁰, sia alle cause di estinzione più importanti, come l'impossibilità sopravvenuta⁸¹¹ ed il mutamento fondamentale delle circostanze⁸¹². Per quanto riguarda la prima causa, è indubbio ritenere che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza abbiano natura negoziale⁸¹³; pertanto, le parti di un accordo sui trasferimenti di armi potranno anche tacitamente terminare lo stesso, se ritengono che l'obbligo successivo abbia rilevanza e prevalenza⁸¹⁴, dovranno invece procedere a sospendere l'accordo solo attraverso una notifica formale⁸¹⁵, facendo quindi propendere per qualificare la sospensione come un'eccezione formale alla regola generale dell'estinzione.

Con riferimento, invece, all'impossibilità sopravvenuta, è da distinguere se questa sia permanente o temporanea. Nel primo caso⁸¹⁶, dovrà essere onere della parte che invoca tale causa determinare che vi sia una condizione di permanenza, ovvero, nel nostro caso, dovrà provare che la risoluzione del Consiglio impedisce di poter continuare; ciò avverrà solo nel caso in cui si dimostri che il bene oggetto dell'accordo non possa essere rimpiazzato⁸¹⁷. Il secondo caso, invece, si applicherà in tutti i casi in cui vi sia un dubbio circa la possibilità di ricorrere al primo caso, ovvero quando non sia data prova della permanente impossibilità di trasferire il bene oggetto dell'accordo⁸¹⁸. Ciò vuol dire che l'effetto che si genera è quello della sospensione dell'accordo⁸¹⁹, data la natura temporanea e precaria delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, concepite con lo scopo di far cessare ogni condotta illecita ad un dato Stato⁸²⁰. Pertanto, si può rilevare come l'effetto sospensivo sia la regola anche nei casi in cui venga adottata una misura di embargo da parte del Consiglio.

Con riferimento, infine, al mutamento fondamentale delle circostanze, la formulazione negativa della disposizione dell'art. 62 della Convenzione di Vienna fa propendere per una quasi totale impossibilità di ricorrervi se non nei casi in cui le circostanze mutate costituivano una base fondamentale per la conclusione dell'accordo⁸²¹, oppure quando l'effetto del cambiamento sia quello di trasformare radicalmente la portata di tutti gli obblighi che devono ancora essere adempiuti⁸²². Pertanto, in entrambi i casi si determinerà un effetto estintivo totale dell'accordo, quando sia provato che gli obblighi giuridici da adempiere erano fondanti l'accordo stesso e la risoluzione del Consiglio

⁸¹⁰ Art. 59 della Convenzione di Vienna citata.

⁸¹¹ Art. 61 della Convenzione di Vienna citata.

⁸¹² Art. 62 della Convenzione di Vienna citata.

⁸¹³ CONFORTI-FOCARELLI, *op. cit.*, p.

⁸¹⁴ DÖRR - SCHMALENBACH, *op. cit.*, p. 1011, ed in particolare p. 1013 ss. Si tratta, in questo caso di congruenza soggettiva degli Stati. Difficile ritenere che sui due, di cui uno sottoposto ad *embargo*, non pendino gli obblighi derivanti dalla Carta ONU, in quanto oramai la Comunità internazionale è in larga parte coincidente con gli Stati che fanno parte anche della Carta.

⁸¹⁵ DÖRR - SCHMALENBACH, *op. cit.*, p. 1020.

⁸¹⁶ Art. 61, § 1 della Convenzione di Vienna citata.

⁸¹⁷ Laddove, ad esempio, vi fosse un embargo totale delle tecnologie militari e civili verso un dato Stato, potrà applicarsi tale caso. Se l'embargo riguarda solo le tecnologie militari, è possibile rinegoziare l'accordo e prevedere il solo trasferimento di tecnologie civili, salvo che la tecnologia militare non costituisca un elemento fondamentale dell'accordo medesimo.

⁸¹⁸ DÖRR - SCHMALENBACH, *op. cit.*, p. 1060.

⁸¹⁹ Come previsto anche dall'art. 65 della Convenzione di Vienna citata.

⁸²⁰ La riprova è data dal termine delle sanzioni nei confronti di Rhodesia del Sud e del Sudafrica a partire dal 1992.

⁸²¹ Art. 62, § 1, lett. a). Questo sembrerebbe il caso della commissione di gravi violazioni del diritto internazionale da parte dello Stato ricevente, laddove lo Stato trasferente avesse determinato la non presenza di rischi delle medesime.

⁸²² Art. 62, § 1, lett. b).

finisca per incidere pesantemente sugli stessi. È, però, possibile invocare la sospensione dell'accordo, quando non sia provata la permanenza dei cambiamenti delle circostanze iniziali, ovvero si possa giungere ad una rinegoziazione o alla conclusione di un secondo accordo di integrazione del primo⁸²³.

La soluzione alla questione dell'incidenza delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, che stabiliscono un embargo nei confronti di uno Stato, va senz'altro nel senso di ammettere sempre come possibile la sospensione degli accordi, cercando quindi di porre lo Stato colpito dalla misura nella condizione di cessare ogni attività illecita e mantenere i propri rapporti.

Non può, però, dirsi lo stesso in relazione agli accordi di natura contrattuale, intercorrenti tra un individuo od un'industria ed uno Stato estero. Come visto in precedenza⁸²⁴, i contratti possono essere considerati nulli quando siano in contrasto con una norma di diritto imperativo⁸²⁵. Con tali norme si possono identificare anche quelle di diritto internazionale che impongano un divieto di stipulazione di certi contratti, in particolare in relazione all'oggetto del contratto, che in questo caso sarà determinato dalle specifiche proibizioni di importazioni per uno Stato sottoposto ad *embargo*. Quando vengono recepite, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza divengono parte integrante dell'ordinamento giuridico dello Stato, e perciò andranno a far parte di quelle norme imperative cui i contratti non potranno andare contro o derogarvi, a pena di nullità⁸²⁶.

Tale effetto di invalidità del contratto permane per tutto il tempo in cui lo Stato è vincolato alla norma internazionale ratificata o recepita. Tuttavia, nel momento in cui viene rimossa la misura internazionale impediente, non è possibile ritenere che automaticamente si espandano gli effetti del contratto reso nullo. Sarà, in questo caso, necessario stipulare nuovamente un accordo contrattuale per la vendita di armi⁸²⁷. Secondo i *Principi UNIDROIT supra* citati, l'impossibilità iniziale di prestazione dovuta a proibizioni di natura giuridica, quali gli *embargoes*, permetterà di ritenere il contratto invalido solo se, in base alla norma interna che stabilisce la proibizione, questa sia intesa come invalidante il contratto stesso, e non anche come meramente proibente la prestazione che deriva dalla stipulazione di questo. In altre parole, gli effetti del contratto potranno nuovamente espandersi solo nel caso in cui la disciplina di diritto interno preveda ciò⁸²⁸.

È possibile ammettere anche un effetto sospensivo delle prestazioni contrattuali? La risposta a questa domanda deve ugualmente rinvenirsi nei Principi UNIDROIT. In base all'art. 7.3.1,

*“A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance”*⁸²⁹.

Questo effetto è attribuibile non solo nei casi in cui la mancata prestazione dipenda dall'inadempimento imputabile ad una delle parti contraenti, bensì si applicherà anche nei casi di impossibilità sopravvenuta per motivi non dipendenti dalla volontà di una delle

⁸²³ Questa è la tesi sostenuta da DÖRR - SCHMALENBACH, *op. cit.*, pp. 1097 ss., che ritengono, in linea con la versione dell'art. 62, § 3 proposta dal Canada, che la sospensione sia sempre invocabile nei casi in cui non si possa provare la permanenza del cambiamento, oppure dando un'opzione o una scelta agli Stati di tenere fede ai loro obblighi previgenti e non venir meno al generale principio *pacta sunt servanda*.

⁸²⁴ § 1.2.

⁸²⁵ Art. 1.4 dei *Principi UNIDROIT* citati, p. 12.

⁸²⁶ GRAMOLA, *op. cit.*, p. 185 ss.; YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux* citato, p. 392 ss.

⁸²⁷ Art. 3.1.3, § 1, p. 97.

⁸²⁸ In dottrina, si veda GRAMOLA, *op. cit.*, p. 195 ss.

⁸²⁹ § 1.

due parti⁸³⁰. Se la controparte non impossibilitata riconosca che la condizione che viene a determinarsi è capace di incidere sulla prestazione *fondamentale*, questa ha il diritto di terminare l'accordo, estinguendolo.

Perché sia riconosciuta come fondamentale una prestazione, lo stesso articolo espone alcuni criteri significativi, tra cui si rinviene la privazione delle aspettative contrattuali della controparte⁸³¹: questo criterio diviene fondamentale, appunto, per determinare se vi sia la titolarità a terminare il contratto; la privazione dell'aspettativa viene valutata, anzitutto, in termini economici, ad esempio attraverso l'ammontare complessivo del valore della prestazione, oppure può essere valutata in termini di etica contrattuale, come nel caso dell'importanza della prestazione per la controparte. Tuttavia, per poter invocare tale criterio, la controparte inadempiente deve dimostrare che non aveva modo di prevedere ragionevolmente che vi sarebbe stata una condizione di inadempimento; nell'ambito dei trasferimenti di armi, questo onere della prova può essere invocato anche in relazione alle misure che vengono adottate da uno Stato in osservanza delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza: laddove venga dimostrato che il Consiglio, nell'emanare la risoluzione, non abbia fatto riferimento ai poteri derivanti dal Cap. VII della Carta, l'inadempiente può dimostrare che l'adozione della misura restrittiva da parte dello Stato è stata interamente basata su una propria scelta di politica internazionale.

3. La questione del dono di armi: le riserve della Svizzera e del Liechtenstein all'art. 2(2) dell'ATT

Come già esposto in precedenza⁸³², il termine “trasferimento”, nell'ambito del “commercio” di armi, non sembra ricoprire solo quelle attività di consegna che avvengano dietro compenso in denaro, ovvero l'attività di scambio, la *traditio*, non si connota della sola natura commerciale. Dunque, il trasferimento di armi coinvolge anche quegli scambi che non sono connotati dalla natura economica, ed alla prestazione di consegna non sempre corrisponde una controprestazione di pagamento.

Queste considerazioni ci permettono di introdurre il discorso del dono, o della donazione di armi, la quale sembra sfuggire alla portata materiale di molti accordi internazionali relativi alla consegna od allo scambio di armi. Ciò è vero soprattutto per il Trattato sul commercio di armi, il quale ha lo scopo di fissare uno standard internazionale per i trasferimenti.

All'art. 2 dell'Accordo vengono disciplinate le attività materiali di consegna delle armi. In particolare, il para. 2 recita:

“For the purposes of this Treaty, the activities of the international trade comprise export, import, transit, trans-shipment and brokering, hereafter referred to as «transfer»”.

Ad una prima lettura della disposizione, sembrerebbe che i redattori del Trattato abbiano voluto prendere in considerazione solo quelle attività di trasferimento che fossero connotate da una natura economica, ovvero attività poste in essere nel quadro di accordi di natura commerciale. Infatti, i termini *export* e *import* si riferiscono proprio ad attività di consegna di merci; il *transito* ed il *trasbordo* (*Trans-shipment*) sono, invece, attività che costituiscono una fase della più generale attività di consegna, poiché entrambe si connotano per non avere come destinazione il territorio dello Stato in cui vengono poste

⁸³⁰ *Principi UNIDROIT* citati, p. 249 ss. L'esempio che viene fatto riguarda proprio il caso in cui uno Stato (che in questo caso verrà identificato come lo Stato di esportazione) adotti una misura di *embargo* su determinati prodotti.

⁸³¹ Art. 7.3.1, § 2, lett. a).

⁸³² Cap. I, § 1.2.

in essere⁸³³; l'*intermediazione (Brokering)*, invece, si caratterizza per essere un'attività commerciale che avviene solo dietro autorizzazione dello Stato in cui il broker svolge le sue attività, quali sono la predisposizione delle trattative tra chi domanda e chi offre il bene giuridico in questione, ovvero le armi, e chi predispone anche tutti gli aspetti di logistica per la consegna delle armi, dalla scelta dei vettori per il trasporto fino alla compilazione dei documenti e dei certificati⁸³⁴.

Come visto, in nessuno di questi casi sembrerebbe che la natura commerciale possa prescindere dalle attività medesime. L'interpretazione testuale della norma, quindi, non ricomprende il dono di armi quale attività che rientri nell'ambito di applicazione materiale del Trattato. Peraltro, anche l'uso della congiunzione "and" darebbe un senso di esaustività all'elenco. Questa considerazione, poi, si accompagna al fatto che normalmente si presume l'onerosità degli accordi commerciali, ovvero la prestazione di consegna di un determinato bene è sempre accompagnata da un relativo profitto di natura economica⁸³⁵.

Tuttavia, c'è anche da sottolineare il fatto che la questione del dono di armi è rilevante nell'attuale prassi degli Stati. Non sono pochi i casi in cui alcuni Stati, siano essi Potenze militari o Stati con un elevato grado di sviluppo tecnologico, forniscono armamenti a Paesi in via di sviluppo o che stiano uscendo da una fase di transizione sulla base di accordi di cooperazione militare, nei quali non si scorgono pattuizioni circa il compenso per tale scambio⁸³⁶.

Non solo vi sarebbe un accordo di cooperazione alla base delle donazioni. Perché queste avvengano, è necessario che lo Stato trasferente non abbia un interesse economico sottostante, ovvero non pretenda dalla controparte la necessaria corresponsione di un beneficio di natura economica, quale è il denaro. La donazione si caratterizza proprio per essere un'attività di trasferimento a titolo gratuito, e che spinge il donante ad arricchire, senza alcun compenso, un secondo soggetto, ovvero il donatario⁸³⁷. In tal maniera, si può evidenziare anche che il profitto da destinare non ha carattere oneroso, in quanto

*"il profitto ha carattere oneroso quando rappresenti il corrispettivo di un sacrificio patrimoniale sostenuto in vista di esso, o abbia per contrappeso il compenso di un sacrificio patrimoniale altrui. In tali casi, è ovvio che la controparte od il terzo era sin dall'inizio legittimato ad attenderlo e a farvi assegnamento secondo un principio di equivalenza e di reciprocità"*⁸³⁸.

Quindi, l'accordo di cooperazione interviene, normalmente, tra uno Stato industrializzato, che possenga un arsenale ben rifornito, e uno Stato in via di sviluppo, o che stia uscendo da un fase di transizione. L'accordo interverrebbe proprio per permettere allo Stato che possenga armi in eccesso, o considerate come non più soddisfacenti certe esigenze di difesa nazionale, di "liberare" i propri arsenali, trasferendo le armi ad un soggetto alleato o che abbia stretto tale tipo di accordi⁸³⁹.

⁸³³ Si veda Cap. I, § 1.2 ed il successivo paragrafo di questo capitolo.

⁸³⁴ Per maggiori chiarimenti, si veda Cap. I, § 8.3 e più *infra*, Cap. VI.

⁸³⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Torino, III° ristampa della II° ed., 1960, p. 322.

⁸³⁶ Un esempio può essere tratto da un recente trasferimento di aiuti per la ricostruzione somala da parte dell'Italia, in cui si sono aggiunte anche "donazioni" (così definite dall'ambasciatore Mazzella) di materiali d'armamento e militare. Per maggiori dettagli, si consulti l'URL http://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2014/04/20140402_somalia.html.

⁸³⁷ BETTI, *ib.*

⁸³⁸ BETTI, *op. cit.*, citazione p. 322.

⁸³⁹ Smal Arms Survey, *South-East European Surplus Arms*, Issue Briefs, n. 1, novembre 2010, p. 4 e ss., disponibile all'URL <http://www.smallarmssurvey.org>; M. BROMLEY - M. DUCHÂTEL - P. HOLTOM, *China's Exports of Small Arms and Light Weapons*, SIPRI Policy Paper, n. 38, novembre 2013, p. 10-11,

L'esigenza di liberare i propri arsenali, però, incontra anche il limite di cui sopra, ovvero evitare che vi sia una dispersione generalizzata delle armi, favorire la possibilità di stipulare accordi di alleanza, anche strategica, con determinati Stati, ed impedire che certi altri soggetti (in cui vi rientrano sicuramente gruppi terroristici e Stati nemici della nazione trasferente) possano entrare in possesso di tali armi⁸⁴⁰.

Su questi presupposti ha ragionato anche il Comitato Internazionale della Croce Rossa, il quale, durante la fase di negoziazione del Trattato sul commercio di armi, ha sottolineato più volte come le attività di trasferimento che si volevano indicare non fossero esaustive dell'intero quadro di attività esperibili che si conoscono nella prassi⁸⁴¹. Tale indicazione non sembrerebbe essere stata recepita né nei *draft* del testo del trattato, né nella versione definitiva del testo medesimo⁸⁴².

Da ciò, è emersa una diversa considerazione da parte di un piccolo gruppo di Stati. Tra dicembre 2014 e gennaio 2015, il Liechtenstein e la Svizzera hanno ratificato il Trattato apponendo le proprie dichiarazioni interpretative⁸⁴³. Secondo quanto dichiarato, entrambi gli Stati hanno inteso il termine⁸⁴⁴ "trasferimento" (*Transfer*) in senso più ampio, che non quello espresso nell'art. 2 del Trattato. Infatti, entrambi gli Stati hanno asserito che:

*"It is the understanding [...] that the terms "export", "import", "transit", "transshipment" and "brokering" in Article 2, paragraph 2, include, in light of the object and purpose of this Treaty and in accordance with their ordinary meaning, monetary or non monetary transactions, such as gifts, loans and leases, and that therefore these activities fall under the scope of this Treaty"*⁸⁴⁵.

La dichiarazione, quindi, tende ad equiparare i trasferimenti a titolo oneroso con quelli per causa di liberalità, ovvero equipara attività di trasferimento tipiche del commercio (che, come detto, si presume siano a titolo oneroso) con attività a titolo gratuito. Questa equiparazione, peraltro, viene intesa da entrambi gli Stati alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato e secondo il significato ordinario dei termini dell'articolo. L'interpretazione che vogliono offrire queste dichiarazioni sembrerebbe far coincidere i due principali criteri interpretativi, quello testuale e quello teleologico. In base a questa interpretazione, le attività a titolo gratuito (nelle quali vi rientrano prestiti od

19 e ss.

⁸⁴⁰ Non è nemmeno da escludere che l'accordo di donazione contenga clausole di non riesportazione o che obblighi il donatario ad un impiego prefissato.

⁸⁴¹ *ICRC Statement on Scope of Weapons and Transactions in the Arms Trade Treaty - 2nd Preparatory Committee Session*, February - March 2011, 28 febbraio 2011, disponibile all'URL <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/armstradetreatystatement20110301.htm>.

⁸⁴² Preambolo, 16° considerando. Peraltro, risulta anche evidente un contrasto con quanto qui previsto ed il 9° considerando, ovvero la necessità di contenere le conseguenze che il commercio illecito e *non regolato* abbiano sia sulla popolazione civile, sia sulla sicurezza internazionale.

⁸⁴³ Secondo il principio 1.2 della *Guide to Practice on Reservations to Treaties* della Commissione di diritto internazionale (in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part, II), si definisce "dichiarazione interpretativa" la statuizione unilaterale di uno o più Stati, o una o più organizzazioni, che intendano specificare o chiarire il significato o la portata dei termini contenuti in un trattato di cui siano parti o di certe sue disposizioni. La distinzione rispetto ad una riserva tradizionale sta negli effetti giuridici che si vogliono produrre con tale dichiarazione (principio 1.3).

⁸⁴⁴ Perché si possa considerare tale dichiarazione come interpretativa, è necessario che si faccia riferimento, secondo la *Guide* sopra citata (principio 1.3.1), al significato ordinario dei termini utilizzati nella medesima, al fine di identificare l'intenzione degli autori, e leggendo la dichiarazione alla luce dell'oggetto e scopo del Trattato (ovvero la preservazione della pace e sicurezza internazionali attraverso l'eliminazione od il contenimento del commercio illecito di armi convenzionali). Nel caso delle dichiarazioni interpretative qui richiamate, il criterio del metodo con cui sono formulate sembrerebbe essere quello direttamente applicabile (principio 1.3.2).

⁸⁴⁵ La dichiarazione è stata resa nei medesimi termini dai due Stati. Entrambi le dichiarazioni sono disponibili all'URL <http://disarmament.un.org/treaties/a/att/>.

affitti di armamenti) rientrano nella portata applicativa della norma del Trattato.

Si vede, dunque, come queste dichiarazioni hanno voluto estrapolare il contesto monetario, economico o commerciale, per applicare le disposizioni del Trattato alle attività di trasferimento in sé, ovvero l'intenzione espressa è quella di voler considerare non tanto il fine economico che sorregge le attività di trasferimento di armi, ma l'attività in sé. Come abbiamo sottolineato più sopra⁸⁴⁶, la terminologia impiegata nell'ambito del commercio di armamenti è varia; ma solo attraverso una chiara interpretazione dei termini è possibile capire anche l'applicazione concreta di questi. Invero, si è sottolineato come il termine "commercio" non sarebbe esaustivo di tutte le attività praticate, ma atterrebbe solo alla sovrastruttura della materia trattata, ovvero al mercato delle armi, o alla finalità che assumono tali trasferimenti, ovvero la controprestazione, da parte dell'acquirente, della corresponsione di un beneficio di natura economica. Il termine "trasferimento", invece, assume una diversa connotazione rispetto a quello di "commercio", in quanto si riferisce più direttamente alle attività che vengono poste in essere, le quali tutte hanno in comune la sola consegna del bene giuridico in questione⁸⁴⁷.

Quindi, come già sottolineato, le attività di trasferimento sono quelle giuridicamente rilevanti, perché connotano il reale senso dello scambio tra dante e ricevente.

Le dichiarazioni di Svizzera e Liechtenstein vanno proprio in questo senso: non desiderano considerare solo le attività di trasferimento che siano connotate dal mero fine economico-commerciale, ovvero la corresponsione di un beneficio di natura economica, bensì hanno voluto astrarre i termini dal proprio contesto economico e considerare la rilevanza giuridica delle attività. Gioco-forza che, sulla base di queste dichiarazioni, saranno diversi anche i rapporti che si instaureranno tra le Parti del Trattato medesimo⁸⁴⁸:

a) un trattato si applica naturalmente e nella sua interezza tra le Parti che abbiano apposto riserva alcuna ad esso; allo stato attuale delle ratifiche del Trattato sul commercio di armi (settembre 2015), fatta eccezione per i due Stati sopra menzionati, nessun altro ha apposto riserva alle disposizioni del medesimo accordo; ragion per cui, tra gli altri Stati i termini, come previsti dall'art. 2, para. 2, mantengono il significato loro attribuito in sede di redazione del testo;

b) un trattato si applica secondo quanto previsto nelle riserve (o dichiarazioni unilaterali) tra gli Stati che le hanno apposte e gli Stati che le hanno accettate. Questa situazione sembrerebbe essere quella applicabile alle dichiarazioni interpretative di Svizzera e Liechtenstein: allo stato attuale delle ratifiche del Trattato, non è stata fatta opposizione alcuna alle riserve anzidette⁸⁴⁹. Indi per cui, gli altri Stati parte del Trattato dovranno

⁸⁴⁶ Cap. I, § 1.1.

⁸⁴⁷ Questa considerazione, come sottolineato più sopra, non sarebbe nuova nell'ambito dei trasferimenti di armi. Già con la Convenzione di Bruxelles del 1890 (*Convention Relative to the Slave Trade and Importation into Africa of Firearms, Ammunition, and Spirituous Liquors*, 2 luglio 1890, in *League of the Nations Treaty Series*, n. 202, 1922), si era inteso vietare quei trasferimenti di armi che fossero perniciosi per la sicurezza di determinate regioni dell'Africa sub-sahariana. In particolare l'Art. VIII dell'Atto finale della Conferenza ha inteso vietare la riesportazione di armi da parte di soggetti individuali in tutte le sue forme, ovvero in forma di cessione, vendita o donazione. Tale impostazione della norma è stata successivamente avallata anche in un lodo arbitrale del 1902 (*Arbitral award relating to the dispute between Great Britain and France, given by Baron Lambert in Brussels on 15 July 1902, and concerning the case of Sergent Malamine, 1902*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2012, vol. XXIX, pp. 356-363).

⁸⁴⁸ Art. 21 della Convenzione di Vienna del 1969 e principio 4.1 e ss. della *Guide* del 2011 citata. In dottrina, si veda TANZI, *op. cit.*, p. 118 e ss., e la relativa dottrina ivi richiamata.

⁸⁴⁹ Si deve comunque precisare che il termine massimo per proporre opposizione alla riserva è fissato generalmente dalla Convenzione di Vienna del 1969 (art. 21) in 12 mesi, scaduto il quale si presume un'accettazione determinata dall'acquiescenza alla riserva medesima.

osservare tali dichiarazioni, e gli effetti giuridici che si esplicano da queste dichiarazioni governeranno le relazioni relative al Trattato tra gli Stati riservanti e gli altri Stati⁸⁵⁰.

Il fatto che tali dichiarazioni siano state apposte in relazione ad un ambito di applicazione materiale del trattato (ovvero le attività di trasferimento che rilevano ai fini del medesimo accordo), interpretando le medesime dichiarazioni in buona fede e secondo l'ordinario significato dei termini che ivi sono espressi⁸⁵¹, potrebbe essere possibile che gli effetti scaturenti si estendano anche alle altre Parti, che di conseguenza saranno tenute a considerare tale interpretazione della norma anche nelle proprie relazioni (e negli eventuali trasferimenti di armi che effettueranno).

Ciò è vero in base alla considerazione che le attività di trasferimento sono messe in relazione diretta con gli eventuali illeciti che possono generarsi, ovvero le gravi violazioni di cui all'art.6 del Trattato medesimo, il quale recita:

“3. A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms covered under Article 2 (1) or of items covered under Article 3 or Article 4, if it has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party”.

Siccome la maggior parte, se non la più parte, delle violazioni ivi considerate ha natura di diritto cogente⁸⁵², o quanto meno assumono la forma di obblighi *erga omnes partes*, la considerazione dell'inclusione del dono tra le attività rilevanti farebbe sì che anche questa attività di trasferimento a titolo gratuito rilevi come attività che possa generare illeciti internazionali, e che di conseguenza rilevi ai fini dell'insorgenza della responsabilità dello Stato o della responsabilità penale individuale⁸⁵³.

Orbene, le dichiarazioni interpretative rilasciate da Svizzera e Liechtenstein non sarebbero volte solo a stabilire una particolare interpretazione della norma di cui all'art. 2, para. 2 del Trattato, nelle relazioni di scambio tra questi Stati e gli altri Stati parte. La finalità ulteriore, invero, potrebbe essere identificata nella volontà di modificare la portata testuale della disposizione in esame. A meno che non siano effettuate opposizioni particolari alle dichiarazioni citate⁸⁵⁴, è possibile ritenere che il dono di armi sarà considerato quale attività rilevante ai fini dell'applicazione del Trattato anche nei confronti degli altri Stati parte. Indi per cui, si determinerà l'insorgenza di responsabilità a seguito di trasferimenti di armi non a titolo oneroso (i *non-monetary transfers* di cui alle

⁸⁵⁰ Principio 4.2.4 della *Guide* citata.

⁸⁵¹ Principio 4.2.6 della *Guide* citata.

⁸⁵² Per la definizione di diritto cogente, è possibile fare riferimento all'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, il quale dispone che s'indica come tale “una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere”. In dottrina, la tesi dominante individua il contenuto materiale di tale norma in alcuni principi fondamentali della comunità internazionale, quali il divieto di aggressione, il divieto di commettere atti di genocidio e la tutela di alcuni fondamentali diritti dell'uomo. Per un'analisi della materia, si veda R. KOLB, *Théorie du jus cogens international. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaire de France, Parigi, 2001; ID., *La détermination du concept de “jus cogens”*, in *Revue générale de droit international public*, 2014, vol. 118, n. 1, pp. 5-29; M. SAUL, *Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction between Scholars and International Judges*, in *The Asian Journal of International Law*, 2015, vol. 5, n. 1, pp. 26.54; P. PICONE, *La distinzione tra “jus cogens” e “obblighi erga omnes”*, in *Comunità Internazionale e “obblighi erga omnes”: studi critici di diritto internazionale*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 575-592.

⁸⁵³ Si rimanda, al riguardo, alla dottrina citata al Cap. I, § 8.2.

⁸⁵⁴ I cui effetti sono richiamati dai principi 4.3 e ss. della *Guide* citata.

dichiarazioni), che fungano da aiuto nella commissione di un illecito ex art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità del 2001.

4. Trasporto e transito via aerea di armamenti

4.1 - Il trasporto ed il transito di armamenti, con particolare attenzione al transito via aerea di armi

Come si è visto più *supra*, tra le attività di trasferimento di armi convenzionali figura anche il transito⁸⁵⁵. Come chiarito, il termine “transito” implica il mero passaggio all'interno del territorio di un determinato Stato, nel quale l'attività di trasferimento non trova destinazione⁸⁵⁶.

Mentre, come visto più *supra*, le attività di transito terrestre e marittimo sono disciplinate in maniera uniforme da norme internazionali di rango pattizio, le quali stabiliscono rispettivamente una libertà di transito limitata (ovvero, che necessita del consenso dello Stato territoriale, salva la prevalenza di norme internazionali che favoriscano la circolazione di merci⁸⁵⁷) e una libertà piena (ovvero la libertà di transito via mare e via fiume, salvo la necessità di limitare il transito per esigenze di sicurezza interna o internazionale⁸⁵⁸), la disciplina del transito via aerea, e quella più in particolare del transito aereo di armi, non sono disciplinate in maniera uniforme, ma possono essere ricavabili da alcune sporadiche disposizioni contenute nelle principali convenzioni sull'aviazione civile, applicabili in situazioni diverse dal transito verso zone colpite da conflitti armati, ed in alcuni atti di terzo grado dell'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile relative al trasporto e transito di materiali pericolosi, le quali sono applicate in maniera differente dagli Stati⁸⁵⁹.

Come visto più *supra*⁸⁶⁰, l'attività di transito è presente nell'elenco delle attività che rilevano ai fini dell'ambito di applicazione materiale della disciplina del commercio di armi: l'art. 2, par. 1 del relativo Trattato del 2013 inserisce tale attività (assieme al trasbordo, “*transshipment*” in lingua inglese⁸⁶¹) tra quelle cui si applica la disciplina del

⁸⁵⁵ YAKEMTCHOUK, *Les transferts* citato, p. 7; ID., *Le transit internationaux des armes de guerre*, in *Revue general de droit international public*, 1979, vol. 83, pp. 350-416.

⁸⁵⁶ YAKEMTCHOUK, *Les transfert* citato, *ib.*

⁸⁵⁷ In questo senso si può prendere come esempio il GATT, che ha disciplinato l'imposizione di tariffe doganali sulle merci importate, ed il Trattato di Schengen, il cui principale scopo è l'abolizione delle dogane per i trasporti di merci intracomunitari.

⁸⁵⁸ Art. 30 UNCLOS e ss.

⁸⁵⁹ *Technical Instructions for the Safe Transport of Dangerous Goods by Air*. Queste Linee-guida vengono aggiornate periodicamente alla fine di ogni biennio, a partire dal 2005. In queste si rinvengono le indicazioni fornite dalle autorità di controllo dei voli effettuati al di sopra del territorio del proprio Stato, e che indicano sia quali debbano essere i materiali che possono transitare od essere trasbordati, sia la quantità dei medesimi. Con riferimento alle armi, si veda, ad esempio, le indicazioni da parte delle autorità indiane contenute nel doc. 9284-AN/905 dell'edizione 2007-2008 delle *Technical Instructions* (IN 1-5).

⁸⁶⁰ Para. 3.1.

⁸⁶¹ La distinzione terminologica tra queste due attività non è casuale: il transito in senso stretto attiene ai soli trasferimenti o trasporti di beni che coinvolgano uno o più Stati nel cui territorio il vettore non soste o non debba essere costretto a fermarsi. Il trasbordo, invece, si qualifica come “*transport of goods to an intermediate location outside the exporting and importing States, where they are loaded to a different transport vessel and transported to their final destination - or additional point of transshipment - without crossing the territory of the State in which the transloading takes place*” (International Small Arms Control Standard - ISACS, v. 1.2 del 30 giugno 2015, p. 22, disponibile

controllo degli scambi di armi e armamenti tra Stati.

Non è, però, riportata una definizione di transito di armi, o quantomeno non si riscontra una precisa definizione di cosa debba intendersi per transito di armi, o quali siano le situazioni in cui si applichi la disciplina del transito. Il Trattato stabilisce solo un obbligo in capo agli Stati di adottare idonee misure per regolare il transito ed il trasbordo di armi e armamenti attraverso il proprio territorio, “*in accordance with relevant international law*”⁸⁶². Ciò significa che lo Stato parte dell'accordo dovrà disciplinare tali attività tenendo in considerazione le altre norme internazionali, prevalentemente pattizie, relative ai singoli aspetti del transito via aerea di beni e merci.

Quindi, la ricostruzione della disciplina del transito di armi parte proprio dall'esposizione delle principali normative internazionali sul tema. Una prima considerazione deve essere fatta con riferimento all'Accordo sul servizio di transito aereo internazionale del 1944⁸⁶³. L'art. 1 disciplina i diritti che gli Stati parte della Convenzione accordano alle altre parti, i quali si individuano in:

- “1) *the privilege to fly across its territory without landing;*
- 2) *the privilege to land for non-traffic purposes*”⁸⁶⁴.

Questi due privilegi⁸⁶⁵ si applicano solo a voli registrati (“*scheduled flight*”), ovvero quei voli che presentino le seguenti caratteristiche⁸⁶⁶:

a) il passaggio di un aeromobile attraverso lo spazio aereo o sopra il territorio di più di uno Stato;

b) l'effettuazione di tale passaggio da parte di un aeromobile adibito al trasporto di passeggeri, posta o merci per fini commerciali, ovvero che stia effettuando un servizio pubblicamente fruibile;

c) operazioni di traffico aereo tra due o più destinazioni, qualora: 1) il volo sia previsto in una tabella (di qui il riferimento alla registrazione), oppure 2) il volo sia operato in maniera frequente o regolare così da costituire un servizio in serie sistematica e non saltuaria od occasionale.

Questa disposizione, però, non ha riscontrato una larga adesione: sono diversi, infatti, gli Stati che non hanno ancora ratificato questo accordo. Ciò può indurre a far pensare che la mancanza di adesioni non permetta la formazione di una norma di natura consuetudinaria condivisa, e quindi la formazione di una vera e propria “libertà di

all'URL <http://www.smallarmsstandards.org/isacs/0120-en.pdf>; si vedano, in questo senso i modelli di INCOTERM FCA, DAP e DDP). Quindi, il trasbordo costituisce, a sua volta, una specificazione ed una complessa elaborazione di transito, che sia attuata prevalentemente nei trasporti marittimi, fluviali e aerei, e che comporta il passaggio delle armi per il tramite di più vettori - scelti, per l'appunto, dal venditore o dal compratore - ma si attua in quelle specifiche zone di porti e aeroporti, nelle quali non si applicano i controlli doganali e le relative tassazioni, quali sono le zone franche. Ciò, dunque, dovrebbe comportare che, per poter agevolmente agire nei confronti di un'attività di trasbordo non autorizzata o illecita, lo Stato territoriale deve negare ai vettori l'accesso a tali zone, ed effettuare i controlli sul proprio territorio.

⁸⁶² Art. 9 ATT.

⁸⁶³ *International Air Transit Service Agreement*, siglato a Chicago il 7 novembre 1944, disponibile all'URL <http://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944b.pdf>.

⁸⁶⁴ Art. 1, sez. I, § 1.

⁸⁶⁵ Secondo M. MILDE, *Essential Air and Space Law*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, p. 104, il fatto che la Convenzione qualifichi queste libertà come dei “privilegi” sottolinea la natura eccezionale che queste assumono tali diritti, i quali devono essere concessi, o per il tramite di una singola autorizzazione, o attraverso la stipulazione di un accordo bilaterale, od addirittura nel momento in cui uno Stato aderisca all'Accordo in questione.

⁸⁶⁶ Consiglio ICAO, Doc 7278-C/841: *Definition of Scheduled International Air Service*, 25 marzo 1952. Questa decisione costituisce un'interpretazione autentica dei termini impiegati nell'art. 6 della Convenzione di Chicago.

transito aereo” potrebbe essere ostacolata⁸⁶⁷. Questa mancanza di approccio multilaterale uniforme induce diversi Stati non aderenti a stipulare accordi bilaterali per poter garantire il privilegio di transito⁸⁶⁸.

I privilegi non possono essere garantiti nel momento in cui il volo debba trovare scalo in aeroporti utilizzati per scopi militari; la medesima esclusione si applica anche nel caso in cui il sorvolo debba essere effettuato su territori nei quali siano poste in essere attività ostili, sia presente un'occupazione militare straniera o si stia svolgendo un conflitto armato⁸⁶⁹. Laddove il sorvolo debba essere effettuato al di sopra di questi territori, è necessario il rilascio di apposito permesso da parte della competenti autorità di comando militare⁸⁷⁰.

Ad un'eccezione *ratione loci* si aggiunge un'eccezione *ratione materiae*: infatti, nella Convenzione di Chicago si fa distinzione tra le operazioni di transito effettuate da aeromobili civili da quelle effettuate da aeromobili militari, definiti “aerei di Stato”⁸⁷¹. Non esiste, né nella Convenzione in esame né in altre convenzioni, una chiara definizione dello *status* di aereo militare, essendo disciplinati solo aspetti di natura specifica⁸⁷² o che abbiano una caratterizzazione in senso negativo (ovvero, cosa un aereo di Stato non può fare). In particolare, data la natura statutale che tale tipo di aeromobile possiede e la natura che assumono le operazioni da questo effettuate (coercitiva od ufficiale), è sempre necessaria un'autorizzazione da parte delle competenti autorità militari dello Stato di transito⁸⁷³.

Sono, inoltre, presenti singoli aspetti di disciplina, che riguardano, nello specifico, il trasporto aereo di alcuni tipi di armi. La Convenzione sulla marcatura di esplosivi al plastico⁸⁷⁴ disciplina, agli artt. II e III, gli obblighi degli Stati parte relativi al trasferimento di esplosivi non marcati. In particolare, l'art. III stabilisce che.

“Each State Party shall take the necessary and effective measures to prohibit and prevent the movement into or out of its territory of unmarked explosives”⁸⁷⁵.

Al contempo, un'eccezione è stabilita nei casi in cui i trasferimenti siano posti in

⁸⁶⁷ A tal proposito, MILDE, *op. cit.*, p. 105 sostiene come gli aeromobili registrati in Stati non aderenti debbano necessariamente ottenere un permesso per sorvolare il territorio degli altri Stati facenti parte dell'Accordo. Quindi, anche queste “concessioni” devono essere valutate sulla base di un principio di reciprocità, ovvero è necessario che siano stipulati accordi bilaterali.

⁸⁶⁸ Oltre alla stipulazione di accordi veri e propri, considerati quali “trattati”, è possibile stipulare anche *memoranda of understanding*, con un approccio meno formale, e sempre se la legislazione interna dello Stato stipulante lo permetta (nel caso italiano, ad esempio, tale materia non prevede la necessaria autorizzazione alla ratifica da parte del Parlamento). Tuttavia, esistono anche sistemi pattizi che stabiliscono la necessità di riunire gli aderenti in “*joint bilateral talks*”, nelle quali si discutono le concessioni di eventuali vantaggi, soprattutto di natura commerciale, che uno Stato rivendica nei confronti degli altri. MILDE, *op. cit.*, p. 107 e ss.

⁸⁶⁹ Art. 1, sez. I, ult. paragrafo.

⁸⁷⁰ Di qui il carattere eccezionale del privilegio concesso.

⁸⁷¹ Art. 3, lett. b).

⁸⁷² È il caso del Trattato “Open Skies”, siglato a Vienna il 27 marzo 1992, disponibile all'URL <http://www.osce.org/it/library/14130?download=true> (in lingua italiana), nel quale si definiscono le operazioni di sorvolo di velivoli militari disarmati (ovvero, che non impieghino o trasportino armi) e che siano utilizzati per i meri scopi di osservazione e monitoraggio. Per una disamina del trattato, si veda P. DUNAY - M. KRASZNAY - H. SPITZER - R. WIEMKER - W. WYNNE (a cura di), *Open Skies: A Cooperative Approach to Military Transparency and Confidence Building*, United Nations Office for Disarmament Affairs, 2004.

⁸⁷³ MILDE, *op. cit.*, p. 63-64.

⁸⁷⁴ *Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection*, siglata a Montreal il 1° marzo 1991, in *United Nations Treaty Series*, 2003, vol. 2122, n. 36984, pp. 359 e ss.

⁸⁷⁵ § 1.

essere per fini non incompatibili con la Convenzione, quali ad es. il trasporto da parte di aerei militari di esplosivi non marcati per fini di ricerca, addestramento o distruzione delle medesime armi, od addirittura quando tali trasporti siano effettuati in ordine di rifornire un laboratorio di produzione sito nello Stato di nazionalità dell'organo che pone in essere tale operazione⁸⁷⁶.

Come per le mine antiuomo e le munizioni a grappolo, la pericolosità dell'arma convenzionale induce a limitare il carattere assoluto del divieto di trasporto nel momento in cui questo sia effettuato per ragioni non inconsistenti con l'oggetto e lo scopo dell'accordo. Inoltre, e a differenza delle discipline per i due tipi di arma convenzionale richiamati, viene fatto espresso riferimento a scopi di natura militare o di pubblica sicurezza, che inducono gli Stati a non impedire i voli effettuati per tali propositi⁸⁷⁷.

Oltre agli esplosivi non marcati, anche per i MANPADS⁸⁷⁸ esiste una disciplina di trasporto specifica⁸⁷⁹. La ICAO è intervenuta per regolare la materia con due risoluzioni specifiche, la A32-23: *MANPADS Export Control*, e la A35-11: *Threat to civil aviation posed by manportable air defence systems*⁸⁸⁰.

Nella prima risoluzione, l'Organizzazione si era limitata a chiedere agli Stati di attuare tutte le misure necessarie per controllare la proliferazione di tale tipo di arma e di prevenire eventuali attacchi terroristici all'aviazione civile che fossero effettuati con le medesime.

La seconda risoluzione, al contrario, abroga la precedente, ritenuta inadeguata nella sua missione⁸⁸¹; inoltre, la nuova risoluzione pone come fondamento della nuova disciplina quanto previsto negli strumenti internazionali di altre organizzazioni, regionali e universali, le quali hanno affrontato il problema con un approccio più strutturato e comprensivo che non quello della risoluzione A32-23⁸⁸².

Proprio l'approccio multilaterale è stato alla base della necessaria redazione di specifici strumenti internazionali che contrastassero il fenomeno delle MANPADS: infatti, l'Assemblea ICAO ha richiesto a gran voce che gli Stati parte si prodigassero, per quanto possibile, nella redazione di uno strumento internazionalmente condiviso⁸⁸³.

Di rilievo, infine, quanto previsto dal par. 5 del dispositivo della risoluzione in oggetto, nel quale si chiede a tutti gli Stati di attuare quanto previsto nelle linee-guida dell'Intesa di Wassenaar sul contrasto alla proliferazione dei MANPADS. Il diretto richiamo ad uno strumento di altra organizzazione, già effettuato nell'ambito UE con le liste sui beni a duplice utilizzo⁸⁸⁴, non sembra dare adito a dubbi sulla sua immediata applicazione. Peraltro, e a differenza del richiamo qui citato nell'ambito UE, tale strumento internazionale trova applicazione anche nei confronti di quegli Stati che non sono a loro volta parte dell'Intesa di Wassenaar, rendendo così tali linee-guida uno

⁸⁷⁶ § 2. La questione di alcuni siti di stoccaggio appartenenti a forze militari o di sicurezza nazionale è affrontata, in maniera dettagliata, nell'art. IV della Convenzione di Montreal.

⁸⁷⁷ MILDE, *op. cit.*, p. 241-242.

⁸⁷⁸ Vedi Cap. I, § 4.3.

⁸⁷⁹ Si veda in questo senso: Wassenaar Arrangement, *Elements for Export Controls of Man-Portable Air Defence Systems (MANPADS)*, adottato dall'Assemblea Plenaria nel 2007 a sostituzione di quelle precedenti del 2003, disponibili all'URL <http://www.wassenaar.org/publicdocuments/2007/docs/Elements%20for%20Export%20Controls%20of%20Manpads.pdf>.

⁸⁸⁰ A queste si è aggiunta la risoluzione A36-19, con la quale l'Assemblea ICAO ha invitato gli Stati a prendere adeguate misure per contrastare il fenomeno.

⁸⁸¹ Preambolo, ult. considerando.

⁸⁸² Preambolo, quartultimo considerando e § 2 del dispositivo.

⁸⁸³ § 4.

⁸⁸⁴ Vedi Cap. I, § 4.4.

strumento vincolante *erga omnes*. Anche in questo caso il ruolo svolto da un'organizzazione, il cui fine sia specificatamente indirizzato alla regolamentazione dell'esportazione di armi convenzionali, può essere letto come un chiaro segnale della specificità e della tecnicità della disciplina ivi prevista che permette di uniformare l'indirizzo della prassi degli Stati⁸⁸⁵.

Si deve, dunque, affermare che la disciplina del transito per i trasporti via aerea di armi non gode della medesima uniformità, prevista nei casi del transito per via terrestre e per via marittima. Il transito via aerea si presume, pertanto, fortemente limitato, e necessiterà di una specifica autorizzazione (di qui la natura di privilegio) ogni qual volta sia posto in essere. Tale autorizzazione sarà ulteriormente necessaria, nel momento in cui il velivolo stia trasportando un carico di armi convenzionali, a maggior ragione nel caso in cui queste armi siano di una categoria della quale il trasferimento e la proliferazione siano stati ritenuti una minaccia alla pace e sicurezza internazionali.

Invero, la possibilità di sorvolare il territorio di uno Stato senza dover richiedere l'autorizzazione si avrà solo per quei voli che siano stati registrati, o che siano stati previsti da specifici accordi bilaterali tra gli Stati. La previsione di una libertà di transito in uno strumento pattizio, come la Convenzione di Chicago del 1944, non potrà nemmeno considerarsi di natura consuetudinaria, stante la mancata adesione da parte di molti Stati.

4.2 - Applicabilità dei modelli contrattuali di trasporto disciplinati negli INCOTERMS 2010 della Camera di Commercio Internazionale

Laddove il trasporto di armamenti avvenga in esecuzione di un contratto commerciale di vendita internazionale, è possibile ritenere astrattamente applicabili i modelli contrattuali di trasporto previsti negli INCOTERMS della Camera di Commercio Internazionale⁸⁸⁶.

Questi modelli rispondono soprattutto alla logica di capire a chi debba imputarsi un'eventuale responsabilità per danneggiamento o furto della merce da consegnare. In particolare, gli INCOTERMS hanno una loro specifica *ratio* che permette di capire se la responsabilità, che si può delineare a seguito di *diversion* del carico di armi, sia da imputare in capo al venditore od al compratore, oppure se tale responsabilità possa delinarsi anche con riferimento alla mancanza di documentazione necessaria ai fini di determinare lo *end-use* o lo *end-user* di un carico di armi.

Gli INCOTERMS, pertanto, assumono la forma di

*“una serie di clausole standard di consegna o di resa, destinate a promuovere la uniformità nella negoziazione di una precisa definizione e disciplina delle principali clausole tipiche utilizzate nella compravendita internazionale”*⁸⁸⁷.

Queste clausole sono il frutto, come riconosciuto da ampia parte della dottrina, di una progressiva stratificazione di usi commerciali. La Camera di Commercio

⁸⁸⁵ Sul punto, e con riferimento all'UE, si veda A. PIETROBON, *I mercati delle armi in Europa. Una sfida al diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2009, p. 99.

⁸⁸⁶ Camera di Commercio Internazionale, *INCOTERMS® 2010*. Una breve introduzione è disponibile all'URL <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/>. Nel corso di questa trattazione, sarà utilizzato il logo INCOTERMS® solo nelle citazioni di opere bibliografiche che trattano dell'argomento. Infatti, il termine che verrà impiegato si riferisce solo ed esclusivamente agli INCOTERMS della Camera di Commercio Internazionale.

⁸⁸⁷ G. TELLARINI, *Gli INCOTERMS® tra passato e presente: dall'edizione del 2000 alla nuova versione degli INCOTERMS® 2010 redatta dalla Camera di commercio internazionale*, in G. TELLARINI - M. TORSELLO, *Gli INCOTERMS® 2010 della Camera di commercio internazionale*, Aracne, Roma, 2012, pp. 3-22, citazione p. 4.

Internazionale ha sentito l'esigenza di codificare l'interpretazione offerta di tali usi sulla base dei termini maggiormente utilizzati in vari Stati, al fine di fornire un quadro complessivamente esauriente di tali interpretazioni⁸⁸⁸.

Va da sé che, come con riferimento alla stipulazione di contratti commerciali, così la scelta da parte dei contraenti del modello contrattuale applicabile risponde alla generale esigenza di assicurare la massima autonomia decisionale alle parti medesime, con gli unici limiti derivanti dalle normative interne o da quelle internazionali e che abbiano un carattere imperativo⁸⁸⁹.

L'idea di codificare tali interpretazioni risponde, peraltro, ad un'esigenza di uniformare la disciplina dei contratti commerciali internazionali. Gli INCOTERMS, dunque, rappresentano l'ennesimo tentativo (riuscito) di uniformare il diritto senza dover imporre una nuova costruzione normativa, attraverso i lunghi processi di produzione che caratterizzano i trattati internazionali. L'operazione di facilitazione degli scambi commerciali è volta anche a ridurre i costi connessi o derivanti da altre forme di contrattazione, ovvero ci si è posti l'obiettivo di ridurre quelle spese che si generano nel momento in cui le trattative vengono avviate e permanga incertezza su quale debba essere il diritto applicabile al contratto da stipulare⁸⁹⁰.

Inoltre, il fatto che questi strumenti (come anche i Principi UNIDROIT) siano frutto di gruppi di studio, o finanche di elaborazione da parte di enti non governativi o di associazioni di categoria, induce a pensare che il ruolo svolto da soggetti di diritto privato, quali individui ed imprese che si trovano ad operare in tale contesto, diventi sempre più rilevante nell'ambito dell'autonomia contrattuale⁸⁹¹.

Gli INCOTERMS vengono suddivisi in 4 grandi categorie, le quali raggruppano i singoli modelli contrattuali in base al tipo di destinazione della merce, ai costi da sopportare per la consegna ed alle singole responsabilità contrattuali in cui incorre il

⁸⁸⁸ La prima versione degli INCOTERMS fu redatta nel 1923, quando la CCI decise di avviare un'indagine conoscitiva che portò alla compilazione di un questionario, in cui confluirono i principali termini utilizzati in un dato settore commerciale dalle associazioni di categoria, dalle borse merci e da altri organismi qualificati degli Stati: TELLARINI, *op. cit.*, p. 5. Altre versioni degli INCOTERMS furono redatte, con successive modifiche ed adeguamenti alle evoluzioni delle pratiche commerciali, negli anni 1928, 1936, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, fino alla penultima edizione del 2000, sulla quale fonda la propria evoluzione l'edizione del 2010.

⁸⁸⁹ A. ZANOBETTI, *INCOTERMS® e pluralità di metodi di regolamentazione dei contratti commerciali internazionali*, in TELLARINI-TORSELLO, *op. cit.*, p. 159-190, a p. 162.

⁸⁹⁰ Sotto questo punto di vista, bisogna sottolineare come il riferimento agli "usi commerciali" possa essere rinvenuto anche nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, all'art. 9, il quale stabilisce che "Le parti sono vincolate dagli usi ai quali hanno aderito e dalle abitudini che si sono stabilite fra esse" (para. 1). Si tratta, però, di usi commerciali che le parti contraenti conoscono od sono tenute a conoscere al momento della stipulazione, se non espressamente richiamati nel contratto e salvo che non siano stati espressamente esclusi, e che siano ampiamente conosciuti e praticati da altri contraenti che stipulano contratti della medesima natura nel medesimo settore (para. 2). Quindi, salvo diversa volontà dei contraenti, gli usi commerciali, in cui rientrano gli INCOTERMS, sono ritenuti applicabili a prescindere dall'espresso riferimento nel contratto. Parte della dottrina (D. MILAN, *Gli effetti degli INCOTERMS® 2010 sulla disciplina delle vendite internazionali di merci*, in TELLARINI TORSELLO, *op. cit.*, pp. 33-61, alle pp. 41-43; L. GRAFFI, *Incoterms® e UCP 600 quali usi dei contratti di vendita internazionale*, in ID., pp. 127-146, a p. 130) ritiene, invece, che tali usi debbano essere espressamente accettati dalle parti di un contratto di vendita internazionale, non essendo considerati quale diritto applicabile al contratto, bensì quale mera clausola contrattuale soggetta alla volontà delle parti.

⁸⁹¹ C. WALTER, voce *Subjects of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2007, para. 15 e ss.

venditore⁸⁹². In particolare,

a) il gruppo E comprende il solo modello EXW (*Ex Work*, Franco Fabbrica), che prevede obblighi di imballaggio e consegna a terra delle merci, ovvero che non siano caricate, sul mezzo o veicolo di proprietà del compratore; le obbligazioni che attengono al venditore sono inerenti la facilitazione per il compratore di acquistare il bene (messa a disposizione delle merci, produzione di documentazione commerciale, ottenimento dei certificati e documentazioni necessari, effettuazione delle operazioni doganali solo se espressamente convenute col compratore, sostenimento dei costi per i controlli ordinari della merce), mentre per il compratore vi sono obbligazioni inerenti il trasporto del bene (oltre alla fornitura di tutta la documentazione non commerciale, in cui vi rientrano anche i certificati di *end-use*, procura delle prove di consegna, ed il sostenimento dei costi di ispezione);

b) il gruppo F comprende i modelli contrattuali che prevedono la gratuità della consegna sino ad un determinato luogo, da dove inizia il trasporto principale accordato con il compratore. Tra questi troviamo il FCA (*Free Carrier*, Franco Vettore), nel quale il venditore consegna la merce sdoganata ad un vettore nominato dal compratore, e pertanto sul primo graveranno obblighi di fornitura della merce al vettore e di fornitura delle prove di avvenuta consegna, oltre all'obbligo di facilitare l'ottenimento del documento di trasporto per il compratore ed il sostenimento dei costi ordinari di controllo, mentre sul compratore graveranno le obbligazioni di nomina del vettore e presa in consegna della merce, oltre alla responsabilità per eventuali anomalie nel trasporto da parte del vettore ed il sostenimento dei costi di ispezione;

c) il gruppo C comprende le clausole di resa con obbligazioni di trasporto principale a carico del venditore senza alcuna responsabilità e rischio in capo allo stesso. Tra questi modelli possiamo trovare:

1) il CPT (*Carriage Paid to*, Trasporto Pagato fino a), concepito per qualsiasi modalità di trasporto, il quale garantisce ampia libertà di scelta delle modalità, e dei relativi costi, in capo al venditore, e che si contraddistingue per la possibilità di pagamento in COD o contrassegno internazionale⁸⁹³. Come nel contratto FCA, i rischi per la consegna sono in capo al venditore, ma solo fino al punto pattuito di consegna. Inoltre, il venditore è obbligato a fornire tutte le prove di avvenuta consegna e la documentazione di trasporto, mentre il compratore è tenuto a sopportare i costi di ispezione della merce prima della spedizione e che siano eventualmente richiesti per il fatto dell'esportazione (tranne nel caso in cui siano state ordinate dalle autorità del paese di esportazione).

2) il CIP (*Carriage and Insurance Paid to*, Trasporto e Assicurazione Pagato fino a) prevede, oltre alle obbligazioni precedentemente espone, il pagamento di una quota assicurativa di viaggio⁸⁹⁴.

d) il gruppo D riguarda la località in cui viene destinata la merce. Esso è composto da due principali modelli contrattuali:

⁸⁹² M. FAVARO, *Tecniche e procedure di commercio internazionale: il trasferimento fisico delle merci, il visto uscire, l'origine delle merci, la legge 286 e i nuovi Incoterms® edizione 2010*, IPSOA, Milano, 2011, pp. 169-176. Verranno qui illustrati i soli modelli contrattuali applicabili in qualsiasi modalità di trasporto, fatta eccezione per il trasporto marittimo ed in acque interne.

⁸⁹³ Ovvero, si tratterebbe del pagamento delle fatture di acquisto e consegna da parte del compratore.

⁸⁹⁴ Si parla, in questo caso, di quota assicurativa minima, come stabilite dalla *Institute Cargo Clauses*, per la copertura di alcuni rischi connessi ad incendi della merce, o addirittura cattura del vascello, deragliamento o ribaltamento del mezzo terrestre e scarico della merce in un porto di fortuna. Una dettagliata disciplina può essere consultata all'URL http://www.lmalloyds.com/Web/market_places/marine/JCC/JCC_Clauses_Project/Revised_Clauses/ICC_C_2009_CL384.aspx.

1) DAT (*Delivered at Terminal*, Reso al Terminal): con tale modello, il venditore si assume gli obblighi inerenti la nomina dello spedizioniere (assumendosi per intero gli eventuali rischi), la consegna della merce sdoganata, la fornitura della necessaria documentazione per svincolare la merce da parte del compratore, oltre al ben noto sostenimento dei costi ordinari di controllo, mentre il compratore si assume l'obbligo di prendere in consegna la merce appena disponibile nel luogo pattuito, provvede alle operazioni di importazione (tra cui vi sono la compilazione dei documenti necessari per lo *end-user certificate*, con il quale dimostra di essere il destinatario della merce), e sostiene i costi di ispezione, tranne nel caso di ispezioni effettuate dalle autorità dello Stato di esportazione;

2) il DDP (*Delivered Duty Paid*, Reso Sdoganato): è forse il modello contrattuale di consegna più complesso, oltre ad essere il modello che presenta una vasta gamma di obbligazioni pendenti sul venditore. Queste si esplicano in diverse operazioni di sdoganamento, effettuate sia all'atto di esportazione, sia in quello di importazione, facendo quindi assumere rischi piuttosto gravosi in capo al medesimo contraente. In tal senso, si comprende come il venditore sia oberato dai gravami che incombono sul trasporto della merce, ovvero il venditore è obbligato all'esperienza di tutta la procedura per il rilascio dei vari certificati di uso ed utenza finale dell'arma, assolvimento che dovrà essere necessariamente verificato sia all'atto di partenza, sia all'atto di arrivo della merce.

Dunque, oltre ad adempimenti per quanto riguarda la documentazione necessaria, che deve essere predisposta dal venditore o dal compratore a seconda dei casi, il modello contrattuale può anche prevedere adempimenti più specifici e la ripartizione dei rischi per quel che riguarda eventuali incidenti occorsi durante il tragitto del vettore. Questa forma di *due diligence* fa sì che i rischi di commissione di atti di *diversion*, come anche di commissione di atti terroristici nell'ambito di tali trasporti, vengano ampiamente contenuti già con riferimento agli adempimenti contrattuali delle parti, e solo laddove le misure predisposte siano inefficaci sarà compito delle autorità dello Stato (in particolare, quello di transito e quello di importazione, a meno che l'atto illecito non avvenga nel territorio dello Stato di esportazione) intervenire per reprimere eventuali attività illecite o criminose⁸⁹⁵.

In particolare, tali adempimenti da parte dei contraenti si esauriscono in obblighi di *security clearance*, ovvero il soggetto contrattuale specificatamente individuato avrà l'obbligo sia di adempiere alle necessarie informazioni contrattuali e documentali, sia anche di sopperire eventuali costi di ispezione e controllo delle merci, ragion per la quale l'eventuale mancanza ed inadempimento di tali obblighi determinerà l'insorgenza della responsabilità in capo alla parte manchevole od inadempiente e la conseguente invalidità del contratto (a seconda di quanto abbia previsto il diritto interno in merito)⁸⁹⁶.

Il riferimento primario che viene fatto dagli INCOTERMS è agli adempimenti in materia doganale, ovvero è sempre necessaria la predisposizione della documentazione che attesti la correttezza della procedura di vendita, e nella quale dovrà risultare, con riferimento agli armamenti, anche il certificato di utente finale o di utenza finale⁸⁹⁷. Inoltre, la predisposizione della *security clearance* rileva con riferimento agli obblighi di informativa sulla sicurezza, che incombono, a seconda dei casi, sul venditore o sul

⁸⁹⁵ Si veda, in questo senso, quanto già espresso al Cap. I, § 8.3.

⁸⁹⁶ BOI, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁹⁷ Ciò sembrerebbe evidente anche dal tenore delle disposizioni contenute negli stessi INCOTERMS (Regole A2 e B2), che fanno riferimento alle *customs regulations*, ed in particolare quelle imposte dal singolo Stato all'atto di importare od esportare determinate merci: BOI, *op. cit.*, p. 116.

compratore⁸⁹⁸.

Sarà, inoltre, onere del contraente, specificatamente individuato dal singolo modello contrattuale, accertarsi di quali siano, al momento della consegna o della stipulazione del contratto⁸⁹⁹, le normative vigenti in materia di sicurezza ed i correlati adempimenti doganali.

Vero è che il ricorso a tali modelli dovrebbe dipendere sempre dalla espressa volontà delle parti di farvi riferimento nel contratto stesso, ma vi è da dire che alcuni adempimenti devono essere ugualmente ottemperati da una o da entrambe le parti. In tal senso, si capisce anche qui l'interazione esistente tra determinate misure legislative predisposte all'esportazione od all'importazione da parte degli Stati, con riferimento ai trasferimenti di armi e che abbiano natura imperativa, e la predisposizione di siffatti modelli contrattuali, che evidentemente richiamano indirettamente tali limiti⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ Regole A10-B10; BOI, *op. cit.*, p. 117.

⁸⁹⁹ Questa distinzione si rende necessaria, soprattutto con riferimento a certe norme imperative che disciplinano l'ordine pubblico (come le norme che proibiscono certe esportazioni verso determinate destinazioni) vigenti al momento della conclusione del contratto, il quale, se in contrasto, sarà dichiarato invalido *ab origine*, secondo anche quanto prescritto nei Principi UNIDROIT 1.4 e 3.3.1.

⁹⁰⁰ BOI, *op. cit.*, p. 125.

CAPITOLO III - APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEL “COMMERCIO” DI ARMI AI BENI A DUPLICE UTILIZZO E ALLE ARMI NUOVE

INDICE SOMMARIO

Premessa

1. La disciplina internazionale dell'esportazione di beni a duplice utilizzo

1.1 - *La conversione di armamenti nella Convenzione sulle forze armate in Europa del 1990*

1.2 - *L'esportazione di armi a duplice utilizzo nell'Intesa di Wassenaar e nell'UE*

1.2.1 - *La relazione tra le due discipline: questioni di compatibilità normativa*

1.2.2 - *Individuazione di un dual-use good: accertamento del possibile impiego militare e individuazione di beni non listati*

1.2.3 - *Esportazione di dual-use goods e valutazione di rischi all'esportazione*

1.3 - *Il contributo della Corte di Giustizia UE nel definire la disciplina sui trasferimenti di beni a duplice utilizzo*

2. Trasferimenti di armi convenzionali “nuove”

2.1 - *Armi “ibride”: applicazione di alcune discipline internazionali relative ai trasferimenti di droni*

2.2 - *Osservazioni sulla prassi statale: le Linee direttrici del governo statunitense sull'esportazione di droni ad uso militare (2015)*

Premessa

L'analisi dei trasferimenti di armi non può prescindere dalla trattazione dell'oggetto dei trasferimenti. Come già esposto più *supra*⁹⁰¹, quest'opera si incentra prettamente sulle armi convenzionali⁹⁰², per le quali, da ultimo, è intervenuta la disciplina dell'ATT, che ha stabilito un obbligo procedurale di trasferimento⁹⁰³.

⁹⁰¹ Vedi cap. I, § 4.

⁹⁰² Come visto in precedenza (Cap. I, § 4.1), non esiste una definizione giuridicamente valida di arma convenzionale. Molto spesso, sia dalla dottrina, sia anche nella pratica, vengono identificate con tale espressione quelle armi che sono largamente diffuse, e perciò si ritiene che il loro uso sia legittimo. Il termine “convenzionale”, quindi, sarebbe da riferire ad una situazione consolidata. Più spesso ancora, le armi convenzionali vengono identificate in negativo, quali armi che non siano state espressamente vietate (come definito anche nella Convenzione del 1980 su sulle proibizioni o restrizioni dell'uso di certe armi convenzionali che possano essere eccessivamente lesive o provocare ingiustificate sofferenze, o quelle armi che non siano identificate come di distruzione di massa. Nell'ambito pratico, inoltre, si conoscono solo alcuni esempi di limitazione di armi convenzionali (quale è la CFE, che andremo a vedere), divieti di produzione e impiego (come la Convenzione del 1997 sulle mine anti-uomo, o la Convenzione del 2008 sulle munizioni a grappolo) e richiami alla non proliferazione (come il *Program of Action* dell'Assemblea Generale del 2001 contro la proliferazione di SALW, che ha dato vita anche al Protocollo del 2001 sulle armi da fuoco, esplosivi e munizioni al plastico). Quindi, è possibile ritenere che i limiti alle armi convenzionali permettano di identificarle in negativo. Tra questi limiti, come esplicito anche dalla Convenzione del 1980 (preambolo, III° considerando), vi è sicuramente quello di non provocare sofferenze eccessive o ferite superficiali o altamente dannose, limite che può essere riconosciuto come di natura consuetudinaria, in quanto stabilito già con la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1954, successivamente trasposto nella IV Convenzione dell'Aja del 1899 e nelle Dichiarazioni allegate, ed alla base di tutte le regolamentazioni degli accordi sul controllo delle armi.

⁹⁰³ Stabilito all'art. 7, che recita: “1. *If the export is not prohibited under Article 6, each exporting State*

Abbiamo visto come tali armi, le quali sono caratterizzate da una disciplina frammentaria di diritto internazionale, presentano caratteristiche differenti dal punto di vista dei criteri relativi ai trasferimenti: accanto ad armi convenzionali per le quali viene espresso un *divieto generale* di trasferimento⁹⁰⁴, vi sono armi convenzionali, le quali sono soggette a disciplina pattizia solo nel momento in cui viene ravvisata la pericolosità delle medesime⁹⁰⁵. Inoltre, la questione di tale disciplina tocca anche armi le quali possono essere suscettibili di duplice utilizzo (i *dual-use goods*), oltre a armi convenzionali, le cui specifiche innovazioni tecnologiche sembrano aver messo in discussione l'esatta collocazione all'interno delle tradizionali categorie⁹⁰⁶ (le c.d. "armi nuove").

L'analisi di questo capitolo si incentrerà proprio su queste due categorie di armi convenzionali, le quali indubbiamente presentano profili giuridici problematici relativamente al diritto applicabile.

La ricostruzione analitica partirà dalle armi a duplice uso, la cui disciplina risulta essere frammentata in più fonti di rango pattizio⁹⁰⁷. Infatti, il riferimento a tali tipi di armi è contenuto nell'Intesa di Wassenaar e nei documenti annessi, in particolare la Lista dei beni a duplice utilizzo⁹⁰⁸. Per quanto tale disciplina non sia vincolante, essa assume rilievo in quanto recepita tramite il regolamento 428 del 2009 del Consiglio UE sui beni a

Party, prior to authorization of the export of conventional arms covered under Article 2 (1) or of items covered under Article 3 or Article 4, under its jurisdiction and pursuant to its national control system, shall, in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors, including information provided by the importing State in accordance with Article 8 (1), assess the potential that the conventional arms or items: (a) would contribute to or undermine peace and security; (b) could be used to: (i) commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law; (ii) commit or facilitate a serious violation of international human rights law; (iii) commit or facilitate an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to terrorism to which the exporting State is a Party; or (iv) commit or facilitate an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to transnational organized crime to which the exporting State is a Party".

⁹⁰⁴ In particolare, mine anti-persona e munizioni a grappolo, salve le eccezioni indicate dalle rispettive convenzioni.

⁹⁰⁵ In particolare, le SALW ed i MANPADS, la cui disciplina pattizia è stata ampliata da numerosi atti e documenti di *soft law* o derivati da un sistema di trattato (ad es., il *Programme of Action* del 2001 dell'Assemblea Generale ONU relativo al contrasto della diffusione indiscriminata di SALW del 2001 e le direttive ICAO del 2001 e del 2003 per il trasporto dei MANPADS).

⁹⁰⁶ Come individuate sia dal Registro ONU del 1992 sulle armi convenzionali, sia dal Trattato sulle forze armate convenzionali in Europa del 1990 (art. III), di cui di seguito.

⁹⁰⁷ Ciò in base al fatto che le discipline che rilevano (il Trattato CFE, per quanto riguarda la reversibilità o conversione di precedenti armamenti, e l'Intesa di Wassenaar e la legislazione dell'Unione Europea, per la disciplina sull'individuazione delle armi a duplice utilizzo e dei trasferimenti di queste) sono applicabili solo in un ambito di tipo regionale (corrispondente al territorio europeo). Per quanto alcuni di questi accordi possano trovare applicazione anche al di là di uno specifico ambito regionale (la CFE, ad esempio, è applicabile anche agli Stati nordamericani, ed era applicabile anche nei confronti della Russia, fino al recesso avvenuto nel 2007; l'Intesa di Wassenaar si applica anche al di là dei meri confini europei ed atlantici, in particolare ad Australia, Giappone, Argentina e Sudafrica), l'efficacia del vincolo rimane comunque territorialmente circoscritta. Oltre modo, se si considera che tali accordi si applicano quasi esclusivamente alle esportazioni effettuate dagli Stati parte, risulta evidente che vi saranno dubbi sull'applicazione di tali accordi in relazione alle importazioni effettuate da Stati terzi, come anche delle attività di trasferimento delle armi effettuate tra Stati terzi. Lo scopo di questo capitolo è comprendere anche se la frammentarietà e la limitata portata territoriale delle normative sui trasferimenti di tali beni possano generare uno standard obbligatorio minimo che assuma natura consuetudinaria.

⁹⁰⁸ *List of Dual-Use Goods and Technologies and Munition List*, WA-LIST (15) 1, versione del 3 dicembre 2015, consultata all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/08/WA-LIST-15-1-2015-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List.pdf>.

duplice utilizzo⁹⁰⁹, mentre nel Trattato CFE⁹¹⁰ si stabiliscono i tipi e modalità dei processi di conversione degli armamenti in eccesso rispetto ai limiti quantitativi pattuiti nel medesimo Trattato.

Nella seconda parte del capitolo verrà illustrata la disciplina applicabile ai trasferimenti di “armi nuove”, ed in particolare la trattazione si incentrerà sul diritto applicabile all'esportazione di droni ad uso militare, sia in chiave di collocazione all'interno di una determinata categoria di arma (velivolo quando il drone venga classificato come *unmanned aerial vehicle*, UAV; missile, quando, collocato dell'esplosivo nella sua testata, finisca per essere impiegato come arma di offesa diretta), sia anche relativamente alle conseguenze scaturenti dall'impiego di tali armi in un conflitto armato (od anche solo in un'operazione militare); infine, un rilievo verrà dato alla prassi nazionale che si sta delineando in materia di trasferimenti di droni, quale ad esempio le Linee del Dipartimento della Difesa statunitense del 2015⁹¹¹. Assieme a questo aspetto, verrà, infine, presa in considerazione la questione della disciplina applicabile all'esportazione di *software* ed altro materiale di alta tecnologia per la gestione ed il controllo di determinati tipi di arma, in cui possono sicuramente collocarsi anche i droni.

1. La disciplina internazionale dell'esportazione di beni a duplice utilizzo

1.1 - La disciplina di ricategorizzazione, conversione e riclassificazione di armamenti nella Convenzione sulle forze armate in Europa del 1990

Per quanto la tecnologia *dual-use* fosse già conosciuta e utilizzata sin dagli anni '60⁹¹², un tentativo di dare una disciplina internazionale applicabile a tali beni si ebbe alla fine degli anni '80⁹¹³, quando gli Stati europei decisero di avviare un programma per la riduzione e controllo delle proprie forze armate. A tal fine, nel 1989, fu siglato l'Accordo

⁹⁰⁹ Regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio del 5 maggio 2009 che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso (rifusione), in GUUE, L/134, del 29 maggio 2009, p. 1 ss.

⁹¹⁰ *Treaty on Conventional Armed Forces in Europe*, firmato a Parigi il 19 novembre 1990, in *United Nations Treaty Series*, 2007, vol. 2442, I.No.44001, pp. 3 ss.

⁹¹¹ U.S. Department of State, *U.S. Export Policy for Military Unmanned Aerial Systems*, 17 febbraio 2015, consultato all'URL <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2015/02/237541.htm>.

⁹¹² I primi esempi si ebbero con i missili da lancio, derivati dal modello delle bombe V-2 utilizzate dall'esercito tedesco durante la Seconda Guerra Mondiale, il cui impiego è stato inteso sia per scopi pacifici (come l'esplorazione dello spazio), sia per scopi a carattere militare (quali missili dello scudo antibalistico, voluto da USA e URSS). Nel corso degli anni, la finalità *dual-use* è stata ulteriormente applicata anche ad altri tipi di tecnologie, suscettibili di avere un duplice impiego: è questo il caso di diversi tipi di armamenti convenzionali, quali elicotteri, aerei, navi o mezzi da trasporto terrestre, utilizzati anche per scopi civili. In particolare, sulla questione degli elicotteri “duali”, si veda A. MARRONE - M. NONES, *Gli elicotteri duali nel campo della sicurezza e difesa*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2014.

⁹¹³ Un primo tentativo, risultato infruttuoso, si ebbe nel 1973, allorché un dialogo multilaterale tra USA, URSS e diversi Stati appartenenti agli schieramenti della NATO e del Patto di Varsavia fu avviato per permettere la progressiva riduzione degli armamenti terrestri e aerei e la riduzione delle forze armate convenzionali presenti sul territorio europeo. Le *Mutual and Balanced Force Reduction Talks* (MBFR Talks), seppur concluse come accordo di natura informale, non vennero mai attuate realmente, e nel 1989 venne terminato per espressa volontà di tutte le parti contraenti. Nel 1986, dietro proposta del Presidente Sovietico Gorbačëv, si decise di avviare una nuova negoziazione per la riduzione degli armamenti convenzionali in Europa. I negoziati per tale accordo furono avviati a Vienna il 19 gennaio 1989, e si conclusero con la firma del Trattato citato il 19 novembre 1990 a Parigi. T. STEIN, voce *Conventional Armed Forces in Europe (CFE) Regime*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2010, §§ 1-2.

relativo alle forze armate in Europa (*Conventional Armed Forces in Europe*, CFE).

L'obiettivo dell'accordo CFE impone agli Stati di ridurre sensibilmente le proprie forze armate. Questa riduzione può avvenire in diverse modalità, disciplinate dall'art. VIII, che si esplicano nella *riclassificazione*, *conversione* e *ricategorizzazione* degli armamenti, come disciplinate dai protocolli allegati alla Convenzione⁹¹⁴.

Tuttavia, tali modalità si applicano solo con riferimento a determinate categorie di armi convenzionali⁹¹⁵ ma si ritiene che la disciplina dell'art. VIII uniforma le tre modalità di conversione abbiano un comune fine, ovvero assegnare una funzione diversa (magari anche di natura civile) all'arma presa in considerazione.

Il Protocollo relativo alla *riclassificazione* degli aerei da combattimento manifesta le prime peculiarità: infatti, questo disciplina le procedure per la completa distruzione dell'armamento od anche una situazione di non uso, assieme alla “*certificazione della condizione d'assenza di armamento*”⁹¹⁶. Inoltre, il Protocollo accorda anche un “diritto” di sottrarre agli specifici limiti previsti nel Convenzione i velivoli da combattimento che uno Stato parte ritenga essere destinati, mediante disarmo e/o certificazione di non utilizzabilità in combattimento, a specifici ed ulteriori scopi⁹¹⁷. Il limite numerico di sottrazione (550 velivoli per ogni Stato) viene indicato dal § 4 della Sez. I del Protocollo. A sua volta, però, tale disposizione stabilisce anche un ulteriore limite numerico in relazione ad uno specifico modello di aereo da combattimento, che era in dotazione solo ad alcune delle Parti dell'accordo⁹¹⁸. Peraltro, il combinato disposto della Sez. I e II del Protocollo fa emergere chiaramente una limitazione degli armamenti per categorie di velivoli da combattimento in dotazione solo a determinate Parti dell'accordo⁹¹⁹.

Le procedure di disarmo e certificazione di disarmo sono previste dalle Sez. III e IV. Per quanto riguarda il *disarmo totale del velivolo*, le procedure sono stabilite al fine di

⁹¹⁴ Si tratta del Protocollo sulle Riduzioni di carri armati e veicoli corazzati, del Protocollo sulla Ricategorizzazione degli elicotteri multiruolo, del Protocollo sulla Riclassificazione degli aerei da combattimento (art. VIII, § 1), i quali disciplinano le tre modalità di conversione. Ai fini di questa analisi, non saranno prese in considerazione le riduzioni o conversioni che comportino una necessaria staticità dell'armamento (ad es., attraverso la sua collocazione definitiva come pezzo da esposizione o bersaglio da addestramento) o quando rimangano entro la disponibilità delle forze armate di un determinato Stato (ad es., quando siano utilizzati per fini di addestramento). Sarebbe difficile, in questi casi, concepire una volontà di trasferire le armi verso altri Stati o soggetti, in quanto sarebbero privi della loro utilità. Tuttavia, nel caso in cui si dovesse palesare l'esigenza o l'opportunità di trasferire l'armamento non più utilizzabile o classificato come tale, si richiama qui quanto espresso dalla sentenza arbitrale richiamata nel cap. III, § 1.2.

⁹¹⁵ Trattasi di carri armati e veicoli corazzati (soggetti a conversione a fini non militari, § 2, lett. A), aerei da combattimento (soggetti a riclassificazione in aerei da addestramento non armati, ma solo per specifici modelli o velivoli d'addestramento armati, lett. C) ed elicotteri d'attacco multiruolo (soggetti a ricategorizzazione, lett. E).

⁹¹⁶ Preambolo al Protocollo.

⁹¹⁷ Così, sez. I, § 1 del Protocollo.

⁹¹⁸ Si tratta di aerei MIG-25U, i quali erano in dotazione all'Unione Sovietica ed alcuni alleati del Patto di Varsavia. Il limite imposto è quello di non più di 125 aerei che possono essere sottratti ai limiti imposti dalla riduzione. Si veda A. WITKOWSKY-S. GARNETT-J. McCAUSLAND, *Salvaging the Conventional Armed Forces in Europe Treaty Regime: Options for Washington*, in *Foreign Policy at Brookings-Arms Control Series*, Paper no. 2, Marzo 2010, p. 4.

⁹¹⁹ Il § 1 della Sez. II elenca i velivoli che possono essere sottratti alle riduzioni previste dall'Accordo: oltre al sopracitato modello, le sottrazioni sono possibili per SU-15U, SU-17U, MIG-15U, MIG-21U, MIG-23U e UIL-28. Tutti questi modelli di aerei da combattimento e ricognizione erano in dotazione all'esercito sovietico ed agli alleati del Patto di Varsavia, in base ad alcuni accordi di cooperazione politico-militare che prevedevano l'acquisto o la donazione di tali modelli. L'elenco è da considerarsi definitivo e non soggetto a revisione (§ 2).

rendere tali velivoli “*inidonei all'ulteriore impiego di qualsiasi sistema d'arma, come pure all'ulteriore impiego di sistemi di guerra elettronica e di ricognizione*”⁹²⁰. La procedura prevede la rimozione delle seguenti componenti:

1. i dispositivi specificatamente previsti per l'aggancio di sistemi d'arma quali gli speciali punti di attacco, i congegni di lancio o le aree di montaggio d'armi;
2. le componenti e i pannelli dei sistemi di controllo dell'armamento, inclusi i sistemi di selezione, armamento e sparo di armi oppure i sistemi di lancio;
3. le componenti dei sistemi di puntamento e guida di armi che non siano parte integrante del sistema di controllo della navigazione e del volo;
4. le componenti e i pannelli dei sistemi di guerra elettronica e di ricognizione, incluse le relative antenne.

Il disarmo totale, quindi, non viene previsto solo per gli armamenti in sé, ma anche per le componenti elettroniche e meccaniche che ne permettano il funzionamento quale arma. Ciò, evidentemente, allo scopo di evitare che, una volta ceduto, l'armamento possa tornare ad avere la precedente finalità militare. Questo intento viene ulteriormente palesato dalla disposizione contenuta al § 2 della presente Sezione:

“Nonostante quanto prescritto dal paragrafo 1 della presente Sezione, tutti gli speciali punti di attacco incorporati nell'aereo, così come tutti gli speciali elementi dei punti di attacco di uso generale destinati esclusivamente per essere impiegati con le componenti descritte al paragrafo 1 della presente Sezione, dovranno essere resi inidonei all'ulteriore impiego insieme a detti sistemi. I circuiti elettrici delle armi ed i sistemi di guerra elettronica e di ricognizione, descritti al paragrafo 1 della presente Sezione, dovranno essere resi inidonei all'ulteriore impiego mediante la rimozione dei cavi, oppure, qualora ciò non sia tecnicamente fattibile, mediante il taglio di sezioni di cavo in zone accessibili”.

Questa specifica disposizione rende definitivamente più chiaro l'intento della riclassificazione, dell'armamento, nel senso di impedire che tali mezzi possano tornare ad avere la finalità militare per la quale sono stati progettati.

Oltre alla riclassificazione, il Trattato prevede anche una parte relativa alla *conversione* degli armamenti a fini non militari⁹²¹, che si sostanzia in una procedura di riqualificazione del veicolo o del velivolo⁹²², attraverso tre fasi:

a) *individuazione del quantitativo di armamenti*, in particolare carri armati e veicoli corazzati o mezzi anfibi: per questo tipo, lo Stato disponente potrà esercitare il diritto di riduzione, e quindi di conversione, per gli specifici modelli e tipi elencati⁹²³; la lista dei veicoli indicati potrà essere soggetta a revisione, ma solo nel senso di apportare miglioramenti alla funzionalità delle procedure e delle norme del Trattato medesimo,

⁹²⁰ Sez. III, § 1.

⁹²¹ Art. VIII.

⁹²² Secondo quanto espresso nel testo della norma in esame, la conversione sembrerebbe possibile solo per i carri armati ed i veicoli corazzati, mentre i velivoli sarebbero soggetti solo a riclassificazione. Come si evidenzierà appresso, la differenza terminologica sembra minima in relazione alle finalità per le quali tali attività sono state predisposte.

⁹²³ Sez. VIII, § 3 del Protocollo sulle procedure che regolano la riduzione di armamenti e di equipaggiamenti convenzionali limitati dal Trattato sulle forze armate convenzionali in Europa (“Protocollo sulle riduzioni”): “*Potranno essere convertiti a fini non militari i seguenti veicoli: T-54, T-55, T-62, T-64, T-72, Leopard 1, BMP-1, BTR-60, OT-64. Gli Stati Parte nel quadro del Gruppo Consultivo Congiunto potranno apportare mutamenti all'elenco dei veicoli suscettibili di essere convertiti a fini non militari. Tali mutamenti, in conformità all'articolo XVI, paragrafo 5 del Trattato, saranno considerati miglioramenti attinenti alla funzionalità e all'efficacia del Trattato, relativi soltanto a questioni minori di natura tecnica*”.

quindi saranno considerabili solo mutamenti aventi natura meramente tecnica. Ciò in ragione sia di un possibile avanzamento della tecnologia di conversione o recupero dei materiali dei veicoli, sia anche in ragione delle singole possibilità tecnologiche a disposizione degli Stati;

b) *notifica dell'intento di conversione*: questa fase si realizza nei confronti di tutti gli Stati parte, in modo da poter far esercitare il proprio diritto all'ispezione delle certificazioni di conversione⁹²⁴;

c) *ispezione sulle procedure e sui risultati della conversione*: anche in questo caso, come per le procedure sulla riclassificazione dei velivoli, il diritto potrà essere esercitato dagli altri Stati parte dell'accordo secondo le modalità prescritte⁹²⁵.

La varietà di finalità non militari, in cui i veicoli corazzati e carri armati possono essere convertiti, suggerisce quali nuovi scopi tali mezzi possano avere quando vengono dismessi⁹²⁶. Anche in questo caso, la lista delle finalità può essere oggetto di mutamento da parte degli Stati, ma solo nel senso di apportare migliorie, e quindi avere mera natura tecnica⁹²⁷.

Ai fini di completezza, l'ultima procedura da considerare, relativa solo ad elicotteri multiruolo che siano stati categorizzati come tali⁹²⁸, si sostanzia nella *ricategorizzazione*. Diversamente da riclassificazione e conversione, la ricategorizzazione opera nel senso di assegnare un nuovo *ruolo*, e non una nuova *finalità*, ad un certo tipo di armamento. Questa particolarità si evince chiaramente dal § 1 della Sez. II del Protocollo sulle ricategorizzazioni, il quale stabilisce che:

“Solo gli elicotteri da combattimento che siano categorizzati come elicotteri d'attacco multiruolo, nel rispetto dei requisiti sulla categorizzazione di cui al presente Protocollo, saranno considerati suscettibili di ricategorizzazione quali elicotteri di supporto al combattimento”.

Come la riclassificazione e la conversione, però, la ricategorizzazione si esplica sia in una fase di individuazione dei velivoli da sottoporre a procedura, sia in una fase finale di certificazione⁹²⁹ o notifica dell'avvenuta procedura di riduzione⁹³⁰. Ciò può avvenire non solo tramite l'applicazione di detta procedura solo su elicotteri multiruolo, previa certificazione notificata alle altre parti dell'accordo nel caso in cui questi velivoli non presentino alcuna delle caratteristiche previste dal Protocollo⁹³¹, ma anche attraverso qualsiasi procedimento tecnologico atto a compiere la riduzione⁹³². Quest'ultima

⁹²⁴ Sez. VIII, § 5 del Protocollo sulle riduzioni.

⁹²⁵ Sez. VIII, §§ 7-8 del Protocollo sulle riduzioni.

⁹²⁶ Sez. VIII, § 4 del Protocollo sulle riduzioni.

⁹²⁷ Ultima parte del § 4.

⁹²⁸ La Sez. I del Protocollo sulle procedure che regolano la categorizzazione degli elicotteri da combattimento e la ricategorizzazione degli elicotteri d'attacco multiruolo (“Protocollo sulla ricategorizzazione degli elicotteri”) specifica che tutti gli elicotteri da combattimento devono essere categorizzati come “specializzati d'attacco”, “multiruolo” o “di supporto al combattimento” (§ 1). Al di là dei limiti fissati dal Trattato medesimo (artt. III e IV) per la detenzione di un certo numero di elicotteri delle varie categorie, la disposizione del § 3 prevede una specifica eccezione per le forze armate dell'Unione Sovietica, che doveva detenere un massimo di 100 elicotteri categorizzati come velivoli da ricognizione, da rilevazione o da prelievo di campioni chimici o biologici, mentre tutti quegli elicotteri eccedenti tale limite sarebbero stati categorizzati come velivoli di supporto al combattimento. Anche qui, si evince chiaramente lo scopo di riduzione del solo numero di forze armate dell'URSS.

⁹²⁹ Sia per le certificazioni (Sez. IV) sia per lo scambio di informazioni (Sez. V), la disciplina presenta i medesimi punti espliciti con riferimento alle due precedenti procedure di riduzione.

⁹³⁰ Sez. II, § 2 del Protocollo sulle ricategorizzazioni.

⁹³¹ Sez. III del Protocollo sulle ricategorizzazioni.

⁹³² Sez. II, § 3 del Protocollo sulle ricategorizzazioni.

disposizione presenta una particolare differenza rispetto alle altre due procedure analizzate in precedenza: in nessuna di queste due viene previsto che si possa adoperare qualsiasi procedimento tecnologico per intervenire sull'armamento e modificarne la finalità; con la ricategorizzazione, che agisce al precipuo scopo di assegnare un nuovo ruolo al velivolo più che una nuova finalità, l'azione tramite diversi procedimenti tecnologici assume natura eccezionale rispetto ai limiti imposti dal Trattato, consentendo allo Stato di apportare migliorie alle prestazioni dell'armamento, ma solo in relazione al nuovo ruolo che a questo viene attribuito. Quindi, più che una procedura di conversione *tout-court*, la procedura di ricategorizzazione assume i caratteri di un procedimento di *riassegnazione*, e quindi può essere esclusa dal novero delle procedure per la produzione di beni *dual-use*.

1.2 - La disciplina dell'esportazione di armi a duplice utilizzo nell'Intesa di Wassenaar e nell'UE

Se nella CFE la questione delle armi *dual-use* trova una disciplina orientata solo alla possibilità di permettere agli Stati di convertire certi armamenti ed assegnargli finalità civili, la disciplina dei trasferimenti di tali beni è rinvenibile, anzitutto, nell'ambito dell'Intesa di Wassenaar⁹³³. Tramite tale normativa è possibile evincere come gli Stati abbiano deciso di regolare l'esportazione di simili armamenti all'interno del mercato internazionale. Ancor più rilevante diviene, per la prima volta, la necessità di disciplinare l'esportazione dei medesimi alla luce dell'evoluzione del mercato delle armi dagli inizi degli anni '90 e di alcune importanti questioni relative al contenimento della pericolosità di alcune categorie di armi⁹³⁴.

Oltre che nell'ambito di tale intesa, la disciplina dei beni *dual-use* si riscontra anche nell'ambito dell'Unione Europea, dove la normativa circa l'esportazione verso Stati terzi di beni a duplice uso è ora contenuta nel regolamento 2009/428/CE⁹³⁵. Tale disciplina rientra nel più generale ambito del mercato interno⁹³⁶ e risulta essere una rifusione di previgenti

⁹³³ *The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies* (WA), firmato a l'Aia il 19 dicembre 1995. Si tratta di un'organizzazione succeduta al previgente CoCom (*Coordinating Committee for Multilateral Export Controls*). A differenza del predecessore, che intendeva coordinare (appunto) il blocco delle esportazioni di tecnologia e materiali di natura militare verso i paesi socialisti, l'Intesa di Wassenaar intende promuovere la cooperazione internazionale sugli armamenti degli Stati, attraverso il controllo delle esportazioni di materiale tecnologico e sensibile. Per una disamina del procedimento di negoziazione dell'Intesa e per gli aspetti a carattere istituzionale, si veda C. AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 395 ss., e in particolare 399 ss; C. MURRAY-D. HOLLOWAY-D. TIMSON-HUNT, *Schmitoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Thomson-Sweet&Maxwell, New York, 2007, XI° ed., p. 628 s; A. PIETROBON, *Da Kimberley a Wassenaar: il rilievo del soft law internazionale attraverso il diritto dell'Unione europea*, in L.S. ROSSI-E. BARONCINI, *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Pierpaolo Mengozzi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 381 ss., a p. 391 ss.

⁹³⁴ R. F. GRIMMET, *Military Technology and Conventional Weapons Export Controls: The Wassenaar Arrangement*, *CRS Report fo Congress*, RS20517, 29 September 2006, p. 4, consultato all'URL <http://www.fas.org/sgp/crs/weapons/RS20517.pdf>. Si tratta, segnatamente, oltre che di armi di distruzione di massa, di SALW e MANPADS, quest'ultimi per la prima volta disciplinati a livello internazionale.

⁹³⁵ In dottrina, tra i più recenti contributi si veda A. G. MICARA, *Current Features of the European Union Regime for Export Control of Dual-use Goods*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, n. 4, pp. 578-593.

⁹³⁶ Sulla necessità di considerare tali beni come sottoposti alla disciplina del mercato interno, si veda il sub-paragrafo successivo. Oltre a considerare questi beni aventi natura commerciale, la necessità di una disciplina è stata ravvisata anche da parte della dottrina (A. WETTER, *Enforcing European Union Law on Exports of Dual-Use Goods*, SIPRI Research Paper no. 24, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3 s.) come uno sforzo superiore di imporre controlli più effettivi sull'esportazione di beni e materiali che

regolamenti, ovvero i reg. n. 1334/2000⁹³⁷ e 3381/1994⁹³⁸.

Mentre la disciplina dell'Intesa di Wassenaar ha un profilo più prettamente di *soft law*, dato che gli atti emanati da questa organizzazione non hanno contenuto vincolante per gli Stati, la disciplina dell'UE è, al contrario, alquanto importante, in quanto è stabilita da un regolamento, atto che ha invece natura vincolante.

Tuttavia, la disciplina dell'Unione non risulta essere originaria, nel senso che non viene stabilito dagli Stati membri quali beni siano da considerare *dual-use*, bensì la disciplina recepisce, a sua volta, le indicazioni contenute in altri atti internazionali. Tra questi, vi è anche la disciplina dei *dual-use* contenuta nella Lista predisposta dall'Intesa di Wassenaar. Come evidenziato anche da parte della dottrina⁹³⁹, la rilevanza della *soft law* di Wassenaar diviene fondamentale nel momento in cui è recepita in un atto vincolante. Uno dei primi profili che deve essere considerato è quello relativo alla compatibilità tra le due normative e del possibile contrasto con altri obblighi internazionali degli Stati membri dell'UE, od addirittura di Stati membri che non siano parte dell'Intesa di Wassenaar.

1.2.1 - La relazione tra le due discipline: questioni di compatibilità normativa

Come appena premesso, la questione della compatibilità delle due discipline assume notevole importanza anche al fine di stabilire l'esatto vincolo esistente per gli Stati parte di entrambe le organizzazioni. Inoltre, il profilo della compatibilità risulta essere di sicuro interesse nel momento in cui si osserva come una delle due discipline è meramente ricettizia dell'altra infine, anche se vi è un mero rapporto di ricettività di quanto stabilito nell'Intesa di Wassenaar, è necessario valutare anche se non possa sorgere un contrasto successivo tra le due normative.

In tal senso, nella disciplina dell'Intesa di Wassenaar sull'esportazione di beni *dual-use*, per quanto riguarda l'individuazione di tali beni⁹⁴⁰, è possibile riscontrare un criterio complementare relativo al caso di eventuale contrasto tra regimi normativi di natura pattizia. Al termine "*regime*" è stata apposta una nota esplicativa⁹⁴¹, in base alla quale:

"An item which is controlled by another regime should not normally qualify to be controlled by the Wassenaar Arrangement unless additional coverage proves to be necessary according to the purposes of the Wassenaar Arrangement, or

potessero essere impiegati per la costruzione di armamenti a vantaggio di gruppi armati o terroristici. Il regolamento, tuttavia, non si applica in pregiudizio dell'art. 296 TCE, ora 346 TFUE; ciò, oltre a sottolineare la necessaria subordinazione e conformità delle norme di diritto derivato con quelle di diritto originario dell'UE, è da considerarsi quale clausola di subordinazione rispetto ad una disposizione dei Trattati ritenuta dalla Corte di Giustizia come applicabile solo per quei beni che avessero una tipica finalità militare (si veda Cap. II, § 4.2). Laddove l'esportazione dei beni *dual-use* non comporti, come vedremo appresso, la necessaria notifica che possano essere impiegati anche a fini militari, rimane comunque applicabile la disciplina del mercato interno.

⁹³⁷ Regolamento del Consiglio del 22 giugno 2000, in GUUE, L 159 del 30.6.2000, p. 1, successivamente integrato dal regolamento n. 2889/2000 del 22 dicembre 2000 sulle esportazioni e trasferimenti intracomunitari di tecnologia *dual-use*.

⁹³⁸ Regolamento del Consiglio del 19 dicembre 1994, in GUUE, L 367 del 31.12.1994, p. 1.

⁹³⁹ A. PIETROBON, *Da Kimberly a Wassenaar: il rilievo del soft law internazionale attraverso il diritto dell'Unione Europea*, in L. S. ROSSI - E. BARONCINI, *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 381-404, a p. 382 ss.

⁹⁴⁰ *Criteria for the Selection of Dual-Use Items*, nota 3, consultato all'URL http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/06/Criteria_as_updated_at_the_December_2005_PLM.pdf.

⁹⁴¹ Riprodotta nella nota 1 di pagina 1 della Decisione in esame.

when concerns and objectives are not identical".

Questa nota sembra avere, di primo acchito, la stessa natura di una clausola di subordinazione⁹⁴², in quanto permette l'applicabilità dell'ulteriore regime a discapito di quella prevista dall'Intesa. Tuttavia, l'ultima parte di tale clausola permette una prevalenza dell'efficacia della concorrente disciplina dell'Intesa, nei casi in cui:

a) la copertura normativa dell'Accordo di Wassenaar sia ritenuta necessaria, ovvero quando l'ulteriore disciplina sia manchevole, o non arrivi a disciplinare completamente la materia come farebbe l'Intesa medesima; e

b) non vi sia piena coincidenza tra gli oggetti e scopi dei due regimi; in questa maniera, l'Intesa di Wassenaar risulta essere sì subordinata a tutti gli altri accordi, i quali stabiliscano una disciplina, più o meno compiuta, delle esportazioni di beni *dual-use*, ma al tempo stesso li completi o prevalga sui medesimi nel momento in cui questi siano incompleti o inefficaci.

Si dovrebbe, perciò, dedurre che la natura di questa clausola sia chiaramente di compatibilità o "complementarietà" con gli altri regimi, in quanto non tende a modificare la loro efficacia, o a sostituirsi completamente ai medesimi, ma solo a far intervenire il regime disciplinato dall'Intesa di Wassenaar per colmare eventuali *impasse* normativi.

L'Intesa, quindi, tiene a precisare che la sua funzione è quella di stabilire discipline specifiche in relazione a certi beni *dual-use* e armi convenzionali, ma supportando gli altri obblighi degli Stati. In tal senso, quindi, l'Intesa funge anche da complemento di disciplina, garantendo comunque la prevalenza degli altri obblighi.

Questa funzione di completamento non rimane fine a sé stessa, nel momento in cui viene recepita dalla normativa comunitaria (ora dell'UE) relativa all'esportazione dei beni *dual-use*. Infatti, avendo il reg. 428/2009 un fine preciso, ovvero quello di disciplinare il procedimento per l'esportazione di tali beni⁹⁴³, permette alla normativa di Wassenaar di esplicitare in pieno questa funzione di completamento. Inoltre, data la natura obbligatoria dei regolamenti nel diritto dell'Unione Europea⁹⁴⁴, gli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri in materia di proliferazione, i quali assumono a loro volta la natura di obblighi di indirizzo o di mera natura politica, diventano vincolanti in tutte le loro parti per i destinatari⁹⁴⁵.

Il raccordo tra queste due discipline non avviene per merito di un rinvio normativo od addirittura per il tramite di una compilazione *ab ovo* di una lista dei beni considerati suscettibili di duplice applicazione. Nell'ambito dell'UE, l'indicazione di tali beni avviene per incorporazione delle liste create e predisposte da altre organizzazioni, individuate come organi ed istituzioni internazionali specializzati e perciò meglio organizzati dal punto di

⁹⁴² Art. 30, § 2 della Convenzione di Vienna del 1969; TANZI, *op. cit.*, p. 183; N. MATZ-LÜCK, *Treaties, Conflict Clauses*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2006, §§ 8-9.

⁹⁴³ Preambolo, II° e III° considerando.

⁹⁴⁴ Art. 288 TFUE.

⁹⁴⁵ Sul punto, si veda quanto detto nel Cap. I, § 4.4. In dottrina, relativamente al recepimento di obblighi internazionali all'interno dell'UE, si vedano gli autori ivi richiamati; sulla possibilità di attuare le norme internazionali (in particolare, quelle di natura consuetudinaria) attraverso il diritto dell'UE, si veda J. WOUTERS-D. VAN EECKHOUTTE, *Giving Effect to Customary International Law through European Community Law*, Institute of International Law, Katholieke Universiteit Leuven, Working Paper n. 25, Giugno 2002, p. 47; infine, sulla possibilità che alcuni atti dell'UE siano considerati in violazione di obblighi internazionali degli Stati, si veda L. SBOLCI, *L'invalidità degli atti dell'Unione Europea per violazione degli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, vol. XCV, n. 3, pp. 988-1011. In giurisprudenza, si veda Corte di Giustizia UE, *A. Racke GmbH&Co. v Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, sentenza del 18 giugno 1998, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 1998, I-3655 ss.

vista tecnico⁹⁴⁶. Questa funzione viene chiaramente esplicitata dal reg. 428/2009, il cui Allegato I riproduce le liste delle varie organizzazioni ed istituzioni che si occupino di beni *dual-use*:

“Il presente elenco costituisce la concretizzazione tecnica degli accordi internazionali sul controllo dei prodotti a duplice uso, in particolare le intese di Wassenaar, il regime di non proliferazione nel settore missilistico (MTCR), il regime di non proliferazione nel settore nucleare (NSG), il gruppo Australia e la convenzione sulle armi chimiche”.

Dunque, come appena precisato, la funzione regolamentare dell'UE non è propriamente originaria, bensì meramente recettiva di altre discipline. E, come più *supra* precisato, avvenendo tale recezione attraverso strumenti normativi dell'UE che sono tipicamente vincolanti per gli Stati membri, sembrerebbe che l'operazione di ricezione permetta alle normative sui *dual-use*, che normalmente assumono natura di atti di *soft law* internazionale, di poter divenire vincolanti ed esplicare i propri effetti diretti. In altre parole, la forma dell'adattamento utilizzata dall'UE servirebbe alla medesima a permettere agli Stati membri di osservare in maniera puntuale i propri obblighi internazionali in materia di non proliferazione⁹⁴⁷.

Essendo il procedimento di adattamento meramente ricettivo di norme internazionali contenute in atti di *soft law*, la difficoltà principale è quella di capire se effettivamente tutti gli Stati membri dell'UE siano vincolati alla medesima maniera⁹⁴⁸. Ciò accade in quanto alcuni Stati che sono membri dell'UE non sono, a loro volta, membri dell'organizzazione di Wassenaar⁹⁴⁹. Inoltre, guardando da una prospettiva opposta, alcuni Stati membri dell'Intesa non fanno parte dell'UE⁹⁵⁰. In questo secondo caso, la soluzione al quesito si riscontra nel principio di applicazione territoriale delle decisioni di organizzazioni regionali: solo in maniera indiretta tali decisioni potranno esplicare i propri effetti, ad esempio laddove determinati beni *dual-use* debbano essere esportati da uno Stato membro UE verso Stati terzi. Pur essendo il reg. 2009/428 recettivo della normativa dell'Intesa, cui gli altri Stati fanno parte, il vincolo esistente non sarà evinto da

⁹⁴⁶ PIETROBON, *op. cit.*, p. 396 ss. Questa incorporazione, e la conseguente disciplina relativa all'esportazione di beni *dual-use*, sembra essere la conseguenza del recepimento di una raccomandazione fatta dal consiglio di Sicurezza con la ris. 1540 del 28 aprile 2004. Spiega, infatti, il XV° considerando del reg. 428/2009: *“La risoluzione 1540 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, adottata il 28 aprile 2004, stabilisce che tutti gli Stati devono adottare e applicare misure efficaci per istituire controlli interni volti a prevenire la proliferazione di armi nucleari, chimiche e biologiche e dei loro vettori, anche introducendo controlli adeguati sui materiali connessi, e che a tal fine devono, tra l'altro, istituire controlli sul transito e sull'intermediazione. Per materiali connessi si intendono i materiali, le attrezzature e le tecnologie contemplate dai pertinenti trattati e accordi multilaterali, o inclusi negli elenchi di controllo nazionali, che potrebbero essere impiegati per la progettazione, lo sviluppo, la produzione o l'uso di armi nucleari, chimiche e biologiche e dei loro vettori”.*

⁹⁴⁷ PIETROBON, *op. cit.*, p. 397.

⁹⁴⁸ Per quanto riguarda il recepimento di atti di altre organizzazioni internazionali all'interno dell'UE, si veda R. A. WESSEL - S. BLOCKMANS (a cura di), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations*, Springer, Bruxelles, 2013. In particolare, J. WOUTERS - J. ODERMATT, *Norms Emanating from International Bodies and Their Role in the Legal Order of the European Union*, pp. 47-68, sottolineano come la partecipazione dell'UE all'interno di diversi “organismi” (definizione che potrebbe ricomprendere sia organizzazioni intergovernative sia istituzioni di diverso tipo, quali anche singoli organi internazionali o internazionalizzati) sia di vitale importanza per poter permettere alla stessa di rimanere l'attore internazionale che ha stabilito di essere (art. 21 TFUE). Inoltre, essendo la maggior parte delle decisioni e degli atti che vengono emanati da questi di natura non vincolante, l'UE, nel momento in cui decide di adeguarsi, può sicuramente permettere una piena e corretta osservanza di tali obblighi contratti dai propri Stati membri.

⁹⁴⁹ È questo il caso di Cipro, che non è mai entrato a far parte dell'Intesa.

⁹⁵⁰ Questo, invece, è il caso di Stati Uniti, Norvegia, Australia, Canada, Giappone e Russia.

questo tipo di atto, bensì si potrà fare riferimento, per gli Stati terzi, alla buona fede accordata agli strumenti di *soft law*⁹⁵¹.

Nel primo dei due casi esposti, invece, si assiste all'instaurazione di *relazioni asimmetriche* con gli Stati che non sono parte anche dell'Intesa⁹⁵². La risposta a questo quesito si riscontra, invece, nella possibilità, accordata allo Stato membro, di decidere se adeguarsi o meno alla normativa dell'UE: infatti, pur avendo questa un'efficacia immediata e vincolante per tutti gli Stati, si ritiene che in questi casi lo Stato membro abbia piena discrezionalità nel decidere la forma di adeguamento. Nel caso in cui decida di non adeguarsi, potranno solo essere prodotti effetti nei confronti di questo al momento dell'importazione intracomunitaria, applicandosi quindi la normativa relativa all'importazione di beni *dual-use*⁹⁵³. Al contrario, dovesse decidere di adeguarsi pienamente, la normativa contenuta nel reg. 2009/428 troverebbe immediata applicazione degli effetti diretti anche nei confronti degli individui di nazionalità dello Stato in questione. In tal senso, però, deve rimanere fermo quanto espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kadi*⁹⁵⁴, ovvero il generale rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. Inoltre, ritenendo che le decisioni delle organizzazioni internazionali sono comunque suscumbibili entro la disciplina degli accordi internazionali, possono essere esclusi effetti diretti delle medesime laddove non vi sia un'efficacia analoga per tutti gli Stati membri⁹⁵⁵.

Può essere opportuno segnalare che:

*“[...] si profila un'asimmetria analoga a quella che la Corte vuole evitare ed anzi più marcata, dal momento che regole formatesi nell'ambito delle intese non giuridiche diventano obbligatorie e direttamente applicabili negli Stati membri, mentre per gli Stati terzi partecipanti alle stesse intese non solo non producono analoghi effetti diretti, ma non sono nemmeno giuridicamente vincolanti. I partners esterni risultano di fatto essere favoriti dal comportamento superconforme dell'Unione. Si tratta di risultato in sé certo non contrastante con il diritto, ma la cui opportunità merita di essere valutata in relazione al singolo caso”*⁹⁵⁶.

Perché tale funzione sia possibile, è necessario esplicitare che l'Unione Europea non rimane estranea all'ambito del contrasto alla proliferazione di armi⁹⁵⁷. Nell'ambito dei Trattati, questo profilo lo si avverte in alcuni articoli che elencano i principi fondamentali in materia di azione esterna dell'Unione⁹⁵⁸, oltre al fatto che, sin dal 11 settembre 2001, l'attenzione dell'UE alla proliferazione è arrivata al punto di voler coordinare le politiche degli Stati membri per contrastare la diffusione spregiudicata di armi ed evitare che potessero finire nelle mani di gruppi terroristici⁹⁵⁹.

Proprio perché l'UE opera anche in tale campo, è necessario valutare se la competenza sia di esclusiva spettanza dell'organizzazione o se possa essere considerata

⁹⁵¹ TANZI, *op. cit.*, p. 161 ss.

⁹⁵² PIETROBON, *op. cit.*, p. 397.

⁹⁵³ Art. 161 del reg. 2913/92/CE, c.d. Codice doganale comunitario.

⁹⁵⁴ *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, in *Rep. Gen.*, 2008 I-06351, § 282 ss.

⁹⁵⁵ PIETROBON, *op. cit.*, p. 397-398.

⁹⁵⁶ PIETROBON, *cit.* p. 398.

⁹⁵⁷ P. KOUTRAKOS, *The Non-Proliferation Policy of the European Union*, in M. EVANS-P. KOUTRAKOS (a cura di), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, pp. 249-272, a p. 249.

⁹⁵⁸ In particolare, gli artt. 21, § 1 e 24, § 5 del TUE.

⁹⁵⁹ Si vedano, in questo senso, le Dichiarazioni del Presidente del Consiglio Europeo, riunito a Salonicco il 19 ed il 20 giugno 2003, Allegato II, p. 37 ss.

concorrente con l'azione degli Stati membri. In tal senso, la maggior parte della dottrina ritiene che questa competenza sia concorrente, in quanto le istituzioni dell'UE (e segnatamente il Consiglio⁹⁶⁰) stabiliscono i principi informatori dell'azione comunitaria, ma l'adempimento diretto spetta sempre agli Stati membri. Un esempio di questo tipo di ripartizione si ha, appunto, con il reg. 2009/428, nel quale si stabilisce⁹⁶¹ che gli Stati membri debbono conformarsi alle disposizioni in materia di rilascio dell'autorizzazione all'esportazione di beni *dual-use* e alla previsione delle misure sanzionatorie per i comportamenti contrari secondo quanto viene stabilito nel proprio ordinamento⁹⁶².

Infine, la problematica può essere analizzata anche in relazione alla base giuridica scelta dalle istituzioni UE per adempiere a tale scopo⁹⁶³, e per permettere che gli Stati ottemperassero ai propri obblighi internazionali in materia di non proliferazione⁹⁶⁴. Essendo tale base giuridica individuabile nell'art. 288 TFUE (ex art. 133 TCE), relativo al procedimento di adozione di regolamenti in materia commerciale, si presume anzitutto che la competenza a legiferare sia esclusivamente dell'UE⁹⁶⁵, e non più degli Stati membri, per quanto vi sia un effettivo contrasto con quanto stabilito nella decisione del Consiglio del 1958 e secondo quanto dispone anche il regolamento medesimo, che lascia impregiudicata la norma ricavabile dall'art. 346 TFUE⁹⁶⁶. In questa maniera, non vi è solo un recepimento quasi automatico di una normativa esterna, seppur tecnica, bensì questo avviene anche in bianco, perché l'adattamento non è più *ad hoc* per la singola normativa,

⁹⁶⁰ Tale istituzione appare essere il principale riferimento in materia di non proliferazione e controllo delle esportazioni di armamenti sia in relazione alla più generale politica di sicurezza esterna (PESC), in cui il Consiglio è il principale attore istituzionale, sia in relazione alla oramai risalente competenza attribuita dai Trattati (in particolare, l'attuale art. 346, § 2 TFUE) che prevedevano l'emanazione di una decisione relativa all'individuazione di alcuni tipi di armamenti per i quali si ammettevano restrizioni basate sulla protezione della sicurezza pubblica degli Stati membri, ed in particolare ci riferiamo alla più volte citata decisione del 16 aprile 1958, di cui al Cap. IV, § 4.1.

⁹⁶¹ Art. 24.

⁹⁶² Nella fase di redazione del regolamento, la Commissione aveva proposto di prevedere direttamente misure a carattere penale per gli individui che non si fossero conformati alle disposizioni della normativa comunitaria. Tale proposta è stata rigettata dagli Stati membri, in quanto si è ritenuto che la scelta del tipo di misura da adottare per il contrasto a tali tipi di comportamento rientrasse nella propria sfera di applicazione giuridica. Però, secondo il dettame della Corte di Giustizia (*Gbagbo c. Consiglio*, da C-478/11P a C-482/11P, § 56; *Kadi* citata, §§ da 241 a 244), le misure restrittive «*si riconducono ad atti di portata generale, in quanto vietano ad una categoria di destinatari determinati in termini generali ed astratti, in particolare, di mettere capitali e risorse economiche a disposizione delle persone e degli enti i cui nomi si trovano negli elenchi contenuti nei loro allegati e, al contempo, si riconducono a un insieme di decisioni individuali nei confronti di tali persone ed enti*». Tale interpretazione sarebbe osteggiata dagli Stati membri sulla base del principio di certezza del diritto penale e delle sanzioni che questo dispone, altrimenti vi sarebbe una netta violazione del principio *nulla poena sine lege*. Un approccio di questo tipo, quantomeno in relazione alle vecchie decisioni e decisioni-quadro, è rinvenibile in E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione Europea e diritto statale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 11-21.

⁹⁶³ PIETROBON, *op. cit.*, p. 399.

⁹⁶⁴ PIETROBON, *op. cit.*, p. 394. Questo fine è evincibile anche dal preambolo al reg. 428/2009, in cui si dice che «*È necessario un efficace sistema comune di controllo delle esportazioni dei prodotti a duplice uso per assicurare il rispetto degli impegni e delle responsabilità internazionali degli Stati membri, in particolare in materia di non proliferazione, e dell'Unione europea (EU)*» (III° considerando).

⁹⁶⁵ PIETROBON, *op. cit.*, p. 399.

⁹⁶⁶ Art. 24. Come si vedrà più *infra* (Cap. IV, § 3.1), l'applicazione dell'eccezione prevista da siffatto articolo è stata considerata dalla Corte solo in relazione a specifiche esigenze di natura militare, e non anche di altra natura, quale quella commerciale od economica (su tutti, *Commissione c. Spagna*, C-414/97, sentenza del 16 dicembre 1999, di cui al Cap. IV, § 4.2). Come vedremo appresso, tale impostazione è stata recepita anche per l'esportazione di beni che abbiano una principale finalità di natura civile (si veda, su tutte, *InsTiimi*, 2012, di cui appresso).

ma appunto preventivo ed automatico⁹⁶⁷.

Sulla base di questo tipo di problematiche è già possibile evincere il rapporto, alquanto controverso, tra il diritto internazionale ed il diritto dell'UE, in particolare in materia di non proliferazione. Secondo parte della dottrina,

“[...] the interactions between the EU legal order and international community, whilst dynamic and direct, are subject to the political and legal constraints which surround the Union's idiosyncrasic constitutional landscape; these inform the practical manifestation of these interactions, and determines both their pace and directions”⁹⁶⁸.

Anche nell'ottica della non proliferazione, dunque, permangono i limiti generali ravvisati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kadi*: il recepimento di norme internazionali, e la conseguente relazione esistente con il diritto internazionale, viene limitato solo laddove non vi siano adeguate garanzie per i diritti degli individui⁹⁶⁹. Ciò, evidentemente, avviene soprattutto quando sia necessario stabilire una forma di responsabilità da porre in capo a coloro che non si conformino alle disposizioni relative all'autorizzazione per l'esportazione, alle modalità ed agli altri obblighi inerenti i trasferimenti di beni *dual-use*⁹⁷⁰. Per questo motivo, anziché riferirsi direttamente alle misure restrittive come aventi natura penale, il Consiglio ha preferito stabilire che gli Stati avrebbero dovuto adottare misure “*effettive, proporzionate e dissuasive*”⁹⁷¹.

Questa forma di limitazione al recepimento di norme internazionali, ed in particolare di norme provenienti da altre organizzazioni specializzate, permette ulteriormente di poter ragionare su quale forma di adattamento vi sia a livello dell'UE. Sono due le tesi che si confrontano su questo punto: da un alto, vi è chi sostiene⁹⁷² che, grazie anche alla conformazione del diritto UE quale autonomo rispetto sia al diritto internazionale (del quale non sembra essere più solo una branca) sia al diritto nazionale (in quanto ci si rifà all'indipendenza decisionale delle organizzazioni intergovernative rispetto alla mera volontà degli Stati membri⁹⁷³), si possa assistere ad una forma di *pluralismo* nell'adattamento, divergendo quindi dalle mere forme del monismo e del dualismo⁹⁷⁴.

⁹⁶⁷ PIETROBON, *ib.*

⁹⁶⁸ KOUTRAKOS, *op. cit.*, p. 258.

⁹⁶⁹ Corte di Giustizia, *Kadi* citata, §§ 282-285. In dottrina, si veda il contributo di E. CANNIZZARO, *The Neo-monism of the European Legal Order*, in E. CANNIZZARO - P. PALCHETTI - R. WESSELS (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 39 ss., che associa a tale elemento di rispetto anche la reciprocità nel godimento dei diritti da parte dei propri cittadini rispetto all'ordinamento internazionale, e la presenza di meccanismi per la risoluzione delle controversie per la tutela di detti diritti (si veda, in giurisprudenza, Corte di Giustizia, *Amministrazione delle Finanze c. Chiquita Italia*, C-469/93, sentenza del 12 dicembre 1995, in *Racc. Gen.*, 1995 I-04533; in senso difforme, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite C-21/72 a 24/72, sentenza del 12 dicembre 1972, in *Racc. della giur.*, 1972 01219).

⁹⁷⁰ Ciò è stato riproposto, seppur non direttamente collegato al tema qui affrontato, dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Aimé Richardt*, *Werner e Leifer*, di cui più *infra*, § 1.3.

⁹⁷¹ Art. 24. In dottrina, KOUTRAKOS, *ib.*

⁹⁷² A. PAULUS, *From Dualism to Pluralism: The Relationship between International Law, European Law and Domestic Law*, in P. H. F. BEKKER - R. DOLZER - M. WAIBEL (a cura di), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 132-153.

⁹⁷³ Sul punto, da ultimo si veda R. COLLINS - N. D. WHITE, *Between Independence and Accountability: Exploring the Legal Autonomy of International Organizations*, in B. REINALDA (a cura di), *Routledge Handbook of International Organizations*, Routledge, Londra, 2013, pp. 119-132.

⁹⁷⁴ Per una disamina dei due modi di adattamento, si veda CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale

Dall'altro lato, invece, permangono forti spinte “conservative” che tendono a rimanere fedeli alla tradizionale classificazione delle forme di adattamento: è il caso del c.d. neo-monismo⁹⁷⁵, secondo il quale il tipo di relazione esistente sarebbe basato su un dato normativo di tipo positivo. In particolare, il diritto dell'UE sarebbe strettamente collegato, se non addirittura interamente calato, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, di cui si sostiene quantomeno un'origine derivata⁹⁷⁶.

Tuttavia, la forma che assume tale relazione non sarebbe né innovativa, come invece sosterebbe la precedente tesi, né potrebbe essere assimilabile alle relazioni che esisterebbero tra il diritto internazionale e quello interno. Infatti, l'art. 21 TFUE, stabilendo che l'azione sulla scena internazionale si fonda, tra le altre cose, sul rispetto dei principi del diritto internazionale, si spinge ben oltre la classificazione di un vero e proprio adattamento monistico al diritto internazionale: infatti, in questo caso l'UE assume la forma di un attore internazionale *ulteriore* rispetto alle organizzazioni internazionali ed agli Stati; diviene, quindi, un soggetto che ha un proprio procedimento di recepimento ed adattamento alle norme internazionali⁹⁷⁷. Ecco che, allora, è possibile parlare di neo-monismo del diritto UE rispetto al diritto interno dei vari Stati: la fondazione ordinamentale del diritto UE è senz'altro rinvenibile nel diritto internazionale, il quale diviene uno dei “tasselli” che ha permesso lo sviluppo di una *Grundnorme* in grado di perfezionarsi nel tempo⁹⁷⁸.

Quindi, mentre la competenza in materia di non proliferazione viene recepita dagli Stati in vario modo e con le diverse connotazioni che possono assumere le norme di diritto interno corrispondenti, nell'ambito dell'UE tale competenza non rimane solo internazionalizzata, ma addirittura viene recepita “in blocco”. Ciò è perfettamente riscontrabile per le normative dell'UE sui beni a duplice utilizzo, le quali recepiscono le indicazioni primarie dell'Intesa di Wassenaar.

La questione della compatibilità tra il diritto di Wassenaar e quello UE in materia di controllo sulla proliferazione dei *dual-use goods* si rifà anche al ruolo che la stessa UE intenderebbe assumere nell'ambito della propria azione esterna. Tale ruolo sarebbe connotato, a sua volta, da due profili principali: 1) un profilo di *responsabilità* della UE e dei suoi Stati membri, il quale permetterebbe ad entrambi di intervenire rapidamente in situazioni di crisi determinate dall'indiscriminata proliferazione; 2) un profilo di *unicità* della natura e struttura della stessa UE, che la portano ad essere un attore di primo livello nell'ambito del contrasto alla proliferazione di beni *dual-use*⁹⁷⁹.

Scientifica, Napoli, 2014, X° ed., p. 333 ss.

⁹⁷⁵ CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 50 ss.

⁹⁷⁶ Si veda in proposito l'art. 21, § 1 TFUE che stabilisce: “L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”

⁹⁷⁷ CONFORTI, *op. cit.*, p. 168 ss.; pp. 363 ss.

⁹⁷⁸ Sul concetto di *Grundnorme*, si veda la famosa opera di H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1946, I° ed. trad., pp. 123 ss. Con tale termine non si vuole, necessariamente, indicare che nell'UE viga un regime di natura costituzionale. Pur essendo fallito il tentativo di adottare il c.d. Trattato costituzionale, non possiamo escludere, come affermano R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, III° ed., p. 5, che in realtà vi sia stato, dagli anni '70 in avanti, un “*ininterrotto esercizio di ingegneria costituzionale*”, di cui il nuovo Trattato di Lisbona sembrerebbe essere il risultato finale. Il concetto di norma base, qui, assume il significato di principio giuridico fondamentale che fonda, ovvero informa, l'azione e lo sviluppo dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

⁹⁷⁹ KOUTRAKOS, *op. cit.*, p. 262 s.

In definitiva, pur volendo sottolineare come il diritto dell'UE in materia di non proliferazione si rifaccia interamente a quanto viene stabilito nell'ordinamento internazionale, c'è da segnalare come gli effetti diretti, di cui *supra* si è data menzione, costituiscono il vero limite alla piena integrazione tra i due ordinamenti. Se è vero che il processo di incorporazione delle norme internazionali in tale materia avviene per il tramite di una normativa che esplica appieno la sua efficacia, in quanto vincolante in ogni sua parte per gli Stati membri, è pur vero che gli effetti che si producono non sono solo riferiti agli Stati stessi, ma possono essere indirizzati anche nei confronti degli individui medesimi.

Questo è, ad esempio, il caso della previsione nel reg. 2009/428 dell'obbligo di adottare misure effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti degli individui che non si fossero conformati agli obblighi relativi all'esportazione di beni *dual-use*. La formula, in sé, non esplica alcunché di preciso, ovvero permette il ricorso ad un margine di discrezionalità da parte degli Stati membri nel decidere quali tipi di misure adottare. La stessa proposta della Commissione, relativa alla necessità di adottare da parte di tutti gli Stati misure di tipo penale, è stata letta anche alla luce della più generale giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa al recepimento di norme internazionali nell'ordinamento dell'UE. Con la sentenza *Kadi*, infatti, la Corte ha tenuto a sottolineare⁹⁸⁰ come il limite generale che si dovesse rispettare in tale fase di adattamento fosse quello del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. A ciò, come suggerito anche da parte della dottrina⁹⁸¹, si aggiungono anche i limiti relativi alla reciprocità della tutela di tali diritti e della previsione di meccanismi di risoluzione delle controversie in materia.

Nel momento in cui si deve stabilire se le misure restrittive debbano avere la natura di una norma a carattere coercitivo residuale, come quella penale⁹⁸², oppure di una norma a carattere regolamentare e sanzionatorio, come quella amministrativa, la decisione deve comunque tenere conto di tali limiti: nel momento in cui si decide di sanzionare il comportamento di un individuo è necessario che i diritti fondamentali di questo siano osservati e che gli sia data la possibilità di ricorrere a strumenti di natura giurisdizionale o paragiurisdizionale⁹⁸³ per poterli far valere.

1.2.2 - Individuazione di un dual-use good: individuazione di beni non listati e accertamento del possibile impiego militare

L'elenco di quali siano effettivamente le tecnologie *dual-use* è predisposto nella Lista dell'Intesa di Wassenaar, periodicamente aggiornata ed ampliata o revisionata dall'Adunanza plenaria degli Stati parte. Le modifiche possono essere apportate quando si riscontri un tendenziale mutamento delle tecniche di lavorazione o di impiego di determinati materiali o delle medesime tecnologie.

La Lista viene suddivisa in 4 parti, di cui le prime tre formano il gruppo più cospicuo. Si tratta delle categorie generali di materiali e strumenti considerati a duplice

⁹⁸⁰ *Kadi* citata, § 282 ss.

⁹⁸¹ CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 42 ss.; I. B. BONAFÉ, *Direct Effects of International Agreements in the EU Legal Order: Does It Depend on the Existence of an International Dispute Settlement Mechanism?*, in E. CANNIZZARO - P. PALCHETTI - R. WESSELS, *op. cit.*, pp. 229-248.

⁹⁸² Sulla natura del diritto penale quale strumento di *extrema ratio*, si veda E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, V° ed., p. 12 ss.

⁹⁸³ In tale categoria certamente possono collocarsi l'*Onbudsman* dell'UE, previsto dall'art. 288 TFUE, il quale è competente a vagliare eventuali ricorsi di cattiva amministrazione delle istituzioni UE, oppure la Commissione istituita presso il Consiglio di Sicurezza per la revisione delle procedure di *listing* di cui alla ris. 1273 (1999).

utilizzo⁹⁸⁴. La quarta categoria, invece, riguarda nello specifico le munizioni, le quali risultano avere una propria classificazione sia in ragione di una tradizionale disciplina presente sin dai tempi del predecessore, il CoCom⁹⁸⁵, sia per la specificità del bene di scambio, più volte sottolineata da esperti e tecnici⁹⁸⁶. Inoltre, tale specificità dipende anche da un'eventuale uso che di tali munizioni può essere fatto⁹⁸⁷.

Come può essere possibile capire, oltre che su base tecnica, se un determinato bene abbia una duplice finalità? A questa domanda è possibile rispondere attraverso l'analisi della Decisione dell'Adunanza plenaria del 1996⁹⁸⁸ e relativa ai criteri di selezione di tali beni⁹⁸⁹.

Il primo profilo da notare di questa decisione è la definizione che viene data di beni a duplice uso:

“Dual-use goods and technologies to be controlled are those which are major or key elements for the indigenous development, production, use or enhancement of military capabilities”.

La caratteristica della dualità, secondo gli Stati parte, non è data dalla possibilità di convertire un determinato bene o armamento nella sua finalità opposta. Per l'Intesa di Wassenaar, i beni *dual-use* sono solo quelli che, avendo come caratteristica principale una finalità di tipo civile, possano essere suscettibili anche di applicazione militare. Diversamente dalla CFE, l'Intesa sembrerebbe concentrarsi sull'altro versante del processo di reversibilità o di conversione, ovvero quello per cui una tecnologia civile abbia, almeno in potenza, la capacità di essere utilizzata anche per scopi militari⁹⁹⁰.

È qui possibile sottolineare come vi sia un necessario parallelismo tra i due accordi: la CFE si applica solo agli armamenti già posseduti dagli Stati e che vengano convertiti o riclassificati, i quali possano, ma non necessariamente, essere esportati e per i quali è intervenuta una limitazione relativa al disarmo progressivo; l'Intesa di Wassenaar, invece, avrebbe il compito principale di controllare le esportazioni di materiale prodotto per uso civile, il quale possa essere successivamente impiegato per la produzione e la vendita di nuovi armamenti.

Sotto questo punto di vista, quindi, i due regimi giuridici sono perfettamente accostati per quanto riguarda le proprie funzioni e l'efficacia delle proprie norme. Difficile pensare che i due sistemi di trattato possano confliggere tra loro⁹⁹¹: ciò sia in base alla

⁹⁸⁴ Le categorie ivi comprese sono: a) *General Technology, General Software and General "Information Security"*; b) *Sensitive List*; c) *Very Sensitive List*. Nella prima sono ricompresi tutti i materiali e beni suscettibili di esportazione e duplice finalità, le altre due si riferiscono più nello specifico ad un grado di pericolosità dell'impiego per finalità militari.

⁹⁸⁵ Si veda L. MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1993, pp. 35 ss.

⁹⁸⁶ Si vedano, in questo senso, i *Reports* dei Panels di esperti ONU sulle armi leggere e di piccolo calibro del 1997 e 1999, in cui compaiono per la prima volta le analisi relative alle conseguenze dell'esportazione di munizioni ed esplosivi (§§ 34-77 di entrambi).

⁹⁸⁷ L'esportazione di munizioni non è solo finalizzata a rifornire gli eserciti degli Stati, bensì anche per finalità diverse, come rifornimenti delle forze di polizia e sicurezza, come affermato anche nei *Reports* sopra citati e nell'ATT (Preambolo, 13° considerando), i quali operano solo una distinzione tra uso coercitivo delle armi e munizioni e usi per scopi sportivi o venatori o per legittima difesa delle persone.

⁹⁸⁸ Modificata con emendamenti nella successiva Adunanza plenaria del 2001.

⁹⁸⁹ *Criteria for the Selection of Dual-Use Items*, reperito all'URL http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/06/Criteria_as_updated_at_the_December_2005_PLM.pdf.

⁹⁹⁰ Sulla questione degli scopi militari, si veda il § seguente, in relazione soprattutto alla notifica all'esportatore che il bene da esportare ha, almeno in potenza, anche una finalità militare.

⁹⁹¹ I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Hierarchy of Treaties*, in J. KLABBERS-R. LEFEBER, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague,

regola per cui i trattati sono considerati *a priori* come pari-ordinati, salvo nei casi in cui sia stabilita una clausola di prevalenza (come quella prevista nell'art. 103 Carta ONU⁹⁹²); sia anche in base allo scopo dei due accordi: da un lato la limitazione di armamenti già esistenti, dall'altro la limitazione della produzione di nuovi.

Oltre ad un indirizzo generale per capire cosa debba intendersi come *dual-use*, la decisione stabilisce dei criteri complementari al precedente, permettendo una ulteriore e più precisa selezione:

“For selection purposes the dual-use items should also be evaluated against the following criteria:

- Foreign availability outside Participating States.
- The ability to control effectively the export of the goods.
- The ability to make a clear and objective specification of the item.
- Controlled by another regime⁹⁹³.

Anzitutto, gli Stati devono valutare il requisito della *disponibilità di beni dual-use* da parte di altri Stati che non siano parte dell'accordo. Questo requisito risponde chiaramente alla finalità di limitare la proliferazione di beni suscettibili di duplice impiego⁹⁹⁴. Ciò non solo in ragione dell'oggetto e scopo dell'Intesa medesima, ma anche in ragione di una più generale convinzione che si è manifestata nel tempo attraverso le iniziative volte a limitare sia la proliferazione di certe armi, sia anche di materiali (specialmente quelli per la produzione di armi di distruzione di massa) che siano suscettibili di duplice applicazione.

Un successivo criterio preso in considerazione è quello relativo alla *capacità*, da parte dello Stato che produce beni suscettibili di duplice applicazione, *di controllare le proprie esportazioni*. Questo criterio potrebbe essere considerato sussidiario al precedente, in quanto il nesso esistente tra la proliferazione di armi e la loro vendita deriva principalmente dal livello o grado di controllo che uno Stato appone alle proprie esportazioni.

Diverso il discorso che deve essere fatto per il terzo criterio illustrato dal documento, ovvero la *capacità di specificare* il più possibile il tipo di materiale, o lo strumento in sé, che viene esportato. Questa considerazione non è direttamente connessa con i criteri privilegiati di controllare le esportazioni di armi e beni a duplice utilizzo, bensì è un ulteriore, ma differenziato, strumento che può essere applicato al controllo delle esportazioni. Secondo parte della dottrina⁹⁹⁵, la disciplina delle esportazioni necessariamente passa anche per la disciplina delle dogane nazionali. In tal senso, l'opinione di certi autori è tesa a considerare il criterio della specificità delle merci come applicabile alle armi⁹⁹⁶, laddove si ritiene che tale criterio sia specificatamente indirizzato a

1998, p. 7 s.; E. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Cacucci editore, Bari, 1986, p. 145 ss., p. 182 ss.; P. PUSTORINO, *Coordinamento e conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale*, in *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche. Atti del XIX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Courmayeur, 26-28 giugno 2014*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 201 ss.

⁹⁹² Tra la sterminata dottrina a riguardo, si segnalano: R. KOLB, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, in *Recueil des Cours*, vol. 367, 2014; C. CHINKIN, *Jus Cogens, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, vol. 17, pp. 63-82; H. DELPHINE, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies: technique juridique ou instrument symbolique?*, in *Revue belge de droit international*, 2011, vol. 44, nn. 1-2, pp. 125-169.

⁹⁹³ Decisione in esame, p. 1.

⁹⁹⁴ Si vedano gli artt. I, § 1 e II, §§ 1-2.

⁹⁹⁵ S. FINARDI-P. DANSSÄRT, *Transparency and Accountability. Monitoring and Reporting Methods under an Arms Trade Treaty*, International Peace Information Service and TransArms, Febbraio 2012, p. 11, p. 17 ss.

⁹⁹⁶ FINARDI-DANSSÄRT, *op. cit.*, p. 21 ss. In particolare, gli autori ritengono che l'applicazione di codici a

mettere in rilievo sia le parti e le componenti dell'arma, sia la possibilità di tracciare efficacemente il percorso seguito dalle armi stesse⁹⁹⁷.

Questi criteri così specificati nella disciplina dell'Intesa servono soprattutto per individuare un bene che possa essere suscettibile di duplice applicazione. Ma l'individuazione sulla base di questi criteri non è indicativa di cosa si debba intendere per *dual-use good*. È vero che la Lista sembrerebbe avere un effetto costitutivo, più che dichiarativo dei beni indicati: infatti, si deve ritenere che al di fuori di quanto ivi indicato, i beni civili che possano avere una duplice finalità siano liberamente esportabili senza restrizioni di sorta. Tuttavia, come vedremo appresso, è possibile anche, sia sulla base della disciplina dell'Intesa sia di quella ricettiva dell'UE, che tale libertà di circolazione possa essere a sua volta limitata in base al margine di discrezionalità che gli Stati riacquistano nel momento in cui viene a questi concesso di individuare altri beni non inseriti nella Lista come suscettibili di ulteriore applicazione, oppure come suscettibili di applicazione militare⁹⁹⁸.

La Decisione, oltre che in relazione ai beni *dual-use* in generale, stabilisce anche criteri di selezione più specifici, indirizzati a quei beni e componenti delle armi che siano classificati nella lista dei *Sensitive* ed in quella dei *Very Sensitive Goods*⁹⁹⁹. Per quanto riguarda la prima lista, la Decisione si limita ad enunciare una definizione¹⁰⁰⁰, oltre a stabilire che quei materiali genericamente intesi come commerciali non debbano essere ricompresi entro questa definizione e che la soglia che funge da discriminare tra un materiale di questo tipo ed uno *Sensitive* deve essere determinata in concreto. Per quanto riguarda la seconda lista, non differisce dalla definizione appena esposta, salvo dover considerare gli elementi di base di determinati armamenti come “*essential*” alla loro produzione e funzionamento, ovvero si indirizza specificatamente a quei materiali che possano solo permettere il funzionamento di dette armi¹⁰⁰¹.

L'Intesa non si occupa solo di stabilire principi e linee-guida per regolamentare l'esportazione di beni *dual-use*, ma si interessa anche di “armonizzare” le politiche interne sull'esportazione. In tal senso, nel 2011 sono state emesse le *Best Practices Guide-Lines* sulla predisposizione di programmi interni di adeguamento alle norme ed alle politiche di esportazione dei beni a duplice utilizzo¹⁰⁰². Tali linee-guida non solo predispongono un indirizzo politico per gli Stati nel valutare l'adempimento agli indirizzi generali dell'Intesa, bensì chiede agli Stati stessi di predisporre programmi generali che possano essere applicati direttamente dagli esportatori (industrie, ma anche istituzioni accademiche)¹⁰⁰³. Il riferimento alle istituzioni accademiche deriva, probabilmente, dalla possibilità per queste di sperimentare e creare prodotti che siano suscettibili di duplice finalità, brevettarli ed

dieci cifre sia migliore di quella attualmente impiegata a livello doganale, ovvero la classificazione a 6 cifre, per identificare le armi, ed in particolare le SALW.

⁹⁹⁷ Sulla tracciabilità delle armi si veda O. GREEN (a cura di), *The Scope and Implications of a Tracing Mechanism for Small Arms and Light Weapons*, UNIDIR Publication, 2003.

⁹⁹⁸ Si veda, in particolare, l'art. 4 del reg. 2009/428/UE, relativo proprio alla possibilità di individuare ulteriori beni non listati, di cui subito appresso.

⁹⁹⁹ Decisione, p. 2-3.

¹⁰⁰⁰ La differenza con gli altri *dual-use* sta nella diretta qualificazione dei materiali e beni ai fini della produzione di armi, che assumono la caratteristica di “*key elements*”.

¹⁰⁰¹ Questa categoria riguarda tutte le componenti di armi nucleari, chimiche e biologiche-batterologiche, ovvero gli agenti scatenanti delle medesime.

¹⁰⁰² *Best Practice Guidelines on Internal Compliance Programmes for Dual-Use Goods and Technologies*, adottato dall'Adunanza plenaria del 2011, reperito all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/06/2-Internal-Compliance-Programmes.pdf>.

¹⁰⁰³ Preambolo alle *Best Practices*, I° considerando, § 1.

eventualmente metterli in commercio. Si deve, quindi, intendere che, oltre alla suscettibilità di avere una finalità militare, tali beni possano essere suscettibili di esser emessi in commercio da chiunque, bastando solo che notifichi alle autorità competenti del proprio Stato che il bene possa avere una duplice finalità d'impiego.

Infine, anche per assicurare la massima effettività, è stata allegata alla decisione la lista dei possibili elementi essenziali per adempiere a questi programmi interni di adeguamento, la quale non deve essere in alcun modo considerata né esaustiva (tenuto anche conto dell'evoluzione delle tecniche e tecnologie *dual-use*), né vincolante per gli esportatori¹⁰⁰⁴. Questi sono liberi di predisporre propri programmi, i quali potrebbero essere sottoposti alle competenti autorità nazionali per un vaglio generale¹⁰⁰⁵, al fine di valutare se vi possano essere delle lacune evidenti, o se la *supply chain* possa essere fallace in qualche punto. Ciò al fine di adempiere all'indirizzo principale voluto dalla medesima Intesa¹⁰⁰⁶, ovvero evitare che vi sia una proliferazione indiscriminata di materiali che possano essere utilizzati a fini militari o che possano fornire aiuto materiale a gruppi terroristici o Stati, le cui azioni possano essere considerate lesive in potenza.

Cosa succede nel caso in cui un bene esportato abbia natura intrinseca di bene *dual-use*, ma non sia stato inserito nella Lista? La risposta a questo quesito viene data dallo *Statement of Understandings* relativo a beni non listati¹⁰⁰⁷. La *ratio* di questa decisione non è tanto porre il controllo sui beni da esportare, in modo che vi sia una disciplina compiuta, bensì di controllare quei beni non listati qualora possano pregiudicare altri obblighi internazionali degli Stati parte, identificati nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU che stabiliscano *arms embargoes* su determinati Stati, oltre alle decisioni di organizzazioni regionali, prima fra tutte l'UE, che stabiliscano restrizioni del medesimo tipo¹⁰⁰⁸.

Tale applicazione “straordinaria” si rinviene, però, solo in un caso: quando, cioè, lo Stato di esportazione abbia notificato all'esportatore (privato) che il bene in questione possa avere, in tutto od in parte, un'applicazione militare. Lo *Statement* chiarisce anche cosa debba intendersi con questa espressione: è militare l'uso che viene fatto di determinati beni *dual-use* nel momento in cui sia effettuato in connessione con altri beni con la medesima finalità ed inseriti nelle apposite liste nazionali dei beni a carattere militare¹⁰⁰⁹. In sostanza, per quanto non inserito nelle apposite liste dell'intesa, ai beni non immediatamente considerati *dual-use* viene applicata la medesima disciplina dei beni *dual-use* per il tramite di una connessione “sogettiva”. Inoltre, se l'esportatore sia consapevole del fatto che il bene abbia finalità militare, deve notificarlo alle rispettive autorità nazionali di controllo, le quali valuteranno se sia necessario avviare un procedimento di autorizzazione specifica¹⁰¹⁰. Tale decisione deriva, stando ai combinati disposti dei consideranda dello *Statement*, da una disposizione di diritto interno che preveda una precisa definizione di finalità militare del bene¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁴ *Best Practices*, § 3.

¹⁰⁰⁵ *Best Practices*, § 4.

¹⁰⁰⁶ Richiamato nel Preambolo alle *Best Practices*, V° considerando.

¹⁰⁰⁷ *Statement of Understandings on Control on Non-Listed Dual-Use Items*, adottato dall'Adunanza plenaria del 2003, consultato all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/07/Non-listed-Dual-Use-Items.pdf>.

¹⁰⁰⁸ *Statement of Understanding*, I° considerando.

¹⁰⁰⁹ *Statement of Understanding*, nota finale.

¹⁰¹⁰ *Statement of Understanding*, II° considerando.

¹⁰¹¹ *Statement of Understanding*, III° considerando. In tale considerando si specifica, inoltre, che l'interpretazione autentica fornita dalla nota finale deve essere intesa come mera guida, dando così prevalenza alle disposizioni del diritto interno.

Al contrario della disciplina di Wassenaar, però, si può ritenere più efficace la disciplina dei beni non listati, e perciò soggetti ad autorizzazione, contenuta nel reg. 428/2009. Infatti, l'art. 4 stabilisce che:

“L’esportazione di prodotti a duplice uso non compresi nell’elenco di cui all’allegato I è subordinata ad un’autorizzazione nel caso in cui l’esportatore sia stato informato dalle competenti autorità dello Stato membro in cui è stabilito che detti prodotti sono o possono essere destinati, in tutto o in parte, ad una utilizzazione collegata allo sviluppo, alla produzione, alla movimentazione, al funzionamento, alla manutenzione, alla conservazione, all’individuazione, all’identificazione o alla disseminazione di armi chimiche, biologiche o nucleari o di altri congegni esplosivi nucleari oppure allo sviluppo, alla produzione, alla manutenzione o alla conservazione di missili che possano essere utilizzati come vettori di tali armi”¹⁰¹².

Questa clausola, assieme a quella contenuta nel successivo paragrafo¹⁰¹³, sono opera di una stratificazione, o meglio di una rifusione costante avvenuta nel tempo. La disciplina contenuta nel § 1 trovò il suo fondamento nel reg. 3381/94, dove si era prevista per la prima volta tale clausola “*Catch All*”: lo scopo era quello di comprendere nella lista anche i beni non direttamente *dual-use*, per i quali l'esportatore avesse avuto notizia dalle autorità che sarebbero stati potenzialmente impiegati anche a fini militari, una volta trasferiti.

Per fini militari, l'art. 4, § 3 del regolamento del 2009 stabilisce che si debba intendere a) l’inserimento del bene *dual-use* in prodotti militari figuranti nell’elenco dei materiali di armamento degli Stati membri (contenuto nella decisione del Consiglio 28 aprile 1957, modificata solo in parte nel 2001), b) l’utilizzazione di apparecchiature di produzione, controllo o analisi e loro componenti ai fini dello sviluppo, della produzione o della manutenzione dei prodotti militari figuranti nell’elenco summenzionato, oppure c) l’utilizzazione di eventuali prodotti non finiti in un impianto per la produzione di prodotti militari figuranti nell’elenco summenzionato.

Tuttavia, rispetto alla disciplina inclusiva dei *non listed dual-use* contenuta negli atti derivati dell’Intesa di Wassenaar, la disciplina dell’UE ha teso ad applicare questa clausola solo in relazione a specifiche armi e componenti, quali i sistemi missilistici e le armi di distruzione di massa. Con il reg. 1334/2000, modificativo del precedente, la clausola è stata estesa anche a beni che potessero essere utilizzati per fini militari, ma senza porre la specificazione prevista dal regolamento del 1994. Quindi, tale clausola si applica anche qualora la destinazione di detti beni sia uno Stato sottoposto ad *embargo* di armamenti (c.d. clausola “*Catch More*”)¹⁰¹⁴. Seppur il regolamento del 2009 preveda clausole di inclusività dei beni non listati, rimane comunque salva la possibilità per gli Stati di identificare altri beni¹⁰¹⁵, come anche di stabilire limitazioni alla circolazione dei medesimi per altri motivi¹⁰¹⁶.

¹⁰¹² Art. 4, § 1.

¹⁰¹³ Relativa all'autorizzazione che deve essere richiesta dall'esportatore quando venga messo a conoscenza del fatto che i beni a duplice utilizzo debbano essere inviati ad una destinazione su cui grava un embargo imposto da una posizione comune del Consiglio, una decisione dell'OSCE (unico caso in cui si attribuisce obbligatorietà agli atti di detta organizzazione) od una risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU.

¹⁰¹⁴ A. TRABALLESI, *Il controllo dei trasferimenti di equipaggiamenti e tecnologie di interesse militare in Italia*, Supplemento all'Osservatorio Strategico CEMISS n. 12-2004, Dicembre 2004, pp. 29-31.

¹⁰¹⁵ Art. 4, §§ 5-6, in cui si sottolinea anche il dovere di informazione circa i provvedimenti adottati con riguardo a beni non listati.

¹⁰¹⁶ Tale possibilità è prevista dall'art. 11 del reg. 1969/2603/CEE relativo all'esportazione di merci verso Stati terzi.

Come precisato in precedenza, l'indicazione di un bene nella Lista non è assolutamente indicativa del fatto che lo stesso abbia una duplice natura. Esistendo anche la possibilità di individuare, da parte degli Stati, ulteriori beni suscettibili di applicazione militare, si rendono potenzialmente iscritti numerose tecnologie a specifico uso civile. Ciò in quanto la discrezionalità così accordata agli Stati permette una nuova espansione della propria *domestic jurisdiction* rispetto alla mera osservanza di obblighi internazionali. Nella maggior parte dei casi si può addirittura osservare come le legislazioni e regolamentazioni nazionali pongano un indicatore di natura tecnica per permettere l'inclusione di tecnologie non listate e quindi di intervenire, nella fase di rilascio dell'autorizzazione, per limitare la circolazione e l'esportazione di siffatte tecnologie. A tal proposito, vi sono soprattutto indicazioni sul fatto che la finalità militare vada intesa nel senso di un'incorporazione del bene o dello strumento tecnologico in un equipaggiamento militare¹⁰¹⁷; in altri casi, perché si possa avere una finalità di tipo militare, è necessario che l'incorporazione avvenga all'interno di equipaggiamenti militari *già listati*¹⁰¹⁸. In questi casi, dunque, la possibile finalità militare sarà valutata dall'amministrazione che effettua il controllo o che sia competente al rilascio dell'autorizzazione all'esportazione.

Sia che vi sia un'espressa previsione che il bene ha sicuramente finalità militare, sia che questa possa essere individuata successivamente dalle autorità competenti, la questione che deve essere qui evidenziata è relativa al coinvolgimento diretto del privato che operi quale esportatore di tali beni. Come vedremo, diversamente dall'Intesa di Wassenaar, però, la disciplina dell'UE tende a mettere immediatamente in capo al privato il dovere di informare le amministrazioni competenti che il bene in questione possa avere anche una finalità militare, sia sulla base delle proprie caratteristiche tecniche, sia sulla base di una valutazione *ex ante* dallo stesso effettuata e volta a rendere più trasparente la propria attività.

Nell'ambito della disciplina dell'UE, questo coinvolgimento può essere spiegato tramite il ricorso agli effetti diretti, di cui si è detto supra, che promanano da una normativa comunitaria immediatamente efficace, come i regolamenti, che sono obbligatori in tutte le loro parti sia nei confronti degli Stati membri, sia nei confronti degli individui di nazionalità di tali Stati. L'individuazione di un bene *dual-use*, quindi, può essere inquadrata entro questo principio di diritto, garantendo così la possibilità che i privati siano immediatamente vincolati alla norma internazionale.

Nell'ambito dell'Intesa di Wassenaar, al contrario, il ruolo che rivestono i privati, che immediatamente non emerge dalla disciplina descritta, può essere spiegato, quantomeno per via indiretta, attraverso la ricezione della Lista sui *dual-use* nel reg. 2009/428 dell'UE. Ovviamente, sempre come sopra precisato, gli effetti di questa disciplina potranno direttamente coinvolgere gli individui se vengano rispettati i propri diritti fondamentali e siano previste adeguate garanzie sulla possibilità di ricorrere a meccanismi di soluzione delle controversie, laddove tali diritti vengano lesi dalla norma internazionale recepita.

Un problema che potrebbe porsi è relativo alla possibilità accordata agli Stati di individuare ulteriori beni a duplice uso. Essendo l'autorizzazione un provvedimento amministrativo caratterizzato da potere, tale atto non riesce ad essere "internazionalizzato", se non per quanto riguarda i principi informativi che portano il medesimo Stato a rilasciare o negare siffatta autorizzazione. In questo senso, sulla scorta di quanto sottolinea la dottrina di diritto interno¹⁰¹⁹, l'autorizzazione all'esportazione di certi beni assumerebbe

¹⁰¹⁷ In tal senso, si veda l'art. 4, § 2 del reg. 2009/428.

¹⁰¹⁸ Si veda il § 744.21(f) delle *U.S. Export Administration Regulations* del 1996.

¹⁰¹⁹ A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1987, p. 60 ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè,

una natura *costitutiva*, e non meramente *dichiarativa*, del diritto esercitabile dal privato. Ciò in quanto, individuando lo Stato una finalità militare in certi beni o componenti, rispetto all'iniziale finalità attribuita dal privato, non farebbe altro che permettere a questo di svolgere un'attività, e non solo di rimuovere gli ostacoli giuridici o fattuali all'espletamento del proprio diritto. Quindi, laddove lo Stato stabilisca che per mezzo di incorporazione un bene assume finalità militare, non vi è effetto della normativa internazionale sugli individui, se non per quanto riguarda i principi informatori dell'attività statale.

1.2.3 - Esportazione di dual-use goods e la valutazione di rischi all'esportazione

Nel momento in cui vengono individuati i beni che possano avere anche una finalità militare, sia l'Intesa di Wassenaar che il reg. 2009/428 si pongono il problema di disciplinare il rilascio dell'autorizzazione per l'esportazione di tali beni. La questione diviene ulteriormente importante laddove entrambe le discipline internazionali sostengono che dalle attività di esportazione di siffatti beni possano derivare rischi per la pace e la sicurezza internazionali e nazionali, nel loro significato più ampio¹⁰²⁰.

La Sez. I degli *Initial Elements*¹⁰²¹, in tal senso, chiarifica lo scopo dell'Intesa, ovvero di

*“contribute to regional and international security and stability, by promoting transparency and greater responsibility in transfers of conventional arms and dual-use goods and technologies, thus preventing destabilising accumulations”*¹⁰²².

Tale scopo viene ulteriormente specificato e chiarito nella sua portata dal successivo periodo:

“Participating States will seek, through their national policies, to ensure that

Milano, 1996, p. 1 ss.; M. S. GIANNINI, voce *Autorizzazione*, in *Enciclopedia italiana*, Appendice II, 1948; P. GASPARRI, voce *Autorizzazione (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, vol. IV, p. 509 ss.; FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Enciclopedia del diritto pubblico*, 2006, vol. II, p. 598 ss.

¹⁰²⁰ Val la pena qui aggiungere come la questione del rischio e della preventiva valutazione dello stesso sono affrontati in maniera differente non solo da queste due discipline, ma anche dal Trattato sul commercio di armi. Come vedremo, il tipo di rischio che deve essere individuato assume forme differenti: nell'Intesa di Wassenaar si stabilisce come il rischio sia generale per la pace e sicurezza internazionali; al contrario, nel reg. 2009/428, il rischio da considerare è per la sicurezza degli Stati e per la protezione dei diritti dell'uomo, sulla scorta di quanto già stabilito con il Codice di condotta per l'esportazione di SALW del 1997, trasposto nella posizione comune del Consiglio 2008/944/PESC sul controllo dell'intermediazione di armi; nell'ATT, invece, non solo il rischio viene strettamente indirizzato (violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, violazioni di obblighi internazionali degli Stati e segnatamente di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che stabiliscano *embargoes* di armi; rischi che le armi possano essere destinate a supportare gruppi terroristici e organizzazioni criminali transnazionali), ma anche vi è una differente graduazione, poiché il rischio che deve essere accertato è *“overriding”* o *“prévalent”*.

¹⁰²¹ A differenza del predecessore, l'Intesa di Wassenaar ha deciso espressamente di dotarsi di un accordo di base, che permettesse di evidenziare al meglio sia le finalità della medesima, sia i parametri obbligatori e normativi cui gli Stati dovevano attenersi. Si veda C. AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 399, pp. 408 ss.

¹⁰²² Sez. I, § 1, prima parte degli *Initial Elements*. Curioso come l'organizzazione si occupi di mantenere la stabilità e la pace internazionali e regionali (visto il suo ambito di applicazione prevalentemente incentrato in Europa e Nord America) attraverso le *confidence and security-building measures*, in particolare la trasparenza nelle informazioni rilevanti sugli armamenti posseduti dagli Stati e sui trasferimenti che vengono effettuati. Una simile funzione è rivestita dal Registro ONU delle armi convenzionali, il quale però non assume la forma di una struttura organizzativa, e le informazioni in esso contenute sono abbastanza generiche e fornite su sola base volontaria.

*transfers of these items do not contribute to the development or enhancement of military capabilities which undermine these goals, and are not diverted to support such capabilities*¹⁰²³.

La finalità di garantire la pace e la sicurezza internazionali attraverso tali funzioni dell'organizzazione si riscontra anche nello scopo ulteriore dell'Intesa:

*"This Arrangement is also intended to enhance co-operation to prevent the acquisition of armaments and sensitive dual-use items for military end-uses, if the situation in a region or the behaviour of a state is, or becomes, a cause for serious concern to the Participating States"*¹⁰²⁴.

L'Intesa di Wassenaar invita gli Stati parte a predisporre misure che regolino i trasferimenti di armi convenzionali e beni e tecnologie *dual-use*, la cui proliferazione si collega direttamente con la possibile minaccia alla pace e sicurezza internazionale.

Dal testo della disposizione sembrerebbe emergere che vi è una distinzione tra armi e beni *dual-use*. In realtà, la distinzione è tesa soprattutto a ricomprendere in un'unica categoria, ovvero quella dei *dual-use*, tutta una serie di componenti e mezzi che non sarebbero classificabili come armi convenzionali, ma che possano essere impiegati a fini militari. In tale categoria, quindi, possono essere ricompresi anche componenti che risultino impiegabili per la produzione di armi di distruzione di massa¹⁰²⁵.

Come visto in precedenza, la disciplina di Wassenaar viene interamente recepita dal reg. 428/2009 dell'UE. La particolarità della normativa risiede anzitutto nel suo preambolo. Data la sensibilità che tali tipi di beni posseggono, la disciplina si rende necessaria al fine di prevenire una generale ed indiscriminata proliferazione¹⁰²⁶, ovvero si impone l'istituzione di un sistema di controllo che permetta a tali beni di circolare liberamente all'interno del territorio dell'UE, per poi essere successivamente esportati. La normativa, quindi, cerca anche di far rispettare gli obblighi internazionali degli Stati membri in materia di non proliferazione¹⁰²⁷. Tuttavia, la finalità del regolamento non sembra solo quella di stabilire le modalità di esportazione di tali beni, ma anche fissare limiti relativamente al transito di beni *dual-use* sul territorio dell'UE:

*"Il presente regolamento riguarda i prodotti che si limitano ad attraversare il territorio della Comunità, ossia i prodotti che non sono sottoposti ad altro regime o controllo doganale oltre a quello del transito esterno o che sono semplicemente introdotti in una zona franca o in un deposito franco e non devono essere iscritti in una contabilità di magazzino approvata. Pertanto, bisognerebbe prevedere la possibilità che le autorità degli Stati membri vietino, a seconda dei casi, il transito di prodotti a duplice uso non comunitari qualora abbiano fondati motivi di sospettare, in base ad intelligence o ad altre fonti, che i prodotti sono o possono essere destinati, in tutto o in parte, alla proliferazione delle armi di distruzione di massa e dei loro vettori"*¹⁰²⁸.

Oltre a stabilire un controllo sul transito, il regolamento ha un duplice scopo ulteriore: far controllare le esportazioni verso Stati terzi e le importazioni provenienti da questi. Questa seconda finalità viene vista dalla dottrina come il presupposto per

¹⁰²³ Sez. I, § 1, ult. parte degli *Initial Elements*.

¹⁰²⁴ Sez. I, § 3 degli *Initial Elements*.

¹⁰²⁵ Si pensi alla possibilità di installare testate nucleari su un missile balistico o su un siluro sottomarino, o si pensi ancora alla possibilità di installare componenti, che contengano elementi chimici o biologici altamente dannosi, su tali missili, od all'interno di proiettili e munizioni normalmente utilizzati per armi convenzionali.

¹⁰²⁶ Reg. 2009/428, Preambolo, consideranda n. 1,2,4 e 5; per completezza, si richiama anche il n. 9, relativo alla necessità di controllare la destinazione e la finalità d'impiego di detti beni.

¹⁰²⁷ Reg. 2009/428, Preambolo, consideranda n. 3 e 6.

¹⁰²⁸ Preambolo, considerando n. 16. l'ambito di applicazione materiale ai diversi tipi di attività di trasferimento è elencato all'art. 1.

ricondurre la disciplina dei trasferimenti di armi, da parte degli Stati, entro l'art. 346 TFUE, e quindi entro il più generale alveo della sicurezza pubblica¹⁰²⁹, e non invece entro quello del mercato interno e della concorrenza, come invece avrebbe suggerito la Corte di Giustizia¹⁰³⁰.

Queste norme, forse per la prima volta, prefiggono in capo agli Stati lo standard di valutare con ponderazione la destinazione delle proprie esportazioni militari, cui si aggiunge il dovere di notifica delle esportazioni negate¹⁰³¹ e quello di prevenzione della fornitura di armi convenzionali e *dual-use* a gruppi ed individui legati al terrorismo internazionale¹⁰³². Quindi, si può qui sostenere come anche nei trasferimenti di armi si sia formata un'*opinio juris* sul ricorso ad un approccio precauzionale, supportata anche da prassi diffusa a livello statale¹⁰³³.

Proprio perché diviene necessario prevenire, e quindi comportarsi in maniera precauzionale, la commissione di violazioni tramite trasferimenti di tali beni, un ruolo determinante assume la procedura di rilascio delle autorizzazioni all'esportazione, nella quale sono ulteriormente importanti la fase istruttoria, ed in particolare la fase di acquisizione delle informazioni e quella di valutazione, o ponderazione, delle esigenze derivanti dall'attività e dei correlati rischi all'esportazione.

Nella Sez. II, §§ 1-2 degli *Initial Elements* viene descritta sommariamente la procedura di scambio di informazioni per attuare lo scopo di garantire la trasparenza delle esportazioni degli Stati partecipanti. Tali informazioni, precisa il § 2, sono notificate alle

¹⁰²⁹ In questo senso, P. J. OLIVER (a cura di), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2010, V° ed., p. 255, p. 386 ss; M. TRYBUS, *On the Application of the E.C. Treaty to Armaments*, in *European Law Review*, 2000, vol. 25, n. 5, pp. 663-668, a p. 667 s. Si veda anche Reg. 2009/428, Preambolo, considerando n. 18, che richiama espressamente la strategia di Salonicco contro le armi di distruzione di massa del 12 dicembre 2003.

¹⁰³⁰ Si veda P. KOUTRAKOS, *Exports of Dual-Use Goods under the Law of the European Union*, in *European Law Review*, 1998, vol. 23, n. 2, pp. 235-251. Più di recente, si veda quanto esposto dalla Commissione Europea nella *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente*, 24 luglio 2013, COM (2013) 542 final, dove non solo si richiama il fatto che esiste e deve essere applicata la normativa in materia di esportazione e controllo sui beni *dual-use* (§ 8.2), ma anche che tale disciplina debba anzitutto servire il fine principale del mercato interno dell'Unione, ovvero porsi in maniera concorrenziale (§ 1.2 e ss.). In tal maniera, sembra che anche tale tipo di armamenti abbiano un proprio mercato, contribuendo così alla creazione di una disciplina comune in materia di trasferimenti di armi.

¹⁰³¹ Sez. V degli *Initial Elements*, che amplia la portata giuridica della disposizione di cui alla Sez. II, § 4. Si veda, inoltre, la Appendice 2 degli *Initial Elements*, nella quale sono contenute alcune linee-guida sulle informazioni che devono essere contenute in tali notifiche, oltre che nelle notifiche relative ai trasferimenti di beni *dual-use* indicati nella lista *Very Sensitive*. Nell'ambito dell'UE, si veda l'art. 12, § 5.

¹⁰³² Sez. I, § 5 degli *Initial Elements*; non vi è un identico riferimento nel reg. 2009/428, dovendosi supporre che, volendo tutelare in maniera ampia i diritti dell'uomo, indirettamente la prevenzione dell'esportazione di armi serva anche ad evitare che vengano poste in essere attività terroristiche altamente lesive di tali diritti.

¹⁰³³ Sull'approccio precauzionale e sulla sua applicabilità anche a settori diversi da quelli dell'ambiente e della salute umana, si veda J. B. WIENER, *Precaution in a Multi-Risk World*, in D. PAUSTENBACH, *Human and Ecological Risk Assessment. Theory and Practice*, John Wiley&sons Publishers, Hoboken-NJ, 2002, pp. 1509-1531; M. WAGNER, *Taking Interdependence Seriously: The Need for a Reassessment of the Precautionary Principle in International Trade Law*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2012, vol. 20, n. 3, pp. 713-770, in particolare p. 715-718, che sostiene come, essendo la valutazione di un rischio al centro dell'approccio precauzionale, ed essendo rilevante il fattore del comportamento umano, tale approccio potrà ampliarsi ed essere applicato anche a più settori del diritto. Un'apertura in questo senso è arrivata anche da A. TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 229 ss.

altre Parti su base meramente volontaria; in ogni caso, possono essere rilevanti circa il destinatario di un'eventuale esportazione, oppure possono richiamare l'attenzione delle altre Parti su una determinata situazione, per permettere di valutare se possa generarsi un qualche rischio derivante da tale esportazione. Tali disposizioni si collegano, poi, con quanto stabilito al § 4, considerato dalla dottrina¹⁰³⁴ come l'unica disposizione a valore pienamente giuridico dell'intera Intesa. Tale ultima disposizione stabilisce che sia necessario notificare alle altre Parti l'intenzione di autorizzare un soggetto all'esportazione di armi, quando questi abbia ricevuto un diniego di autorizzazione nei 5 anni precedenti.

La procedura per l'autorizzazione si compone anche di una parte istruttoria o documentale, dove sono imposti obblighi mediati agli esportatori, che si sostanziano nella fornitura di materiale informativo e documentale che attesti sia la destinazione, soprattutto quando questa non sia unica (ovvero si possa configurare una riesportazione), sia il destinatario, soprattutto quando questo possa essere più di uno¹⁰³⁵.

Inoltre, laddove l'esportatore abbia avuto notizia che i propri prodotti *dual-use* possano essere utilizzati a fini militari, o per fini proibiti, la miglior prassi indirizza gli Stati a non concedere licenze generali di esportazione¹⁰³⁶. Anche in questo caso si può assistere alla predisposizione di un approccio precauzionale nell'esportazione di armi. L'atteggiamento precauzionale, però, viene posto dalla norma internazionale in capo direttamente all'esportatore, non invece in capo alle autorità statali che garantiscono le licenze di esportazione. Sotto questo punto di vista, è possibile ritenere che tale indirizzo sia volto a creare un obbligo mediato di tipo internazionale nei confronti del privato che opera nel mercato delle armi, ma al tempo stesso si richieda allo Stato autorizzante di vagliare le informazioni raccolte, e quindi di valutare, o meglio ponderare, le diverse esigenze alla base dell'esportazione¹⁰³⁷.

Ma la disciplina di Wassenaar non specifica se vi sia un reale dovere in capo al privato di notificare tale "scoperta". Rispetto alla disciplina dell'Intesa, invece, nel reg. 2009/428 non vi è solo un dovere di informazione da parte delle autorità preposte al controllo dell'esportazione, ma vi è anche un dovere di informazione da parte del *broker* stesso, nel momento in cui venga a conoscenza della possibilità che i beni da esportare saranno impiegati, o potrebbero essere impiegati, per fini militari¹⁰³⁸. Quest'ultima parte può essere messa in relazione al disposto dell'art. 8, § 1, che stabilisce la possibilità di

¹⁰³⁴ K. DURSHI, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, vol. 19, p. 1079-1123, a p. 1110 s.

¹⁰³⁵ *Best Practices*, §§ 3-4.

¹⁰³⁶ *Best Practices*, § 5.

¹⁰³⁷ Tale requisito procedurale avrebbe ora assunto natura consuetudinaria, alla luce anche del suo inserimento nell'art. 7, § 2 dell'ATT, che specifica però che lo Stato deve vagliare la presenza di un rischio preponderante di commissione di gravi violazioni del diritto internazionale. A differenza che nella disciplina dell'ATT, qui il rischio viene ridotto al semplice impiego per fini proibiti o di natura militare, al di fuori quindi degli obiettivi dell'Intesa. È possibile, quindi, ritenere che vi sia anche una graduazione del rischio per l'esportazione. Siccome, però, queste *Best Practices* non presentano né un carattere comune a tutti gli Stati, né sono ritenute vincolanti, è possibile che vi sia un'ulteriore differenziazione del rischio in ragione delle proprie politiche e normative interne. Tenendo, però, presente il requisito di non autorizzare in generale l'esportazione di beni *dual-use* quando tale attività sia in contrasto con gli scopi dell'Intesa, o sia contraria ad altri obblighi internazionali, si deve ora ritenere che gli Stati membri dell'Intesa, che siano anche parte dell'ATT, abbiano il dovere di adeguare le proprie normative a tale successivo accordo, ovvero debbano prevedere, anche con riferimento ai *dual-use*, che l'autorizzazione non possa essere concessa se sussista un rischio preponderante in relazione alla destinazione finale od all'utente finale. Tali linee-guida, quindi, assumono la natura di *confidence and security-building measures*, come previsto dall'art. 7, § 4 dell'ATT, al fine di contemperare la manifestazione di tale rischio.

¹⁰³⁸ Art. 5, § 1, ult. parte.

apporre un divieto di esportazione dei beni duali quando vi siano motivi di sicurezza nazionale o possibilità che violazioni dei diritti dell'uomo¹⁰³⁹ siano commesse nella zona di destinazione o da parte dell'utente finale dell'esportazione¹⁰⁴⁰. In tal senso, l'informazione fornita dal *broker* sarà valutata anche in relazione a questa disposizione. Inoltre, data la recente entrata in vigore dell'ATT, tale dovere di informazione e tale possibilità di diniego dell'autorizzazione sono previsti anche dagli artt. 6 e 7 del Trattato in questione.

Rileva, dall'analisi di queste disposizioni, come l'informazione sia particolarmente importante per valutare attentamente il rilascio od il diniego dell'autorizzazione. Ciò perché l'informazione permette alle autorità dello Stato di sviluppare una conoscenza, e conseguentemente avere una rappresentazione, sia della situazione attuale presente in una data destinazione, sia del tipo di destinatario che dovrebbe ricevere i beni, sia infine degli impieghi che tali beni possano avere.

Malgrado la connessione e la somiglianza dei linguaggi normativi, però, non si può ancora ritenere che tale dovere di informazione possa essere riscontrabile nella “*knowledge*” prevista dall'art. 6 del Trattato sul commercio di armi, quando lo Stato abbia “conoscenza” che le armi esportate saranno impiegate per la commissione di gravi violazioni del diritto internazionale. Per quanto il termine lì impiegato sembri alludere alla possibilità di apprendere notizie, e conseguentemente ritenere che il soggetto trasferente si rappresenti la situazione futura ed eventuale, il termine “*knowledge*” è stato interpretato dalla dottrina¹⁰⁴¹ nel senso assimilabile a quello di “volontà” (*will*) da parte di uno Stato di aiutare un altro Stato nella commissione dell'illecito, come interpretato quindi anche dalla Commissione di diritto internazionale¹⁰⁴² nel Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità (artt. 16 e ss.). Anche secondo la dottrina internazional-penalistica¹⁰⁴³, la “*knowledge*” richiamata dal Trattato sul commercio di armi sarebbe assimilabile alla volontà di commettere un crimine internazionale, elemento di base della *mens rea* della fattispecie.

Tuttavia, data anche la relazione con i doveri di informazione o di acquisizione di informazioni relative alla destinazione finale ed all'utente finale dei carichi di armi, è più che necessario valutare un'estensione di tale interpretazione in relazione a questi

¹⁰³⁹ Qui intesi nella loro accezione più ampia, ovvero la tutela dei diritti umani e le norme di diritto internazionale umanitario.

¹⁰⁴⁰ Un esempio di questo tipo si riscontra nel reg. 2005/1236/CE del Consiglio del 27 giugno 2005 (relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, in GUUE 30 luglio 2005, L 200, p. 1 ss.), che ben si colloca nell'ambito dei beni *dual-use* (visto anche il tenore letterario della rubrica relativo alla possibilità di impiego ulteriore). Secondo la dottrina (L. MAGI, *Il commercio di beni utilizzati per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie di contrasto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. XC, n. 2, pp. 387-413, a p. 400 ss.), quello previsto da tale regolamento sarebbe un obbligo inderogabile, in attuazione di risoluzioni della Commissione (ora Consiglio) dei diritti umani ONU contro la tortura ed altri trattamenti inumani e degradanti (prima fra tutte, la Ris. 2001/62 del 25 aprile 2001, doc. E/CN.4/RES/2001/62). Anche in questo caso, il regolamento fungerebbe da strumento di attuazione di altri atti internazionali, quale sintomo di una condivisa *opinio juris*.

¹⁰⁴¹ A. COCO, *I divieti di trasferimento ai sensi degli articoli 6 e 7 del Trattato sul commercio delle armi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, vol. XCIII, n. 4, pp. 1221-1243.

¹⁰⁴² Secondo quanto riferito dall'allora *Special Rapporteur* sulla responsabilità internazionale Roberto Ago, in *Yearbook of International Law Commission*, 1978, vol. II, Part One, p. 58, para. 72.

¹⁰⁴³ Su tutti, C. PONTI, “*Trasferimenti di armi, diritti umani e diritto umanitario. Spunti di riflessione dopo l'adozione del Trattato sul commercio delle armi convenzionali*”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, vol. 7, n. 3, pp. 643-667.

trasferimenti: in primo luogo, la ricezione di informazioni permetterebbe di avere una conoscenza di una data situazione e quindi di poter ritenere, conseguentemente, che un dato evento occorrerà; in secondo luogo, seppur tale informazione non esplica niente in sé¹⁰⁴⁴, rimane comunque lo strumento utile per attuare un comportamento consequenziale. In tal senso dispongono proprio le discipline dell'Intesa di Wassenaar e del reg. 2009/428: la conoscenza che qui deve essere ritenuta necessaria riguarda proprio il tipo di rischio che si possa generare dall'esportazione di beni *dual-use*. Laddove tale rischio sia potenzialmente lesivo di obblighi internazionali, o di valori fondamentali per la comunità internazionale, od addirittura per la sicurezza stessa dello Stato, tale rischio genera un tipo di informazione che viene recepita dal soggetto autorizzante. Questo, al di là di una mera valutazione sull'opportunità di rilasciare l'autorizzazione, sarà automaticamente destinato a rappresentarsi una data situazione futura, che potrebbe generarsi dal rilascio dell'autorizzazione.

In questo senso, la teoria dello Stato-apparato¹⁰⁴⁵ diviene fondamentale per comprendere come anche il singolo organo "ricettivo" dell'informazione permetta allo Stato di formarsi una conoscenza globale. È, quindi, più che ragionevole ritenere che le informazioni non servano solo a determinare la volontà di aiutare nella commissione dell'illecito, tramite rilascio dell'autorizzazione o tramite omissione dei dovuti controlli, ma anche che si permetta la rappresentazione di una realtà oggettiva, la quale a sua volta determinerà il ricorso a determinate regole di comportamento, politiche o giuridiche. Questa ipotesi si evince chiaramente dall'art. 8 del reg. 2009/428, che impiega il verbo "può" con riferimento all'azione dello Stato giustificata da esigenze di pubblica sicurezza o tutela dei diritti dell'uomo.

Oltre a promuovere una cultura delle corrette esportazioni di beni a duplice utilizzo, l'Intesa promuove anche un corretto procedimento di autorizzazione all'esportazione di tali beni, in modo, ancora una volta, da "armonizzare" le politiche e le normative degli Stati membri. In tal senso si collocano le *Best practices* per la licenza od autorizzazione all'esportazione¹⁰⁴⁶, le quali, però non rappresentano un rigido e vincolante schema procedurale, poiché, come precisato nella premessa alla decisione:

"Best practices" does not necessarily imply "common practices". Therefore, not all of the practices are presently followed by all Participating States. The list does represent an amalgam of export control practices followed by Participating States".

La regola generale che si intende far rispettare tramite le autorizzazioni è che queste dovrebbero essere garantite su base concreta. Ciò emerge anche dalla lettura del § 1 di tali *Best Practices*, nelle quali si specifica che:

"Global/general licences or licence exceptions may be granted for items on the Basic or Sensitive Lists where a Participating State considers that authorisation of exports by such means would not undermine the purposes of the Wassenaar Arrangement and would not be inconsistent with its export control laws and

¹⁰⁴⁴ in questo senso vedasi A. BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law*, in A. BIANCHI-A. PETERS, *Transparency in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1-19, a pp. 10 ss.

¹⁰⁴⁵ KELSEN, *op. cit.*, p. 185 ss.; R. QUADRI, voce *Stato (dir. Internaz.)*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XII, 1940, p. 815 ss.; G. ARANGIO-RUIZ, voce *Stati ed altri enti*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVIII, 1971, pp. 132 ss.; J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, II° ed., p. 31 ss.

¹⁰⁴⁶ *Best Practice Guidelines for the Licensing of Items on the Basic List and Sensitive List of Dual-Use Goods and Technologies*, adottato nell'Adunanza plenaria del 2006, consultato all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2016/01/09Best-Practice-Guidelines-for-the-Licensing-of-Items-on-the-Basic-List-and-Sensitive-List-of-Dual-Use-Goods-and-Technologies.pdf>.

regulations or its other international commitments”.

Lo scopo di garantire l'autorizzazione o la licenza non è solo quello di assicurare gli scambi commerciali, garantendo così la rimozione di ostacoli all'espletamento dell'attività economica di privati¹⁰⁴⁷, ma al tempo stesso è necessario avere presente anche gli obblighi internazionali che esistono in capo agli Stati. In questo senso, le *Best Practices* richiamano gli Stati a tali obblighi quando devono decidere sul rilascio di un'autorizzazione. La licenza generale di esportazione, perciò, può essere ritenuta ammissibile solo laddove non vi siano esigenze particolari di controllo, o quando un determinato materiale o prodotto non sia considerato pericoloso se esportato, od addirittura quando su tale materiale o prodotto sia vigente una disciplina interna od internazionale che richieda l'autorizzazione specifica. Tale puntualizzazione emerge anche dal successivo paragrafo, che impone di considerare la licenza caso per caso in relazione soprattutto al fine ed all'utente finale di tale bene¹⁰⁴⁸.

Oltre a predisporre un sistema basato sulla licenza all'esportazione, gli Stati parte dell'Intesa hanno predisposto un sistema, non vincolante, che intende definire il controllo sull'uso finale delle armi e beni a duplice utilizzo¹⁰⁴⁹. Pur assumendo la forma di una dichiarazione d'intenti (*Statement of Understanding*), e quindi non palesando immediatamente un carattere vincolante, tale strumento esprime una *opinio necessitatis* in merito all'esportazione di beni *dual-use*, i quali possano trovare una nuova finalità al di fuori di quella stabilita inizialmente.

Il sistema prevede che gli Stati, nel momento in cui rilascino la licenza all'esportazione, lo facciano in maniera specifica, e quindi con un controllo in concreto, nel quale si dovrà verificare attentamente quale sia la finalità d'impiego a seguito dell'esportazione¹⁰⁵⁰. Tale controllo esprime, a sua volta, un principio indefettibile, secondo il quale i casi di esportazioni di beni *dual-use* che possano essere, o siano effettivamente, classificati come *sensitive* debbano avere un grado di controllo maggiore rispetto a beni non *sensitive* o meno *sensitive*¹⁰⁵¹. La valutazione delle sensibilità delle armi e dei beni a duplice utilizzo rimane all'interno della “*national responsibility*” (dovendosi qui intendere tale tipo di responsabilità come una forma di esercizio della *domestic jurisdiction*), la quale non arrecherà pregiudizio alcuno agli altri Stati partecipanti, qualora una decisione resa in tale contesto debba stabilire un diverso grado di sensibilità. È possibile qui ritenere che tale diversa valutazione, pur non arrecando pregiudizio, quantomeno legittimi gli Stati d'importazione ad effettuare un secondo controllo sui beni in questione, ed agli Stati d'esportazione di applicare uno schema più rigido di valutazione della sensibilità, in relazione a destinazioni dove la disciplina di tali beni abbia un grado di sensibilità minore. In questo caso, è possibile ammettere anche che vi sia un “disavanzo” tra gli obblighi di reciprocità¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative* citato, p. 601 ss.

¹⁰⁴⁸ *Best Practices*, § 2.

¹⁰⁴⁹ *Statement of Understandings on Implementation of End-Use Controls for Dual-Use Items*, adottato dall'Adunanza plenaria del 2007, consultato all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2016/01/10Statement-of-Understanding-on-Implementation-of-End-Use-Controls-for-Dual-Use-Items.pdf>.

¹⁰⁵⁰ Preambolo allo *Statement of Understanding*. Questo presupposto si ritrova anche nel successivo § 4, che stabilisce che gli Stati parte dell'Intesa debbano considerare tutte le questioni che sorgono con riferimento al procedimento di valutazione e rilascio della licenza, dovendo così effettuare una valutazione in concreto dei requisiti posseduti dal bene.

¹⁰⁵¹ *Statement of Understanding*, § 1.

¹⁰⁵² Sulla reciprocità, si veda B. SIMMA, voce *Reciprocity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2008.

Inoltre, proprio per garantire un maggiore controllo, gli Stati devono effettuare una valutazione del rischio presente nell'esportazione, ancora una volta stabilendo il ricorso ad un approccio precauzionale per tale tipo di attività¹⁰⁵³.

Il regolamento istituisce un regime generale di autorizzazione¹⁰⁵⁴ all'esportazione per i beni compresi nell'allegato II¹⁰⁵⁵. In questo caso, non è necessario che lo Stato debba rilasciare apposita autorizzazione all'esportazione; così facendo, si assicurano gli effetti diretti della normativa dell'UE per le attività di trasferimento¹⁰⁵⁶. In ogni altro caso, il rilascio dell'autorizzazione dipende dal singolo regime statale, dove sussiste una generale discrezionalità nella scelta del regime applicabile, quale ulteriore sintomo della ri-espansione della *domestic jurisdiction* degli Stati. Si tratta di autorizzazioni di tipo speciale, globale o financo generale¹⁰⁵⁷, salvo il generale limite previsto dall'art. 4, ovvero la necessità di limitare il transito di materiali che possano essere impiegati per fini militari.

Essendo previsto un obbligo per i privati di fornire tutta la documentazione necessaria per procedere all'autorizzazione dell'esportazione¹⁰⁵⁸, si deve dedurre, come più volte fatto in precedenza, che l'esportazione materiale delle armi e dei beni *dual-use* non viene posta in essere dallo Stato, bensì dal soggetto che cerca di ottenere un profitto dalla propria attività, il privato appunto. Il problema principale che si pone, in linea con le più attuali tendenze, è quello dell'attribuzione dell'eventuale illecito che si genera per i trasferimenti illeciti e per le conseguenze che ne derivano. Partendo proprio dal presupposto di comprendere chi sia il soggetto che pone in essere l'attività di trasferimento, è necessario capire anche che saranno differenti le regole sull'attribuzione dell'illecito che viene compiuto a livello internazionale: nel caso in cui siano gli Stati ad esportare le armi, si applicheranno i tradizionali principi sulla responsabilità internazionale; nel caso in cui siano i privati, si dovrà valutare in concreto che natura abbia il soggetto esportatore (se individuo o società), applicando le regole sulla responsabilità penale individuale in un caso o quelle sulla responsabilità delle persone giuridiche, laddove previste dal diritto interno o dal sistema pattizio di riferimento¹⁰⁵⁹. In tale ultimo caso, sarà necessario rilevare se tale responsabilità è direttamente prevista dagli strumenti di diritto internazionale, o se invece si debba fare riferimento alla normativa interna che recepisce ed attua quella internazionale¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵³ *Ib. Lo Statement* stabilisce, inoltre, che (§ 5) che, in relazione al controllo sull'uso finale dei beni, non è sufficiente la sola certificazione dell'uso medesimo per la valutazione del rischio nascente, ma è necessario che tutti gli elementi sorgenti dal controllo siano valutati in maniera sinottica.

¹⁰⁵⁴ Art. 9, § 1.

¹⁰⁵⁵ Trattasi sia di materiali che possano essere utilizzati nella fissione nucleare, sia di software e tecnologia.

¹⁰⁵⁶ Si veda, in proposito, quanto specificato al § 1.2.1.

¹⁰⁵⁷ Art. 9, § 2.

¹⁰⁵⁸ Art. 9, § 3. Tale obbligo viene successivamente ribadito e disciplinato nel dettaglio dall'art. 20 relativo alla tenuta di appositi registri in cui vengono annotate tutte le esportazioni di tali beni.

¹⁰⁵⁹ Un esempio di questo tipo si rinviene nella Convenzione sulla corruzione del 1997 ed in quella sulla criminalità organizzata transnazionale del 2005, dove si prevedono obblighi in capo agli Stati di criminalizzare le azioni poste in essere da persone giuridiche, tra i principali attori nel campo economico. Più di recente, questa tendenza alla criminalizzazione delle condotte poste in essere da persone giuridiche si riviene anche nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che istituiscono o estendono i poteri della commissione interna per il *listing* ed il *frozing* dei beni di sospettati terroristi o coadiuvatori di gruppi terroristici (es., la ris. 2254 del 2015 relativa all'estensione dei poteri della Commissione agli appartenenti dell'ISIS). Queste tendenze fanno emergere come, almeno nel campo economico, le condotte poste in essere da parte di tali soggetti siano rilevanti e per un'evoluzione di una norma internazionale circa la responsabilità (penale) delle persone giuridiche.

¹⁰⁶⁰ Ciò è vero nel momento in cui la norma internazionale che vieta l'esportazione di certe armi convenzionali non preveda anche la responsabilità penale delle persone giuridiche che pongono

Mentre per le autorizzazioni specifiche o globali sussistono limiti (a carattere generale) di individuare un termine preciso entro il quale si rilascia l'autorizzazione¹⁰⁶¹ e di valutare tutta una serie di fattori rilevanti che possano incidere sull'esportazione¹⁰⁶², le esportazioni generali vengono definite in negativo, attraverso sia la previsione dell'esclusione dei prodotti elencati nella parte 2 dell'Allegato II al regolamento¹⁰⁶³, sia della competenza specifica degli Stati cui spetta determinare in concreto i casi in cui sia necessario rilasciare tale autorizzazione¹⁰⁶⁴, sia infine dei casi in cui non può essere rilasciata tale autorizzazione¹⁰⁶⁵.

Anche le intermediazioni (*brokering*) per l'esportazione devono essere autorizzate¹⁰⁶⁶. In particolare, l'intermediario è tenuto all'obbligo di fornire tutta la documentazione

materialmente in essere la condotta, la quale condotta e connessa responsabilità sono invece previste da norme sanzionatorie (penali od amministrative) di diritto interno (come nel caso statunitense dell'*Arms Export Control Act* del 1976, sez. 151(a), o della l. 185/1990, art. 3, le quali prevedono l'iscrizione in apposito registro delle imprese che offrono servizi di intermediazione per la vendita di armi o che producono e vendono direttamente i loro prodotti).

¹⁰⁶¹ In questo caso, vale il principio dell'autonomia procedurale degli Stati, sulla base del quale si determineranno sia i termini di risposta alle domande inoltrate dagli esportatori alle autorità preposte, sia anche la disciplina dell'eventuale silenzio che interviene una volta scaduto il termine. Nell'ordinamento italiano, la disciplina applicabile si rinviene nella l. 9 luglio 1990, n. 185, relativa alle norme sull'esportazione, importazione e transito dei materiali d'armamento. In tale legge era inizialmente previsto, all'art. 13, c. 4, che “*Decorsi 60 giorni dalla data di presentazione della domanda di autorizzazione di cui all'articolo 11, senza che sia stata rilasciata la prevista autorizzazione o comunicata al richiedente alcuna decisione, l'impresa interessata potrà rivolgersi al CISD [Comitato Interministeriale per lo scambio di materiali d'armamento e della difesa] che procede alla decisione definitiva*”. Il comma è stato successivamente abrogato dall'art. 6 del D.P.R. 20 aprile 1994, n. 373, relativo alla devoluzione di funzioni dei Comitati interministeriali soppressi, ora attribuite al CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica). In entrambi i casi, non sembra emergere nulla circa la disciplina del silenzio applicabile (se debba essere considerato di assenso o di rigetto). È possibile ritenere che per l'esportazione di beni *dual-use* sia necessario il *provvedimento formale*, a maggior ragione nel momento in cui siano stabiliti dei limiti particolarmente rigidi, come quelli di preservazione della pubblica sicurezza o tutela dei diritti dell'uomo o quando si tratti di finalità militari come indicate dall'art. 4 del reg. 2009/428. Sarà, dunque, evidente che l'interpretazione del silenzio propenderà per il rigetto dell'istanza dell'esportatore. Tuttavia, è anche possibile ritenere che si palesi un silenzio-inadempimento dell'amministrazione, sulla base del combinato disposto dell'art. 13, c. 1 della l. 185/1990 (dove si stabilisce che il Ministro degli Affari esteri motivi il rifiuto all'autorizzazione all'esportazione di armamenti, decorsi 60 gg.) e dall'art. 8 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 102, relativo all'attuazione nel nostro ordinamento dell'allora reg. 2000/1334/CE, che stabilisce la necessità di rilasciare un provvedimento di diniego, annullamento, revoca, sospensione o modifica delle domande che siano in contrasto con i motivi previsti dall'art. 8 del regolamento medesimo, come sopra esposti. Dunque, nel caso in cui non intervenga un provvedimento da parte dell'autorità preposta al controllo entro il termine fissato, si ritiene che vi sia un *rigetto* della domanda dell'esportatore, il quale dovrà necessariamente essere motivato, a pena di nullità *ex art. 21-septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo. Sulle procedure di esportazione delle armi dall'Italia, si veda F. GASPARI, *Recenti sviluppi in materia di regolazione multi-livello del commercio di armi: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, n. 2, p. 423 ss.; sulla disciplina dell'esportazione dei beni *dual-use* in Italia, si veda anche L. PINESCHI, *Esportazione, importazione e transito di materiale di armamento: un'ambigua liberalizzazione del mercato delle armi nei rapporti tra l'Italia e gli Stati membri dell'Unione Europea e della NATO*, in *La Comunità internazionale*, 2003, vol. LVIII, n. 4, pp. 601-618.

¹⁰⁶² Art. 12. Si tratta, in particolare, di limiti derivanti dagli obblighi internazionali degli Stati, dalla presenza di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che pongano *embargoes* in relazione alla destinazione, o la presenza di rischi di gravi violazioni del diritto internazionale o pericoli di sviamento (*diversion*) del carico. È ulteriormente richiesto il contemperamento di eventuali rischi presenti (art. 12, § 2). Questa norma riprende quanto già esposto nell'ambito di Wassenaar relativamente alle esportazioni di beni *dual-use*, ovvero la necessaria precauzione da applicare alle esportazioni di tali beni. Seppur con termini lievemente differenti, questa norma ha finito per essere trasposta nell'art. 7 dell'ATT, anche se il rischio

necessaria per valutare la sua posizione e le quantità specifiche di prodotti che devono essere esportate in Stati terzi. Tuttavia, nulla viene precisato sull'eventuale iscrizione dell'intermediario in eventuali registri o albi¹⁰⁶⁷, al fine di determinare la validità del servizio prestato. Questo potrebbe essere ancora una volta sintomo di una lacuna nella normativa dell'UE che lascia agli Stati membri un ampio margine discrezionale circa la regolamentazione di tali servizi. Invero, la recente entrata in vigore dell'ATT ha reso necessario prevedere almeno che i *brokers* siano registrati in appositi registri, al fine di evitare di considerare la propria attività come illecita¹⁰⁶⁸.

Come nella disciplina di Wassenaar, anche il reg. 2009/428 stabilisce la necessità del rilascio di autorizzazioni per l'esportazione di beni *dual-use* particolarmente sensibili¹⁰⁶⁹. Rimane comunque ferma la necessità di autorizzare solo i beni elencati nell'Allegato I, che sostanzialmente riproduce la Lista dei *dual-use* di Wassenaar.

L'esportazione di beni *dual-use*, come quella della maggior parte delle armi, non avviene ad opera di agenti dello Stato, od almeno non in misura rilevante. essendo conosciute le figure degli intermediari, o *brokers*¹⁰⁷⁰, sono ormai conosciute ed ampiamente regolate nel mercato delle armi. A tali soggetti si rivolge l'art. 5 del regolamento, stabilendo che tali servizi di intermediazione debbano ottenere l'autorizzazione per l'esportazione di beni *dual-use*, laddove tali soggetti siano stati informati che il bene da esportare possa essere utilizzato od impiegato per fini militari, come previsti dall'art. 4, § 1¹⁰⁷¹.

L'applicazione di misure restrittive alle esportazioni può essere considerata in conformità all'oggetto e scopo dell'Intesa, o meglio ai suoi principi guida. Se la misura è intesa a favorire la prevenzione di violazioni del diritto internazionale, ivi comprese le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, viene giustificata. Tale *ratio* non si rinviene solo nel sistema dell'Intesa, ma anche nel diritto internazionale dell'economia¹⁰⁷² e nel diritto internazionale generale¹⁰⁷³.

La notizia che il bene da esportare possa avere finalità militare è un limite che si ritrova anche nella maggior parte delle disposizioni a carattere generale presenti nel

che deve essere considerato è “*overriding*” o “*prevalent*”, nelle dizioni inglese e francese.

¹⁰⁶³ Art. 9, § 4, lett. a).

¹⁰⁶⁴ Art. 9, § 4, lett. b).

¹⁰⁶⁵ Art. 9, § 4, lett. c), ovvero i casi in cui vi sia un'informazione da parte delle autorità preposte al controllo che i beni da trasferire possono avere anche una finalità militare, quando il trasferimento sia in violazione di *embargoes* imposti dal Consiglio di Sicurezza o quando siano state adottate decisioni da parte dell'OSCE.

¹⁰⁶⁶ Art. 10. Come per le autorizzazioni specifiche o globali, anche in questo caso lo Stato, all'atto di autorizzazione, dovrà tener conto di tutti i fattori rilevanti indicati all'art. 12 del regolamento. Permane, in capo agli intermediari, il medesimo obbligo di tenuta di registri previsto per gli esportatori, a norma dell'art. 20, § 2 del regolamento.

¹⁰⁶⁷ Come invece predisposto dall'art. 3 della l. 185/1990 *supra* citato.

¹⁰⁶⁸ Art. 10 dell'ATT, il quale parla di “*misure da adottare*” da parte degli Stati secondo il proprio diritto interno. Sulla criminalizzazione dell'*illicit brokering*, si veda il Cap. VI.

¹⁰⁶⁹ Art. 4.

¹⁰⁷⁰ Vedi Cap. I, § 8.3.

¹⁰⁷¹ Art. 5, § 1.

¹⁰⁷² Si veda, in particolare, l'art. XXI GATT, § c), relativo alla possibilità di adottare misure restrittive all'esportazione, in ragione di obblighi derivanti dalla Carta ONU, in cui le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza rientrano.

¹⁰⁷³ Nel quale vi rientrano, sicuramente, l'art. 25 della Carta ONU, relativo all'obbligatorietà delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, e l'art. 103, relativo alla prevalenza degli obblighi della Carta su tutti gli altri obblighi degli Stati membri.

regolamento 428/2009, ma più in particolare con riguardo al transito di beni attraverso il territorio di uno Stato membro. L'art. 6, § 1 stabilisce che lo Stato, qualora abbia informazione che i beni abbiano anche uno scopo di natura militare, può decidere di vietare il transito dei medesimi. Questa norma sembra corrispondere al principio generale del limite al transito di armi, come analizzato in precedenza¹⁰⁷⁴, ed è una norma che si pone anche in contrasto con la più generale libertà di circolazione delle merci¹⁰⁷⁵. Ora, se è vero che la Corte di Giustizia, nei casi *Werner e Leifer* del 1994, ha sottolineato che il "commercio" di armi, e nello specifico di beni *dual-use*, dovesse essere inquadrato nell'ambito dell'allora mercato comune e non anche nell'ambito delle eccezioni all'esportazione, come previste dall'attuale art. 346 TFUE, si dovrebbe intendere che il limite al transito, pur se dettato dallo scopo di controllare la circolazione di beni aventi anche finalità militare, non legittimerebbe più la precedente collocazione, ma anzi sarebbe un espediente attuato dagli Stati per riespandere il loro potere discrezionale di stabilire se un determinato bene possa essere ristretto nei suoi movimenti all'interno dell'Unione¹⁰⁷⁶.

Tuttavia, la disciplina speciale dettata dal regolamento non sarebbe in contrasto con il dettato normativo dell'art. 346 TFUE, che stabilisce come l'unico limite alle restrizioni di armi sia la preservazione della concorrenza tra gli Stati membri¹⁰⁷⁷, sulla quale la Corte di Giustizia si è espressa nella sentenza *Commissione c. Spagna* del 1999¹⁰⁷⁸.

La possibilità di rendere libero il transito viene contemperata a sua volta da tre importanti limiti normativi:

a) il primo limite attiene, secondo l'art. 6, § 1, all'osservanza degli obblighi internazionali degli Stati sulla *non proliferazione*. In tal senso, la disposizione del regolamento assume la fisionomia di una clausola di subordinazione rispetto agli altri obblighi internazionali degli Stati membri, ivi comprese le decisioni adottate dall'Intesa di Wassenaar;

b) il secondo limite considerato riguarda l'ambito di applicazione del regolamento, come stabilito dall'art. 7, ovvero la *fornitura di servizi* o la *trasmissione di tecnologie che comportino un movimento transfrontaliero di persone*. Come visto più *supra*¹⁰⁷⁹, questi tipi di attività si riscontrano nella maggior parte delle prestazioni successive alla vendita di armi, comunemente ricomprese nell'ambito della fornitura di armi; attraverso tali attività, l'industria di produzione delle armi, o finanche l'ufficio od il sottosegretariato della Difesa di uno Stato, fornisce un servizio ulteriore e connesso alla vendita, dove è sempre possibile che personale incaricato venga dislocato nella sede di trasferimento delle armi. In tal caso, si dovrebbe ritenere che, venduti beni *dual-use*, i limiti al transito non debbano sussistere, salvo che vi sia una valutazione differente dello Stato membro basata sull'ultimo limite, a carattere più generale;

c) il terzo ed ultimo limite si sostanzia nella possibilità che lo Stato possa restringere i trasferimenti di beni *dual-use* per motivi attinenti alla *sicurezza nazionale* e alla *tutela dei diritti dell'uomo*¹⁰⁸⁰. In un unico lemma, il legislatore comunitario ha richiamato sia la

¹⁰⁷⁴ Vedi Cap. II, § 4.1.

¹⁰⁷⁵ Tale libertà sembrerebbe applicabile anche in base al principio di diritto individuato dalla Corte di Giustizia UE nei casi *Werner e Leifer*, di cui di seguito.

¹⁰⁷⁶ Si veda, in questo senso, quanto già descritto nel Cap. II, § 4.1.

¹⁰⁷⁷ Art. 346 TFUE, § 1, ultima parte.

¹⁰⁷⁸ Vedi Cap. IV, § 4.2.

¹⁰⁷⁹ Cap. I, § 2.3.

¹⁰⁸⁰ La possibilità, in questo caso, di adottare restrizioni al transito per motivi di pubblica sicurezza viene direttamente messa in relazione con quella prevista dall'art. XXI GATT, la quale, come si vedrà in seguito (Cap. IV, § 3.3), non avrebbe valenza assoluta e potrebbe essere sottoposta a revisione davanti al *Dispute Settlement Body*. Diversamente, la pubblica morale di cui al reg. 2005/1236 anzidetto deve essere posta,

disposizione dell'art. 346 TFUE, sia si è rifatto ad un'esigenza o necessità, palesata in diversi altri documenti internazionali¹⁰⁸¹, di limitare la proliferazione di armi quando possa provocare instabilità e violazioni sistematiche di valori riconosciuti come universali ed inderogabili.

Queste esigenze (la prima, come visto, a carattere derogatorio; la seconda a carattere generale e necessario) fondano la possibilità che lo Stato membro faccia ricorso ad un approccio precauzionale nell'esportazione di armi, come richiesto anche dalla disciplina dell'Intesa di Wassenaar¹⁰⁸², che permetteranno allo Stato stesso di valutare gli interessi in gioco. In tal maniera, il diritto del regolamento torna a subordinarsi al diritto del trattato, nel primo caso, e riconosce l'esistenza di un obbligo *erga omnes*¹⁰⁸³, nel secondo.

1.3 - Il contributo della Corte di Giustizia UE alla disciplina sui trasferimenti di beni a duplice utilizzo

Anche la Corte di Giustizia è intervenuta sulla definizione di una disciplina sulle esportazioni di beni *dual-use*. Più in particolare, in alcune fondamentali sentenze ha teso a definire esattamente i confini ed i limiti di tale mercato, oltre ad aver sottolineato l'importanza di farlo rientrare nell'ambito della disciplina del libero mercato interno, scostandosi dalla tendenza di ricondurlo esclusivamente nell'eccezione di sicurezza nazionale prevista dall'art. 346 TFUE¹⁰⁸⁴.

La Corte ha inteso anzitutto mettere in rilievo come fosse necessario *definire i prodotti dual-use* che potevano essere soggetti ad un'autorizzazione generale di esportazione intracomunitaria¹⁰⁸⁵. La prima occasione per addentrarsi in questo ambito normativo si ebbe con la sentenza *Aimé Richardt*¹⁰⁸⁶. In tale caso, la Corte di Giustizia si pronunciò sulla conformità della normativa lussemburghese al reg. del Consiglio UE 1976/222¹⁰⁸⁷. Nel caso specifico, il prodotto esportato dalla società del sig. Richardt consisteva in un macchinario ad impulso magnetico, destinato all'Unione Sovietica. La contestazione, in particolare, derivava dal fatto che l'autorizzazione rilasciata dalle autorità francesi era in realtà troppo generale rispetto al bene che doveva essere esportato. Al

come segnalato dalla dottrina (MAGI, *op. cit.*, p. 402 ss.) con l'art. XX GATT, relativo alle eccezioni generali alla libertà di commercio, in cui vi rientra anche la morale pubblica; in questo caso, la tutela dei diritti umani (e la tutela contro la tortura e trattamenti inumani e degradanti, nel caso specifico del reg. 2005/1236) assume una diversa fisionomia giuridica rispetto alla pubblica sicurezza: pur essendo considerato un obbligo *erga omnes*, questa motivazione si esplica solo attraverso il potere discrezionale, o margine di apprezzamento, degli Stati membri, per cui vi sarà un differente approccio di tutela. Sul margine di apprezzamento in relazione ai diritti umani, si veda in particolare A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University press, Oxford, 2012.

¹⁰⁸¹ Si veda, ad esempio, il *Program of Action* supra citato.

¹⁰⁸² Vedi *supra*, § 1.2.1.

¹⁰⁸³ Come descritto anche dalla Commissione di diritto internazionale con riferimento all'art. 42 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001 (in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 117 ss.).

¹⁰⁸⁴ Sul punto, si veda Cap. IV, § 4.2.

¹⁰⁸⁵ Sulla relazione tra la normativa CoCom e quella comunitaria, con specifico riferimento al caso *Aimé Richardt*, si veda I. GOVÅRE - P. EECKHOUT, *On Dual-Use Goods and Dualist Case Law: The Aimé Richardt Judgement on Export Controls*, in *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, pp. 941-965, a p. 941 s. Si veda, nel Cap. VI, anche la vicenda delle società *Toshiba e Kongsberg*.

¹⁰⁸⁶ *Aimé Richardt et Les Accessoires Scientifiques SNC*, C-367/89, sentenza del 4 ottobre 1991, in *Raccolta Generale*, 1991, I-4645 ss.

¹⁰⁸⁷ Reg. del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222, relativo al transito intracomunitario di merci (in GUUE, 1977, L 38, n. 1).

contrario, l'opinione del Ministero delle finanze lussemburghesi era quella di necessitare un nuovo e diverso certificato, rilasciato dalle autorità francesi ma controllato anche da quelle lussemburghesi, prima della definitiva esportazione verso l'URSS. C'è da aggiungere, inoltre, che all'epoca dei fatti era ancora in vigore l'accordo del CoCom¹⁰⁸⁸, e che sia la Francia che il Lussemburgo ne erano parte. In tal senso, quindi, la normativa lussemburghese, oltre che recettiva di una normativa generale e vincolante come quella comunitaria, recepiva, almeno nel fine, gli intenti dell'accordo anzidetto, che prevedeva di bloccare ogni esportazione di materiale tecnologico e *dual-use* verso l'Unione Sovietica e gli alleati di questa. Nella sua Relazione d'Udienza¹⁰⁸⁹, il giudice relatore Kakouris ritenne che il CoCom non influenzasse in alcuna maniera la normativa comunitaria¹⁰⁹⁰. Inoltre, lo stesso Giudice sottolineava che l'applicazione delle misure imposte da un organo intergovernativo con fini consultivi come questo si aveva solo dietro "minacce" degli Stati Uniti di non fornire più alcuni beni tecnologici di interesse per gli altri Stati¹⁰⁹¹.

In altre occasioni, la Corte ha identificato il bene *dual-use* sulla base della principale finalità che il prodotto doveva avere, individuando anche se tale finalità permetteva di applicare o meno la norma derogatoria prevista dall'art. 346 TFUE.

La questione è stata discussa principalmente nella causa *InsTiimi*¹⁰⁹². In tale occasione, uno studio ingegneristico finlandese aveva lamentato l'errata applicazione delle deroghe previste dai combinati disposti dell'allora direttiva sugli appalti pubblici (dir. 2004/18/CE), dell'art. 296 TCE (ora 346 TFUE) e della decisione del Consiglio del 1958¹⁰⁹³ relativa ai beni di natura militare per cui si operavano deroghe rispetto alla previsione dell'art. 296 citato. Il ricorrente, in particolare, lamentava che, malgrado la scelta di avviare una procedura negoziata senza bando da parte del Ministero della difesa finlandese, la scelta di un prodotto di un diverso concorrente¹⁰⁹⁴ sarebbe stata viziata *ab origine* rispetto al diritto comunitario applicabile¹⁰⁹⁵: la considerazione, sostenuta dal Ministero della difesa finlandese, che la piattaforma girevole oggetto di appalto sarebbe stata utilizzata solo per fini militari¹⁰⁹⁶ non sarebbe compatibile sia con le componenti della medesima (tipicamente studiate e progettate per scopi civili) sia con l'ambito di applicabilità della decisione del 1958 *supra* citata¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁸⁸ Vedi Cap. II, § 2.1.

¹⁰⁸⁹ *Relazione d'udienza nella causa C-367/89*, in *Raccolta Generale* citata, I-4622 ss.

¹⁰⁹⁰ §§16-19.

¹⁰⁹¹ § 20.

¹⁰⁹² In dottrina, si vedano A. CHWIADKOWSKA - J. MASZTALERZ, *Defence Procurement: The ECJ Keeps its Ground on "Dual-Use" Products*, in *European Procurement and Public-Private Partnership Law Review*, 2012, n. 4, pp. 289-292, a p. 291; P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015, II° ed., p. 415 ss.

¹⁰⁹³ Si veda Cap. II, § 1.1.1 e Cap. IV, § 4.1.

¹⁰⁹⁴ L'amministrazione finlandese replicò, davanti al giudice nazionale, che il bene richiesto doveva essere utilizzato per fini esclusivamente militari, quindi sarebbe stato diverso rispetto a qualsiasi bene *dual-use*, e perciò rientrante nella lista di deroga del 1958 citata. Il giudice ha dato ragione, in quel caso, all'amministrazione: *InsTiimi*, § 16.

¹⁰⁹⁵ *InsTiimi*, §§ 14-15.

¹⁰⁹⁶ Viene richiamato qui anche il disposto del X° considerando della dir. 2009/81/CE, il quale dispone: "Ai fini della presente direttiva, per materiale militare si dovrebbero intendere in particolare i tipi di prodotti compresi [nell'elenco] del Consiglio del 15 aprile 1958 (...). Tale elenco comprende solo materiale progettato, sviluppato e prodotto a fini specificamente militari (...). Ai fini della presente direttiva, i "materiali militari" dovrebbero comprendere anche prodotti che, sebbene originariamente concepiti per uso civile, sono successivamente adattati a fini militari ed impiegati come armi, munizioni o materiale bellico".

¹⁰⁹⁷ La quale, al punto 15, stabilisce che possono essere oggetto di deroga rispetto alla disposizione dell'art.

Come sostenuto dall'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni, la deroga non è efficace se il prodotto,

“al di là della mera idoneità a essere eventualmente impiegato in ambito militare, sia destinato a fini specificamente militari, ossia da un punto di vista soggettivo nonché oggettivo. Pertanto, l'oggetto in questione deve essere destinato a fini specificamente militari non solo in base al suo specifico impiego, come definito dall'amministrazione aggiudicatrice (dunque sotto un profilo soggettivo), ma anche alla luce della sua genesi e delle sue caratteristiche (quindi da un punto di vista oggettivo)”¹⁰⁹⁸.

La Corte, peraltro, ha precisato, sulla scorta di quanto stabilito anche nella dir. 2009/81/CE, che il prodotto *dual-use* è tale se concepito con un'iniziale finalità civile e successivamente venga trasformato (*rectius*, convertito) in uno a esclusiva finalità militare¹⁰⁹⁹. Si deve tener conto, quindi, della destinazione *oggettiva*, e non anche *soggettiva* del bene acquisito dalla difesa¹¹⁰⁰.

Per la Corte, dunque, il bene *dual-use* può essere ricompreso nell'eccezione ex art. 346 TFUE, *se e soltanto se* quel prodotto è stato progettato con una tipica ed esclusiva finalità militare. Spetta al giudice nazionale, però, verificare che tale prodotto posseda questa finalità¹¹⁰¹. Ma nel caso in cui tale verifica dia esito negativo (e tale risultato si avrà anche quando si dimostri, per mezzo di perizia o di esperimento giudiziale, che il prodotto presenta *ex se* una finalità di tipo civile), l'eccezione prevista dal diritto dell'UE non potrà applicarsi, ritenendo quindi che il prodotto sia comunemente assoggettato sia alla disciplina delle esportazioni nel mercato interno dell'UE, sia alla disciplina della concorrenza per tale mercato¹¹⁰².

Non solo la Corte ha dato una propria interpretazione relativa ai criteri per individuare un bene *dual-use*, ma ha cercato anche di individuare quali fossero esattamente i principi generali applicabili alle discipline sui trasferimenti di tali beni. Un primo spunto in tal senso si ha in relazione alle motivazioni che uno Stato può addurre per limitare i trasferimenti di beni che siano stati individuati come *dual-use*, ovvero che possano avere una complementare, se non addirittura prevalente, applicazione militare.

Tra le giustificazioni offerte, la “*pubblica sicurezza*” fu ritenuta una giustificazione a

346 TFUE anche “*Macchine, equipaggiamento e utensili esclusivamente concepiti per lo studio, la fabbricazione, la prova e il controllo delle armi, munizioni e ordigni per impiego unicamente militare, contemplati nel presente elenco*”.

¹⁰⁹⁸ *Conclusioni*, § 48. Si veda anche *InsTiimi*, § 41; *Commissione c. Italia - Elicotteri II*, §§ 48-49.

¹⁰⁹⁹ *InsTiimi*, § 42.

¹¹⁰⁰ *Conclusioni*, § 49-50.

¹¹⁰¹ CHWIADKOWSKA - MASZTALERZ, *op. cit.*, p. 292, al contrario suggeriscono che, fatta la valutazione in concreto, laddove il prodotto sia *già* stato modificato dal fornitore offerente attribuendogli una finalità militare e l'amministrazione abbia inteso acquistare *quel* prodotto per usarlo per *quella* finalità, può essere applicata la deroga ex art. 346 TFUE. La tesi, però, non convince: è difficile provare che il fornitore abbia voluto assegnare al proprio prodotto una finalità *esclusivamente* militare qualora il bene possa essere messo in commercio anche per impieghi civili, o le caratteristiche tecniche del medesimo vadano nel senso di ammettere la duplice finalità; ciò facendo salvo un'eventuale espressa previsione nel contratto di aggiudicazione dell'appalto con cui si ammette questa “conversione unica” del bene. La questione, quindi, non sarebbe più l'applicazione dell'eccezione anzidetta, bensì si andrebbe ancora più a monte della stessa, ovvero valutando la scelta dell'amministrazione di avviare una procedura negoziata senza bando ammessa dalla legislazione in materia.

¹¹⁰² *InsTiimi*, §§ 43-45; *Conclusioni*, §§ 44 ss., in particolare § 46, dove menziona il fatto che la finalità militare non può essere desunta dalla natura dell'acquirente del bene. Secondo CHWIADKOWSKA - MASZTALERZ, *ib.*, la Corte avrebbe voluto operare un bilanciamento tra le esigenze di tutela della sicurezza nazionale e le esigenze industriali degli Stati membri, da un lato, e la garanzia del libero mercato in regime di concorrenza, dall'altro.

carattere generale. A differenza che nell'ambito GATT¹¹⁰³, tali eccezioni sono di immediato rilievo ai fini della nostra trattazione. Ed anche la Corte ritenne che tale giustificazione fosse rilevante in tal maniera: secondo quanto riscontrato sia dagli Stati membri sia dalla stessa Commissione europea¹¹⁰⁴, la *pubblica sicurezza* menzionata nella disposizione era da intendersi come relativa sia a quella interna, sia a quella esterna¹¹⁰⁵; ragion per cui, la Corte ha ritenuto che la nozione di *pubblica sicurezza* era applicabile anche a prodotti di rilevanza strategica, come i *dual-use*¹¹⁰⁶. Ciò porterebbe anche, come suggerito dal giudice relatore Kakouris¹¹⁰⁷, a ritenere che la mancanza di un'azione di controllo, o di rilascio di una specifica licenza, da parte delle autorità dello Stato membro di origine non pregiudicasse la possibilità di ricorrere a queste da parte di altre autorità. Pur essendo assimilate dal generale principio di garantire la libertà di transito intracomunitario, quindi, le merci devono comunque sottostare alle singole discipline statali, che potranno prevedere anche altri requisiti da soddisfare all'atto di esportazione¹¹⁰⁸. Nel caso Aimé Richardt, ad esempio, la mancanza di un'autorizzazione specifica è stata ritenuta come in violazione della pubblica sicurezza del Lussemburgo.

Tuttavia, riprendendo anche il ragionamento effettuato nella *Aimé Richardt*¹¹⁰⁹, nel caso *Werner* la Corte asserì che la nozione di pubblica sicurezza impiegata nel regolamento del 1969, in relazione sia all'art. 34 che all'art. 113 TCE, poteva, o meglio doveva, essere interpretata in senso ampio, poiché una nozione restrittiva, a detta della Corte, sarebbe servita ad autorizzare gli Stati “*a restringere la circolazione delle merci nell'ambito del mercato interno in misura maggiore di quanto avviene con i paesi terzi*”¹¹¹⁰. La Corte, quindi, ha teso ad interpretare la disciplina delle esportazioni di beni *dual-use* alla stregua di un “compromesso” tra le esigenze di preservazione della sicurezza pubblica degli Stati, oramai sempre più fusa ed identificabile con quella della Comunità intera¹¹¹¹, e quelle di

¹¹⁰³ La disciplina delle eccezioni di pubblica sicurezza è contenuta, come visto, nell'art. XXI - *Security Exceptions*. Come già sottolineato, questa particolare giustificazione è specifica rispetto alle generali eccezioni previste dall'art. XX. A tal proposito, si può rilevare come, mentre nell'ambito del GATT tale eccezione assume una connotazione specifica, nell'ambito UE, essendo considerata generale, deve essere sottoposta ad un vaglio successivo da parte della Corte di Giustizia, in quanto si tratta di eccezioni generali. Anche la lettera del testo propende in questo senso, laddove non stabilisce direttamente che gli Stati possano adottare misure necessarie, come invece previsto dall'art. XX GATT, ma stabilisce espressamente (ult. parte) che le misure adottate “*non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*”. Quindi, è da ritenere che l'adozione di misure restrittive giustificate da esigenze di pubblica sicurezza non sono pienamente discrezionali, ma sono adottate nei limiti dell'adempimento dei fini dell'art. 36 TFUE, come sostenuto dalla Corte nella sentenza in commento.

¹¹⁰⁴ *Aimé Richardt*, § 22.

¹¹⁰⁵ GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 952, ritengono che l'applicazione di misure restrittive, in casi simili a questo, avrebbe potuto servire più gli scopi commerciali degli Stati membri, che non la finalità di tutela della pubblica sicurezza.

¹¹⁰⁶ *Aimé Richardt*, § 23; GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 949 ss. La mancanza di un riferimento preciso alla giustificazione della pubblica sicurezza, come nel caso *Campus Oil*, induce la dottrina a ritenere che, nell'ambito comunitario di allora, *tutti* i beni *dual-use* fossero da considerare come armamenti, o altamente suscettibili di applicazione militare (cfr. GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 950; M. HUNNINGS, *Legal Aspects of Technology Transfer to Eastern Europe and Soviet Union*, in SCHAFFER (a cura di), *Technology Transfer and East-West Relations*, 1985, p. 157).

¹¹⁰⁷ *Relazione citata*, § 20.

¹¹⁰⁸ GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 947, p. 952 ss.

¹¹⁰⁹ Espressamente richiamata ai §§ 25 ss.

¹¹¹⁰ *Werner*, cit. § 26.

¹¹¹¹ *Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs*, § 46.

preservazione della politica commerciale comune¹¹¹². In tal senso, perciò, si deve intendere la necessità per gli Stati membri di rilasciare specifiche autorizzazioni per l'esportazione di beni suscettibili di applicazione militare, utilizzati successivamente per ledere la sicurezza nazionale e quella internazionale¹¹¹³.

La Corte volle interpretare anche la possibilità di ricorrere a misure restrittive in relazione ai casi di *emergenza nazionale*, i quali potevano non rientrare nell'ambito di applicazione della pubblica sicurezza di cui si è *supra* discusso. Così, nella sentenza Elicotteri II, la Corte, vagliando sia la ricevibilità del ricorso¹¹¹⁴, sia infine la presenza della situazione di emergenza nazionale, dichiarò il ricorso non accoglibile, in quanto ritenne che al momento dell'acquisto dei due elicotteri era ancora sussistente l'ordinanza con cui il Governo italiano aveva autorizzato la deroga alla disciplina comunitaria di acquisto di tali beni¹¹¹⁵. Al contrario, la situazione di emergenza stabilita dal Governo italiano si sarebbe esaurita prima della scadenza del termine fissato¹¹¹⁶ per la presentazione delle motivazioni richieste dalla Commissione, a norma dell'art. 226 TCE (ora art. 346 TFUE)¹¹¹⁷.

Non appare evidente, da tale pronuncia, se la definizione di *pubblica sicurezza*, individuata dalla Corte nelle precedenti pronunce, sia stata ampliata. L'emergenza nazionale astrattamente rientrerebbe nell'ambito della pubblica sicurezza, ma, come si vedrà in seguito¹¹¹⁸, la Corte ha più volte delimitato tale giustificazione prevista dall'art. 346 TFUE solo in determinate situazioni¹¹¹⁹, strettamente collegate con l'ambito militare. Pertanto, la Corte, implicitamente, ha richiamato tali statuizioni.

Quindi, l'emergenza qui considerata è stata valutata come *lex specialis* rispetto alla normativa dell'art. 346 TFUE. Laddove il bene *dual-use* venga acquistato in deroga agli obblighi comunitari in materia di appalti e tale deroga sia autorizzata, esiste un'eccezione, applicabile solo in quei casi in cui i beni abbiano una finalità tipicamente civile e non anche militare. Inoltre, se il prodotto in questione è stato progettato per una finalità principale di tipo civile e solo in eventualità di tipo militare, la deroga ex art. 346 TFUE non è applicabile per acquisti "occasionalmente" della difesa¹¹²⁰.

Come limite generale alla libertà di circolazione e transito di beni *dual-use*, la Corte ha ritenuto anche che uno Stato potesse limitarli nel momento in cui dall'esportazione potesse derivare un nocimento alla pace e sicurezza internazionali. Così, nella sentenza Werner, si è assistiti, quindi, ad un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza dell'UE relativamente all'esportazione di beni *dual-use*. Nel caso in cui vengano identificati potenziali *cause di instabilità per la sicurezza di uno Stato, o della Comunità internazionale*, l'applicazione di misure restrittive quali il rilascio di specifiche

¹¹¹² Si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, § 17.

¹¹¹³ *Werner*, §§ 27-29; *Conclusioni* citate, § 29.

¹¹¹⁴ *Commissione c. Italia - Elicotteri I*, § 5 ss.

¹¹¹⁵ *Commissione c. Italia - Elicotteri I*, § 14 ss. Nelle sue *Conclusioni*, l'Avvocato Generale Jacobs affermò che la deroga era efficace anche senza prevedere l'obbligo di pubblicità della procedura (§ 47). In tal maniera, se le deroghe erano previste e la situazione ricadeva astrattamente in tali deroghe, la violazione poteva considerarsi giustificata.

¹¹¹⁶ L'Avvocato Generale asserì che anche le violazioni di breve durata del diritto comunitario non andavano esenti dalla procedura di infrazione (§§ 28-29), ed inoltre, nel momento in cui pervengono le risposte alla Commissione, non vi poteva essere giustificazione per lo Stato che mantenesse vigente un assetto in violazione del diritto comunitario, ovvero non avesse adottato alcuna misura per rimediare alla violazione.

¹¹¹⁷ *Commissione c. Italia - Elicotteri I*, §§ 15-16.

¹¹¹⁸ Cap. IV, § 4.2.

¹¹¹⁹ Si veda la giurisprudenza ivi citata.

¹¹²⁰ *InsTiimi*, § 35.

autorizzazioni va nel senso di garantire un primo ed immediato controllo sulle finalità della medesima esportazione, rimanendo in linea con l'assetto normativo determinato dalle politiche commerciali dell'Unione medesima. Dunque, l'uso di certificazioni per il rilascio di autorizzazioni troverebbe un suo fondamento proprio in questo "bilanciamento" di valori¹¹²¹.

Tale ragionamento è stato confermato anche nella sentenza *Leifer*, dove la Corte, con riferimento all'adozione di eccezionali provvedimenti di restrizione all'esportazione, a norma dell'art. 11 del reg. 1969/2603, ribadì che tali restrizioni potevano essere ritenute ammissibili nel momento in cui lo Stato avesse valutato che l'esportazione potesse gravemente nuocere alle relazioni esterne del medesimo, o che potesse apportare turbative alla *pacifica coesistenza dei popoli* (leggasi, ledere la stabilità e la sicurezza internazionali), poiché il regolamento stesso ammetteva che le esportazioni potevano essere bloccate o limitate nei casi in cui pubblica sicurezza potesse essere messa in pericolo¹¹²².

Laddove, però, queste situazioni non siano ritenute sussistenti, la Corte ha asserito che si sarebbero dovuti rispettare i generali principi relativi alla libertà di circolazione e di transito dei beni all'interno dell'Unione Europea, oltre a ricomprendere i beni *dual-use* entro la disciplina della politica commerciale comune.

Con riferimento proprio al necessario rilascio di licenze diverse da quelle generali, nella sentenza *Aimé Richardt* la Corte inizialmente tese a richiamare l'art. 36 dell'allora Trattato CEE¹¹²³, il quale ha stabilito un "*principio generale della libertà di transito delle merci nell'ambito della Comunità*"¹¹²⁴. Tuttavia, stante una generale libertà di transito, la Corte ammise anche che tale libertà poteva essere derogata nei casi in cui gli Stati avessero deciso di applicare particolari restrizioni¹¹²⁵. Codeste restrizioni, però, dovevano essere e rimanere giustificate nei limiti atti ad adempiere agli scopi posti dall'art. 36 summenzionato¹¹²⁶.

Se la concezione delle politiche per l'esportazione di beni *dual-use*, promulgata dalla Corte nella sentenza *Aimé Richardt*, derivava soprattutto dal clima politico-internazionale dell'epoca, le successive pronunce hanno completamente rivoluzionato l'assetto del pensiero giuridico comunitario, che si è lanciato in una nuova epoca di cooperazione internazionale e differente classificazione della categoria di tali beni.

In particolare, fu con la sentenza *Werner*¹¹²⁷ che la Corte di Giustizia fu chiamata a

¹¹²¹ *Conclusioni* citate, § 35 s.

¹¹²² *Leifer*, § 30.

¹¹²³ Prima diventato art. 30 con la numerazione del Trattato di Amsterdam, ora tornato nuovamente art. 36 dopo la numerazione del Trattato di Lisbona.

¹¹²⁴ *Aimé Richardt*, § 14; GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 946. C'è da sottolineare come la Corte stessa tese a mettere in evidenza le differenze circa le attività di esportazione, importazione e transito, ma, nel caso in concreto, volle sottolineare come l'esportazione ed il transito, nel momento in cui il bene ha come destinazione uno Stato terzo rispetto all'UE, coincidano qualora debba essere applicata la normativa interna di uno Stato membro considerato come "di transito", poiché in questo senso l'azione ha il fine di evitare una seconda applicazione della normativa sulle importazioni intra-comunitarie: GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 947 ss.

¹¹²⁵ *Aimé Richardt*, § 17.

¹¹²⁶ *Aimé Richardt*, § 19-20; *Campus Oil*, causa C-72/83, sentenza del 10 luglio 1984, § 32 e 37, in *Racc. gen.*, 1984, p. 2727.

¹¹²⁷ *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c. Repubblica federale tedesca*, C-70/94, sentenza del 17 ottobre 1995, in *Raccolta Generale*, 1995, I-3218 ss. Come per la *Aimé Richardt*, anche qui le circostanze fattuali del caso attenevano all'esportazione di materiale *dual-use*, in particolare di forni ad induzione verso la Libia. La giustificazione, da parte del governo tedesco, per aver adottato misure restrittive nei confronti del privato era relativa alla possibilità che la sicurezza nazionale fosse gravemente danneggiata dalla fornitura di tale materiale al governo libico, il quale avrebbe potuto impiegare siffatta tecnologia

pronunciarsi circa l'interpretazione dell'allora art. 113 TCE¹¹²⁸, che fissava i principi sulla politica commerciale comune¹¹²⁹. Secondo la Corte, tale politica non poteva essere definita od interpretata dagli Stati in senso restrittivo, poiché tale azione avrebbe inficiato la portata normativa dell'articolo in questione¹¹³⁰. Quindi, sempre secondo la Corte, anche i provvedimenti nazionali, adottati al fine di porre restrizioni commerciali, dovevano essere intesi come compresi nell'ambito di tale politica, anche laddove erano specificatamente relativi alla preservazione della sicurezza nazionale di uno Stato¹¹³¹.

La Corte sottolineò, inoltre, che, essendo le politiche commerciali comuni trasferite in capo alla Comunità Economica Europea, ogni singolo provvedimento nazionale avrebbe dovuto essere autorizzato dalla medesima Comunità¹¹³². Questa precisazione è importante per capire la portata innovativa di tale giurisprudenza: se in precedenza, come visto, la nozione di *pubblica sicurezza* aveva permesso agli Stati membri di applicare la propria legislazione o normativa interna, al fine di preservare la propria sicurezza, con la sentenza *Werner* la Corte ha voluto espressamente sottolineare come le azioni degli Stati dovevano essere anzitutto sottoposte al vaglio della Comunità, al fine di valutare che la portata dei propri provvedimenti non fosse in contrasto con i principi generali della Comunità medesima. Rispetto alla *Aimé Richardt*, quindi, l'evoluzione giurisprudenziale è andata nel senso di garantire *a priori* il principio del libero commercio intracomunitario, a discapito dell'ormai obsoleta¹¹³³ ideologia restrittiva imposta dal CoCom¹¹³⁴.

Tale tendenza fu confermata anche nella sentenza *Leifer*, dove la Corte sostenne come essendo i prodotti *dual-use* incorporati nella politica commerciale comune, un'eventuale normativa nazionale, che avesse avuto l'effetto (quantitativo od equivalente) di limitare le esportazioni, dovesse essere conforme a quanto previsto dall'art. 113 TCE, ragion per cui eventuali provvedimenti nazionali dovevano essere autorizzati dalla Comunità medesima¹¹³⁵.

La questione delle restrizioni all'esportazione è stata analizzata dalla Corte anche alla luce della distinzione tra provvedimenti restrittivi di natura quantitativa e provvedimenti restrittivi con effetto equivalente¹¹³⁶. Secondo la sentenza *Werner*, il rilascio di un'autorizzazione all'esportazione poteva costituire una restrizione di effetto equivalente, in quanto, anche alla luce dell'interpretazione contestuale dell'allora art. 34 TCE e del reg. 20 dicembre 1969, n. 2603¹¹³⁷, non si potevano escludere dall'ambito di applicazione delle norme citate e dell'art. 113 TCE misure adottate dagli Stati che avessero un effetto

per lo sviluppo di materiale missilistico. Anche qui, come per la *Aimé Richardt*, valgono le considerazioni circa le limitazioni commerciali e di esportazione, considerate d'uopo vista la permanenza all'epoca dei fatti in causa dell'accordo CoCom.

¹¹²⁸ Ora art. 207 TFUE.

¹¹²⁹ *Werner*, §§ 6-7.

¹¹³⁰ *Werner*, § 8.

¹¹³¹ *Werner*, §§ 9-10.

¹¹³² *Werner*, § 12 e giurisprudenza ivi citata.

¹¹³³ Appena un anno prima, gli Stati membri o partecipanti ai lavori del CoCom dichiararono che la medesima istituzione avrebbe cessato di operare a partire dal 1° gennaio 1994 (AHLSTRÖM, *op. cit.*, p. 396 s.). È, quindi, da ritenere che i giudici della Corte abbiano inteso questa manifestazione di volontà come un cambiamento della politica degli Stati membri della Comunità Europea e come una modifica intertemporale del diritto vigente, da intendersi come rilevante ai fini della causa.

¹¹³⁴ Si veda, nuovamente, GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 949 ss.

¹¹³⁵ *Leifer*, § 13. Inoltre, la Corte conferma che la natura *dual-use* dei prodotti non può per ciò solo sottrarli all'applicazione di tale disposizione (§ 11).

¹¹³⁶ *Werner*, §§ 13 ss.

¹¹³⁷ Relativo al regime di esportazioni verso stati terzi rispetto all'Unione europea, in GUUE, 1970, L324, p. 25 ss.

equivalente a quello delle restrizioni quantitative¹¹³⁸.

Non meno rilevante appare la sentenza *Leifer* del 1995¹¹³⁹, che specificatamente si indirizza al cuore della questione qui analizzata, ovvero se fosse ritenuto ammissibile che uno Stato membro (in tal caso, la Germania) avesse il potere di emanare sanzioni penali, ovvero provvedimenti restrittivi in generale, secondo il dettato dell'art. 113 TCE e del reg. 1969/2603 citato, o se tale potere dovesse essere delegato dalle istituzioni comunitarie, come precisato nella precedente sentenza *Werner*¹¹⁴⁰.

Ciò, ovviamente, ha l'effetto conseguente di aprire la strada ad una diversa valutazione della disciplina dei beni o prodotti *dual-use* in ambito comunitario: a prescindere dall'applicazione di una giustificazione di pubblica sicurezza offerta dallo Stato, le misure restrittive, che sono evidentemente un ostacolo alla libertà di commercio, incidono sui diritti dei singoli, i quali potranno far valere le loro ragioni dinanzi al giudice nazionale, espressamente chiamato ad applicare il diritto UE e a valutare la proporzionalità di tali misure rispetto ai fini che le norme comunitarie (di diritto primario o derivato) intendono perseguire. Ma, al tempo stesso, il singolo diviene il soggetto giuridico rilevante, soprattutto in questo ambito, poiché è identificato come l'operatore principale delle esportazioni di tali beni. Non deve, per ciò solo, essere soggetto soltanto a doveri di controllo e di fornitura della documentazione necessaria ai fini del rilascio delle autorizzazioni specifiche, ma potrà anche far valere i propri diritti in relazione alla più generale libertà di commercio¹¹⁴¹.

La novità della sentenza fu rappresentata dall'ultima questione pregiudiziale, in base alla quale si richiese se l'art. 113 TCE e/o il reg. 2603/1969 esplicassero effetti diretti a prescindere sia da un'eventuale recepimento di quest'ultimo all'interno dello Stato membro, sia di un'eventuale ricorso fatto dal singolo nei confronti dello Stato di nazionalità; la Corte, richiamando la propria giurisprudenza consolidata¹¹⁴², ammise che la legislazione derivata esplicava direttamente i suoi effetti, a prescindere dal soggetto giuridico destinatario, fosse esso Stato o singolo; in tal caso, i diritti ed obblighi scaturenti da tale legislazione trovavano immediata efficacia. Quindi, è possibile sostenere che le

¹¹³⁸ *Werner*, § 22. La Corte, in seguito (§ 23), fece riferimento all'art. XI GATT relativo all'eliminazione di restrizioni quantitative al commercio internazionale, statuendo che una siffatta norma internazionale può essere chiamata in causa "ai fini dell'interpretazione di una norma comunitaria relativa al commercio internazionale".

¹¹³⁹ *Procedimento penale a carico di Peter Leifer et al.*, C-83/94, sentenza del 17 ottobre 1995, in *Raccolta Generale*, 1995, I-3235 ss.

¹¹⁴⁰ Si osservino (§ 6) i quesiti di rinvio pregiudiziale (ben sei) proposti dal giudice a quo di Darmstadt, sede giudiziale presso cui è stato avviato il procedimento penale a carico di *Leifer et al.*, per aver esportato, tra il 1984 ed il 1988, prodotti *dual-use*, sistemi di applicazione di tali prodotti e materiali chimici in Iraq. Tale procedimento può ritenersi in linea con altri a carattere nazionale, come il caso *US v. Hendron* (1993) e *US v. Evans* (1987), nonché il caso *BAE Systems Inc.* (1996), tutti relativi alla illiceità delle esportazioni di materiali *dual-use* e armamenti verso l'Iraq. L'illiceità dei trasferimenti di tali prodotti e beni è stata osservata anche in relazione alla commissione di crimini internazionali nel filone giurisprudenziale *Van Kouverhoven* (2006-2013) e davanti alla giustizia internazionale nel caso *Taylor* (2012). Per una disamina di tale giurisprudenza, si veda il Cap. VI.

¹¹⁴¹ Indirettamente, questo principio sembra sia stato richiamato anche dall'ATT, Preambolo, IV° considerando, nel quale si tiene conto sia delle generali esigenze di difesa degli Stati, sia della libertà di commercio. Pur non essendo direttamente applicabile agli individui, si può qui parlare di una diretta efficacia della norma internazionale a soggetti sub-statali. E proprio perché tali effetti diretti si esplicano nei confronti dei singoli, gli stessi saranno anche sottoposti ai doveri prescritti dall'ATT, quali gli obblighi di richiedere l'autorizzazione all'esportazione, la tenuta di registri e gli obblighi di trasparenza, oltre alla necessità di fornire le informazioni rilevanti sulla destinazione e sulla presenza di eventuali rischi ivi presenti.

¹¹⁴² Causa C-106/77, *Simmenthal*, sentenza del 9 marzo 1978, in *Racc. Gen.* 1978, p. 629, punto 15.

eventuali misure restrittive, imposte da uno Stato membro per ragioni di pubblica sicurezza, possono essere direttamente impugnate dinanzi al giudice nazionale, cui spetterà il sindacato, alla luce del diritto comunitario applicabile, sia sulla proporzionalità tra la misura ed il risultato perseguito, sia sulla fondatezza della giustificazione offerta dallo Stato in relazione a tali misure¹¹⁴³.

La questione di applicare autorizzazioni più o meno restrittive per l'esportazione di siffatti beni è stata valutata dalla Corte anche alla luce del principio di *proporzionalità* della sanzione applicata alla violazione delle restrizioni. In particolare, nella sentenza *Aimé Richardt*, la Corte ha ritenuto che la confisca del bene fosse da considerare come sproporzionata rispetto ai fini previsti dall'art. 36 TFUE, in quanto la norma non avrebbe inteso bloccare il bene da esportare o importare, bensì solo di impedirgli il transito od il trasferimento, perciò il semplice respingimento alla dogana poteva essere ritenuto più che sufficiente¹¹⁴⁴. Tale valutazione, però, spettava al giudice nazionale, il quale l'avrebbe valutata alla luce dell'attitudine del bene a ledere la sicurezza nazionale, alle circostanze dell'infrazione e alla buona o mala fede dell'operatore privato¹¹⁴⁵.

La Corte ribadì tale ragionamento anche nella sentenza *Leifer*, nella quale stabilì che, all'interno del proprio potere discrezionale, gli Stati (o meglio, le autorità preposte al controllo) potevano sempre richiedere che l'operatore privato fornisse adeguata prova dell'esclusiva finalità civile e pacifica del prodotto da esportare, o bloccare oppure richiedere adeguata documentazione in relazione all'eventuale finalità militare dello stesso¹¹⁴⁶.

Infine, la Corte ha voluto sottolineare come, proprio in relazione all'applicazione di misure restrittive, penali od amministrative, nei confronti di un privato, sarebbe spettato al giudice nazionale valutare in concreto se la proporzionalità tra quanto prescritto e quanto effettivamente applicato fosse perfettamente bilanciata¹¹⁴⁷. Tale bilanciamento doveva essere operato anche nei casi in cui lo Stato membro avesse previsto l'irrogazione di una sanzione a carattere penale per l'esportazione non autorizzata di beni *dual-use*¹¹⁴⁸.

Non solo il giudice avrebbe potere di valutare la proporzionalità tra le esigenze di uno Stato e la misura restrittiva individuale adottata dal medesimo in relazione alle eccezioni ex art. 346 TFUE. La Corte ha voluto sottolineare che tale azione doveva essere esperita dal giudice nazionale anche laddove dovesse verificare che la motivazione offerta dallo Stato rientrasse o meno nell'ambito di operatività dell'articolo citato. Nella sentenza *InsTiimi*, la Corte riprese i propri ragionamenti fatti con riferimento all'art. 296 TCE¹¹⁴⁹, con i quali ribadì che l'eccezione posta dall'articolo citato andava intesa in senso restrittivo rispetto alla portata potenziale della medesima disposizione¹¹⁵⁰. Ammettendo anche che l'elenco di cui alla decisione del Consiglio del 1958 rientrasse nell'eccezione sopra prevista, il compito di decidere se un prodotto rientrasse o meno tra le tipologie ivi elencate sarebbe spettato al giudice nazionale, il quale era tenuto a verificare l'esatta corrispondenza tra il bene oggetto di causa (o di contestazione da parte dell'autorità) e quello effettivamente

¹¹⁴³ *Leifer*, § 46.

¹¹⁴⁴ *Aimé Richardt*, § 24.

¹¹⁴⁵ *Aimé Richardt*, § 25; GOVÄRE - EECKHOUT, *op. cit.*, p. 951-952.

¹¹⁴⁶ *Leifer*, § 36.

¹¹⁴⁷ *Leifer*, *ib.*

¹¹⁴⁸ *Leifer*, § 42.

¹¹⁴⁹ Vedi Cap. IV, § 4.2.

¹¹⁵⁰ *InsTiimi*, § 35. Si vedano anche le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Kokott, presentate il 19 gennaio 2012, § 39.

elencato¹¹⁵¹.

2. Trasferimenti di armi convenzionali “nuove”

2.1 - Armi “ibride”: la questione dei droni

Essendo le armi considerate quali tecnologia, inevitabilmente finiscono in una condizione di obsolescenza¹¹⁵². Tale condizione subentra nel momento in cui un nuovo *method of warfare* o un nuovo obiettivo militare si presentano come di difficile approccio per la tecnologia esistente, inadatta a sostenere il confronto¹¹⁵³.

Così, l'evoluzione del combattimento ha generato anche nuove necessità militari e della difesa. In tal maniera, è possibile spiegare il ricorso sempre più elevato, da parte dei vari Stati, alle nuove tecnologie nell'ambito militare. Tra queste, sicuramente degna di nota è l'applicazione delle conoscenze sulla teleguida in remoto di aeromobili, veicoli e finanche proiettili missilistici.

Tale tecnologia, meglio conosciuta come *unmanned aerial vehicles* o “droni”¹¹⁵⁴, presenta, per le caratteristiche intrinseche di tali armamenti, problemi sia dal punto di vista della categorizzazione del tipo di arma, sia infine, per quel che qui immediatamente ci riguarda, il diritto applicabile in caso di trasferimenti internazionali di tali armi.

Il problema principale riguarda anzitutto la difficoltà di trovare una precisa classificazione dell'intera categoria all'interno di alcune discipline giuridiche internazionali. Essendo tali armi impiegate in maniera differenziata (dal sorvolo di aree ai fini di sorveglianza, controllo o *intelligence*, fino all'impiego come testate missilistiche¹¹⁵⁵), il problema è capire anche se vi siano dei divieti di impiego e utilizzo sul campo di

¹¹⁵¹ *InsTiimi*, § 37.

¹¹⁵² L'uso del termine “*Tecnologia*” associato all'aggettivo “*militare*” risale all'inizio degli anni '60, allorché si cominciarono a studiare nuovi metodi di combattimento attraverso l'applicazione di conoscenze tecnologiche. Se in precedenza, l'oggetto utilizzato per l'offesa o la difesa era prevalentemente considerato “arma”, da quel momento vi furono maggiori considerazioni circa il rapporto che si era instaurato tra la tecnologia e l'ambito della difesa militare, inestricabilmente correlati dalla necessità militare e dalla necessaria crescita economica. Si veda, a tal proposito, V. W. RUTTAN, *Is War Necessary for Economic Growth? Military Procurement and Technology Development*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 2 ss.

¹¹⁵³ Secondo RUTTAN, *op. cit.*, p. 27 ss., ed in particolare 37 ss., l'industria della difesa ha da sempre generato un approccio di continua necessità del rinnovamento della tecnologia militare. Ciò inevitabilmente ha portato l'industria bellica, soprattutto quella americana fino al 1960, a conformarsi ai generali modelli industriali, non ultimo quello della produzione di massa delle parti e componenti delle armi (c.d. metodo *fordista*). Negli Stati Uniti, la produzione industriale militare ha conseguentemente generato un movimento di vendite non solo interne, ma anche transnazionali di armi, al fine di garantire una produzione continua. Da ciò, infine, sarebbe generato anche il movimento di “rimpiazzo” dei precedenti modelli di armi e delle loro parti e componenti, alla base della costruzione di un mercato quale è quello che in quest'opera viene studiato. Sui diversi metodi per rimpiazzare la tecnologia militare obsoleta, si veda R. L. MARION, *Mitigating COTS Obsolescence in Military Test*, in *AUTOTESTCON Proceedings, 200: IEEE Systems Readiness Technology Conference*, 2001, pp. 746-756.

¹¹⁵⁴ M. WAGNER, voce *Unmanned Aerial Vehicle*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2014, § 1, dove si espone, tra le altre cose, anche le differenti terminologie di ordine tecnico-scientifico che vengono impiegate per differenziare i droni sulla base delle funzioni e degli impieghi assegnati.

¹¹⁵⁵ WAGNER, *op. cit.*, § 11; United Nations Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston - Study on targeted killings*, A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, § 27, 29 ss.

battaglia, e di conseguenza divieti di trasferimento o di vendita¹¹⁵⁶.

Per quanto riguarda il diritto applicabile quale forma di regolamentazione generale dei trasferimenti di droni.

Nel caso in cui i droni vengano progettati allo scopo di costituire un'arma da usare contro la controparte, sicuramente la disciplina applicabile risulterà essere quella del *Missile Technology Control Regime* (MTCR), disciplina a carattere tecnico, nella quale si indicano anche i requisiti per gli UAVs¹¹⁵⁷. Essendovi una classificazione ed una regolamentazione molto tecniche, tale strumento pattizio stabilisce solo delle linee-guida che gli Stati aderenti¹¹⁵⁸. Per quanto riguarda la categoria di equipaggiamenti e tecnologia in cui sono ricompresi gli UAVs, la convenzione stabilisce che i trasferimenti di tale tecnologia, o delle sue componenti, non è vietata *a priori*¹¹⁵⁹, ma deve essere soggetta ad una certificazione di uso finale od addirittura ad una verifica successiva da parte degli altri Stati parte del regime pattizio¹¹⁶⁰.

Quindi, è ammissibile ritenere che, dato il potenziale di pericolo che tali tecnologie possiedono, oltre all'impiego che se ne può fare, l'autorizzazione all'esportazione è comunque applicabile. Essendo prevista una certificazione di uso finale (ma non di utenza finale), è ragionevole ammettere che lo Stato di esportazione potrà sempre negarla, laddove ritenga che, sulla base di una valutazione di ordine più politico che non giuridico, la tecnologia missilistica esportata potrebbe avere serie ripercussioni sulle proprie relazioni internazionali¹¹⁶¹.

Il problema potrebbe sorgere nel momento in cui il drone esportato sia ben al di sotto delle soglie stabilite. L'impiego che se ne potrebbe fare sicuramente sulla legittimità dell'uso, oltre che di esportazione fuori limite e condivisione del *know-how* di produzione con Stati soggetti a qualche tipo di restrizione¹¹⁶². Il problema, inoltre, è relativo anche alle

¹¹⁵⁶ WAGNER, *op. cit.*, § 2, che però esclude “*per comune comprensione*” l'impiego quali missili.

¹¹⁵⁷ Nell'Allegato sugli Equipaggiamenti, Software e Tecnologie connesse, alla Categoria II, n. 1.A.2. si specifica che gli UAVs che abbiano capacità di carico degli armamenti e della strumentazione inferiore a 500 kg e con un raggio di azione in volo fino a 300 km saranno soggetti a determinate caratteristiche tecniche, ivi comprese le componenti strutturali. Al contrario, laddove si eccedano tali capacità l'UAV rientrerà nella categoria di cui al n. 19.A.2., la quale prevede diversi limiti di natura tecnica. In sostanza, vi saranno diverse considerazioni sul trasferimento in ragione della classificazione ivi descritta.

¹¹⁵⁸ Sono in totale 34, cui si aggiungono Stati aderenti unilaterali (ovvero Stati che, pur non avendo partecipato alla negoziazione dell'accordo o non avendo ratificato lo stesso, abbiano fatto espressa dichiarazione di applicare le linee-guida in esso previste, ma dando prevalenza ai propri principi di produzione ed esportazione di tecnologia militare) quali Israele, FYROM, Romania e Slovacchia. Lo status della Cina quale aderente unilaterale è ancora sotto revisione. L'attuazione delle linee-guida è a totale discrezione degli Stati: M. ZENKO - S. KREPS, *Limiting Armed Drone Proliferation*, Council on Foreign Relations, Council Special Report n. 69, June 2014, p. 17.

¹¹⁵⁹ Come invece accade per la tecnologia e le componenti della Categoria I dell'Allegato, relativa alle armi di distruzione di massa, per le quali si stabilisce una “presunzione di diniego all'autorizzazione ad esportare” (*Guidelines MTCR*, § 2).

¹¹⁶⁰ *Guidelines MTCR*, § 5.

¹¹⁶¹ Come visto anche per le linee-guida sull'esportazione di beni *dual-use* nel regime dell'Intesa di Wassenaar, è ammissibile ritenere che anche in questo caso sia previsto, almeno implicitamente, il ricorso ad un approccio di tipo precauzionale. Vero è che la compilazione della certificazione qui indicata già costituisce una misura di *confidence and security-building*, la quale solleverebbe da ogni ulteriore obbligo di *due diligence* lo Stato di esportazione. Tuttavia, come vedremo appresso, se tale misura non fosse sufficiente ad evitare i rischi connessi, sarebbe necessario, per tale Stato, ricorrere proprio alla valutazione del rischio, di cui ad es. all'art. 7 dell'ATT.

¹¹⁶² Fino al 2012 almeno, gli USA, che erano tra i principali produttori di droni, erano i più “restii” tra gli esportatori. Ciò in virtù soprattutto di una politica abbastanza cauta nell'esportazione di tecnologia militare che garantisse, soprattutto agli alleati, un vantaggio tattico al pari degli Stati Uniti medesimi (vedi paragrafo successivo). Al contrario, questa reticenza commerciale statunitense fu ampiamente

eventuali responsabilità che si possono generare dall'impiego più o meno difforme del drone esportato: nel caso in cui lo Stato alleato che abbia siglato un accordo di vendita, impieghi questi droni al di fuori od al di là dei limiti imposti dal contratto¹¹⁶³.

Nel caso, invece, in cui il drone sia venduto quale aeromobile, per il trasporto di carichi particolari o per l'osservazione, non sussisteranno particolari limiti di natura pattizia o giuridica in generale per l'esportatore, ma vi saranno sicuramente delle diverse considerazioni per l'importatore: anzitutto, laddove il drone debba essere impiegato a fini di osservazione, questo dovrà essere registrato secondo le disposizioni del Trattato *Open Skies* anzidetto¹¹⁶⁴, e contemporaneamente dovranno essere indicate anche le quote di voli per l'osservazione¹¹⁶⁵, oltre agli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitario di rendere il drone identificabile per mezzo di segni distintivi e di approvare il volo di questo per il tramite di ordini specifici.

Sia che il drone sia considerato quale aeromobile, sia che sia considerato quale testata missilistica¹¹⁶⁶, sussiste ora in entrambi i casi il generale obbligo di effettuare una valutazione del rischio preponderante, a norma dell'art. 7 dell'ATT; saranno, inoltre, applicabili altri obblighi previsti dal medesimo trattato e relativi alla certificazione dell'utenza e dell'utente finale¹¹⁶⁷ e alla registrazione dei trasferimenti effettuati e degli eventuali dinieghi di esportazione¹¹⁶⁸. Tali obblighi, pur se aventi meramente natura pattizia, e pertanto con l'eventuale limite fisiologico della ratifica o dell'adesione del trattato da parte dello Stato esportatore, possono essere riconosciuti come aventi natura consuetudinaria; anzitutto, come vedremo anche in seguito¹¹⁶⁹, poiché l'obbligo di valutazione preventiva è imposto in capo agli Stati esportatori, i quali possono essere identificati ora con i grandi produttori di armi, per la maggior parte sottoposti ad obblighi di natura simile¹¹⁷⁰.

A questo, però, è necessario comprendere se la prassi degli Stati si sia conformata a tali obblighi internazionali, o se al contrario si stia atteggiando in maniera differente.

compensata da altri Stati produttori, quali Israele e Cina (Stati aderenti unilateralmente), che hanno esportato la propria tecnologia anche verso destinazioni non gradite dagli USA stessi, quali l'Iran. Dalla fine del 2012 la *policy* statunitense ha cominciato a cambiare e, come vedremo, si sono aperti al mercato dei droni militari.

¹¹⁶³ E tendenzialmente evincibili anche dalle regolamentazioni interne di molti Stati: ad esempio, gli Stati Uniti prevedono alcune rigide regole per lo Stato rifornito, contenute nelle *Foreign Military Sales Regulations*, sulla possibilità d'impiego della tecnologia militare, le quali possono essere considerate a tutti gli effetti una clausola di limitazione dell'esportazione e dell'impiego.

¹¹⁶⁴ Laddove lo Stato di importazione sia parte del Trattato; si veda l'art. II.

¹¹⁶⁵ Art. II, § 10 del Trattato: per tali si intendono “*il numero di voli d'osservazione che ciascuno Stato Parte ha il diritto di effettuare come Parte osservante*”.

¹¹⁶⁶ Come previsto dall'art. 2, § 1, lett. *d*) e *g*) dell'ATT.

¹¹⁶⁷ Tale obbligo è evincibile dall'art. 7, § 3 dell'ATT, che impone di adottare misure per il contenimento del rischio. Con tali si possono identificare i tipi di certificato richiamati. Si veda, in particolare, quanto esposto nel Cap. III, § 2.2.

¹¹⁶⁸ Art. 12 dell'ATT.

¹¹⁶⁹ Vedi Cap. VI.

¹¹⁷⁰ Si veda quanto riferito nel § 1.2.1 di questo capitolo, e quanto verrà riferito nel Cap. VI. In realtà, bisogna parlare di verosimiglianza degli obblighi internazionali che prevedono una valutazione di questo tipo, poiché il rischio da accertare è differentemente graduato: ad es., nell'Intesa di Wassenaar si prevede solo un rischio che le armi esportate possano essere utilizzate da gruppi terroristici, mentre nell'ATT si prevede espressamente che il rischio debba essere prevalente o preponderante (“*overriding*”), ovvero con un grado di certezza e probabilità della sua realizzazione maggiore rispetto al precedente strumento pattizio. Anche nelle normative UE è prevista una simile valutazione, ma il rischio da individuare è espressamente rivolto ai diritti dell'uomo ed alla sicurezza nazionale degli Stati membri, oltre che alla preservazione della pace e sicurezza nazionale, assumendo quindi un grado intermedio.

2.2 – Osservazioni sulla prassi statale: le Linee direttrici del governo statunitense sull'esportazione di droni ad uso militare (2015)

Nel febbraio 2015, il Dipartimento di Stato del Governo statunitense emise un comunicato in cui illustrava le nuove linee-guida della Difesa per l'esportazione di tecnologia militare sensibile, ed in particolare di droni a specifico uso militare¹¹⁷¹. La necessità di tale documento nasceva da una mera constatazione di fatto: l'impiego di droni ad uso militare era sempre più crescente e, di conseguenza, si era sviluppato un correlato mercato in cui la produzione e l'esportazione di tali mezzi veniva posta in essere¹¹⁷².

Quel che, però, realmente spinse il Governo statunitense ad emanare siffatte Linee derivò anche dalla constatazione che l'impiego di tali droni avrebbe potuto essere difforme rispetto al proposito iniziale di vendita¹¹⁷³.

La *policy* statunitense, inoltre, si inserisce anche in un quadro più ampio di legislazione previgente, composta, da un lato, dalle linee di *policy* relative all'esportazione di armi convenzionali¹¹⁷⁴ e, dall'altro, da iniziative governative assunte con altri Stati alleati per generare standard comuni per la vendita ed il trasferimento di tecnologia UAV¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ United States Department of State, *U.S. Export Policy for Military Unmanned Aerial Systems*, Fact Sheet, Office of the Spokesperson, 17 February 2015, disponibile all'URL <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2015/02/237541.htm>. Per ulteriori esplicazioni, si vedano anche: AA. VV. *US Policy on the Export of Unmanned Aerial Systems (UAS): A Detailed Look and Analysis*, Stepoe&Johnson LLP Publication, 7 aprile 2015; D. L. HALL-B. DANIELS-D. GOREN, *U.S. Regulation of the Use and Export of Unmanned Aerial Systems*, in *TerraLex Connections Newsletter*, 23 aprile 2015, disponibile all'URL <http://www.terralex.org/publication/p7dad0c2bef/usregulationoftheuseandexportofunmannedaerialsystems>.

¹¹⁷² In tal senso, si veda il Preambolo della *U.S. Policy* citata.

¹¹⁷³ Si veda in proposito il Preambolo della *U.S. Policy* citata, nella parte in cui chiarisce che “*the United States has a responsibility to ensure that sales, transfers, and subsequent use of all U.S. origin UAS are responsible and consistent with U.S. national security and foreign policy interests, including economic security, as well as with U.S. values and international standards*”.

¹¹⁷⁴ *Presidential Policy Directive No. 27: United States Conventional Arms Transfer Policy*, 15 January 2014, disponibile all'URL <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/01/15/presidential-policy-directive-united-states-conventional-arms-transfer-p>.

¹¹⁷⁵ Così viene affermato: “*The new export policy is part of a broader United States UAS policy review which includes plans to work with other countries to shape international standards for the sale, transfer, and subsequent use of military UAS*”. Questa affermazione, per quanto solo implicitamente, sembrerebbe esprimere un consenso statunitense a “vincolarsi” allo standard internazionale di trasferimento delle armi convenzionali, come espresso nell'ATT (di cui gli USA sono solo firmatari). Tale affermazione, inoltre, deve esser letta in combinato disposto con quanto affermato anche nella *Policy* del 2014 citata, nella quale si statuisce che “*all arms transfer decisions will be consistent with relevant domestic law and international commitments and obligations, and will take into account the following criteria: Appropriateness of the transfer in responding to legitimate U.S. and recipient security needs; Consistency with U.S. regional stability interests, especially when considering transfers involving power projection capability, anti-access and area denial capability, or introduction of a system that may foster increased tension or contribute to an arms race; The impact of the proposed transfer on U.S. capabilities and technological advantage, particularly in protecting sensitive software and hardware design, development, manufacturing, and integration knowledge; The degree of protection afforded by the recipient country to sensitive technology and potential for unauthorized third-party transfer, as well as in-country diversion to unauthorized uses; The risk of revealing system vulnerabilities and adversely affecting U.S. operational capabilities in the event of compromise; The risk that significant change in the political or security situation of the recipient country could lead to inappropriate end-use or transfer of defense articles; The degree to which the transfer supports U.S. strategic, foreign policy, and defense interests through increased access and influence, allied burden sharing, and interoperability; The human*”.

Tale standard dovrà essere accertato concretamente, ovvero con una valutazione dei singoli casi¹¹⁷⁶. Da ciò deriva che:

a) il controllo all'esportazione non produce il rilascio di autorizzazioni, bensì vi sarà una vendita diretta da parte del Governo. Tale constatazione parte dalla menzione della disciplina relativa alla vendita *government-to-government*, inclusa nel *Foreign Military Sales Program*¹¹⁷⁷. Ciò, inoltre, sembrerebbe anche evincibile dal tenore letterale complessivo della *Policy*, che non parla di “autorizzazioni”, “licenze” o “concessioni”, bensì menziona solo uno standard di controllo per l'esportazione¹¹⁷⁸;

b) anche laddove si volesse parlare di rilascio di autorizzazioni (ad es., per industrie private produttrici di tali tecnologie, che mettano sul mercato internazionale i propri prodotti anziché trasferirli preventivamente al Governo), queste non sarebbero generali: ciò, ovviamente, dà ad intendere che la sensibilità della tecnologia qui in esame è decisamente elevata per poter predisporre un sistema automatico di autorizzazione; indi per cui, è più opinabile la scelta per un sistema di controllo e vendita centralizzato.

Come ulteriore condizione di vendita e trasferimento della tecnologia UAV, la *Policy* ritiene che gli Stati acquirenti debbano accettare la clausola di non riesportazione, nella sua forma tipica ed attuale di certificazione *end-use*, che quindi viene predisposta dall'acquirente come forma di garanzia della compravendita¹¹⁷⁹. A tale garanzia, la *Policy* allega anche l'osservanza di quanto previsto nei requisiti tecnici della Convenzione MTCR, espressamente includendo i droni ad uso militare entro la Categoria I descritta in precedenza¹¹⁸⁰.

I trasferimenti attuati tramite il meccanismo della *Policy* devono, ulteriormente, rispettare alcuni principi fondamentali. Si tratta, in particolare, di principi relativi all'impiego dei droni nelle diverse situazioni individuate dagli Stati acquirenti, quali la sorveglianza o l'impiego in un conflitto armato. La ragione per imporre tale osservanza di principi discende, come *supra* visto, dal massiccio impiego di tali strumenti tecnologici da un numero sempre più crescente di Stati. Ciò, come detto, comporta anche che la vendita di tale tecnologia genera, a sua volta, un mercato, un “commercio” appunto. Se la maggior

rights, democratization, counterterrorism, counterproliferation, and nonproliferation record of the recipient, and the potential for misuse of the export in question; The likelihood that the recipient would use the arms to commit human rights abuses or serious violations of international humanitarian law, retransfer the arms to those who would commit human rights abuses or serious violations of international humanitarian law, or identify the United States with human rights abuses or serious violations of international humanitarian law; The impact on U.S. industry and the defense industrial base, whether or not the transfer is approved; The availability of comparable systems from foreign suppliers; The ability of the recipient to field effectively, support, and appropriately employ the requested system in accordance with its intended end-use; The risk of adverse economic, political, or social impact within the recipient nation and the degree to which security needs can be addressed by other means” (§ 2). Ciò, dunque, sembrerebbe porsi come ulteriore prova del fatto che vi sia oramai una piena accettazione dello standard previsto nell'ATT.

¹¹⁷⁶ *U.S. Policy* citata, § 1.

¹¹⁷⁷ Foreign Military Sales Act, US Public Law 90-629, HR-15681, 22 October 1968. Il programma può essere consultato all'URL <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

¹¹⁷⁸ A ciò si aggiunge anche il correlato potere di impedire l'esportazione (*U.S. Policy* citata, ultimo paragrafo) laddove non vi siano sufficienti garanzie, da parte degli Stati acquirenti, che vengano rispettati i principi di cui appresso.

¹¹⁷⁹ *U.S. Policy* citata, § 1: “*The new export policy puts in place stringent conditions on the sale or transfer of military UAS, including potential requirements for: [...] Each recipient nation to be required to agree to end-use assurances as a condition of sale or transfer; End-use monitoring and potential additional security conditions to be required; and All sales and transfers to include agreement to principles for proper use*”.

¹¹⁸⁰ *U.S. Policy* citata, § 1. Si veda anche il precedente § 2.1.

parte degli Stati acquistasse droni dagli Stati Uniti¹¹⁸¹, e non vi fosse un conseguente controllo dei droni esportati, necessariamente si genererà una responsabilità connessa per aver fornito aiuto nella commissione di un eventuale illecito¹¹⁸². Per tale motivo, il Governo statunitense, oltre a richiedere le garanzie procedurali di cui sopra, impone ai propri contraenti governativi anche l'osservanza delle norme di diritto internazionale rilevanti per l'impiego di droni, ovvero i limiti giuridici della tutela dei diritti umani durante un conflitto armato¹¹⁸³, per l'impiego in operazioni dove l'uso della forza è legittimo secondo il diritto internazionale, ovvero secondo i limiti alla legittima difesa¹¹⁸⁴, ed il divieto di impiego di droni militari per fini di sorveglianza della popolazione civile¹¹⁸⁵.

All'indomani dell'adozione di tale linea politica, ampia parte del dibattito ha individuato come si fosse data vita alla predisposizione di un assetto burocratico per l'esportazione dei droni ad uso militare; ciò, dunque, non darebbe automaticamente origine alla creazione di un mercato concorrenziale, bensì determinerebbe l'ingresso in un oligopolio tecnologico, in cui la domanda continua a salire¹¹⁸⁶. Inoltre, tale linea di controllo voluta dal Governo nell'esportazione dei droni fa perfettamente intendere come una simile politica sia in linea con lo standard internazionale sulla responsabilità per trasferimento, ma al tempo stesso esponga una linea molto forte sulla *opinio juris* relativa a tale standard, confermandolo¹¹⁸⁷.

Infine, una constatazione di fatto. Successivamente all'emanazione della *Policy* furono confermate alcune trattative negoziali con alleati strategici nel sistema NATO. Una di queste trattative ha riguardato proprio l'Italia¹¹⁸⁸ per l'acquisto di diverso materiale a guida in remoto. Quel che colpisce, anzitutto, è il fatto che il Governo stesso abbia svolto

¹¹⁸¹ Come visto in precedenza, i maggiori esportatori fino al 2014 erano Stati vincolati alla Convenzione MTCR solo in parte od in maniera unilaterale, come Cina e Israele. Gli Stati Uniti sono rimasti tendenzialmente chiusi al mercato dei droni, probabilmente le relative difficoltà di condividere tecnologia altamente sensibile con gli alleati e con il timore che tali armi potessero finire in Stati non alleati o, peggio, nelle mani di gruppi terroristici. Questa tesi è stata supportata anche dalla lobby dell'industria della difesa, che ha costantemente sottolineato la mancanza di un mercato per la propria tecnologia ed il continuo arretramento nelle gerarchie industriali internazionali dovuto alla chiusura delle esportazioni: R. STOHL, *Exercising Restraint? The New U.S. Rules of Drone Transfers*, in *Arms Control Today*, maggio 2015, § 2, disponibile all'URL <http://www.armscontrol.org/taxonomy/term/69>.

¹¹⁸² STOHL, *op. cit.*, § 3; più diffusamente, B. KELLMAN, *Exporting Armed Drones - The United States Sets Policy*, in *ASIL Insight*, vol. 19, n. 17, 24 luglio 2015, § 2. Si veda in tal proposito quanto descritto nel Cap. I, § , e quanto verrà descritto nel cap. VI.

¹¹⁸³ U.S. Policy citata, § 2: "Recipients are to use these systems in accordance with international law, including international humanitarian law and international human rights law, as applicable".

¹¹⁸⁴ U.S. Policy citata, § 2: "Armed and other advanced UAS are to be used in operations involving the use of force only when there is a lawful basis for use of force under international law, such as national self-defense". Per quanto quest'ultima espressione sembri ambigua, è oramai pacifico ritenere che tale istituto sia da considerare solo nel senso comune diffuso nell'ambito del diritto internazionale.

¹¹⁸⁵ U.S. Policy citata, § 2: "Recipients are not to use military UAS to conduct unlawful surveillance or use unlawful force against their domestic populations".

¹¹⁸⁶ STOHL, *op. cit.*, § 4.

¹¹⁸⁷ KELLMAN, *op. cit.*, § 1. È possibile ritenere che lo standard pattizio dell'ATT sia in realtà la cristallizzazione di precedenti prassi nazionali, con le quali si sono fissate rilevanti linee politiche in materia di controlli sull'esportazione di armi convenzionali, seppur limitatamente alle SALW. L'estensione anche ad altri tipi di armi convenzionali, sicuramente differenti dalle SALW per tipo e caratteristiche, ma che rientrano nelle più generali categorie stabilite dal registro ONU delle armi convenzionali, deriverebbe dalla necessità di individuare la principale finalità militare delle armi, ancorché le specifiche tecniche..

¹¹⁸⁸ Defence Security Cooperation Agency - News Release n. 15-59, "Italy - Weaponization of MQ-9s", 4 novembre 2015, consultato sul sito <http://www.dsca.mil>

una funzione di intermediazione (proprio sulla base del *Memorandum of Understanding* di reciproco *procurement* della difesa¹¹⁸⁹) tra il concreto produttore dell'armamento, ovvero l'industria privata, ed il Governo italiano. Al di là delle implicazioni giuridiche, è possibile vedere come tale atto facilmente esponga l'idea che la creazione di un mercato per tali armamenti non solo sia importante per uno Stato al fine di garantirsi nuove alleanze e per determinare un consolidamento delle precedenti, ma anche di poter aprire la strada a soggetti privati che in tale campo hanno riacquisito un rilevante ruolo quali contraenti principali. L'atteggiamento statunitense, quindi, potrebbe essere anche rilevante per il nuovo ruolo che gli Stati hanno in tale ambito dell'economia, ovvero di "promotori" dei contratti commerciali e di investimento nel campo delle armi e di garanti del controllo delle vendite, nonché di garanti del rispetto delle norme e dei limiti imposti dal diritto internazionale, più che dal diritto nazionale stesso¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ Vedi Cap. II, § 1.1.3.

¹¹⁹⁰ Come vedremo in seguito (Cap. VI), anche le questioni sull'eventuale commissione di illeciti internazionali sono rilevanti per il nostro studio. Anzitutto, dal punto di vista della soggettività e della conseguente imputazione di responsabilità: se le industrie della difesa, private o privatizzate, sono gli attori principali di questa scena, a quale tipo di responsabilità sono sottoposti? Inoltre, visto anche il fatto che gli Stati oramai assumono principalmente il ruolo di "controllori" dei requisiti di vendita, sono forse loro sottoposti a qualche tipo di responsabilità nel momento in cui i privati comunque commettono illeciti derivanti dalla vendita di armi? Infine, è possibile ritenere che, al di là della prassi e della dottrina già esistenti, si debba considerare che, almeno in questo campo, una responsabilità di tali industrie sia rilevante per il diritto internazionale?

CAPITOLO IV – LA GIURISDIZIONE SULLE MISURE RESTRITTIVE AL “COMMERCIO” DI ARMI

INDICE SOMMARIO

Premessa

1. **Quadro normativo principale: l'eccezione contenuta nell'art. XXI del GATT ed il meccanismo di risoluzione delle controversie (artt. XXII e XXIII GATT)**
 2. **La prassi nel GATT in materia di misure restrittive al “commercio” di armi**
 - 2.1 – *La prassi applicativa dell'art. XXI(b)(ii): la controversia tra Cecoslovacchia e Stati Uniti (1949)*
 - 2.2 – *(segue) Le “Restrizioni alle importazioni di certe calzature” da parte della Svezia (1975)*
 - 2.3 – *La prassi istituzionale successiva: Il “Tokyo Round Understanding” sulla risoluzione delle controversie nel GATT e l'istituzione dei panels*
 - 2.4 – *(segue) La Decisione del Consiglio delle Parti Contraenti del 1982 relativa all'interpretazione dell'art. XXI GATT*
 3. **Verso il controllo giurisdizionale delle misure restrittive: il potere di valutazione degli Stati e la giurisdizione del *Dispute Settlement Body* (DSB)**
 - 3.1 – *Il potere di valutazione nell'adozione di misure restrittive al commercio internazionale da parte degli Stati nell'ambito dell'OMC*
 - 3.2 – *(segue) Esercizio della giurisdizione sulle e necessità di adozione delle misure restrittive*
 - 3.3 – *La giurisdizione del DSB sulle controversie relative alle misure restrittive in materia di armi*
 4. **Le restrizioni al “commercio” di armi nell'art. 346 TFUE**
 - 4.1 – *La clausola di esclusione prevista dall'art. 346 TFUE*
 - 4.2 – *Interpretazione delle misure restrittive agli armamenti ex art. 346 TFUE ed esercizio della giurisdizione della Corte di Giustizia UE*
-

Premessa

Come si è visto nel primo capitolo¹¹⁹¹, per quanto concerne gli armamenti, l'art. XXI GATT riconosce una deroga all'applicazione delle norme sul commercio internazionale.

La dottrina ha messo in evidenza diverse interpretazioni di questa disposizione, in particolare laddove stabilisce che gli Stati possano adottare misure restrittive “*qualora le consideri[no] necessarie*”¹¹⁹². Da tale analisi è emerso l' “abuso” del ricorso alla clausola citata qualora vi siano situazioni non motivate su basi normative o fattuali, ma anzi giustificate solo sulla base di motivazioni politiche ed economiche¹¹⁹³.

Una diversa operazione interpretativa è stata realizzata nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, in relazione all'art. 296 TCE (ora 346 TFUE). La Corte di Giustizia, infatti, ha teso a sottolineare come la motivazione offerta dalla disposizione richiamata per le misure restrittive richiamate dalla disposizione non fosse generale, ma

¹¹⁹¹ §§. 5.1 e 5.2.

¹¹⁹² Sul punto, come mostrato in precedenza, sembrerebbe essersi formato un orientamento quasi maggioritario in dottrina, volto a considerare questa espressione come una clausola di salvaguardia del potere statale di imporre restrizioni su certi tipi di prodotti o per prodotti provenienti da certi Stati. Si veda in proposito quanto espresso nel Cap. I, § 5.1.

¹¹⁹³ M. HAHN, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, in *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. 12, Spring, pp. 558-620, a p. 560 e ss.

anzi fosse orientata ai soli armamenti e prodotti destinati ad un utilizzo militare, garantendo in tal modo la tutela della libera concorrenza ed evitando così abusi nel ricorso alla clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 346 TFUE¹¹⁹⁴.

L'obiettivo di questo capitolo è soffermarsi sull'interpretazione della clausola di cui all'art. XXI(b)(ii) GATT, al fine di verificare se sia possibile una interpretazione restrittiva e giuridicamente orientata dei motivi che permettano di ricorrervi.

Per fare ciò, dopo un'esposizione del quadro normativo-istituzionale relativo alla clausola di salvaguardia degli interessi essenziali e dell'assetto normativo sulla risoluzione delle controversie nell'ambito del GATT del 1947, si illustrerà la prassi applicativa, con specifico riferimento alla decisione del Consiglio delle Parti Contraenti del GATT del 1949 nella controversia tra USA e Cecoslovacchia¹¹⁹⁵ e la notifica di misure restrittive all'importazione di certe calzature da parte della Svezia¹¹⁹⁶.

In seguito, l'analisi verterà sui principi della risoluzione delle controversie nel GATT del 1947¹¹⁹⁷ come enucleati dall'*Understanding* del c.d. "Tokyo Round"¹¹⁹⁸ e nella Decisione del 1982 del Consiglio delle Parti Contraenti sull'interpretazione dell'art. XXI GATT¹¹⁹⁹, per arrivare infine a verificare il possibile esercizio della giurisdizione del *Dispute Settlement Body* dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) su tali tipi di controversie.

Nell'ultima parte del capitolo verrà fatta una comparazione tra il sistema delineato nell'OMC con quello delineato dall'art. 346 TFUE, sottolineando in particolare quanto affermato dalla Corte di Giustizia circa l'esercizio della giurisdizione sulle misure adottate dagli Stati membri, ovvero si metterà in evidenza come tale esercizio da parte della Corte stessa sia stata possibile, in più di un'occasione, grazie al ricorso alla clausola relativa alla tutela della concorrenza, contenuta nell'articolo medesimo.

1. Quadro normativo principale: l'eccezione contenuta nell'art. XXI del GATT ed il meccanismo di risoluzione delle controversie (artt. XXII e XXIII GATT)

Nel diritto del commercio internazionale, la disciplina degli scambi commerciali può essere derogata per ragioni d'emergenza o laddove siano messi in pericolo interessi attinenti alla sicurezza nazionale. Il sistema del GATT non pregiudica l'adozione di misure restrittive che permettano di preservare tali interessi. Ciò è previsto dall'art. XXI, il quale viene rubricato "*Security Exceptions*":

*"Nothing in this Agreement shall be construed:
[...]"*

¹¹⁹⁴ Si veda Corte di Giustizia, *Commissione c. Spagna*, C-414/97, sentenza del 16 dicembre 1999, in *Racc. Gen.*, 1999. Da ultima, si veda la sentenza della Corte di Giustizia, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, decisione del 7 giugno 2012, in *Racc. Gen.*, 2012.

¹¹⁹⁵ *US - Export Restrictions*, II/28, decisione del 8 giugno 1949, disponibile sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm.

¹¹⁹⁶ *Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear*, L/4250, 17 novembre 1975, disponibile sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm.

¹¹⁹⁷ Il sistema di *reporting* dei *panels* fu istituzionalizzato solo successivamente, a partire dalla decisione del 1966 relativa all'Interpretazione dell'art. XXIII (BISD 14S/18, disponibile sul sito). Prima di tale decisione, il sistema prevedeva, sempre entro la discrezionalità del Consiglio delle Parti Contraenti, la possibilità di devolvere la causa alle *Working Parties*, ovvero delegazioni di Stati Membri che avessero manifestato interesse per l'oggetto della controversia. Tale sistema, però, fu ritenuto per ampia parte fallimentare, e fu così sostituito da quello previsto dalla anzidetta decisione del 1966. STOLL, *ib.*

¹¹⁹⁸ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, L/4907, adottato il 29 novembre 1979, consultato all'URL https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm.

¹¹⁹⁹ *Decision of 30 november 1982 Concerning Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade*, L/5426, 2 dicembre 1982, consultato all'URL https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm.

(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests[...]

(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(iii) taken in time of war or other emergency in international relations”.

La norma contenuta nel para. (b)(ii) è quella che ci interessa più da vicino. Vi è anzitutto da sottolineare come diversi problemi interpretativi siano sorti al riguardo. Secondo l'interpretazione testuale dell'articolo, gli Stati avrebbero diritto ad adottare misure restrittive qualora le ritengano necessarie per preservare i propri interessi essenziali attinenti alla sicurezza nazionale.

Secondo l'interpretazione sistematica, invece, sarebbe necessario che gli Stati comunicassero in buona fede le misure adottate, e che successivamente, qualora sorga nel merito una controversia con qualcuna delle Parti Contraenti, acconsentano ad una revisione delle medesime misure, sia attraverso il ricorso a strumenti di natura diplomatica, come le consultazioni presso il Consiglio delle Parti Contraenti del GATT¹²⁰⁰, sia attraverso strumenti di natura giudiziale o para-giudiziale, come l'istituzione di *panel* di esperti da parte del Consiglio¹²⁰¹.

Tuttavia, una chiara interpretazione di tale clausola di salvaguardia non è mai stata stabilita dallo stesso Consiglio delle Parti Contraenti.

Oltre alle controversie che analizzeremo più nello specifico in seguito, diverse altre si riferirono più direttamente al disposto dell'art. XXI, par. (b)(iii)¹²⁰², genericamente rivolto alla protezione degli interessi di sicurezza nazionale, e al paragrafo (c), relativo invece all'adozione di misure restrittive in ottemperanza agli obblighi previsti dalla Carta delle Nazioni Unite¹²⁰³. Tuttavia, solo in tre occasioni si giunse all'istituzione di *panels*.

Un primo caso si ebbe con la controversia tra Stati Uniti e Nicaragua sulle misure restrittive all'importazione di beni provenienti dallo Stato centroamericano, nel 1985¹²⁰⁴. La necessità di verificare l'osservanza della disposizione fu vagliata per mezzo di un *panel* di esperti. Nonostante un'iniziale opposizione, gli Stati Uniti acconsentirono in un secondo momento all'istituzione di un *panel* per risolvere la controversia, ma al contempo chiesero

¹²⁰⁰ Come stabilito dall'art. XXII GATT, di cui in seguito.

¹²⁰¹ Come stabilito dall'art. XXIII GATT, di cui di seguito. Sulla natura para-giudiziale di tali *panels*, si segnala l'opinione discorde di A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 1996, p. 429, che sottolinea come l'uso di tali *panels* sia frutto di una “distorsione” del potere discrezionale del Consiglio delle Parti Contraenti, disciplinato al § 2 dell'art. XXIII GATT.

¹²⁰² Una controversia di questo tipo si ebbe, nel 1961, con il boicottaggio da parte ghanese dei prodotti del Portogallo, che aveva da poco ratificato il GATT, e che stava affrontando la questione angolana. In quell'occasione, il Governo ghanese riferì che la necessità di boicottaggio derivava proprio dalla considerazione della guerra in Angola come una minaccia alla pace ed alla sicurezza della regione africana, e che al tempo stesso costituiva una minaccia di nuova espansione di una potenza coloniale nei confronti di uno Stato decolonizzato.

¹²⁰³ In particolare, si veda la controversia tra Argentina e Comunità Europea del 1982 (*EC - Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons*, L/5319, 5 maggio 1982), creatasi a seguito dell'invasione delle isole Falkland-Malvinas. In quell'occasione, vista l'emanazione della risoluzione n. 348/1982 da parte del Consiglio di Sicurezza, la motivazione offerta fu proprio quella dell'adempimento a tale tipo di atto a norma dell'art. 25 della Carta. Ciò fu ritenuto, da parte argentina, una violazione delle norme contenute negli artt. I (divieto di discriminazione), II (dazi consolidati) e XI (restrizioni quantitative) del GATT. Il Consiglio delle Parti Contraenti non aprì delle formali consultazioni sulla controversia, ed emise la decisione del 30 novembre relativa all'interpretazione ed alla procedura relativa all'art. XXI (di cui più *infra*, § 2.2).

¹²⁰⁴ *US - Trade Restrictions Affecting Nicaragua*, L/5803, 9 maggio 1985.

ed ottennero che tale *panel* non potesse giudicare sulla validità delle misure adottate, impedendo di fatto che il *panel* si pronunciasse nel merito. Il *report* finale non fu adottato e la controversia rimase irrisolta.

Un secondo caso fu relativo alle misure adottate dalla Comunità Europea nei confronti della ex Jugoslavia, nel 1992, relativamente al conflitto scoppiato nei Balcani¹²⁰⁵. La richiesta, da parte jugoslava, dell'istituzione di un *panel* fu accolta, ma il Consiglio delle Parti Contraenti ne bloccò i lavori, in quanto ritenne, al pari di altre organizzazioni internazionali¹²⁰⁶, che la Repubblica Federale di Jugoslavia non fosse il successore del precedente Stato unitario e che di conseguenza non avesse titolo a richiedere la risoluzione di una controversia.

Il terzo ed ultimo caso si ebbe nell'ambito della nuova Organizzazione mondiale del commercio (OMC) nel 1996, allorché la Comunità Europea chiese l'istituzione di un *panel* arbitrale¹²⁰⁷ che decidesse relativamente alla questione della validità delle restrizioni imposte dal c.d. *Helms Burton Act*¹²⁰⁸, con cui gli Stati Uniti bloccavano le importazioni ed esportazioni da Cuba e agivano in via indiretta nei confronti di tutti quegli Stati che avessero finanziato investimenti in territorio cubano, violando di fatto l'*embargo* imposto. La posizione statunitense fece perno sull'impossibilità del giudizio da parte del *panel*, in quanto la propria legislazione era attinente unicamente a questioni di sicurezza nazionale, giustificate dall'art. XXI GATT, par. c), e che non coinvolgevano questioni relative al commercio internazionale. Prima che il *panel* avviasse i lavori, le parti stipularono un accordo che portò alla cessazione della materia del contendere.

Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie nell'ambito del GATT, il meccanismo è disciplinato dagli artt. XXII e XXIII¹²⁰⁹, da leggere in combinato disposto con gli accordi stipulati a partire dal 1980 e relativi alla soluzione delle controversie

¹²⁰⁵ *Trade Measures Taken by the European Community Against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, L/6948, 2 dicembre 1991.

¹²⁰⁶ Si fa qui riferimento alla *Opinion No 8 of the Arbitration Commission of the Peace Conference on Yugoslavia* (c.d. Commissione Badinter), del 4 luglio 1992, in *International Legal Materials*, 1992, vol. 31, p. 1521 e s., con cui si dichiarò che il nuovo Stato jugoslavo non era considerato successore del precedente Stato unitario, a cui seguì la successiva esclusione di tale ente dall'ONU, confermata fino alla nuova ammissione della Serbia-Montenegro nel 2000.

¹²⁰⁷ A norma dell'art. 2, § 1 del *Dispute Settlement Understanding*.

¹²⁰⁸ *US - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, WT/DS 38/1, 13 maggio 1996

¹²⁰⁹ Questo il testo dei due articoli:

Article XXII: Consultation

1. Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement.

2. The CONTRACTING PARTIES may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible to find a satisfactory solution through consultation under paragraph 1.

Article XXIII: Nullification or Impairment

1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

- (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or
- (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or
- (c) the existence of any other situation,

the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

nell'OMC. Tuttavia, tale meccanismo palesò notevoli debolezze strutturali sin dai primi anni di funzionamento dell'Accordo. Inizialmente, la soluzione delle controversie veniva decisa per lo più attraverso statuizioni del Presidente del Consiglio delle Parti Contraenti. Tale tipo di decisioni, evidentemente, non aveva l'effetto di risolvere definitivamente la controversia creatasi tra gli Stati parte, ma anzi aveva l'unico scopo di indirizzarle verso una soluzione equa, che non chiariva la portata degli obblighi contenuti nelle disposizioni pattizie¹²¹⁰.

Tale meccanismo fu sostituito poco tempo dopo da un sistema multilaterale di risoluzione, ovvero si permise il ricorso alle c.d. *Working Parties*, composte da rappresentanti governativi delle Parti contraenti del GATT, che avessero manifestato interesse per la materia controversa. Tra tali rappresentanti, vi erano anche quelli delle parti in causa¹²¹¹. L'effetto di questo strumento, però, non era dissimile da quello delle statuizioni del Presidente del Consiglio delle Parti Contraenti, poiché forniva solo una soluzione diplomatica, senza dare una corretta interpretazione degli obblighi del GATT, la cui applicazione risultasse controversa.

Tuttavia, la caratteristica importante di questo meccanismo consisteva nella possibilità di emanare non vere e proprie decisioni, che avessero per lo più contenuto esortativo¹²¹², ma *reports*, ovvero resoconti che illustrassero l'opinione degli esperti che componevano il collegio delle *Working Parties*, emessi dopo una valutazione tesa a capire le esigenze delle parti in causa ed ad indirizzare i successivi comportamenti delle parti della controversia¹²¹³. Tale tipo di documento, inizialmente concepito come strumento per la sola analisi fattuale dei casi controversi, finì per divenire lo strumento principale a cui ricorsero anche i *panels* veri e propri¹²¹⁴.

2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate. The CONTRACTING PARTIES may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary. If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than sixty days after such action is taken, to give written notice to the Executive Secretary to the Contracting Parties of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received by him.

¹²¹⁰ Si veda, in questo senso, L. ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati fra multilateralismo e regionalismo*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 9; LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 429; PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, London, 1997, p. 69 e ss.

¹²¹¹ Si veda P.T. STOLL, voce *World Trade Organization, Dispute Settlement*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2014, § 5 e ss.

¹²¹² Art. XXIII:2 GATT, relativo alle decisioni del Consiglio delle Parti Contraenti ed alla natura che le stesse avevano. Si vedano, inoltre, BISCOTTINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Vol. I: la teoria dell'organizzazione*, I° ed., CEDAM, Padova, 1971, p. 124; PETERSMANN, *op. cit.*, p. 84.

¹²¹³ STOLL *op. cit.*, § 16, sottolinea anche come i *reports*, adottati *de facto* dai *panels* stessi, avessero l'effetto di garantire una miglior condizione di accettabilità dei resoconti fattuali da parte degli Stati coinvolti.

¹²¹⁴ Tale istituzione venne adottata per la prima volta, a norma dell'art. XXIII:2, nella settima sessione del Consiglio delle Parti Contraenti del 1952, e venne "codificata" nella decisione del 1966 relativa alle procedure dell'art. XXIII (BISD 14S/18).

Una delle caratteristiche principali del meccanismo di risoluzione delle controversie riguarda proprio i differenti tipi di procedimento che vengono avviati dagli Stati: se, fino al 1994, la soluzione delle controversie avveniva in maniera diplomatica, facendo ricorso al sistema delle consultazioni, a partire dall'istituzione dell'OMC le controversie hanno assunto un'efficacia più giurisdizionale o para-giurisdizionale¹²¹⁵. Tuttavia, questa differenza palesa anche ampi contrasti tra il sistema pattizio delineato e la scelta¹²¹⁶ degli Stati di avvalersi del meccanismo del DSU: essendo tale meccanismo fondato su un accordo vincolante, esso sarà soggetto ai conseguenti meccanismi di rigidità nell'applicazione ed interpretazione delle disposizioni¹²¹⁷. Tale rigidità, quindi, profila anche una fisionomica deterrenza per le parti della controversia.

Questa marcata rigidità, inoltre, non dimostra compatibilità con quelle controversie di natura evidentemente politica, quali quelle relative alla sicurezza nazionale e, per converso, le controversie che concernono l'importazione di prodotti ritenuti dannosi per l'economia nazionale o sottoposti ad *embargo* nazionale¹²¹⁸. Ponendo gli Stati in situazione di evitare le difficoltà dettate dalla procedura para-giurisdizionale prevista dall'OMC, la deterrenza e rigidità di cui *supra* sembra abbiano portato la scelta dei soggetti coinvolti negli scambi commerciali ad una ripresa di rapporti "forza", basati sulla libera scelta di ricorrere alle misure restrittive al commercio internazionale per motivi di sicurezza nazionale, ed a procedere all'eventuale soluzione delle controversie solo attraverso il meccanismo delle consultazioni, attuato esternamente al sistema OMC oppure non reso di pubblica utilità¹²¹⁹.

Malgrado la dottrina abbia sostenuto a più riprese che l'accesso alle procedure para-giurisdizionali sia da preferire rispetto ad un atteggiamento quasi esclusivamente votato alla soluzione diplomatica¹²²⁰ e nonostante un progressivo aumento delle procedure contenziose dinanzi al DSB, la questione della soluzione delle controversie relative a misure restrittive giustificate dalla protezione degli interessi della sicurezza nazionale non sembra ancora aver superato questa netta contrapposizione¹²²¹.

2. La prassi nel GATT in materia di misure restrittive al "commercio" di armi

¹²¹⁵ LIGUSTRO, *ib.*

¹²¹⁶ Così J. CRAWFORD, *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n. 1, pp. 3-24, a p. 14.

¹²¹⁷ G. MARTINO - R. LANGELLA - C. RISI, *Il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: Attuazione e prospettive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, vol. XXXVIII, n. 3, pp. 425-446, a p. 430 s.

¹²¹⁸ MARTINO - LANGELLA - RISI, *op. cit.*, p. 431.

¹²¹⁹ Un esempio caratteristico è dato dalla vicenda dei recenti *embargoes* imposti alla Russia per la vicenda della Crimea (2014). malgrado la medesima abbia palesato la necessità di interpretare in maniera più chiara ed autentica la clausola ex art. XXI, gli Stati Uniti ed i loro alleati continuano a sostenere la linea della "diplomazia economica aggressiva" legittimata, peraltro, dalle presunte violazioni di obblighi *erga omnes* (vedi anche, la recente mancata fornitura di parti di ricambio per i caccia egiziani da parte dell'Italia, quale risposta all'inoperosità delle autorità giudiziarie di quello Stato nella vicenda Regeni: La Repubblica, *Caso Regeni, la prima reazione dell'Italia verso l'Egitto: stop a forniture per F-16*, 29 giugno 2016, consultato all'URL http://www.repubblica.it/politica/2016/06/29/news/regeni_f16-143081446/. Questa forma di contromisura sembrerebbe nemmeno seguire la disciplina dettata dagli artt. XXII e XXIII del GATT, in quanto adottata come immediata risposta alle violazioni.

¹²²⁰ MARTINO - LANGELLA - RISI, *op. cit.*, pp. 438 ss., e più in particolare pp. 442 ss.

¹²²¹ In dottrina, si veda D. Z. CASS, *How has WTO Dispute Settlement Affected the Allocation of Power between the International Institutions and the Member States?*, in M. ANDENAS - F. ORTINO (a cura di), *WTO: Law and Process*, The British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2006, pp. 127-134.

2.1 – La prassi applicativa dell'art. XXI(b)(ii): la controversia tra Cecoslovacchia e Stati Uniti (1949)

Nell'ambito del GATT del 1947, le decisioni relative all'art. XXI, paragrafo (b)(ii)¹²²² non sono molte. L'unica decisione degna di nota è quella resa nella controversia tra Stati Uniti e Cecoslovacchia.

In sede di tale decisione, la questione fondamentale che si pose era se il Governo degli Stati Uniti fosse venuto meno ai suoi obblighi previsti dal GATT nell'assegnazione di licenze di esportazione¹²²³.

La Cecoslovacchia aveva lamentato un'interpretazione non corretta della clausola contenuta nell'art. XXI GATT da parte del governo statunitense per quanto riguardava l'autorizzazione all'esportazione di minerale di ferro, destinato alla produzione degli armamenti, e di altri strumenti, destinati alla escavazione e lavorazione dell'uranio. La misura restrittiva, proseguiva il rappresentante, non doveva essere applicata in senso discriminatorio, in quanto, con il pretesto¹²²⁴ della sicurezza nazionale, l'imposizione di una restrizione nei confronti di certi Stati e non di tutti sarebbe stata in violazione dell'art. I GATT (divieto di discriminazione). Ciò in ragione del fatto che misure di questo tipo, accentuandone la valenza politica, avrebbero avuto un'influenza negativa sul buon andamento del commercio internazionale, visto che si trattava di misure discriminatorie¹²²⁵.

Al contrario, il rappresentante statunitense sminuì la portata della posizione cecoslovacca, affermando come il fatto di autorizzare l'esportazione nei confronti di certi Stati e non di altri non avrebbe determinato una violazione dell'art. I del GATT, proprio perché ci si sarebbe riferiti direttamente alle restrizioni per motivi di sicurezza nazionale¹²²⁶, le quali assumerebbero uno *status* speciale dato dalla caratteristica di “auto-valutazione” che permea il potere d'adozione, posto inevitabilmente solo in capo agli Stati¹²²⁷.

La valenza delle misure intraprese può assumere carattere politico, almeno nel momento in cui il riferimento alla clausola contenuta nell'art. XXI(b)(ii) abbia l'effetto di pregiudicare gli altri obblighi derivanti dall'Accordo. Ciò emerge anche dalle successive constatazioni del rappresentante cecoslovacco, che insisteva sulla bivalenza della protezione offerta dal GATT e sull'impossibilità di riconoscere l'applicabilità delle misure solo nei confronti di determinati Stati¹²²⁸.

La dottrina sul punto sembra sostanzialmente concorde con tale posizione: la possibilità di applicare misure restrittive, come abbiamo visto¹²²⁹, sarebbe un diritto degli Stati, in virtù della generale libertà di decidere il proprio partner commerciale¹²³⁰. Ciò che emerge, e che verrà discusso qui di seguito, è una interpretazione dell'eccezione prevista dall'art. XXI GATT a cui si è ricorso per giustificare misure basate unicamente su

¹²²² Per una disamina dei casi sull'articolo in questione si veda World Trade Organization, *Analytical Index of the GATT*, p. 599 e ss.

¹²²³ Così la domanda posta dal Presidente della seduta, § 10.

¹²²⁴ Questo il termine che si evidenzia nella decisione.

¹²²⁵ *US - Restrictions* citata, § 1.

¹²²⁶ *US - Restrictions* citata, § 2.

¹²²⁷ Sulla facoltà di auto-valutazione nell'imposizione di misure restrittive, si veda più *infra*.

¹²²⁸ *US - Restrictions* citata, §§ 4 e 8.

¹²²⁹ Vedi *supra*, Cap. I, § 6.1.

¹²³⁰ Si veda, per tutti, L. MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1993, p. 4.

presupposti politici e che determina una conseguente applicazione non corretta dell'art. XXI¹²³¹.

Tale profilo problematico potrebbe essere spiegato anzitutto in virtù della storia istituzionale che ha accompagnato il GATT sin dall'origine. L'Accordo nacque al fine di rimediare alla mancata ratifica della Carta de La Avana del 1946, la quale avrebbe dovuto dare vita all'Organizzazione Internazionale del Commercio (*International Trade Organization - ITO*), ma che non entrò mai in vigore a causa del mancato raggiungimento del numero di ratifiche necessario. Tale fallimento fu dovuto proprio agli Stati Uniti. In tale occasione, il presidente Truman decise di non sottoporre l'Accordo all'autorizzazione a ratifica da parte del Congresso¹²³².

Ciò, però, potrebbe essere letto anche come sintomo di quanto era percepito da parte degli Stati liberali: la possibilità di “regolare”, più che di “liberalizzare”, il commercio internazionale avrebbe generato il timore di una forzata limitazione degli scambi commerciali, od addirittura di dover riconoscere come propri *partner* anche Stati appartenenti ad un regime politico opposto a quello liberale, ovvero al blocco comunista¹²³³.

La controversia tra Stati Uniti e Cecoslovacchia sarebbe un esempio di questa contrapposizione. Il fatto di imporre restrizioni nei confronti di uno Stato rientrante nell'orbita sovietica avrebbe generato la necessità di impedire che gli “avversari” beneficiassero di vantaggi commerciali¹²³⁴. In tal senso, quindi, la volontà degli Stati Uniti sarebbe stata contraria allo scopo dell'Accordo, ovvero garantire la massima equiparazione degli Stati della Comunità internazionale nell'ambito degli scambi commerciali¹²³⁵. L'adozione di queste misure potrebbe essere letta anche come una forma di pressioni economiche, ritorsioni o rappresaglie nei confronti di un'altra parte contraente al fine di far cessare un determinato comportamento¹²³⁶.

¹²³¹ Sull'interpretazione obiettiva della norma contenuta nell'art. XXI GATT, e quindi su una sua applicazione basata su presupposti di natura giuridica, si vedano HAHN, *op. cit.*, p. 567 e ss.; M. MATSUSHITA - T. SCHÖNBAUM - P. MAVROIDIS, *The World Trade Organization Law: Practice and Policy*, Oxford University Press, Oxford, II° ed., 2006, pp. 597 e ss.

¹²³² Sulla prassi presidenziale americana di stipulare accordi internazionali senza sottoporli ad autorizzazione congressuale, si veda CONFORTI, *Diritto internazionale*, 2014, X° ed., p. 54 ss.

¹²³³ Per una breve disamina delle ragioni del fallimento della Carta dell'Avana, si vedano ZOPPO, *op. cit.*, p. 4-5; LIGUSTRO, *op. cit.*, pp. 429-434.

¹²³⁴ È inoltre da sottolineare quanto espresso da D. JOYNER, *International law and the proliferation of weapons of mass destruction*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 134 e ss., secondo cui la controversia tra Stati Uniti e Cecoslovacchia si inseriva nel più generale quadro della ricostruzione post-bellica dell'Europa. La predisposizione dei fondi del c.d. Piano Marshall, da parte statunitense, non sarebbe stata accettata da parte dell'Unione Sovietica e degli Stati che si trovavano nella sua orbita, come la Cecoslovacchia. Ciò potrebbe anche far pensare ad un'imposizione di misure restrittive da parte degli USA quale forma di ritorsione politica.

¹²³⁵ Vi è infine da ricordare come solo alcuni mesi dopo verrà creata la *Commissione di Coordinamento per il controllo multilaterale delle esportazioni* (CoCom), che aveva il precipuo scopo di limitare, se non addirittura bloccare, le esportazioni di beni e tecnologia sensibile verso paesi appartenenti al blocco comunista. La Commissione fu fortemente voluta proprio dagli Stati Uniti, i quali intesero letteralmente coordinare gli scambi commerciali dei propri alleati, ed evitare così il blocco avversario potesse beneficiare delle medesime conoscenze tecnologiche degli alleati NATO. Si veda *supra*, cap. II.

¹²³⁶ LIGUSTRO, *ib.* Sulla liceità delle ritorsioni nell'ambito del GATT/OMC, si veda M. KÖBELE, voce *World Trade Organization, Enforcement System*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, § 5 e ss., il quale evidenzia come la ritorsione sia adottabile solo nel momento in cui il ricorso ad un *panel* arbitrale non risolve la controversia tra due Stati. Si veda anche STOLL, *op. cit.*, § 42 e ss., in cui si sottolinea come la ritorsione debba essere considerata uno strumento per garantire l'adempimento agli obblighi dell'OMC, ma che al tempo stesso debba essere autorizzata dal *Dispute Settlement Body*

Dunque, la decisione del 1949 fu determinata da un'interpretazione delle norme del GATT piegata alle necessità politiche di uno Stato. Tale distorsione avrebbe avuto la sua principale fonte nel vincolo non chiaro derivante dall'Accordo, la cui natura "provvisoria" era dovuta al precipuo scopo di sopperire alla mancata entrata in vigore della Carta dell'Avana¹²³⁷.

La valutazione che viene fatta del sistema delineato nell'Accordo, e che ha disciplinato la risoluzione delle controversie fino al 1980¹²³⁸, fa emergere un ruolo prettamente diplomatico del Consiglio, che in tal maniera gestiva le controversie tra gli Stati.

Ciò principalmente sarebbe dovuto a due ordini di motivi. Il primo ordine di motivi, supportato anche da diversi Stati nell'ambito della controversia in esame, sarebbe relativo alla valenza politica delle misure adottate, e della conseguente convinzione da parte degli Stati che solo attraverso uno strumento di natura diplomatica si sarebbero risolte le relative controversie.

Il secondo ordine di motivi, supportato dalla dottrina, atterrebbe alla flessibilità dei mezzi di risoluzione diplomatica, ovvero alla possibilità, soprattutto nel campo economico e commerciale, di adattare la procedura ad esigenze di rapidità e ottimizzazione dei costi¹²³⁹.

Diversamente, invece, l'esperimento di mezzi giudiziali avrebbe avuto l'effetto di indirizzare la soluzione della controversia verso un maggiore rispetto delle regole poste nel diritto pattizio. Ciò diviene possibile grazie alla nuova struttura istituzionale dell'OMC, dovuta non solo alla generale volontà degli Stati membri di rapportarsi con un sistema per la risoluzione delle controversie più strutturato, ma anche dalla progressiva elaborazione di principi procedurali che ha operato il Consiglio delle Parti Contraenti, maggiormente inclini alla tecnicità dei *panels* e meno propensi alla politicizzazione di questi¹²⁴⁰.

Date queste premesse, è facile affermare come la decisione citata del Consiglio abbia avuto il chiaro scopo di sostenere la tesi della valenza politica delle misure, considerandole perciò legittime alla luce dell'eccezione prevista dall'art. XXI GATT. Ciò si potrebbe evincere anche dalle dichiarazioni rese dagli altri Stati durante la discussione della controversia tra Stati Uniti e Cecoslovacchia. Ad esempio, il rappresentante cubano sottolineò la correttezza del ragionamento statunitense in ragione di un'applicazione stringente delle norme interne da parte di alcuni funzionari doganali americani, aggiungendo inoltre che la questione non poteva essere risolta in via giudiziale, poiché il riferimento fatto dagli Stati Uniti all'art. XXI del GATT avrebbe fatto sì che le pretese cecoslovacche non fossero considerabili alla luce dell'art. I, bensì alla luce di esigenze prevalenti, come quelle della sicurezza nazionale, in base al potere di auto-valutazione di

solo dopo che il provvedimento emesso dal *panel* arbitrale sia rimasto inattuato. Con riferimento alle controversie nel GATT 1947, si veda PETERSMANN, *op. cit.*, p. 120 e ss., il quale sottolinea come anche nel vecchio sistema del GATT la ritorsione dovesse essere adottata solo dopo aver esperito tutte le fasi procedurali previste dagli artt. XXII e XXIII del GATT, e solo dietro autorizzazione del Consiglio delle Parti Contraenti.

¹²³⁷ Vedi ZOPPO, *ib.*

¹²³⁸ Anno del c.d. "Tokyo Round", in cui furono codificate delle regole per la risoluzione giudiziale delle controversie del GATT, sulla base proprio di diverse pronunce del Consiglio. Per un approfondimento, si veda più *infra*, § 2.2.

¹²³⁹ PETERSMANN, *op. cit.*, p. 69.

¹²⁴⁰ Sul punto, ZOPPO, *ib.* Sui benefici della risoluzione giudiziale delle controversie nell'ambito del GATT/OMC, si veda W. J. DAVEY, *Dispute Settlement in GATT*, in *Fordham International Law Journal*, 1987, vol. 11, n. 1, pp. 51-109, alle pp. 76-78.

cui supra¹²⁴¹.

Il rappresentante pakistano affermò come per gli Stati Uniti sarebbe stato impossibile violare l'accordo, visto che gli stessi erano "pionieri" della stipulazione del medesimo, e che mai avrebbero potuto, in virtù di una "etica dei trattati", avvallare un comportamento così contrastante rispetto alla volontà iniziale; inoltre, il ricorso proprio alla norma prevista dall'art. XXI avrebbe fatto sì che vi fosse una giustificazione normativa alla base di tale comportamento restrittivo¹²⁴².

Più polemica sembrerebbe la dichiarazione resa dal rappresentante britannico. Il ricorso all'art. XXI sarebbe stato considerato dal regno Unito come una "*last resort*", una misura di *extrema ratio*, sulla quale era impossibile effettuare una valutazione di legittimità, supportando quindi un'interpretazione estensiva della possibilità di considerare come necessarie ("*it considers necessary*", secondo la lettera dell'art. XXI) le misure restrittive da adottare. A tal proposito, il rappresentante invitava il Consiglio a non decidere in maniera contrastante rispetto alla disposizione dell'Accordo, ragion per la quale non vi sarebbe stata altra possibilità di decidere se non nel senso di ammettere la legittimità delle misure statunitensi¹²⁴³. La decisione del Consiglio, in larga parte composto da Stati vicini politicamente agli Stati Uniti, non poté non tener conto delle considerazioni qui da ultimo esposte¹²⁴⁴.

Un ultimo spunto che fa propendere per l'ampia valenza politica della decisione fu offerto dall'ultima dichiarazione resa dal rappresentante cecoslovacco, il quale asserì che non poteva accettare la decisione presa dal Consiglio come vincolante per il proprio Governo, poiché non era stata intrapresa in base ad un corretto criterio di interpretazione del GATT¹²⁴⁵. Seppure poteva apparire che il dato testuale della disposizione lasciasse ampio margine di apprezzamento agli Stati nel decidere se le misure da adottare erano necessarie, la Cecoslovacchia richiedeva, al contrario, un'applicazione corretta dell'interpretazione sistematica dell'art. XXI, leggendo tale disposizione alla luce di altre contenute nel GATT. Ciò, dunque, avrebbe permesso di considerare come non legittime certe misure restrittive, poiché in contrasto con principi fondamentali contenuti nell'Accordo.

Lamentando, quindi, un effetto distorsivo dell'interpretazione della clausola contenuta nell'art. XXI GATT, la Cecoslovacchia avrebbe reagito con una ritorsione a carattere politico, ovvero la non ottemperanza della decisione del Consiglio delle Parti Contraenti

Si possono fare diverse considerazioni riguardo a tale affermazione. La prima riguarda l'osservanza delle decisioni adottate all'interno di organizzazioni internazionali¹²⁴⁶. In questo senso, la volontà esternata dal rappresentante cecoslovacco sarebbe corrisposta ad un intento di non ottemperare a quanto stabilito dal Consiglio delle

¹²⁴¹ *US - Restrictions* citata, § 3.

¹²⁴² *US - Restrictions* citata, § 5.

¹²⁴³ *US - Restrictions* citata, § 6.

¹²⁴⁴ Furono 17 i voti favorevoli alle pretese americane, contro 1 voto contrario (Cecoslovacchia), 3 astenuti (India, Libano e Siria) e 2 assenti (Burma e Lussemburgo).

¹²⁴⁵ *US - Restrictions* citata, § 12.

¹²⁴⁶ Sul punto, si veda I. DEKKER - R. WESSEL, *Governance by International Organizations: Rethinking the Normative Force of International Organizations*, in ID., *Governance and International Legal Theory*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 215-236; R. WESSEL, *Decisions of International Institutions: Explaining the Informality Turn in International Institutional Law - Draft Paper presented at the Conference "The Political Economy of International Law"*, Department of Legal Sciences, Faculty of Law, La Sapienza University, Rome, May 16-17, 2014, consultata all'URL <http://doc.utwente.nl/92110/1/wesselconf12.pdf>.

Parti Contraenti.

Una seconda considerazione riguarda proprio l'inefficacia del sistema di risoluzione delle controversie del GATT, laddove le questioni poste fossero a carattere politico. Secondo una parte della dottrina, tale sistema sarebbe "inadeguato" a risolvere tali tipi di controversie¹²⁴⁷.

Questa inadeguatezza delle norme del GATT sulla risoluzione delle controversie ha spinto il Consiglio, in più decisioni, a statuire alcuni principi fondamentali su tale sistema, successivamente codificati all'interno del summenzionato "*Tokyo round*"¹²⁴⁸. Tale intento codificatorio dimostra come la mera risoluzione diplomatica delle controversie tra Stati non fosse il sistema migliore per adempiere alle disposizioni dell'Accordo.

Inoltre, tale valenza politica può essere evidenziata se si mettono a confronto le dichiarazioni rese dal rappresentante cecoslovacco con quelle rese da altri diplomatici presenti: il primo avrebbe sicuramente fondato i propri argomenti sulla base di elementi fattuali derivanti dalle violazioni di norme giuridiche, poste alla base del sistema del commercio internazionale; i secondi, invece, avrebbero motivato le proprie ragioni sulla base di mere osservazioni a carattere politico, o di necessità di "proteggere" la propria autonomia economica e politica dinanzi alla regolazione degli scambi commerciali.

2.2 - *Le "Restrizioni alle importazioni di certe calzature" da parte della Svezia (1975)*

Oltre che nella decisione del 1949 qui supra analizzata, la tendenza del Consiglio delle Parti Contraenti del GATT è andata nel senso di continuare ad ammettere la non giustiziabilità delle misure restrittive adottate da uno Stato. Tuttavia, al tempo stesso si è osservata anche una tendenza evolutiva per quanto riguardava sia la discussione delle controversie sottoposte al Consiglio stesso, sia l'istituzione di *panels* arbitrali.

Per quanto riguarda il primo punto, come dicevamo, non vi sono stati cambiamenti significativi. La tendenza uniforme del Consiglio è andata nel senso di avvallare le misure restrittive adottate dagli Stati, in quanto ritenute prodotte di una chiara (almeno secondo l'interpretazione offerta dal testo dell'art. XXI GATT) disponibilità o discrezionalità dello Stato, che non necessitava di una diversa motivazione se non quella di preservare la propria sicurezza nazionale, i cui interessi essenziali potevano prevalere anche sull'oggetto e lo scopo del trattato.

Un caso di questo tipo, che pure non sembrò assumere i connotati di una controversia tra Stati¹²⁴⁹, fu relativo alla misura restrittiva imposta dalla Svezia sull'importazione di certi tipi di scarpe e calzature¹²⁵⁰. Il 31 ottobre 1975, il governo svedese notificò al Consiglio delle Parti Contraenti del GATT l'intenzione di introdurre un sistema di quota di importazione per scarpe in pelle, in plastica o per stivali di gomma. Tale sistema avrebbe avuto lo scopo principale di sospendere gli obblighi derivanti dalla libera circolazione delle merci, al fine di porre un rimedio alla situazione dell'industria calzaturiera svedese¹²⁵¹, che nei 15 anni precedenti aveva subito crolli superiori al 50% della

¹²⁴⁷ LIGUSTRO, *ib.*

¹²⁴⁸ Su tutti, si veda PETERSMANN, *op. cit.*, p. 84 e ss.

¹²⁴⁹ Si veda la definizione di controversia data dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso delle *Concessioni Mavrommatis in Palestina*, Grecia c. Regno Unito, sentenza del 24 luglio 1922, in *PCIJ Series*, 1924, n. 2, p. 11, nella quale si è affermato che "*A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons*".

¹²⁵⁰ *Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear*, L/4250, 17 novembre 1975.

¹²⁵¹ *Sweden - Import Restrictions* citata, § 1.

produzione nazionale¹²⁵². Tale situazione, a detta del governo svedese, sarebbe stata generata da un trend dell'economia globale che mal si conciliava con le tradizionali linee direttrici dell'economia e dell'industria svedese. A ben dire, la misura restrittiva avrebbe dovuto avere l'effetto di generare un rialzo della produzione nazionale, favorendo così l'occupazione¹²⁵³.

Ai fini dell'art. XXI, ed in particolare per quanto riguarda le forniture ad uno stabilimento militare, si rinvia a quanto asserito dal rappresentante svedese:

*“The continued decrease in domestic production has become a critical threat to the emergency planning of Sweden' economic defence as an integral part of the country's security policy. This policy necessitates the maintenance of a minimum domestic production capacity in vital industries. Such a capacity is indispensable in order to secure the provision of essential products necessary to meet basic needs in case of war or other emergency in international relations”*¹²⁵⁴.

La misura svedese, dunque, avrebbe avuto l'effetto di proteggere un interesse essenziale per la sicurezza nazionale, ovvero l'industria calzaturiera, in particolare di quelle calzature destinate al settore della difesa, e la cui fornitura avrebbe assicurato anche una pronta reazione nel caso di insorgenze di crisi emergenziali nelle relazioni internazionali.

Il collegamento, peraltro debole, con il criterio di giustificazione dell'eccezione prevista dall'art. XXI deriverebbe proprio da questa affermazione: il para. (b)(ii) dell'art. XXI permette di imporre misure restrittive all'importazione od all'esportazione per quanto riguarda non solo il materiale relativo al traffico di armamenti, ma anche di altro materiale con il quale si è soliti rifornire uno stabilimento militare. E ciò sarebbe stato applicato in maniera ampia da parte del Governo svedese, come nella precedente controversia tra USA e Cecoslovacchia.

L'eccezione qui richiamata, seppur suffragata dall'esigenza di proteggere un interesse essenziale per la sicurezza nazionale, è stato frutto, da un lato, di quella interpretazione, delineata dagli Stati Uniti, che ha imposto di considerare l'adozione di queste misure secondo la discrezionale degli Stati; dall'altro, il fatto che non si ritenesse necessario procedere ad una revisione giudiziale¹²⁵⁵ delle misure così notificate avrebbe fatto sì che la precedente convinzione degli Stati relativamente all'art. XXI si fosse consolidata.

Ma, ancora una volta, si è esplicitata la tendenza che ampia parte della dottrina¹²⁵⁶ ha evidenziato con riferimento alla giustificazione ex art. XXI, ovvero basare le proprie misure su meri presupposti di natura economica o politica. Infatti, il Governo svedese avrebbe fornito una chiara evidenza del fatto che si considerava l'industria calzaturiera come rientrante negli interessi essenziali di uno Stato, ma anche avrebbe fornito dei meri dati statistico-economici che avrebbero dovuto giustificare tale misura. Invero, si sarebbe giustificato l'interesse essenziale della sicurezza sulla base di un correlato interesse di protezione della propria industria, che sarebbe stato altrimenti danneggiato nel momento in cui fosse insorta una seria emergenza, anche determinata dallo scoppio di un conflitto¹²⁵⁷.

¹²⁵² *Sweden - Import Restrictions* citata, § 5.

¹²⁵³ *Sweden - Import Restrictions* citata, § 3.

¹²⁵⁴ *Sweden - Import Restrictions* citata, § 4.

¹²⁵⁵ Malgrado la disponibilità ad avviare successive consultazioni (§ 9), secondo la procedura prevista dall'art. XXII GATT

¹²⁵⁶ HAHN, *op. cit.*, p. 565 e ss.; D. AKANDE - S. WILLIAMS, *International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?*, in *Virginia Journal of International Law*, 2003, vol. 43, Winter, pp. 365-404, a p. 397 e ss.; JOYNER, *op. cit.*, p. 134 e ss.

¹²⁵⁷ *Sweden - Import Restrictions* citata, § 7.

Tuttavia, è possibile interpretare l'eccezione in questione sulla base della specificazione dei motivi di sicurezza nazionale. Essendo il para. (b) composto da tre ipotesi distinte tra loro, sembra voler specificare, e finanche separare, le giustificazioni a cui si può ricorrere. Ciò dovrebbe emergere con chiarezza nel momento in cui, seppur non direttamente invocata, la misura di protezione sia utilizzata, proprio con fine abusivo, per proteggere in via implicita anche altri settori strategici dell'economia, quali possono essere quelli relativi alla fornitura di uno stabilimento militare¹²⁵⁸. Il fatto che sia presente, nella lettera del testo dell'ipotesi (ii) del para. (b), l'endiadi "direttamente od indirettamente" farebbe sì che questo principio di distinzione, o di specificazione, delle giustificazioni di un'eccezione venga meno, e permetta così agli Stati di avvalersi della giustificazione anche in relazione alla protezione di interessi essenziali diversi da quelli aventi una natura più immediatamente militare.

La mancanza di una chiara giustificazione, quindi, avrebbe l'effetto di piegare inevitabilmente l'interpretazione dell'articolo XXI GATT alla volontà politico-economica di alcuni Stati. Tale interpretazione, come più volte sottolineato, che dovrebbe essere letta come difforme rispetto alla generale disciplina dell'interpretazione dei trattati, che non avvalora l'interpretazione unilaterale, se non per il tramite di riserve o dichiarazioni interpretative.

Peraltro, con successiva comunicazione del 3 marzo 1977¹²⁵⁹, il Governo svedese annunciò che il precedente sistema di quote per l'importazione sarebbe venuto meno per quanto riguardava le calzature in pelle e in plastica, e, al contrario, nulla fu detto con riferimento agli stivali in gomma, ovvero l'oggetto che "direttamente" sarebbe stato fornito all'esercito svedese nel caso di un'emergenza. La fine del sistema, dunque, avrebbe avuto un apparente scopo di eliminare gli effetti restrittivi precedentemente imposti.

2.3 - La prassi istituzionale successiva: Il "Tokyo Round Understanding" sulla risoluzione delle controversie nel GATT e l'istituzione dei panels

Secondo il diritto dei trattati, è ammissibile utilizzare, quale criterio di interpretazione, la prassi e gli accordi successivi. La dottrina suole distinguere queste due forme di prassi, in quanto un trattato successivo sarebbe suscettibile di modificare gli obblighi presenti tra due stati, mentre la prassi successiva trae fondamento dal precedente strumento pattizio, senza modificare la portata degli obblighi da esso scaturenti¹²⁶⁰.

L'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 stabilisce che (para. 3):

"Può essere preso in considerazione, assieme al contesto:

¹²⁵⁸ Tale specificazione sarebbe maggiormente evidente nell'art. 346 TFUE, dove si menziona solo la possibilità di derogare rispetto alla normale applicazione dei Trattati dell'Unione Europea quando ci si riferisca ad armi e prodotti bellici e ad uso strettamente militare (tale impostazione sarebbe ulteriormente presente nelle sentenze *Werner* e *Leifer* della Corte di Giustizia del 1994, nelle quali si è chiaramente stabilito che, qualora l'arma abbia un duplice utilizzo, civile e militare, non sarebbe giustificata la deroga ex art. 346 TFUE (precedente art. 296 TCE). Si veda, più in generale, il § 3.1

¹²⁵⁹ Addendum, L/4250/Add.1, 15 marzo 1977.

¹²⁶⁰ Sulla distinzione tra trattato e prassi successiva, si veda G. NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Sul principio di rigidità delle fonti, si veda TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova, 2013, V° ed., p. 332 e ss. Si veda anche DÖRR - SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 554 e ss. Con riferimento specifico alla prassi successiva nell'OMC, si veda I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 338 e ss. Un'utile disamina della prassi successiva nell'OMC si può trovare anche nella tesi dottorale del dott. Paolo Turrini, intitolata *L'interpretazione evolutiva nel diritto internazionale*, pp. 103 e ss., discussa presso Questa Università nel 2013.

- (a) ogni accordo successivo tra le parti relativo all'interpretazione del trattato o all'applicazione delle sue disposizioni;
- (b) ogni elemento di prassi successiva che stabilisca un accordo tra le parti relativo all'interpretazione del trattato;
- (c) ogni regola rilevante di diritto internazionale applicabile alle relazioni tra le parti".

Tuttavia, tale distinzione rilevarebbe solo in relazione a trattati successivi che dispongano circa l'interpretazione del precedente trattato, come anche circa il modo di applicare le sue disposizioni. Nulla sembrerebbe esser detto per trattati successivi che disciplinino nuovamente un obbligo intercorrente tra le parti del precedente trattato.

Per accordo successivo non si dovrebbe intendere solo quello avente la forma di un trattato o di una convenzione, ma potrebbero intendersi anche altri strumenti "negoziati" intercorsi tra le medesime parti di un accordo secondo disposizioni relative alla produzione di fonti a carattere derivato, ovvero si tratterebbe di decisioni e altre fonti derivate dal trattato, le quali abbiano il precipuo scopo di stabilire quali debbano essere i comportamenti da tenere da parte degli Stati parte in relazione a certe disposizioni del trattato.

Anche in relazione al GATT è possibile segnalare l'applicazione di siffatto criterio. Ciò è possibile, per quanto riguarda l'art. XXI, sia in relazione alle successive controversie sorte sull'applicazione od interpretazione dell'articolo in esame, sia in relazione ad un'importante decisione assunta dallo stesso Consiglio delle parti contraenti nel 1982, e relativa proprio all'interpretazione dell'art. XXI¹²⁶¹.

Quindi, si fa ricorso alla prassi successiva qualora sia:

“[...] a 'concordant, common and consistent' sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernible pattern implying the agreement of the parties [to a treaty] regarding its interpretation [...]”¹²⁶².

Non è necessario che le parti di una controversia abbiano partecipato al processo di formazione della prassi successiva, ma che vi abbiano prestato consenso, ovvero non abbiano fatto espressa opposizione riguardo la invocabilità di tale prassi nei loro confronti¹²⁶³. Con specifico riferimento alla controversia del 1949, si potrebbe affermare anche che l'espressa dichiarazione di non accettare gli effetti discendenti da una particolare decisione, rilasciata da uno Stato in sede di discussione, possa costituire un chiaro rifiuto di aderire alla medesima prassi¹²⁶⁴.

Dal punto di vista probatorio, l'onere della prova consiste solo nella mera indicazione dell'esistenza di successivi strumenti di prassi, i quali abbiano stabilito un'interpretazione condivisa di una particolare norma dell'Accordo¹²⁶⁵.

La questione dell'istituzione di *panels* arbitrali o di esperti, nel quadro normativo del GATT, ha sicuramente ricevuto una notevole modifica con le negoziazioni del c.d. “Tokyo Round”, nel quale si sono stabiliti i principi fondamentali per le consultazioni e la risoluzione delle controversie commerciali tra Stati, alla base anche della successiva istituzione del *Dispute Settlement Body*.

¹²⁶¹ Si veda § 2.3.

¹²⁶² Su tutti, si veda Appellate Body Report, *Japan - Alcoholic Beverages II*, WT/DS10/AB/R, 4 ottobre 1996, § 106.

¹²⁶³ VAN DAMME, *op. cit.*, p. 340.

¹²⁶⁴ Si veda la dichiarazione rilasciata dal rappresentante cecoslovacco al termine della discussione in *US - Restrictions* citata.

¹²⁶⁵ Appellate Body Report, *Chile - Price Band System*, WT/DS207/AB/R, 23 settembre 2002. Con specifico riferimento all'art. XXI, si veda *United States - Trade Measures Affecting Nicaragua*, L/6053, 13 ottobre 1986, § 5.17-5.18, che richiama la Decisione del 30 novembre 1982 citata, da intendersi in questo caso come esempio di prassi successiva interpretativa ai fini della corretta decisione.

Le negoziazioni sul “*Tokyo Round Understanding*” ebbero come presupposto un'elevata inefficienza dettata dalla scarsa disciplina sulla risoluzione delle controversie, regolata dagli artt. XXII e XXIII del GATT.

L'operato dei *panels* non è stato rilevante solo per quanto riguardava la soluzione fattuale di una controversia in materia commerciale, bensì anche per il ruolo assegnato a questo meccanismo, quale quello di codificare progressivamente delle linee-guida sui casi di ricorso ai *panels* medesimi e sulla procedura applicabile, che andava ad integrare la scarsa disciplina contenuta negli artt. XXII e XXIII GATT¹²⁶⁶.

Anche il principio dell'istituzione dei *panels* tramite *consensus* positivo, come anche dell'adozione dei *reports* da questi promananti, è rimasto invariato nel corso del funzionamento del meccanismo di risoluzione delle controversie¹²⁶⁷.

Tuttavia, diverse altre furono le innovazioni decise con i c.d. “*Tokyo Round Codes*”¹²⁶⁸. Trattasi delle nuove discipline in materia di notificazione, consultazioni, risoluzione delle controversie e adempimento alle decisioni¹²⁶⁹.

Per quanto riguarda le notifiche, nell'*Understanding* viene stabilito che le parti contraenti esprimono nuovamente il loro consenso a vincolarsi alla disciplina già esistente¹²⁷⁰. Oltre a ciò, le parti avranno un obbligo aggiuntivo di notificare immediatamente e “*per quanto possibile*” le eventuali misure adottate, le quali abbiano l'effetto di incidere sugli obblighi derivanti dal GATT¹²⁷¹. Tali misure, laddove fossero state notificate, non dovranno risultare in pregiudizio dei diritti ed obblighi per le altre parti. Qualora, però, non siano notificate immediatamente, vi sarebbe un obbligo di pronta notifica “*ex post facto*”, ovvero in un arco di tempo ragionevole per evitare che le conseguenze della misura generino ulteriori effetti dannosi.

Per quanto riguarda le procedure di consultazione, nell'*Understanding* emerge come queste siano il primo e principale strumento per risolvere una controversia tra Stati, al fine di raggiungere una comune soluzione soddisfacente¹²⁷². Inoltre, la richiesta di consultazioni deve essere accompagnata dall'esposizione delle ragioni della medesima, ovvero i motivi che hanno spinto le parti a voler ricorrere allo strumento.

L'*Understanding* intende risolvere anche la questione procedurale: le parti contraenti dovrebbero cercare di raggiungere una comune soluzione soddisfacente, come previsto anche dall'art. XXIII:1 GATT, prima di ricorrere al meccanismo residuale previsto dal successivo XXIII:2 GATT, ovvero il ricorso a contromisure specifiche (sospensione degli

¹²⁶⁶ In particolare, WTO, *Handbook* citato, p. 13 sottolinea come alcune decisioni pre-“*Uruguay Round*” (ovvero la fase dei negoziati che portò alla costituzione dell'OMC, svoltasi tra il 1986 ed il 1994) siano state adottate dal Consiglio delle Parti Contraenti, dietro suggerimento dei *panels* stessi. Queste decisioni vengono individuate nella Decisione anzidetta del 1966, nell'*Understanding on Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, atto finale del “Tokyo Round” (28 novembre 1979, BISD 26S/210), nella Decisione sulla risoluzione delle controversie, contenuta nella Dichiarazione Ministeriale del 29 novembre 1982 (BISD 29S/13), e nella decisione sulla risoluzione delle controversie del 30 novembre 1984 (BISD 31S/9).

¹²⁶⁷ WTO, *op. cit.*, p. 13-14.

¹²⁶⁸ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, L/4907, adottato il 29 novembre 1979.

¹²⁶⁹ WTO, *op. cit.*, p. 15 sottolinea come addirittura vi potesse essere una scelta per le parti contraenti se affidare la propria controversia al meccanismo previsto dagli artt. XXII e XXIII del GATT, o se invece adottare le linee-guida stabilite nel Tokyo Round (*forum shopping*). Nel caso delle misure restrittive al commercio di armi, come vedremo, sarà invece stabilito un meccanismo differente, previsto dalla decisione del 1982.

¹²⁷⁰ *Understanding* citato, § 2.

¹²⁷¹ *Understanding* citato, § 3.

¹²⁷² *Understanding* citato, § 4.

obblighi derivanti dal GATT, dietro autorizzazione del Consiglio delle Parti Contraenti, ed eventuale richiesta di nomina di *panels* di esperti o di arbitri).

Quindi, la disciplina per la risoluzione segue il normale corso stabilito negli artt. XXII e XXIII GATT, prima di arrivare ad una soluzione di tipo giudiziale della controversia. Ciò potrebbe essere letto come un chiaro segnale che le parti contraenti non disponevano di necessario consenso a sottoporre le proprie questioni controverse ad organi terzi. E tale impostazione sembrerebbe esser stata messa in evidenza anche nella successiva Decisione del 30 novembre 1982, relativa all'interpretazione dell'art. XXI GATT.

Infine, per quanto riguarda più strettamente la disciplina della risoluzione delle controversie, nell'*Understanding* è messa in evidenza la volontà delle parti contraenti di codificare una disciplina più dettagliata rispetto a quella contenuta nell'art. XXIII:2 GATT. Infatti, si sottolinea come vi sia anzitutto una prevalenza della prassi consuetudinaria fino a quel momento presente sulla risoluzione delle controversie, e che la stessa dovesse fungere da guida per tale meccanismo¹²⁷³. Ciò che però continua a essere il perno centrale su cui si regge l'intera disciplina è il consenso prestato dalle parti, a cui si associa un principio di giudizio in buona fede e non coercibilità della giurisdizione da parte dei *panels*¹²⁷⁴.

Oltre all'esperimento dei buoni uffici da parte di individui esperti¹²⁷⁵, il Consiglio delle Parti Contraenti, quindi, autorizza l'istituzione di *panels* di esperti, secondo la prassi esistente¹²⁷⁶.

In definitiva, la prassi successiva all'*Understanding* di Tokyo può essere considerata come utile strumento interpretativo delle norme sulla risoluzione delle controversie, sia con riferimento alla Decisione del 1982, sia con riferimento al maggiore ricorso a *panels* arbitrali che si è avuto fino alla costituzione del principale meccanismo di risoluzione delle controversie nell'OMC, ovvero il DSB¹²⁷⁷.

2.4 - La Decisione del Consiglio delle Parti Contraenti del 1982 relativa all'interpretazione dell'art. XXI GATT

¹²⁷³ *Understanding* citato, § 7. La procedura della risoluzione viene indicata nei §§ da 11 a 23, oltre che nell'Allegato successivo relativo alla prassi consuetudinaria sulla risoluzione delle controversie ex art. XXIII:2.

¹²⁷⁴ Vedi *Understanding* citato, § 9.

¹²⁷⁵ *Understanding* citato, § 8.

¹²⁷⁶ *Understanding* citato, § 10. Viene inoltre stabilito il principio di indipendenza dei membri del *panel*: seppur nominati tra membri dei governi delle parti contraenti (para. 13), tali soggetti eseguono la propria prestazione quali individui. Gli Stati, a loro volta, si sarebbero dovuti astenere dall'impartire istruzioni ai soggetti di propria nazionalità che fossero stati nominati membri del collegio, o dall'influenzare le scelte degli stessi (para. 14). Peraltro, la prassi consuetudinaria indicata nell'Allegato all'*Understanding* (para. 6(iii)) mette in evidenza il fatto che le stesse parti contraenti si attendessero un'azione dei membri del *panel* quali individui indipendenti ed imparziali, e non quali rappresentanti governativi. Ciò sembrerebbe essere confermato anche dalla prassi (para. 4) con la quale si esprime la necessità di nominare tali *panel* di esperti sin dal 1952, ovvero a partire dal momento in cui il precedente meccanismo delle *Working Parties*, formato da delegati governativi, non sarebbe più stato ritenuto idoneo a dare una soluzione imparziale della controversia, finendo anzi per favorire le influenze politiche degli Stati.

¹²⁷⁷ Si vedano le controversie tra Argentina e Comunità Economica Europea del 1982 (*EC - Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons*, L/5319, 5 maggio 1982), la controversia tra Stati Uniti e Nicaragua del 1985 (*US - Trade Restrictions Affecting Nicaragua*, L/5803, 9 maggio 1985), ed infine le controversie più recenti tra la Comunità economica europea e la ex Jugoslavia (L/6948, novembre 1991) e gli Stati Uniti (*US - The Cuban Liberty and Democarcic Solidarity Act*, WT/DS 38/1, 13 maggio 1996).

Data anche la grande incertezza interpretativa che aleggiava sull'art. XXI GATT, la prassi successiva nel GATT non poteva non tenere in considerazione anche un'evoluzione di siffatta interpretazione, che in questo caso può essere considerata autentica interpretazione dell'articolo e della sua portata.

Alla fine del 1982, il Consiglio delle parti contraenti del GATT decise di adottare comuni linee-guida relativamente all'interpretazione dell'eccezione stabilita a favore degli interessi degli Stati che adottassero restrizioni per motivi di sicurezza nazionale¹²⁷⁸.

La decisione deve essere segnalata, in quanto da ritenersi quale autentica prassi successiva, ai sensi dall'art. 31, para. 3, lett. (b) della Convenzione di Vienna del 1969. Si tratterebbe, per l'appunto, di un elemento di prassi volto a stabilire l'interpretazione della portata degli obblighi scaturenti dalla norma in oggetto, ovvero dell'indicazione, da parte dello stesso Consiglio delle Parti Contraenti, del comportamento da tenere in relazione all'invocazione dell'eccezione prevista dalla disposizione medesima.

Ma la decisione deve essere segnalata anche per l'evidente incertezza sull'applicazione dell'art. XXI GATT, che ha portato il Consiglio ad intervenire. In particolare, si deve segnalare un evidente contrasto presente nel preambolo al dispositivo della decisione.

Il Consiglio ha anzitutto teso a sostenere come la norma prevista dall'art. XXI GATT riguardasse a tutti gli effetti “*an important element for safeguarding the rights of contracting parties when they consider that reasons of security are involved*”¹²⁷⁹.

L'interpretazione letterale del considerando mostra come si sia voluto stabilizzare, od almeno tentare di farlo, la portata della norma prevista dall'articolo XXI GATT. La norma permette ad uno Stato di considerare se e quando ragioni di sicurezza nazionale siano implicate a seguito dell'ingresso, o dell'esportazione, di determinati beni e merci. Ciò sembrerebbe confermare quella che è stata descritta come una discrezionalità politica accordata agli Stati nel decidere se vi siano interessi relativi alla sicurezza nazionale che possano essere lesi dal libero scambio di certi beni e se le misure da adottare si considerino necessarie¹²⁸⁰. Tale eccezione, quindi, può essere intesa quale autentica clausola di salvaguardia della sovranità degli Stati in materia¹²⁸¹.

Il contrasto, però, emerge chiaramente già con il secondo considerando. Il Consiglio delle Parti Contraenti tenne a specificare come il ricorso all'eccezione della sicurezza nazionale potesse costituire “*an element of disruption and uncertainty for international trade*”, nonché vanifica i benefici accordati alle parti contraenti sulla base dell'Accordo¹²⁸².

Rispetto al precedente considerando, il Consiglio ha voluto evidenziare non solo una differenza ed un'ambiguità interpretativa emergente dalla lettera del testo dell'art. XXI rispetto all'oggetto e allo scopo dell'Accordo, ma anche la modalità di ricorso operata sin dai primi momenti di funzionamento dell'Accordo stesso. Il continuo abuso interpretativo, volto ad una manipolazione del fine dell'eccezione, come anche della portata della stessa, avrebbe, quindi, indotto l'organo assembleare del GATT a valutare in maniera differente le controversie regolate dall'articolo in esame¹²⁸³. Inoltre, anche al fine di non ledere i rapporti pattizi intercorrenti tra le parti contraenti e basate sulla buona fede nell'esecuzione dell'Accordo del 1947, il Consiglio avrebbe avuto la precipua

¹²⁷⁸ *Decision of 30 november 1982 Concerning Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade*, L/5426, 2 dicembre 1982.

¹²⁷⁹ *Decision of 30 november* citata, preambolo, I° considerando.

¹²⁸⁰ Vedi AKANDE -WILLIAMS, *op. cit.*, p. 386 e ss.

¹²⁸¹ In questi termini, si veda HAHN, *op. cit.*, p. 582.

¹²⁸² *Decision of 30 november* citata, preambolo, II° considerando

¹²⁸³ Ciò sarebbe evidente nella controversia tra Argentina e Comunità Economica Europea, con riferimento alle restrizioni imposte da quest'ultima a causa dell'invasione delle isole Falkland.

intenzione di salvaguardare proprio il funzionamento della clausola stessa, che, come precisato sopra, è stata intesa come una salvaguardia a favore dei diritti degli Stati parte, laddove fossero ravvisate situazioni potenzialmente lesive della propria sicurezza nazionale.

Un ulteriore problema deriverebbe proprio dalle misure intraprese, le quali, se non ponderate nella loro necessarietà, potrebbero finire per ledere persino Stati terzi¹²⁸⁴. Ciò, dunque, permetterebbe di completare il quadro dell'interpretazione dell'articolo anche alla luce della sistematicità del GATT stesso. Laddove i diritti dei terzi vengano lesi da una misura restrittiva adottata ex art. XXI GATT, questa verrebbe considerata in contrasto con l'assetto complessivo dell'Accordo. Per ovviare all'interpretazione fornita dalle parti, dunque, il Consiglio decise di stabilire delle linee-guida procedurali, ovvero fissare il procedimento logico che avrebbe dovuto portare alla corretta interpretazione dell'articolo. Questi i passi da seguire:

“1. Subject to the exception in Article XXI:a, contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI.

2. When action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement.

3. The Council may be requested to give further consideration to this matter in due course”¹²⁸⁵.

Ad un primo sguardo, la lettura del dispositivo sembrerebbe non essere conforme rispetto al preambolo stesso. È nostra opinione che, in questo caso, e visto anche il III° considerando della decisione, sarebbe stato più opportuno stabilire un procedimento logico di maggiore respiro e chiarezza. La sensazione iniziale confermerebbe come, in materia di misure restrittive per proteggere interessi essenziali della sicurezza nazionale, il Consiglio voglia mantenere un ruolo neutrale rispetto alla discrezionalità degli Stati nell'adottare le medesime misure, e che un'eventuale controversia debba essere decisa solo per il tramite di consultazioni. Ciò emerge anche dal par. 3 del dispositivo, laddove si riconosce un ruolo suppletivo del Consiglio delle parti contraenti, che fornisce solo ulteriori considerazioni alle parti, qualora chiamato in causa.

Diverse invece le considerazioni che debbono essere fatte con riferimento ai par. 1 e 2 del dispositivo. Nel primo paragrafo, la decisione vuole sottolineare come vi sia un obbligo di notifica imposto agli Stati che decidano di adottare una misura restrittiva. Tale notifica dovrebbe seguire le linee individuate nel *Tokyo Round*¹²⁸⁶. Questo primo obbligo assume sicuramente una chiara natura giuridica, ovvero si legherebbe alla necessità di trasparenza cui dovrebbero essere assoggettate le restrizioni commerciali. Quindi, si dovrebbe sottolineare, ancora una volta, un obbligo di buona fede che deve far tendere l'azione degli Stati verso la conformità all'oggetto e scopo del trattato¹²⁸⁷.

¹²⁸⁴ *Decision of 30 november* citata, preambolo, III° considerando.

¹²⁸⁵ *Decision of 30 november* citata, para. 1-3 del dispositivo.

¹²⁸⁶ Di cui al § 2.2.

¹²⁸⁷ Potrebbe essere utile effettuare un parallelismo tra questo obbligo di informazione e quello di notifica previsto dagli artt. II.4 e V dell'Intesa di Wassenaar. In quel contesto, l'obbligo di notifica riguarda i dinieghi di licenza per l'esportazione di beni a duplice utilizzo di natura “sensitive” e “very sensitive”. Ciò sembrerebbe avere un'affinità con quanto espresso nel GATT, laddove lo scopo prevalente di tale Accordo è quello di favorire gli scambi commerciali tra gli Stati. Tuttavia, malgrado la similitudine, va messa in relazione la differenza tra i due obblighi: in quello previsto nella Decisione del 30 novembre 1982, la parte contraente avrebbe il dovere di notificare le misure restrittive che intende adottare o che ha adottato per qualsiasi tipo di bene, ivi comprese le armi, specificandone anche i motivi (vedi, per maggiore chiarezza, *Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear*, 5 novembre 1975), mentre nell'Intesa di Wassenaar si riscontrerebbe l'obbligo solo in relazione ai beni a duplice utilizzo. In secondo luogo, la notifica della misura restrittiva nel GATT dovrebbe essere letta anche come un primo passo

La Decisione del Consiglio delle Parti Contraenti assume un'evidente importanza nel momento in cui ci si appropria al § 2 del dispositivo. In tale disposizione, si sottolinea l'importanza per gli altri Stati, i quali siano lesi dalla misura restrittiva, di preservare i loro diritti derivanti dal libero scambio. Ciò dovrebbe essere inteso anche come una conferma del fatto che il ricorso a contromisure o ritorsioni nel quadro GATT/OMC mantenga una differente disciplina rispetto al diritto internazionale generale¹²⁸⁸.

Nel sistema del GATT, il ricorso alla sospensione dell'applicazione di concessioni¹²⁸⁹, come anche alle ritorsioni economiche è stato inteso quale ultima risorsa, allorché sorga una controversia tra due Stati¹²⁹⁰. Inoltre, proprio il sistema delineato dall'art. XXIII, § 2 del GATT avrebbe avuto il precipuo scopo di limitare il ricorso alle ritorsioni economiche, considerate generalmente legittime nel diritto internazionale di inizio XX° secolo¹²⁹¹. Quel che va segnalato, ulteriormente, è che la possibilità di ricorrere a tal tipo di ritorsione¹²⁹² non può essere invocato ogni volta che accada una violazione degli obblighi discendenti dall'Accordo, bensì potrebbe solo essere invocata dietro autorizzazione da parte del Consiglio delle parti contraenti, come precisato anche nella parte finale della disposizione¹²⁹³. Ciò in ragione del fatto che un ricorso unilaterale a tale forma di contromisura

*“may quickly spill-over into a vicious circle of protectionist power politics and, for this reason, has been rightly outlawed by Article XXIII:2 in favour of the possibility of «aggressive multilateralism»”*¹²⁹⁴.

Ciò, dunque, dovrebbe esser letto come una chiara volontà di ricomporre eventuali controversie sia in maniera diplomatica, sia anche giudiziale, senza dover ricorrere a misure unilaterali. Il requisito procedurale dell'autorizzazione del Consiglio avrebbe proprio l'effetto di impedire tale degenerazione¹²⁹⁵.

Tale impostazione, però, non sarebbe confermata dall'ultimo passo procedurale previsto dalla Decisione, al § 3 del dispositivo, che rimanda ad un momento successivo l'eventuale procedura di consultazione del Consiglio delle parti contraenti. La disciplina della decisione, dunque, si porrebbe in contrasto, o forse in funzione complementare, rispetto alla disciplina della risoluzione delle controversie nel GATT/OMC, prevista agli

procedurale per stabilire eventuali consultazioni, mentre al contrario nulla si dice circa l'obbligo di notifica nell'Intesa di Wassenaar. Ciò renderebbe anche l'idea di come l'obbligo di notifica, inserito in un accordo di natura prevalentemente politica, non comporti la necessaria instaurazione di un dibattito sugli effetti della misura restrittiva; semmai, la notifica avrebbe la pura funzione di ottemperare alla buona fede negli accordi internazionali, ovvero avrebbe la funzione di manifestare in ogni caso la volontà di uno Stato alle altre controparti.

¹²⁸⁸ Ciò potrebbe anche essere letto come un'interpretazione contraria al ricorso allo strumento del diritto internazionale generale, di cui si fa menzione all'art. 31, § 3, lett. (c) della Convenzione di Vienna del 1969, e che in generale sembrerebbe ammissibile nell'ambito dell'interpretazione degli accordi dell'OMC. Si veda, in questo senso, l'art. 3 del *Dispute Settlement Understanding*; in dottrina, L. GRADONI, *Regime Failure nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 218 e ss.

¹²⁸⁹ Da intendersi come ritorsione, nel diritto del commercio internazionale: STOLL, *op. cit.*, § 42 e ss.

¹²⁹⁰ Vedi, in questo senso, la discussione in seno al Tokyo Round del 1979, BISD 26 S/216, la quale ha gettato le basi definitive per la risoluzione giudiziale delle controversie nel GATT.

¹²⁹¹ PETERSMANN, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁹² Peraltro, delineata anche dall'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969, quale reazione all'inadempimento del trattato multilaterale da parte di uno Stato parte.

¹²⁹³ Art. XXIII, § 2.

¹²⁹⁴ PETERSMANN, *cit.*, p. 83.

¹²⁹⁵ Tuttavia, come riconosce anche la dottrina (PETERSMANN, *op. cit.*, p. 84), il ricorso a queste misure avrebbe la funzione di assicurare un *“level playing field”* nelle relazioni economiche, soprattutto tra quegli Stati che presentano differenti concezioni di politica economica, mentre invece tale ricorso renderebbe secondaria l'esecuzione puntuale degli obblighi GATT.

artt. XXII e XXIII, i quali prevedono prima una fase di consultazione del Consiglio, poi una fase di risoluzione della controversia anche in via giudiziale, ed infine una fase di adozione di ritorsioni laddove non vi siano sufficienti ragioni per ritenere la controversia risolta, e sia intervenuta la corrispondente autorizzazione del Consiglio a procedere in tal senso. Il meccanismo generale, poi, sarebbe ulteriormente confermato dall'*Understanding del Tokyo Round* di cui *supra*, il quale specifica che il ricorso alle ritorsioni si ha solo dietro autorizzazione del Consiglio delle Parti Contraenti, e solo dopo che si fosse cercato di trovare una comune soluzione soddisfacente alla controversia sorta.

Infine, la questione procedurale del ricorso alle ritorsioni sarebbe ulteriormente in contrasto con quanto disposto dal *Dispute Settlement Understanding*, nel quale si è stabilito, in linea sia con la disciplina generale dell'art. XXIII GATT, sia con quanto delineato nel *Tokyo Round*, che il ricorso alla ritorsione sia possibile solo laddove non vi sia una risoluzione soddisfacente della controversia, o laddove l'attuazione della decisione non sia conforme a quanto stabilito, e comunque sempre dietro autorizzazione del DSB¹²⁹⁶.

La decisione del 30 novembre 1982, quindi, dovrebbe rappresentare un'interpretazione autentica dell'art. XXI GATT. Gli Stati parte dell'Accordo avrebbero inteso, in questa maniera, fornire uno spunto risolutivo alla convinzione che si sarebbe generata, soprattutto in relazione alla risoluzione di eventuali controversie che potevano sorgere relativamente all'adozione di misure restrittive e alla compatibilità di queste con il diritto del GATT.

Tuttavia, è da notare come il fatto di aver predisposto un sistema alternativo alla normale procedura di risoluzione delle controversie previste dagli artt. XXII e XXIII non sembrerebbe essere così risolutivo come si potrebbe immaginare. È vero che il contesto giuridico in cui si colloca l'art. XXI GATT farebbe sì che gli Stati possano adottare misure restrittive senza che sia necessario porre le medesime sotto revisione. Ma è anche vero che, laddove i diritti degli Stati colpiti da queste misure, direttamente od indirettamente, non trovino soddisfacimento nel ricorso a ritorsioni legittime, e laddove le procedure di consultazione non abbiano l'effetto di ricomporre la controversia, dovrebbe essere necessario prevedere un sistema opzionale al possibile fallimento del meccanismo qui predisposto¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ Art. 3, § 3, e art. 22 DSU.

¹²⁹⁷ Il problema sembra essersi posto nuovamente in tempi recenti. Durante i lavori della Conferenza Interministeriale presso l'OMC, la delegazione russa ha espresso la necessità di interpretare con maggiore chiarezza la portata dei diritti ed obblighi relativi all'eccezione per motivi di sicurezza nazionale: "*With reference to the "Decision Concerning Article XXI of the General Agreement" adopted by the CONTRACTING PARTIES on November 30, 1982 and with the view to ensure clarity and predictability of implementation of Security Exceptions Provisions of the WTO Agreements Members shall develop a General Council decision on joint understanding on the interpretation of the scope of the rights and obligations of the WTO Members under these Provisions. With this in mind the Members shall engage in negotiations and the General Council shall take the decision on interpretation of the said Provisions pursuant to Article IX:2 of the Marrakesh Agreement by 1 June 2016. To this end, the negotiations shall focus on identification of circumstances when application of the measures pursuant to Security Exceptions is justified, as well as provision of specific transparency requirements and possible retaliatory measures"* (Proposal on MC10 Ministerial Declaration - Part III, 13 November 2015, WT/MIN(15)/W/14, § 1.5). Tale Stato membro, quindi, avrebbe espresso la propria *opinio necessitatis* relativamente a quanto stabilito nella Decisione del 30 novembre 1982, allo scopo di chiarire i casi e le modalità in base alle quali sia possibile ricorrere a tale eccezione, senza che questa risulti essere abusata. In altre parole, data la facilità con cui certi Stati usano la ritorsione commerciale (segnatamente, gli embarghi di merci verso un determinato Stato), si sta cercando di porre limiti a carattere fortemente giuridico al ricorso a tale eccezione.

Ecco che, quindi, la possibile soluzione a questo *impasse* giuridico potrebbe giungere dalla possibilità di sottoporre le misure restrittive ad un meccanismo di risoluzione delle controversie più agevole e meno fossilizzato su una semplice risoluzione diplomatica e consultiva.

Inoltre, la questione dell'interpretazione dell'art. XXI GATT sarebbe da indirizzare, secondo ampia parte della dottrina, in un senso completamente diverso. Secondo questo indirizzo, un'interpretazione oggettiva della norma contenuta in questa disposizione andrebbe nel senso di permettere la sottoposizione delle controversie sulle misure restrittive ad una revisione giudiziale, di un *panel* arbitrale *ad hoc* oppure del *Dispute Settlement Body* (DSB), che avrebbe le caratteristiche di indipendenza ed obiettività tipiche di un meccanismo giudiziale comune¹²⁹⁸. Ciò in quanto nulla, né nei lavori preparatori¹²⁹⁹, né tanto meno nell'intero sistema GATT sembrerebbe alludere alla configurazione della clausola contenuta nell'art. XXI come “*self-judging*” *tout-court*.

Quindi, l'interpretazione sistematica dell'accordo prevarrebbe sull'interpretazione della singola disposizione, malgrado la Decisione del 1982 sia il prodotto finale di un procedimento negoziale volto a chiarire la portata di tale norma. A ciò deve aggiungersi che, proprio con riferimento alla decisione qui in esame, la questione di una corretta interpretazione della norma pattizia finirebbe necessariamente per essere sottoposta al vaglio giudiziale del DSB, secondo quanto qui sopra esposto.

3. Verso il controllo giurisdizionale delle misure restrittive: il potere di valutazione degli Stati e la giurisdizione del *Dispute Settlement Body* (DSB)

3.1 – Il potere di valutazione nell'adozione di misure restrittive al commercio internazionale da parte degli Stati nell'ambito dell'OMC

Un altro profilo giuridico emergente dalla decisione anzidetta riguarda la risoluzione delle controversie che sorgono tra le Parti Contraenti per mezzo di strumenti di natura giudiziale o quasi giudiziale, quando le stesse decidano di farne espressa richiesta al Consiglio, a norma dell'art. XXIII, para. 1¹³⁰⁰. Il *Chairman* della seduta affermò che vi dovrebbe essere un dovere (“*should*”) per il Consiglio di esperire un procedimento istruttorio volto all'acquisizione di tutte le informazioni rilevanti per il caso, e in seguito emettere una raccomandazione¹³⁰¹ a norma del par. 2 dell'articolo sopra citato, il quale recita:

“*The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate*”.

Dunque, il Consiglio avrebbe il dovere di pronunciarsi, laddove vi sia una richiesta specifica delle parti.

¹²⁹⁸ Vedi, in questo senso, JOYNER, *op. cit.*, pp. 139-141; AKANDE - WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 386 e ss.; HAHN, *op. cit.*, pp. 567 e ss.; MATSUSHITA - SCHÖNBAUM - MAVROIDIS, *op. cit.*, pp. 597 e ss.

¹²⁹⁹ Vedi supra, § 1.3.

¹³⁰⁰ *Us - Restrictions* citata, § 10.

¹³⁰¹ Il termine che viene utilizzato è proprio “*recommendation*”. Ciò implicherebbe che la decisione adottata avrebbe solo l'effetto di invitare le parti a tenere un certo comportamento, in ragione dell'effetto che si vuole far discendere da questi tipi di atto, ovvero quello di evitare “penetranti ingerenze” nei rapporti tra gli Stati membri. In dottrina si vedano BISCOTTINI, *op. cit.*, p. 124 e ss.; R. VIRZO, *Gli atti delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 122 e ss.

In dottrina, si ritiene che il potere di emettere una decisione (“*ruling*”), all'interno del sistema del GATT del 1947, sia teso a valutare la conformità delle misure adottate dagli Stati con quanto stabilito nell'Accordo stesso, ovvero alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato¹³⁰². Ciò significa che, pur volendo risolvere la questione delle misure restrittive, adottate dall'amministrazione americana in base all'art. XXI(b)(ii), nel senso di “invitare” le parti a tenere un certo tipo di comportamento, quanto scaturito da questo “invito” avrebbe avuto l'intenzione di stabilire un parametro vincolante per le parti della controversia, e di conseguenza avrebbe avuto un valore arbitrale più che diplomatico.

Tale raccomandazione rileva anche per una serie di considerazioni relative al diritto accordato agli Stati di adottare una misura restrittiva degli scambi, ovvero l'autovalutazione dei motivi attinenti alla sicurezza nazionale e la necessità di adottare misure restrittive. Tale possibilità è stata ampiamente criticata già con riferimento alla controversia tra Cecoslovacchia e Stati Uniti, per quanto riguarda l'eccessiva ampiezza con cui viene solitamente interpretata l'eccezione e per quanto riguarda l'esercizio della giurisdizione sulle misure adottate.

Per quanto riguarda il primo profilo, ovvero la facoltà di valutazione sulla necessità di adozione di tali misure, va anzitutto precisato che la decisione in esame non ha voluto minimamente intaccare tale potere, in quanto, come emerso anche dalle dichiarazioni sopra esposte, il solo riferimento all'art. XXI GATT avrebbe fatto sì che tale potere si esplicasse automaticamente¹³⁰³. Inoltre, l'intenzione iniziale delle parti contraenti è stata quella di far valere proprio l'argomento dell'auto-valutazione sulla “necessità” della adozione delle misure, in quanto erano paventati pregiudizi alla sicurezza interna ed agli interessi essenziali degli Stati derivanti dal libero scambio di merci. Si segnala, dunque, la dichiarazione¹³⁰⁴, resa con riferimento all'art. XXI durante il negoziato del GATT, con la quale sono stati sollevati diversi dubbi riguardo all'esatta interpretazione della formula “*in time of war or other emergency in international relations, relating to the protection of the essential security interests of a nation*”¹³⁰⁵. A tal proposito, si deve segnalare quanto espresso proprio dal rappresentante statunitense in quella sede, il quale ha affermato che:

“*We gave a good deal of thought to the question of the security exception which we thought should be included in the Charter. We recognized that there was a great danger of having too wide an exception and we could not put it into the Charter, simply by saying: «by any Member of measures relating to a Member's security interests,» because that would permit anything under the sun. Therefore we thought it well to draft provisions which would take care of really essential security interests and, at the same time, so far as we could, to limit the exceptions and to adopt that protection for maintaining industries under every conceivable circumstance*”¹³⁰⁶.

Una parte maggioritaria della dottrina sostiene che la presenza di questa clausola d'eccezione abbia lo scopo di consentire agli Stati di derogare, in maniera lecita, agli obblighi derivanti dall'Accordo del 1947, laddove gli stessi Governi ritengano che l'ingresso di alcuni tipi di merci, o l'esportazione di alcuni beni, da e verso Stati che non si conformino a determinati obblighi internazionali, o si caratterizzino per una diversa

¹³⁰² PETERSMANN, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁰³ Si veda, ad esempio, la dichiarazione resa dal rappresentante britannico, di cui *supra*, § 1.2.

¹³⁰⁴ Consiglio Economico e Sociale, *Seconda sessione della Commissione preparatoria della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e l'impiego - Rapporto verbale del 33° incontro della Commissione A*, E/PC/T/A/PV/33, 24 luglio 1947, disponibile sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm.

¹³⁰⁵ Si veda la dichiarazione del rappresentante dei Paesi Bassi, a p. 19.

¹³⁰⁶ Dichiarazione rilasciata dal rappresentante statunitense, a p. 20.

propensione politica, possa avere un effetto nocivo sull'economia nazionale, che viene così considerata un interesse essenziale per la vita dello Stato¹³⁰⁷.

In tal senso, ci si deve allora chiedere cosa vada considerato come “necessario”, ai sensi del para. (b) dell'art. XXI GATT, e se la configurazione di questa “necessità” sia in linea con quanto stabilito nell'Accordo del 1947.

L'eccezione prevista dall'art. XXI GATT viene posta in relazione dalla dottrina con il sistema di risoluzione delle controversie all'interno dello stesso Accordo. È indubbio ritenere che il sistema, agli esordi, si presentava quasi del tutto incompleto, a funzione prevalentemente “consultiva”¹³⁰⁸ e basato sulla possibilità di ricorrere a consultazioni tra gli Stati per risolvere amichevolmente la controversia¹³⁰⁹. Il sistema delineato all'interno dell'Accordo non presentava una dettagliata disciplina, contenuta solo negli artt. XXII e XXIII.

Tuttavia, le procedure di consultazione sono sempre state considerate obbligatorie all'interno del sistema del GATT¹³¹⁰. Solo laddove le parti di una controversia non arrivassero ad un primo accordo, la risoluzione della medesima veniva devoluta al Consiglio ai sensi dell'art. XXIII.

Laddove fosse stato chiamato in causa dalle parti di una controversia, il Consiglio medesimo risolveva emettendo atti a contenuto prevalentemente esortativo, come *supra* descritto¹³¹¹. Questi atti, di natura negoziale, invitavano le parti della controversia a trovare una soluzione concordata, ed in un secondo momento. Solo in un secondo momento, laddove le parti non avessero ancora raggiunto un accordo per risolvere la controversia, il Consiglio delle Parti Contraenti, sulla base dell'art. XXIII¹³¹², stabiliva quale sarebbe dovuta essere la soluzione ottimale. Con riferimento alla controversia del 1949 *supra* menzionata, il ruolo svolto dal Consiglio era quello di mero foro negoziale tra le parti stesse¹³¹³.

Perché si potesse avere una decisione basata concretamente sui fatti oggetto della controversia, era preferibile la risoluzione apportata per mezzo di un *panel* di esperti¹³¹⁴.

Tuttavia, come anticipato, la volontà di sottoporre una controversia relativa all'applicazione dell'art. XXI GATT dipendeva da un ulteriore fattore, quale era la volontà degli Stati di essere gli “unici giudici” della valutazione sull'adozione di misure restrittive.

Questa eventualità è indicata dalla dottrina prevalente come il principale ostacolo alla sottoposizione di queste misure a revisione da parte di *panels*¹³¹⁵.

La facoltà di valutazione viene, dunque, supportata dalla maggior parte della dottrina e dalle Parti Contraenti del GATT, come un potere spettante unicamente agli

¹³⁰⁷ HAHN, *op. cit.*, p. 561 e ss.; AKANDE-WILLIAMS, *op. cit.*, p. 396; JOYNER, *op. cit.*, p. 135 e ss.

¹³⁰⁸ D. DE KIEFFER, *GATT Dispute Settlements: A New Beginning in International and U.S. Trade Law*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1980, vol. 2, n. 2, pp. 317-333, a p. 318.

¹³⁰⁹ STOLL, *op. cit.*, § 3.

¹³¹⁰ PETERSMANN, *op. cit.*, p. 85 e ss.; WTO *Handbook* citato, p. 92 e ss.

¹³¹¹ PETERSMANN, *ib.*

¹³¹² Articolo XXIII, § 2: “ *If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances*”.

¹³¹³ Parte della dottrina (DE KIEFFER) ha inoltre sottolineato come queste decisioni avessero principalmente un ruolo di riferimento per lo studio del diritto internazionale dell'economia, ma non anche un valore di precedente giurisprudenziale. DE KIEFFER, *op. cit.*, p. 319.

¹³¹⁴ Si ritiene che questo strumento attribuiva al Consiglio un potere discrezionale di intervenire nella controversia, quasi alla stregua del potere attribuito al Consiglio di Sicurezza dall'art. 36 della Carta ONU. Si veda LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 52.

¹³¹⁵ AKANDE - WILLIAMS, *op. cit.*, p. 381 e ss.; HAHN. *op. cit.*, p. 662 e ss.

Stati, ai quali compete adottare misure che “proteggano” i loro interessi essenziali. Tale opinione verrebbe supportata sia dall'interpretazione testuale dell'art. XXI GATT¹³¹⁶, sia dalle dichiarazioni sopra riportate rese dai rappresentanti degli Stati contraenti durante i lavori preparatori dell'Accordo. Infine, anche la prassi applicativa andrebbe nel senso di legittimare questa forma di auto-giudizio¹³¹⁷.

La determinazione di questi interessi è vista da ampia parte della dottrina come avente carattere meramente politico¹³¹⁸. Ciò significa, anzitutto, che gli Stati godono di una generale libertà di decisione, in quanto trattasi di materia rientrante nella *domestic jurisdiction*¹³¹⁹, e per la quale vige il generale divieto di ingerenza dall'esterno¹³²⁰. Inoltre, data la valenza politica, si sostiene fortemente l'impossibilità di procedere ad un vaglio giudiziale successivo, a livello internazionale, relativamente alla legittimità delle misure adottate¹³²¹.

Vi è però da fare una precisazione. La maggior parte delle clausole simili a quella prevista all'art. XXI GATT trova disciplina in trattati che tutelano sia interessi economici sia libertà fondamentali. La prassi giurisprudenziale (ed in particolare, quelle della Corte di giustizia dell'Unione Europea¹³²² e della Corte internazionale di giustizia¹³²³) va nel senso di ammettere un margine di apprezzamento degli Stati nel decidere quali siano gli interessi essenziali da proteggere e quali siano le misure in concreto da adottare ai fini di tale protezione. Ma, al tempo stesso, la decisione sulla compatibilità tra gli interessi protetti e l'oggetto e lo scopo del trattato viene considerata dalle stesse Corti internazionali un profilo di diritto su cui possono validamente esercitare la propria giurisdizione.

Tuttavia, al di là degli aspetti di natura processuale preliminare, la facoltà di valutazione viene ritenuta, nel merito, una questione non tanto di natura giuridica, ma di natura politica¹³²⁴. In particolare, si segnala l'opinione del giudice Lauterpacht, nel caso dei *Prestiti norvegesi*¹³²⁵, il quale ha affermato che, in relazione a dichiarazioni rese unilateralmente da uno Stato sull'esistenza o riconoscimento di un obbligo giuridico previsto da un trattato, questa dichiarazione non si considera avente natura giuridica,

¹³¹⁶Secondo la formula “to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests”.

¹³¹⁷Si vedano, ancora una volta, le dichiarazioni rese dal rappresentante britannico in seno alla discussione dell'8 giugno 1949, relativa alla decisione sulle *US - Restrictions* in analisi. Si veda anche *Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear*, di cui più diffusamente in seguito. Va qui, però, segnalato quanto espresso in precedenza, ovvero che la valenza di queste dichiarazioni, come anche dell'atto emanato e degli effetti prodotti, è meramente a carattere politico. Si richiama in merito PETERSMANN, *op. cit.*, p. 69 e ss.

¹³¹⁸Su tutti, si veda J. A. SPANOGLE, *Can Helms-Burton be Challenged under the WTO?*, in *Stetson Law Review*, 1998, vol. 27, pp. 1313 e ss., a p. 1332.

¹³¹⁹Sulla nozione si veda la il Parere consultivo della Corte Permanente di Giustizia Internazionale sui *Decreti di nazionalità in Tunisia e Marocco* (Serie B04, 7 febbraio 1923), para. III, p. 22 e s.

¹³²⁰Per un'ottima disamina della questione relativa alle misure restrittive e al divieto di ingerenza, si veda ancora MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 110 e ss.. Si veda altresì A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione: contributo allo studio dei fenomeni di extraterritorialità nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1995, p. 35 e ss.

¹³²¹AKANDE - WILLIAMS, *op. cit.*, p. 381-382.

¹³²²Caso C-367/89, *Aime Richardt*, in *Raccolta generale*, 1991; caso C-70/94, *Werner c. Germania*, in *Raccolta citata*, 1995; caso C-83/94, *Leifer et al.*, in *Raccolta citata*, 1995.

¹³²³*Attività militari* citato di seguito.

¹³²⁴AKANDE - WILLIAMS, *op. cit.*, p. 383-384.

¹³²⁵Corte Internazionale di Giustizia, *Case of Certain Norwegian Loans*, judgement, 6 luglio 1957, in *I.C.J. Reports* 1957, p. 9.

bensì è considerata solo come una dichiarazione politica e di principio¹³²⁶. Questa opinione può essere applicata anche analogicamente agli atti unilaterali degli Stati, i quali non assumono valore giuridico, a meno che non siano stati espressamente accettati, o sia stata fatta acquiescenza¹³²⁷. In generale, le dichiarazioni unilaterali, pur se relative alla protezione della sicurezza nazionale degli Stati, devono essere conformi al principio generale della buona fede nei trattati¹³²⁸. Questo principio può essere applicato anche alle misure restrittive al “commercio” di armi¹³²⁹.

Si deve, quindi, ritenere che:

*“To construe Article XXI as entirely self-judging would in effect mean that a WTO member is entitled to determine the scope and existence of its obligations under the GATT as it would be up to the member to unilaterally determine (with binding effect) when it was obliged to comply with GATT obligations and when national security interests precluded such obligations [...] one must not interpret Article XXI in such an entirely self-judging way that would vitiate the legal effect of the Agreement”*¹³³⁰.

3.2 – Esercizio della giurisdizione sulle e necessità di adozione delle misure restrittive

Perché la misura adottata sia legittima alla luce dell'art. XXI, è richiesto che lo Stato la “*consideri necessaria*”¹³³¹. Questa formula, che aveva generato non poche contraddizioni, sembra avere un'interpretazione condivisa: spetterà allo Stato valutare se adottare o meno una misura restrittiva, qualora ravveda che questa sia necessaria, appunto, per proteggere i propri interessi di sicurezza nazionale.

Ancora una volta, la questione della clausola sul potere di valutazione degli Stati non sembrerebbe lasciare adito a dubbi ulteriori. L'interpretazione testuale andrebbe nel senso di avallare tale potere, e quindi non si ammette la possibilità di ricorrere ad un soggetto terzo ed indipendente, quale potrebbe essere un *panel*, per stabilire se vi sia o

¹³²⁶ *Separate Opinion of Judge Hersh Lauterpacht*, 6 luglio 1957, p. 48.

¹³²⁷ Si veda il Principio n. 9 delle *Guide.lines on unilateral declarations of States being capable of creating legal obligations* del 9 settembre 2006, in *Yearbook of International Law Commission*, 2006, Vol. II, Part II, p. 369 e ss.

¹³²⁸ Art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In dottrina, TANZI, *op. cit.*, p. 145 e ss.

¹³²⁹ Con riferimento specifico alla materia qui analizzata, si potrebbe affermare che le eventuali dichiarazioni rese dagli Stati in relazione alla materia coperta dall'art. XXI GATT non possano creare obblighi giuridici nei confronti delle altre parti dell'Accordo. Ciò è reso evidente, prendendo come riferimento la controversia del 1949, dalla dichiarazione resa dal rappresentante cecoslovacco, il quale affermò che la dichiarazione del governo statunitense di interpretare la nozione di “*traffico di armi ai fini di fornitura, in maniera diretta od indiretta, di uno stabilimento militare*” in maniera ampia avrebbe avuto l'effetto di danneggiare severamente gli scambi commerciali tra i due Stati, e di conseguenza avrebbe avuto un'influenza negativa sull'interpretazione ed applicazione dell'art. XXI GATT (*US - Restrictions* citata, §§ 1 e 4). Ciò, dunque, va messo direttamente in relazione con quanto appena esposto, ovvero che una dichiarazione unilaterale di uno Stato non può generare obblighi in capo agli altri Stati. A maggior ragione, ciò sarebbe evidente nel momento in cui l'invocazione di una clausola di protezione della sicurezza nazionale abbia l'effetto di distorcere la sua reale interpretazione e applicazione, denotando una conseguente inosservanza dell'obbligo in questione. Ciò viene esplicitamente affermato anche nei lavori preparatori per la redazione del testo del GATT. Con riferimento specifico all'art. XXI, la dichiarazione resa ha sostenuto da un lato la necessità di preservare i regimi giuridici interni da eventuali situazioni dannose per la sicurezza, ma dall'altro, mantenendo ferma l'osservanza dell'interpretazione teleologica, i redattori hanno impedito che la clausola prevista dall'art. XXI potesse permettere “*anything under the Sun*”, ovvero giustificare ogni tipo di situazione al fine di restringere gli scambi commerciali.

¹³³⁰ AKANDE - WILLIAMS, *cit.*, p. 384.

¹³³¹ Termini riferiti nel § (b) dell'art. XXI.

meno la legittimità dell'adozione della misura alla luce degli obblighi internazionali, e segnatamente quelli previsti dal GATT.

In secondo luogo, l'interpretazione testuale è stata utilizzata dalla Corte Internazionale di Giustizia, che ha chiarito la portata della norma in considerazione, stabilendo che, laddove il testo si riferisca a misure che uno Stato “*consideri necessarie*”, viene concessa una maggiore discrezionalità di valutazione, mentre questa discrezionalità non avrebbe ampio spazio laddove il testo della disposizione faccia riferimento a “*misure necessarie*”¹³³². La prima formula normativa, inoltre, dovrebbe essere letta, alla luce del principio di buona fede, come implicante una preventiva valutazione da parte dello Stato degli obblighi internazionali che potrebbero essere lesi, ed ammettendo in seconda istanza la possibilità del vaglio giurisdizionale.

Tuttavia, proprio con riferimento a quest'ultimo punto, la Corte internazionale di giustizia ha espressamente considerato applicabile la propria giurisdizione in relazione ad interessi di sicurezza nazionale e di valutazione della necessità della misura, poiché questa fase è ancora preliminare alla “*giustiziabilità*” della misura stessa, e quindi ad una valutazione in concreto della legittimità¹³³³. Ciò, dunque, andrebbe letto come un chiaro segno che l'esercizio della giurisdizione sulle misure restrittive è possibile, seppure limitatamente alla fase preliminare¹³³⁴.

La prassi internazionale, tuttavia, ha conosciuto anche una interpretazione più penetrante di questo tipo di misure. Infatti, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE¹³³⁵, si è avuto un ulteriore passaggio fondamentale rispetto alla giurisprudenza della CIG o a quella del DSB. La Corte regionale, valutando l'applicabilità dell'art. 296 TCE (ora 346 TFUE), non solo si è considerata più volte competente a valutare preliminarmente l'esercizio della propria giurisdizione su controversie nascenti dall'adozione di misure relative al commercio di armi nel territorio degli Stati Membri, ma anche si è ritenuta competente a valutare la *giustiziabilità* di tali misure, in quanto l'eccezione finale prevista dall'art. 296, in combinato disposto con l'art. 298 TCE (ora 348 TFUE)¹³³⁶, sulla violazione delle norme sulla concorrenza nell'Unione, permetterebbe a tale istituzione giudiziaria di valutare se le misure siano conformi alla disciplina del diritto primario dell'Unione¹³³⁷.

¹³³²Si veda, in questo senso, il testo dell'art. XI del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra USA e Nicaragua del 1956; si veda anche l'art. XX GATT sulle Eccezioni generali, il quale disciplina il ricorso a certe misure (para. a-d) che siano necessarie, senza menzionare alcun requisito di considerazione da parte dello Stato stesso.

¹³³³Corte Internazionale di Giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, judgement, 6 aprile 1986, in *I.C.J. Reports*, 1986, §§ 115-116 e § 222.

¹³³⁴Diversa la *giustiziabilità* delle misure adottate. Infatti, questa distinzione sarebbe evidente in AKANDE - WILLIAMS, *op. cit.*, p. 379-381, i quali affermano come la valutazione della presenza di interessi e della necessità delle misure attenga al merito della decisione, e perciò è ritenuto insindacabile, mentre la questione sulla giurisdizione e la sua applicabilità su tali misure ha valore procedurale e preliminare, quindi dovrà essere vagliata in concreto dal giudice. Si vedrà in seguito come anche all'interno del *Dispute Settlement Body* sia possibile una simile interpretazione della norma in esame.

¹³³⁵Prima fra tutte, la sentenza *Commissione c. Spagna* citata più *supra*.

¹³³⁶Il testo dell'art. 348 recita: “*Quando delle misure adottate nei casi contemplati dagli articoli 346 e 347 abbiano per effetto di alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno, la Commissione esamina con lo Stato interessato le condizioni alle quali tali misure possono essere rese conformi alle norme sancite dai trattati.*”

In deroga alla procedura di cui agli articoli 258 e 259, la Commissione o qualsiasi Stato membro può ricorrere direttamente alla Corte di giustizia, ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dagli articoli 346 e 347. La Corte di giustizia giudica a porte chiuse”.

¹³³⁷Secondo AKANDE - WILLIAMS, *op. cit.*, p. 389, per quanto i due articoli sembrino essere simili, la previsione contenuta nel para. 2 dell'art. 348 TFUE farebbe sì che la differenza tra i due sistemi sia netta. Infatti, mentre nulla si dice nell'ambito GATT/WTO su un'espressa richiesta di vaglio giudiziale,

Profili problematici, infine, vengono evidenziati con riferimento alla valutazione sulla necessità delle misure. Sotto questo punto di vista, data la premessa poc'anzi fatta, sembrerebbe difficile penetrare, da parte del giudice o del soggetto terzo, in una controversia relativa agli interessi essenziali per la sicurezza di uno Stato. La dottrina, d'altronde, assume un atteggiamento più prudente nell'ammettere la possibilità di sottoporre a revisione giudiziale la necessità di tali misure.

Uno spunto interessante, invece, sembrerebbe essere offerto da quella parte degli studiosi che ha valutato la possibilità di constatare l'esistenza di un interesse essenziale per la sicurezza sulla base di una revisione operata dai giudici¹³³⁸. In questo senso, è gioco-forza rifarsi a quanto ha stabilito la Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Nicaragua*, laddove, si è ritenuta competente (e per converso anche qualsiasi altro tribunale o corte internazionale) a vagliare tale profilo problematico¹³³⁹. In particolare, il potere di estendere la propria giurisdizione sulla materia in oggetto sarebbe frutto di un procedimento logico-giuridico volto prima di tutto a valutare l'esistenza di un interesse essenziale per la sicurezza nazionale, e solo in un secondo momento la sua necessità.

Or dunque, il primo passo verrebbe espletato anche nel momento in cui uno Stato adottante una misura abbia legittimamente considerato tali misure come preservanti un interesse essenziale.

Come già anticipato, la possibilità di proteggere gli interessi essenziali non si estende solo ad obiettivi direttamente sensibili all'interno dello Stato (come obiettivi di natura militare), ma anche a quelli considerati indirettamente sensibili, nel cui ambito parte della dottrina colloca interessi di natura economica e industriale¹³⁴⁰. Ovviamente, la principale critica che potrebbe sorgere è relativa alla discrezionalità che viene accordata allo Stato nel decidere cosa sia "essenziale".

Se da un lato deve essere ritenuta legittima la possibilità di vagliare le misure restrittive da parte di un giudice o di un soggetto terzo, dall'altro si dovrebbe sostenere anche che sussista l'obbligo per uno Stato di giustificare adeguatamente la necessità di adottare misure discrezionali che restringano le esportazioni verso determinati Stati¹³⁴¹.

Proprio quest'ultimo profilo avrebbe l'effetto di influenzare il momento in cui si pongono dei limiti alla possibilità di revisione delle giustificazioni offerte sulla base di quanto previsto dal para. (b) dell'art. XXI GATT, in cui vi rientrano anche le misure restrittive per limitare il traffico di armamenti. Seguendo, in questo caso, la comune interpretazione dottrinale relativa all'art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969, l'osservanza delle norme di un trattato verrebbe vanificata da un qualsiasi atto di diritto interno che sia in contrasto con le stesse¹³⁴², e tale inosservanza avrebbe l'effetto di non produrre gli effetti previsti dal trattato, ledendo così la legittima aspettativa delle altre parti contraenti¹³⁴³.

Quindi, la buona fede sarebbe considerabile alla luce del risultato prodotto dalle misure restrittive adottate da uno Stato, con riferimento ai trasferimenti di armi. Ma

nell'ambito UE tale strumento può essere richiesto solo dalla Commissione europea, e, *mutandis mutandi*, solo allorché vi sia più d'uno Stato che adotta comportamenti contrari alla concorrenza. Per una più approfondita analisi della giurisprudenza dell'UE, si veda più infra, para. 3.1.

¹³³⁸ AKANDE - WILLIAMS, *ib.*

¹³³⁹ Corte Internazionale di Giustizia, *Military Activities* citata, *id.*

¹³⁴⁰ HAHN, *op. cit.*, p. 580-582; H. L. SCHLÖMANN - S. OHLHOFF, "Constitutionalization" and *Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence*, in *American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, n. 2, pp. 424-451, a p. 444.

¹³⁴¹ Art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969.

¹³⁴² DÖRR-SCHMALENBACH, *op. cit.*, p. 456, § 9.

¹³⁴³ DÖRR - SCHMALENBACH, *op. cit.*, p. 457, § 11; JOYNER, *op. cit.*, p. 137 e ss.

prima di valutare se vi sia stata mala fede da parte dello Stato adottante, sembrerebbe necessario, sempre in linea con l'analisi dottrinale sul punto, valutare l'esistenza di un nesso causale tra la restrizione imposta e lo scopo principale dell'importazione od esportazione¹³⁴⁴.

Ciò sarebbe preferibile anche alla luce di un'interpretazione testuale dell'art. XXI(b) (ii) del GATT. Il testo della disposizione sembrerebbe far emergere come la giustificazione ivi prevista sarebbe invocabile solo laddove la restrizione si riferisca ai trasferimenti di armi e alla fornitura diretta od indiretta di materiale per uno stabilimento militare. Se, come evidenziato anche in sede di redazione del testo dell'Accordo, si dovesse ammettere che l'endiadi “*direttamente od indirettamente*” possa comportare applicazioni difformi e senza limiti specifici, si dovrà ricorrere in maniera restrittiva all'interpretazione testuale, in base al fatto che la ragione della restrizione può e deve essere rinvenuta solo nella necessità di limitare i trasferimenti di armi verso uno stabilimento militare, od in quella di limitare la fornitura di materiale per uno stabilimento militare, allo scopo di valutare se questa misura sia in grado di “proteggere” effettivamente la sicurezza della nazione.

Quel che emerge anche dalla prassi applicativa della disposizione è che le restrizioni imposte dagli Stati sono state inteso in senso troppo ampio per essere giustificate dalla previsione dell'art. XXI(b)(ii) GATT, ovvero si sarebbe indirizzata questa giustificazione nel senso di impedire che uno Stato concorrente, o diversamente “allineato”, possa beneficiare della tecnologia militare di un determinato gruppo di Stati. Ciò, dunque, avrebbe l'effetto di mostrare chiaramente una mera volontà politica che sottostà alle restrizioni imposte o considerate in questa analisi.

Infine, dal momento che le misure adottate hanno chiara valenza politica, come finora segnalato per la maggior parte della prassi applicativa e relativa all'art. XXI GATT, si segnala un contrasto latente tra la volontà statale di ottemperare alle disposizioni dell'Accordo e la volontà degli Stati di sfruttare a proprio godimento una clausola di salvaguardia, e che finisca addirittura per abusare della sua portata. Ciò sarebbe da leggere come un'evidente violazione della buona fede pattizia che poc'anzi si esponeva, e che rimarrebbe comunque valida nell'esecuzione di un accordo internazionale, anche se di natura provvisoria¹³⁴⁵.

Va, però, precisato che anche se il GATT nacque come accordo “provvisorio” rispetto alla mancata entrata in vigore della Carta della Avana, tale “provvisorietà” potrebbe aver avuto l'effetto di stimolare le parti contraenti a tenere comportamenti contrari. Questo potrebbe essere stato anche il caso degli Stati Uniti nella citata decisione del 1949.

Se è vero che il carattere provvisorio era comunque ravvisabile nell'Accordo del 1947, altrettanto non può dirsi per il principio di buona fede che sottostava tale accordo. Infatti, il principio si manifesterebbe nell'esecuzione dell'accordo pendente la sua entrata in vigore, anche quando si tratti di un accordo avente natura non giuridica. Quindi, l'applicazione distorta della norma del trattato sarebbe in evidente contrasto con tale principio, e potrebbe essere considerato anche una forma di abuso del diritto, nel momento in cui uno Stato modifichi lo scopo applicativo di un diritto, od anche di una facoltà¹³⁴⁶, a fini

¹³⁴⁴ HAHN, *op. cit.*, p. 584 e ss.

¹³⁴⁵ Art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969, il quale si applica nei casi in cui l'accordo sia stato firmato ma ancora non sia entrato in vigore.

¹³⁴⁶ Non è qui palesata una nostra intenzione di distinguere tra “diritti” e “facoltà” nel diritto internazionale. Infatti, deve essere tenuta in considerazione la teoria formulata da M. GIULIANO, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, in G. BALLADORE PALLIERI - G. MORELLI - R. QUADRI, *Trattato di diritto internazionale*, Sez. I, Vol. III, Tomo I, CEDAM, Padova, 1956, cit. p. 27, in cui si sostiene che “*la nozione della c.d. «facoltà giuridica» può darsi e costruirsi esclusivamente in funzione di «effetti» che le*

unilaterali e perciò non condivisi dalla comunità internazionale, o dalla sua porzione rappresentata in un sistema di trattato¹³⁴⁷.

3.3 – Applicabilità della giurisdizione del DSB alle controversie relative alle misure restrittive in materia di armi

Data la possibilità di sottoporre le misure restrittive in materia di commercio di armi a controllo giurisdizionale, può essere utile capire se tale revisione possa ora essere effettuata dal *Dispute Settlement Body* (DSB¹³⁴⁸), organo che ha assunto, a partire dall'istituzione dell'OMC, le funzioni di risoluzione delle controversie in materia di commercio internazionale e di verifica dell'attuazione delle decisioni adottate¹³⁴⁹.

Va comunque premesso il fatto che, essendo la materia del commercio internazionale passata attraverso una modifica generale nel 1994, tramite la stipulazione degli accordi di Marrakesh, si dovrebbe aggiungere come, vista la necessaria funzione ora espletata dal DSB, possa ritenersi pacifica la sottoposizione di qualsiasi controversia, inerente anche le misure restrittive per motivi di sicurezza nazionale, e finanche relative al “commercio” di armamenti, alla giurisdizione di questo organo. Ciò emerge anche con chiarezza dall'art. 3, para. 1 del *Dispute Settlement Understanding* (DSU)¹³⁵⁰, accordo alla base delle funzioni del DSB. Tale disposizione, prevede che:

“Members affirm their adherence to the principles for the management of disputes heretofore applied under Articles XXII and XXIII of GATT 1947, and the rules and procedures as further elaborated and modified herein”.

Un primo sguardo a questa disposizione permette di constatare come, tra i principi fondamentali della risoluzione delle controversie nell'OMC, vi rientri quello di osservare le norme relative alla risoluzione delle controversie, quale estensione del principio di buona fede nell'esecuzione dell'accordo. Ne consegue che sarebbe difficilmente ammissibile una risoluzione di controversie relative al commercio internazionale che si collochino al di fuori dell'ambito di operatività del DSB. Ciò deriverebbe anche dall'analisi del diritto applicabile ed invocabile nelle controversie medesime, come illustrato nell'Allegato I del DSU¹³⁵¹. Sarebbe, quindi, oltremodo impossibile concepire la questione delle misure restrittive agli armamenti come estranea al sistema delineato nel DSU, ragion per la quale ogni controversia che sorga in relazione alle medesime dovrebbe essere ricondotta sotto la giurisdizione del DSB.

Per quanto riguarda il diritto applicabile, l'art. 1 DSU stabilisce chiaramente che le regole di procedura previste in questo strumento valgono non solo per le controversie

norme giuridiche fanno conseguire all'esplorazione di determinate attività, allo svolgimento concreto di determinate «possibilità»”.

¹³⁴⁷ Sulla nozione di abuso di diritto si veda A. KISS, voce *Abuse of Rights*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, dicembre 2006, § 5.

¹³⁴⁸ In dottrina, si vedano i commenti agli articoli qui analizzati in R. WOLFRUM – P. T. STOLL – K. KAISER (a cura di), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 268 ss. si veda altresì V. DI COMITE, *Il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio e l'esecuzione delle decisioni del Dispute Settlement Body*, in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Cacucci editore, Bari, 2007, pp. 159-176.

¹³⁴⁹ Per una disamina delle funzioni del DSB, si vedano LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 439 e ss.; P. PICONE – A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione del Commercio Internazionale*, CEDAM, Padova, 2002, p. 550 e ss.; WTO, *Handbook* citato, p. 17 e ss.

¹³⁵⁰ Allegato 2 all'Accordo che stabilisce l'OMC, aprile 1994, consultato all'URL https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf.

¹³⁵¹ Di cui qui di seguito.

relative agli accordi elencati nell'Allegato I, bensì si applicano anche alle consultazioni e risoluzioni delle controversie relative ai diritti ed obblighi degli Stati membri degli Accordi costitutivi dell'OMC, tra cui figura il GATT¹³⁵².

Come abbiamo potuto constatare in precedenza, la questione delle misure restrittive agli armamenti implica necessariamente il coinvolgimento di diritti di Stati direttamente od indirettamente colpiti dalla misura¹³⁵³. Tali Stati, quindi, possono vantare la lesione dei loro inerenti diritti, e per fare ciò ora è possibile invocare la giurisdizione del DSB.

L'effettività delle giurisdizione del DSB è ulteriormente evidenziata dal ruolo che svolge, a norma dell'art. 2 DSU, ovvero la risoluzione di qualsiasi controversia che sorga in relazione all'interpretazione od applicazione di uno degli accordi richiamati nell'Allegato A. Tale funzione consiste in:

*“establish panels, adopt panel and Appellate Body reports, maintain surveillance of implementation of rulings and recommendations, and authorize suspension of concessions and other obligations under the covered agreements”*¹³⁵⁴.

Queste funzioni sembrano essere pressoché simili a quelle previste nell'art. XXIII del GATT del 1947, il quale, con riferimento al Consiglio delle Parti Contraenti, stabiliva che esso poteva creare *panels* (art. XXIII:2), adottare raccomandazioni sul caso (art. XXIII:2, secondo periodo) e autorizzare la sospensione delle concessioni o di altri obblighi previsti dall'accordo (art. XXIII:2, penultimo periodo). Questa constatazione ci permette di sottolineare come il DSB sembrerebbe essere il “naturale sostituto” delle funzioni del Consiglio delle Parti Contraenti, soprattutto in virtù del ruolo di organo di composizione delle controversie.

Con specifico riferimento all'art. XXI, è stato già sottolineato¹³⁵⁵ come la Decisione del 1982 avesse stabilito non solo una possibile corretta interpretazione della norma, bensì avesse ulteriormente previsto i passi procedurali che dovevano essere seguiti affinché si potesse validamente invocare una delle giustificazioni contenute nell'articolo.

Ulteriormente, si era anche sottolineato come tale procedura risultava essere precaria, e che, pur prevedendo l'esperimento di consultazioni all'interno del Consiglio delle Parti Contraenti¹³⁵⁶, queste potessero ugualmente avere esito infruttuoso. Ragion per cui, si è ipotizzata una sorta di fallimento del sistema disciplinato nella Decisione, che avrebbe comportato un “ritorno” alla disciplina contenuta negli artt. XXII e XXIII GATT. Orbene, è possibile qui ammettere che, in ragione di un'ulteriore e successiva disciplina, quale è quella contenuta nel DSU, la risoluzione delle controversie relative alle misure restrittive per motivi di sicurezza nazionale ora debba necessariamente essere esperita tramite questo nuovo sistema. Ciò in ragione anche della sistematica lettura che si deve dare alla disposizione dell'art. XXI GATT, ovvero quella dell'inserimento della norma nel più generale sistema dell'OMC, che ricomprende non solo il GATT, ma ora anche l'Accordo sulla risoluzione delle controversie¹³⁵⁷.

Vi è da considerare anche quali sono i principi che stanno alla base dell'esercizio di tale giurisdizione, ovvero secondo quali parametri il DSB giudicherà le controversie che ad esso vengono sottoposte. In particolare, il riferimento normativo principale deve essere

¹³⁵² Art. 1, § 1 DSU.

¹³⁵³ Si veda *US - Restrictions* citata, § 1; *EC - Trade Restrictions* citata, § 2.

¹³⁵⁴ Art. 2, § 1, II° periodo del DSU.

¹³⁵⁵ Vedi *supra*, § 2.2.

¹³⁵⁶ § (b) della Decisione.

¹³⁵⁷ Per la lettura sistematica degli accordi OMC, e della disposizione dell'art. XXI GATT, si veda MATSUSHITA - MAVROIDIS - SCHÖNBAUM, *op. cit.*, p. 597.

fatto all'art. 3 del DSU, il quale viene rubricato “*General Provisions*”.

A questo proposito, l'articolo espone ulteriori principi, che vanno ritenuti fondamentali.

Al par. 2 viene enucleato il principio della centralità del DSB in relazione alle controversie commerciali multilaterali¹³⁵⁸. Tale disposizione prevede, inoltre, che l'organo in questione abbia possibilità di ricorrere alle regole di diritto internazionale consuetudinario per accertare l'esistenza delle disposizioni degli accordi che dinanzi ad esso vengono invocati¹³⁵⁹. Secondo l'opinione comune, tale riferimento viene anzitutto fatto dal DSB ai criteri generali di interpretazione dei trattati, come enucleati nell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969. Inoltre, si ritiene che tale riferimento vada fatto anche a quei principi generali che vengono chiamati in causa durante la risoluzione giudiziale di una controversia¹³⁶⁰.

Di particolare interesse risultano essere anche le disposizioni relative all'impiego di misure coercitive nei confronti di uno Stato che adotti una misura restrittiva. L'art. 3, para. 3 stabilisce che:

“The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members”.

Questa disposizione deve essere letta in combinato disposto con quanto previsto dal successivo art. 3, para. 7, nel quale si stabilisce che, laddove un primo tentativo di conciliazione tra le parti di una controversia abbia sortito esito infruttuoso,

“[...] the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements. The provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measure which is inconsistent with a covered agreement. The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-à-vis the other Member, subject to authorization by the DSB of such measures”.

Anche in questo caso è possibile apprezzare il ruolo sostitutivo del DSB rispetto al Consiglio delle Parti Contraenti del GATT. La precedente procedura prevista dall'art. XXIII:2 GATT viene qui ripresa e migliorata. Infatti, se in precedenza si ipotizzava il ricorso a ritorsioni tipiche, quale la sospensione degli obblighi derivanti dall'Accordo da parte degli Stati lesi nei confronti dello Stato che avesse adottato misure inconsistenti con l'Accordo stesso, quale “ultima alternativa” rispetto alla possibilità di istituire un *panel* di esperti e tecnici che valutasse la situazione da un punto di vista fattuale, la nuova disciplina del DSB permette di ricorrere a tali ritorsioni effettivamente quali “*last resort*”, e quindi successiva alla fase di valutazione “giudiziale” della controversia. Solo laddove non sia raggiunto un accordo fruttuoso tra le parti, il DSB potrà autorizzare la parte lesa ad adottare la sospensione degli obblighi. Ma fintanto che sia possibile un accordo, od addirittura vi sia la volontà delle parti di arrivare ad una soluzione giudiziale da parte del *panel*, il ricorso a tali contromisure sembrerebbe essere escluso¹³⁶¹.

¹³⁵⁸ ZOPPO, *op. cit.*, p. 14 e ss.

¹³⁵⁹ Art. 3, § 2, secondo periodo del DSU.

¹³⁶⁰ VAN DAMME, *op. cit.*, p. 311 e ss.

¹³⁶¹ Questa, ad esempio, è anche la prassi positivizzata dalla Commissione di diritto internazionale nel

Tale presupposto sembrerebbe emergere con chiarezza anche dal successivo art. 22 DSU, nel quale si stabilisce che:

*“Compensation and the suspension of concessions or other obligations are temporary measures available in the event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time. However, neither compensation nor the suspension of concessions or other obligations is preferred to full implementation of a recommendation to bring a measure into conformity with the covered agreements. Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements”*¹³⁶².

Quindi, ancora una volta la possibilità di ricorrere alle ritorsioni previste dal DSU sembrerebbe essere limitata sia alla presenza di una litispendenza, sia anche alla possibilità, quantomeno sperata, di permettere l'adempimento alla decisione od alla raccomandazione rilasciata dal *panel*.

Dunque, deve essere segnalato una differenza tra quanto stabilito dalla decisione del 1982 sopra citata¹³⁶³ e quanto stabilito nel DSU. Tuttavia, trattandosi la decisione di materia specifica, ovvero la corretta interpretazione di un articolo del GATT, quest'ultima potrebbe prevalere sulle norme generali per la risoluzione delle controversie all'interno del medesimo sistema, ovvero quello dell'OMC. E ciò sarebbe anche pensabile laddove la decisione sia stata adottata dalle stesse parti contraenti, e quindi abbia significato di interpretazione autentica.

Tuttavia, come più volte segnalato, la procedura prevista dalla decisione del 1982 risulta essere incompleta e carente dal punto di vista procedurale: se è vero che le parti di una controversia avente ad oggetto misure restrittive previste dall'art. XXI GATT possano decidere di ricorrere subito alle contromisure previste dal par. (b) della medesima Decisione, come anche devolvere la questione al Consiglio delle Parti Contraenti, secondo il par. (c), il quale dovrà predisporre le consultazioni necessarie, è anche vero che, nel momento in cui la procedura di consultazione fallisce, al fine di evitare il blocco del meccanismo, sarà necessario ricorrere alle procedure delineate nel DSU, che inverte i passi procedurali, favorendo prima la composizione della controversia in via diplomatica o giudiziale, e successivamente autorizzando il ricorso alle ritorsioni.

Inoltre, la questione della prevalenza qui dovrebbe essere risolta in base ai due criteri generali di prevalenza delle norme internazionali. Si tratterebbe, in effetti, di una prevalenza della norma *successiva*, ovvero l'accordo istitutivo del DSU, rispetto a quelle *precedenti*, ovvero quelle della Decisione del 1982 (principio *lex posterior derogat priori*)¹³⁶⁴, ed anche di applicare il criterio della prevalenza della norma pattizia rispetto alla norma prevista da fonte di terzo grado all'interno di un'organizzazione internazionale,

Progetto di articoli sulla responsabilità del 2001 (A/56/10, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol II, part. II, p. 31 e ss.). In tale contesto, la Commissione ha stabilito che il ricorso alla contromisura nei confronti di un illecito internazionale compiuto da uno Stato, abbia carattere residuale rispetto alla pacifica soluzione della controversia (art. 52), ma anche che possa essere fatto solo laddove lo Stato offensore non abbia a suo tempo ottemperato agli *step* procedurali che permettano la risoluzione della controversia, sembrando quasi un'autorizzazione *de jure* al ricorso stesso. Inoltre, la questione dell'organo giudiziale competente, od anche del meccanismo di soluzione delle controversie a cui si sia deciso di ricorrere, è ben messo in evidenza anche nel commentario al Progetto (p. 136), in cui la Commissione indica che l'organo in questione deve avere giurisdizione sulla materia controversa, al fine di impedire il ricorso alla contromisura. Nel caso del DSB, la giurisdizione, per quanto stabilita *de jure*, sembrerebbe ulteriormente rafforzata dall'idea di imporre alle parti certi passi procedurali fondamentali, quali quelli previsti in generale dall'art. 3, § 7 del DSU.

¹³⁶² Art. 22, § 1 DSU.

¹³⁶³ § (b).

¹³⁶⁴ Sui criteri di prevalenza delle fonti internazionali, si veda TANZI. *op. cit.*, p. 344 e ss.

qualora la norma pattizia costituisca la base fondamentale dell'organizzazione medesima¹³⁶⁵.

In sostanza, le norme procedurali previste dal DSU avrebbero sicuramente prevalenza su quelle previste dalla Decisione del 1982, con specifico riferimento alle misure restrittive previste dall'art. XXI GATT, sia sulla base del criterio interpretativo della prassi successiva, come anche dei trattati successivi¹³⁶⁶, sia anche con riferimento al contesto in cui si sono stipulati gli accordi costitutivi dell'OMC, i quali sostituiscono i precedenti, non solo nella singola struttura pattizia dell'Accordo, ma anche in relazione al nuovo contesto storico-politico-economico in cui si sono formati, ovvero quello del “disgelo” politico tra i blocchi occidentale ed orientale del globo, la globalizzazione economica, la crescita economica dei paesi in via di sviluppo, e la garanzia per la maggiore eguaglianza tra gli Stati.

4. Le restrizioni al “commercio” di armi nell'art. 346 TFUE

4.1 - La clausola di esclusione prevista dall'art. 346 TFUE

La questione delle misure restrittive ai trasferimenti di armi non è presente solo nel quadro normativo dell'OMC. Una disposizione molto simile a quella prevista dall'art. XXI GATT si riscontra nell'art. 346 TFUE (ex art. 296 TCE), che dispone quanto segue:

“1. Le disposizioni dei trattati non ostano alle norme seguenti:

a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza;

b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari”.

Già ad un primo sguardo, risulta che la disposizione del TFUE riproduce, con alcune modifiche, quella contenuta nell'art. XXI GATT, così come tale riproduzione può essere riscontrabile anche in altri trattati che disciplinano clausole di salvaguardia o di eccezione a favore degli interessi essenziali per la sicurezza degli Stati¹³⁶⁷. Anche in questo caso, è presente l'elemento testuale circa la valutazione della necessità delle misure da adottare da parte degli Stati.

Tuttavia, sempre ad un primo sguardo, si evidenzia una differenza con riferimento all'ultima parte del par. (b) della disposizione, nel quale si stabilisce che l'adozione di siffatte misure restrittive non deve in alcun modo alterare il gioco della concorrenza tra Stati nel mercato interno dell'Unione Europea, con specifico riferimento a prodotti che non abbiano una immediata e diretta finalità militare di impiego, ovvero quando si tratti di armamenti a duplice utilizzo¹³⁶⁸.

¹³⁶⁵ Tale prevalenza sarebbe data dal fatto che il DSU sarebbe stato inserito tra gli Accordi che costituiscono l'OMC, e che, di conseguenza, avrebbe rango di trattato istitutivo, e perciò prevalente rispetto alla norma prevista in una fonte derivante da accordo.

¹³⁶⁶ Rispettivamente, artt. 31, § 3, lett. c), e art. 31, § 3, lett. b).

¹³⁶⁷ Si vedano, ad esempio, l'art. 2264 NAFTA, mentre tra i modelli bilaterali, si veda l'art. 21 del trattato di amicizia, commercio e navigazione tra USA e Nicaragua del 1956, peraltro richiamato nella sentenza *Attività militari* citata, para. 115, ed utilizzato quale parametro per il riscontro del potere di valutazione sulla necessità dell'adozione di misure restrittive in capo agli Stati. Si veda più *supra*, § 1.3.

¹³⁶⁸ Si vedano, in questo senso, le sentenze *Leifer* e *Werner* citate; in dottrina, si veda A. PIETROBON, *II*

Per quanto vi sia *somiglianza* tra le due disposizioni, sarebbe meglio parlare in realtà di *verosimiglianza*. La questione della sicurezza nazionale, anche in base all'interpretazione testuale dell'articolo, sembrerebbe avere un carattere specifico e circoscritto alla sola sicurezza militare. Ben diversamente, invece, accade con riferimento all'art. XXI GATT, che invece suole distinguere, a livello testuale, i motivi attinenti alla sicurezza nazionale da quelli relativi ai trasferimenti di armi ed alla fornitura di stabilimenti militari¹³⁶⁹. Al contrario, la dottrina comunitaria segnala come la nozione di sicurezza nazionale si riferisca solo alla sicurezza militare esterna allo Stato¹³⁷⁰.

Il meccanismo di protezione offerto dall'art. 346 TFUE non prevede, al contrario dell'art. XXI GATT, la notificazione delle misure restrittive adottate dagli Stati membri¹³⁷¹. Si ritiene, quindi, che eventuali controversie non sorgano nel momento in cui tali misure vengano notificate, bensì solo nel momento in cui vi siano constatazioni *a posteriori*, effettuate dalla Commissione europea¹³⁷², che evidenzino una alterazione in concreto della concorrenza nel mercato comune¹³⁷³.

Tuttavia, una somiglianza, in questo caso, può essere ravvisata nel meccanismo di risoluzione delle controversie, relativo alle misure adottate. La Commissione, a norma del par. 1 dell'art. 348 TFUE (ex art. 298 TCE), notifica allo Stato interessato solo un invito a riesaminare la questione. Ciò sembrerebbe, quindi, molto simile al meccanismo delle procedure di consultazione previste dall'art. XXII GATT e dal medesimo meccanismo previsto dalla decisione del 30 novembre 1982 sull'interpretazione dell'art. XXI¹³⁷⁴.

Un'ulteriore particolarità della disciplina contenuta nell'art. 346 TFUE deriva dalla previsione contenuta nel para. 2, il quale stabilisce che:

“Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all'elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b)”¹³⁷⁵.

Tale elenco, quindi, sembrerebbe disporre una specificazione relativa ai tipi di armamento che possono essere sottoposti a misura restrittiva da parte degli Stati membri. Al tempo stesso, però, la dottrina segnala come mai vi sia stata una reale modificazione di tale lista¹³⁷⁶, e che la maggior parte degli armamenti o delle parti e componenti, nonché

mercato delle armi in Europa: una sfida al diritto dell'Unione, CEDAM, Padova, 2009, p. 1 e ss.

¹³⁶⁹ Si veda, su tutti, il caso *Sweden - Import Restriction on certain footwear* del 1975, in base al quale la motivazione della restrizione era dettata dalla necessità di protezione di un interesse essenziale per lo Stato, ovvero la tutela dell'industria e dell'economia calzaturiera, ma tale motivazione avrebbe avuto maggiore rilievo nel momento in cui si decideva di apporre siffatta misura restrittiva con riferimento a certi tipi di calzature destinate alla fornitura di reparti militari, che così avrebbero potuto prontamente intervenire in situazioni di emergenza nazionale.

¹³⁷⁰ PIETROBON, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁷¹ Si veda la Decisione del 30 novembre 1982, § a), che chiaramente impone la notifica di tutte le misure adottate dagli Stati che si riferiscano ai motivi delineati nell'art. XXI.

¹³⁷² Secondo l'art. 17, § 1 TUE, “La Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati”. Ciò viene inteso quale ruolo di autentico “motore nonché interprete dell'interesse generale dell'Unione Europea” (L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, IV° ed., 2010). In tal senso, è facile intuire come questo ruolo sia particolarmente evidente nel momento in cui la Commissione vigila anche al fine di garantire la concorrenza tra gli Stati, e agisce in maniera ancor più evidente nel momento in cui gli Stati membri adottino misure restrittive relativamente al campo dei trasferimenti di armi.

¹³⁷³ PIETROBON, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁷⁴ § b) della Decisione.

¹³⁷⁵ Decisione 248/58, 15 aprile 1958. Una riproduzione dell'elenco è contenuta in M. TRYBUS, *European Union Law and Defence Integration*, Oxford University Press, Portland, 2005, pp. 144-145.

¹³⁷⁶ TRYBUS, *op. cit.*, p. 150 e ss.

delle munizioni ivi presenti, siano oggi obsolete, e quindi non più di interesse per il mercato europeo delle armi, oppure vi possano essere delle innovazioni che interessano l'attuale mercato, ma che non erano minimamente concepibili all'epoca della redazione della lista¹³⁷⁷.

4.2 - Interpretazione delle misure restrittive agli armamenti ex art. 346 TFUE ed esercizio della giurisdizione della Corte di Giustizia UE

Diverse sono le interpretazioni che si possono dare a questo articolo. Una prima lettura sembrerebbe avallare un'interpretazione più favorevole agli Stati, in quanto la norma dell'articolo sembrerebbe escludere la materia degli armamenti dall'ambito di disciplina del diritto comunitario e dell'Unione, quindi la clausola contenuta nell'art. 346 TFUE avrebbe una valenza di *eccezione*, che permetterebbe agli Stati di disciplinare in maniera più libera l'ambito degli armamenti e dei prodotti bellici. Tuttavia, l'unico limite che incontrano le misure restrittive adottate è quello di non alterare il gioco della concorrenza¹³⁷⁸. In sostanza, la disposizione dell'art. 346 TFUE sarebbe un "compromesso sulla sovranità attenuata" degli Stati nei confronti del diritto dell'Unione.

Ovviamente, questa interpretazione dovrebbe trovare conferma in ulteriori valutazioni. In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, questa clausola non garantirebbe un'eccezione generale per motivi di sicurezza pubblica o laddove siano manifestati interessi essenziali della sicurezza degli Stati. La Corte ha teso a sottolineare, anzitutto, come il carattere di eccezione della clausola abbia portata limitata, e debba applicarsi solo nei casi indicati¹³⁷⁹. Ciò farebbe sì che la clausola in esame abbia natura di clausola di *salvaguardia*¹³⁸⁰, poiché si riferisce sì a situazioni in cui il diritto dell'Unione può essere derogato, ma tale deroga può essere considerata legittima solo nei casi indicati dal par. b) dell'art. 346 TFUE¹³⁸¹. Inoltre, laddove uno Stato membro decidesse di adottare siffatte misure restrittive, dovrebbe fornire prova della necessità delle medesime, e dimostrare che tale necessità era volta specificatamente a proteggere quegli interessi essenziali per la sicurezza, pur potendo godere di un certo margine di discrezionalità nel decidere cosa costituisca "interesse essenziale"¹³⁸².

¹³⁷⁷ PIETROBON, *op. cit.*, p. 4. L'autrice presume ulteriormente come, nel corso degli anni, sia intercorsa una sorta di accordo tacito tra gli Stati e la Commissione sulla non interferenza da parte di quest'ultima nelle decisioni adottate dai primi relativamente al campo delle armi. Tuttavia, in tempi più recenti, si deve segnalare una inversione di tendenza della Commissione (Comunicazione del 17 aprile 2006, relativa all'interpretazione dell'art. 296 TCE), la quale ha invitato più volte gli Stati a garantire la concorrenza del mercato degli armamenti nell'Unione, ma anche ha richiamato l'attenzione degli stessi relativamente a pratiche di compensazione o offset che non verrebbero ritenute ammissibili nell'ambito del mercato europeo delle armi, in quanto si riterrebbe che tali pratiche abbiano l'effetto di falsare la concorrenza; in dottrina, si veda D. EISENHUT, *Offset in Defence Procurement: A Strange Animal - At the Brink of Extinction?*, in *European Law Review*, 2013, vol. 38, Giugno, pp. 393 e ss.

¹³⁷⁸ PIETROBON, *op. cit.*, p. 6-7.

¹³⁷⁹ Si veda, su tutti, il caso *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (C-222/1984), sentenza del 15 maggio 1986, § 26.

¹³⁸⁰ I. PALANDRI, *Art. 346*, in F. POCAR - M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2014, p. 1546.

¹³⁸¹ Corte di Giustizia, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, C-372/05, sentenza del 15 dicembre 2009, § 68 e ss., che interpreta in maniera restrittiva il ricorso alle misure all'esportazione di materiale d'armamento ed alla necessaria sottoposizione di tali misure al diritto comunitario, qualora si valuti che le stesse non rientrino tra le cause indicate dall'art. 296 TCE.

¹³⁸² Corte di Giustizia, *Fiocchi Munizioni s.p.a. c. Commissione*, T-26/01, sentenza del 30 settembre 2003, § 58.

Tuttavia, anche questo margine di discrezionalità risulta essere ridotto: la Corte ha, infatti, sostenuto che tra gli interessi essenziali di uno Stato, che possono essere protetti tramite misure restrittive, in deroga al Trattato FUE, non vi rientrino gli interessi di natura economica¹³⁸³, ma solo quelli di natura evidentemente militare. In tal senso, quindi, si dovrebbe ammettere che le misure restrittive, così impostate, abbiano il precipuo scopo di preservare la *sovranità nazionale*, la *integrità territoriale* e la *politica di difesa* di uno Stato membro, poiché la clausola inserita nell'art. 346 TFUE garantirebbe allo Stato l'esercizio di funzioni proprie¹³⁸⁴.

Dunque, nel merito la Corte di Giustizia ha potuto giudicare sulla legittima adozione di misure restrittive relative agli armamenti, ed in ogni caso ha definito una disciplina chiara dell'ambito di applicazione dell'art. 346 TFUE. Diversamente da quanto è accaduto con riferimento al GATT, la soluzione offerta nell'ambito comunitario ha avuto successo soprattutto per due ordini di motivi:

a) la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile in diversi casi la propria giurisdizione sulla base del richiamo alle norme del diritto primario dell'Unione. Questo particolare fornisce un'idea della revisione giudiziale di siffatte misure come legittima in relazione alla disciplina primaria. In questo senso, l'art. 346 non verrebbe letto come disposizione isolata dal resto del Trattato, bensì la norma sarebbe anzitutto calata nel sistema in cui si colloca. Quindi, la natura pattizia della norma risulta avere un ruolo principale nel ragionamento logico-giuridico che la Corte intende seguire;

b) l'esercizio della giurisdizione della Corte si estende anche al merito delle misure adottate. Ciò sarebbe evidente nel momento in cui tali misure abbiano l'effetto, segnalato dalla Commissione, di ledere il gioco della concorrenza, ovvero ledere uno degli scopi e dei principi fondamentali che reggono l'azione dell'Unione Europea. In tal senso, quindi, la revisione giudiziale sarebbe volta anche a valutare se l'atteggiamento degli Stati membri sia conforme all'oggetto e allo scopo dell'accordo. Ciò, quindi, connota la vera differenza tra le discipline del GATT e quella del diritto UE, malgrado il fatto, già segnalato più supra, che nell'ambito del primo vi sarebbero comunque presenti alcuni principi che potrebbero svolgere una funzione analoga a quelli inerenti la libera concorrenza negli scambi commerciali, primo fra tutti il principio di non discriminazione ex art. XI GATT.

Ai fini di una migliore esplicazione di quanto esposto finora, un utile riferimento può essere fatto a due diversi orientamenti della Corte di Giustizia, ovvero la sentenza nel caso *Commissione c. Spagna*¹³⁸⁵ e la sentenza nel caso *Fiocchi Munizioni*¹³⁸⁶. La differenza di orientamento starebbe nel presupposto del giudizio, ovvero il ricorso proposto dalla Commissione a tutela della concorrenza.

Con riferimento al primo caso, la Commissione ha citato dinanzi la Corte il Regno di Spagna per inadempimento al diritto comunitario. In particolare, la violazione spagnola sarebbe derivata da diversi acquisiti intra-comunitari di armi a cui non sarebbero state applicate le aliquote IVA, come previsto dalla direttiva 77/388/CEE.

Diversamente dalla sentenza qui esposta, nel caso *Fiocchi Munizioni* non è stato esperito un ricorso basato sulla norma dell'art. 298, § 1 TCE, bensì si è proposto ricorso per inadempimento od infrazione a norma dell'art. 226 TCE. Ciò, indubbiamente, è stato

¹³⁸³ Corte di Giustizia, *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-337/05, sentenza del 8 aprile 2008, § 47. Secondo la Corte, nemmeno il mero richiamo agli interessi essenziali da parte di uno Stato può essere considerato legittimo a norma dell'art. 346 TFUE: *InsTiimi* citata, § 35.

¹³⁸⁴ P. R. GORI, *Art. 223*, in R. QUADRI-R. MONACO-A. TRABUCCHI, *Trattato che istituisce la Comunità economica europea: commentario*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1965, p. 1627 e s.

¹³⁸⁵ C-414/97, sentenza del 16 dicembre 1999.

¹³⁸⁶ *Fiocchi Munizioni s.p.a.* Citata.

segnalato anche dalla dottrina¹³⁸⁷ come una svolta rispetto al meccanismo, peraltro di difficile attuazione, previsto dal combinato disposto degli artt. 296 e 298 TCE, che invece prevedono una fase pre-contenziosa di scambio di opinioni, ed una successiva fase contenziosa attivata solo laddove la Commissione, od altro Stato membro, ravvisino che “*un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati da[ll'] articol[o] 346*”¹³⁸⁸.

il meccanismo procedurale disposto dalla norma dell'art. 348 TFUE potrebbe essere solo superato nel momento in cui vi siano violazioni connesse ad altri ambiti del diritto dell'Unione, come appunto accaduto nel caso in esame, oppure quando la stessa Commissione, od anche la Corte, ritengano che ad essere lese siano altre aree del diritto comunitario¹³⁸⁹. Quindi, tale presupposto avrebbe già *ex se* generato la necessaria sottoposizione della materia del contendere alla giurisdizione della Corte.

Uno dei quesiti che si erano posti proprio in relazione a tale estensione della giurisdizione della Corte riguardava l'evidente limite dell'insindacabilità delle misure che avessero carattere politico¹³⁹⁰. Ma anche tale limite sarebbe stato superato dalla

“[...] *considerazione della specifica materia ivi indicata come rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, di modo che il contenuto e le modalità dell'esercizio di competenze, al riguardo, da parte degli Stati membri possono essere valutate dalla Corte, sotto il profilo della legittimità, con riferimento ai principi generali che disciplinano il ricorso alle misure di salvaguardia*”¹³⁹¹.

Come sopra anticipato, la necessaria riconduzione della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 346 TFUE all'interno del più generale sistema comunitario e dell'Unione ha permesso alla Corte stessa di estendere l'esercizio della propria competenza. E, come sopra rilevato, tale possibilità, presente nel diritto dell'UE, non sarebbe invece tenuta in considerazione nell'ambito del diritto dell'OMC¹³⁹².

Tuttavia, nella seconda sentenza menzionata più *supra*, il Tribunale di primo grado ha invece interpretato diversamente la questione dell'applicazione della deroga prevista dall'art. 296 TCE. Infatti, in un ricorso per carenza nei confronti della Commissione, l'impresa italiana *Fiocchi Munizioni* lamentava che il Governo spagnolo avesse erroneamente derogato, e perciò abusato, della clausola di salvaguardia contenuta nell'articolo in esame, in quanto avrebbe fornito aiuti di Stato in misura eccessiva alla *Empresa Nacional Santa Barbara*, diretta concorrente della *Fiocchi Munizioni* anche negli

¹³⁸⁷ Si vedano, su tutti, TRYBUS, *op. cit.*, p. 152 e ss.; D. EISENHUT, *Sovereignty, National Security and International Treaty Law The Standard of Review of International Courts and Tribunals with regard to 'Security Exceptions'*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2010, vol. 48, pp. 431-466, a p. 453.

¹³⁸⁸ Art. 348, § 2, penultimo periodo.

¹³⁸⁹ In questo senso, si vedano le sentenze *Werner* e *Leifer* citate, in base alle quali l'estensione della giurisdizione della Corte al campo degli armamenti (nello specifico, beni a duplice utilizzo) si sarebbe avuto grazie alla duplicità dell'utilizzo (civile e militare, e perciò già escluso dall'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 296 TCE) e alla comprensione degli scambi di tali tipi di armamento all'interno dell'ambito degli scambi commerciali intra-comunitari.

¹³⁹⁰ Tale limite, ad esempio, e proprio con riferimento al meccanismo procedurale previsto dall'art. 348 TFUE, sarebbe stato evidenziato nella causa *Commissione c. Repubblica Ellenica* (C.120/94, ordinanza del 16 marzo 1996, § 94), in base alla quale la Corte aveva disconosciuto un proprio potere da esperire sulle misure di embargo adottate dal Governo di Atene nei confronti della Repubblica ex-jugoslava di Macedonia, in quanto le medesime misure, seppur ritenute ammissibili, non sarebbero potute essere valutate in un procedimento di natura sommaria.

¹³⁹¹ PIETROBON, *op. cit.*, citazione p. 12.

¹³⁹² Vedi *supra*, § 1.3.

appalti per la fornitura di armi e munizioni al Governo italiano.

Presentata una denuncia alla Commissione, questa non avrebbe fatto altro che chiedere informazioni alle autorità spagnole, le quali avrebbero argomentato che la concessione di aiuti ad un'impresa di produzione di armi e munizioni non poteva essere vagliata dalla medesima Commissione, in quanto la deroga dell'art. 296 TCE era da considerarsi *generale*, e perciò nemmeno minimamente comparabile con i principi che governano il diritto comunitario¹³⁹³, ed inoltre la destinazione dei presunti aiuti, se riferita a materiali ad uso esclusivo militare, non sarebbe per ciò solo vagliabile dalla Commissione come illegittimo uso degli aiuti e quindi distorsione del gioco della concorrenza.

Ricevute tali informazioni, l'impresa italiana ha deciso di avviare un ricorso in carenza contro la Commissione, in quanto non avrebbe ottemperato alla norma prevista dall'art. 298, para. 1 TCE, ovvero la Commissione non avrebbe cercato di impedire la grave distorsione del gioco della concorrenza a favore dell'impresa spagnola.

Tuttavia, il Tribunale ha rigettato il ricorso, in quanto, seguendo anche l'impostazione della Commissione, la deroga prevista dall'art. 296 TCE sarebbe stata effettivamente concepita come generale, seppur "specificatamente" indicata per armi e prodotti a carattere unicamente militare. Infatti, il Tribunale ha ribadito come il rispetto del gioco della concorrenza si sarebbe dovuto avere per prodotti che avessero avuto un duplice uso (definiti nella sentenza "*ad uso misto*"), in tal modo permettendo l'attivazione del meccanismo previsto dal combinato disposto degli artt. 296, para. 2 e 298, para. 1 TCE.

Al contrario, le informazioni ricevute dalle autorità spagnole possono riferirsi solo ed esclusivamente alle munizioni per le quali vi sarebbe stata fornitura al Ministero della difesa italiano, mentre non rilevava che la medesima impresa spagnola svolgesse anche attività di produzione e vendita di munizioni ad uso civile, o che la stessa impresa svolgesse altre attività diverse da quella di produzione di materiali ad uso militare, in tal maniera destinando anche a tali scopi gli aiuti di Stato.

Con questa sentenza, l'organo comunitario ha fatto un passo indietro rispetto a quanto già fatto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Spagna* del 1999. Infatti, la decisione ha teso a valutare in concreto e nel merito la scelta dello Stato di attuare la deroga prevista dall'art. 296 TCE. Ciò, dunque, avrebbe ulteriormente aperto, a detta di autorevole dottrina, la possibilità di estendere la giurisdizione comunitaria nell'ambito degli armamenti¹³⁹⁴.

Vi è però da aggiungere anche che l'organo giudiziale in questione avrebbe fatto un ulteriore passo indietro rispetto alla sentenza del 1999. Il fatto di aver indicato che il gioco della concorrenza non avrebbe potuto essere leso, qualora si fosse agito entro l'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 296 TCE, con riferimento a beni solo potenzialmente a duplice utilizzo, avrebbe portato la giurisprudenza ancora più indietro rispetto alle sentenze *Werner* e *Leifer* del 1994, con le quali si era considerato che le armi a duplice utilizzo potessero essere oggetto sì di applicazione di siffatta deroga, ma anche che la questione relativa ai loro trasferimenti non sarebbe stata oggetto di sola deroga ex art. 296 TCE, bensì sarebbe stata "assorbita" dall'ambito della libertà degli scambi commerciali, cui direttamente si applicano le regole sulla concorrenza¹³⁹⁵.

¹³⁹³ *Fiocchi Munizioni* citata, § 58.

¹³⁹⁴ TRYBUS. *op. cit.*, p. 158 e ss.

¹³⁹⁵ Caso *Werner* citato, §§ 9 e 29; caso *Leifer* citato, §§ 9 e 28. In dottrina, P. KOUTRAKOS, *Exports of Dual-use Goods Under the Law of the European Union*, in *European Law Review*, 1998, vol. 23, giugno, pp. 235-251, a p. 244 e ss.

Nella sentenza *Fiocchi*, invece, il Tribunale di primo grado non ha considerato la duplice funzionalità delle munizioni (peraltro non chiarito nemmeno nelle comunicazioni precedenti tra le autorità spagnole e la Commissione¹³⁹⁶). Così facendo, la precedente interpretazione stabilita dalla Corte di Giustizia, che inquadrava i trasferimenti di armi nell'ambito della concorrenza tra Stati, viene qui disapplicata in favore della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 346 TFUE.

¹³⁹⁶ *Fiocchi Munizioni* citata, § 83 e ss.

CAPITOLO V
DIVIETO DI INTERVENTO IN UN CONFLITTO ARMATO ED
ESPORTAZIONE DI ARMI A GRUPPI ARMATI

INDICE SOMMARIO

Premessa

1. Intervento in un conflitto armato tramite fornitura di armi: evoluzione storica del divieto

1.1 - *Evoluzione storica: dagli "Alabama Claims" alla V° Convenzione dell'Aia (1907)*

1.2 - *La restrizione del transito di armi quale applicazione del divieto di intervento in un conflitto armato*

1.2.1 - *I casi "Carthage" e "Tavignano" (Italia-Francia, 1913-1916)*

1.2.2 - *La sentenza "SS Wimbledon" (Francia e Regno Unito c. Germania, 1921)*

2. Trasferimenti di armi a gruppi armati e violazione del principio di neutralità

2.1 - *Il divieto nella prassi del Consiglio di Sicurezza*

2.2 - *La configurazione del divieto nella giurisprudenza internazionale: il "principio Nicaragua"*

2.3 - *Prassi recente relativa ai trasferimenti di armi a gruppi armati: trasferimenti di armi ai Peshmerga in Iraq (2014)*

Premessa

Le attività di trasferimento delle armi convenzionali sono, solitamente, poste in essere in tempo di pace, in quanto oggetto di studio della disciplina del disarmo e del controllo degli armamenti¹³⁹⁷, cui si aggiungono logiche che sottendono la materia specifica del commercio e dei trasferimenti di armi: l'esigenza di assicurare il migliore (in senso tecnologico) esercizio del diritto alla legittima difesa degli Stati in occasione di un attacco armato e l'esigenza connessa di garantire la "libertà" del commercio, ivi compreso quello di armi¹³⁹⁸.

Proprio sulla base di queste esigenze, la disciplina del commercio di armi trova, per l'appunto, applicazione generale in tempo di pace. Infatti, dovendo ogni Stato garantirsi un apporto ai propri sistemi difensivi, la logica imporrebbe di considerare tale esigenza

¹³⁹⁷ In questo senso si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, V° ed., 2014, pp. 400 ss.; B. TUZMUKHAMEDOV, voce *Disarmament*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2011, § 1 ss., che sottolinea la stretta interconnessione tra il diritto del disarmo e le norme sull'impiego di armi. Tale inclusione non sembrerebbe trovare riscontro nell'approccio delle scuole francese e tedesca, che preferiscono parlare di *disarmament* come branca autonoma rispetto all'intero *corpus* giuridico dei conflitti armati e del diritto internazionale pubblico, avente un'applicazione differenziata rispetto alle normali regole applicabili alle situazioni belliche: E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, IV° ed., 2008, p. 383 ss.; D. FLECK, *Arms control and Disarmament Law: Its Role in Addressing New Security Threats*, in *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 2013, vol. 52, n. 1, p. 61 ss. È pensabile, quindi, ritenere che il diritto del disarmo sia una branca del diritto dei conflitti armati a valore "preventivo" del conflitto.

¹³⁹⁸ In questo senso, si veda il Preambolo all'ATT, XV° considerando e VII° principio.

prima che possa essere impiegata la forza armata nei confronti di quello Stato. E l'esigenza di garantirsi tale protezione può essere soddisfatta pienamente dalle industrie della difesa solo in periodo di pace, evitando quindi eventuali limitazioni derivanti dallo scoppio delle attività armate o restrizioni ai traffici commerciali imposti dal diritto internazionale¹³⁹⁹.

È anche vero, però, che sembra che esista una norma di natura consuetudinaria, la quale vieta che i trasferimenti di armi possano essere compiuti in tempo di conflitto armato. Tale considerazione sorge soprattutto con riferimento a due tipi di attività quali il divieto di assistenza militare ad una delle parti in un conflitto armato internazionale¹⁴⁰⁰ ed il divieto di rifornimento a gruppi che combattano in un conflitto armato non internazionale¹⁴⁰¹.

Tali aspetti riguardano le regole sulla neutralità in tempo di conflitto armato, intesa come divieto di intervento di Stati terzi in un conflitto. Secondo l'opinione prevalente, la neutralità impone un preciso *status* a tali Stati durante un conflitto, basato sull'osservanza di due precisi doveri: il dovere di non partecipazione al conflitto e quello di imparzialità e non discriminazione nelle relazioni con le parti belligeranti; a questi viene associato il diritto dello Stato terzo di non essere coinvolto nel conflitto¹⁴⁰². Perché tale diritto sia garantito da tutti i belligeranti, è necessario che lo Stato neutrale osservi i due doveri connessi. La fornitura di armi e di materiale militare inevitabilmente finisce con il pregiudicare l'applicazione ed il rispetto di questi.

Come visto anche in precedenza¹⁴⁰³, le regole sulla neutralità sembrano essere state create solo per gli Stati, difettando di un'applicazione pratica anche nei confronti degli individui. Ciò ha generato alcuni fenomeni, uno dei quali, il più rilevante, era quello della vendita in contanti dei materiali di guerra da parte di privati¹⁴⁰⁴.

Questo capitolo, dunque, analizzerà le questioni inerenti ai trasferimenti di armi ed alla neutralità nei conflitti armati. Nella prima parte si darà conto di un'evoluzione storica del divieto di intervento, attraverso sia le rilevanti convenzioni, sia le più importanti pronunce della giurisprudenza internazionale che hanno giudicato l'applicazione (o, come nel caso *Alabama*, l'individuazione) dei doveri degli Stati neutrali durante un conflitto armato. Nella seconda parte del capitolo, invece, si farà riferimento alla rilevazione di un divieto di fornitura di armi a gruppi armati per lo svolgimento di un conflitto armato non avente natura internazionale. In tal senso, saranno prese in considerazione le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che hanno imposto un embargo nei confronti di determinati gruppi armati, come anche di terroristi legati ad Al-Qaeda e allo Stato islamico (IS); inoltre, verrà analizzata la rilevante giurisprudenza sul punto, ovvero il caso *Nicaragua c. Stati Uniti* (Corte Internazionale di Giustizia, 1986), nel quale si è espressa la responsabilità di uno Stato per l'invio di armi a gruppi armati che fossero in lotta contro

¹³⁹⁹ Come ad esempio gli *embargoes* adottati dal Consiglio di Sicurezza, in via provvisoria ex art. 40 o come sanzione definitiva ex art. 41 della Carta ONU: A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 26 ss.

¹⁴⁰⁰ In particolare, in questo capitolo faremo riferimento alle regole sulla neutralità nei conflitti armati internazionali, stabilite dalla V° e XIII° Convenzione dell'Aja del 1907.

¹⁴⁰¹ In particolare, qui faremo riferimento sia alle risoluzioni rilevanti del Consiglio di Sicurezza relative agli *arms embargoes* imposti nei confronti di determinati gruppi armati o di terroristi, sia infine a quanto espresso nella sentenza della Corte Internazionale di Giustizia *Nicaragua c. Stati Uniti* (di cui più *infra*).

¹⁴⁰² M. BOTHE, voce *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011, §§ 1 ss.

¹⁴⁰³ Cap. I, § 7.1.

¹⁴⁰⁴ D. ZIMMERMANN, voce *Cash and Carry Clause*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2009.

il Governo di altro Stato. Da ultimo, la trattazione verrà chiusa dall'analisi di un recente caso di studio di trasferimenti di armi a gruppi armati, quale quello dei trasferimenti di armi ai *Peshmerga* in Iraq.

1. Intervento in un conflitto armato tramite fornitura di armi: evoluzione storica del divieto

1.1 - Evoluzione storica: dagli "Alabama Claims" alla V° Convenzione dell'Aia (1907)

Storicamente, la neutralità è stata intesa dagli Stati meramente come il diritto a non essere coinvolti in un conflitto armato¹⁴⁰⁵. L'enucleazione del concetto di "*parte terza rispetto ad un conflitto armato*" è più recente: solo nel 1907, con la II° Conferenza dell'Aia, venne codificata la norma consuetudinaria, secondo la quale gli Stati non partecipanti al conflitto godevano di determinati diritti (tra cui quello di non essere coinvolti nel conflitto¹⁴⁰⁶) ed erano soggetti ad altrettanti obblighi (come il divieto di fornire assistenza militare ai belligeranti, salvo il caso in cui un accordo bilaterale o multilaterale non prevedesse il contrario¹⁴⁰⁷).

Anche il collegamento tra la neutralità ed il commercio ha posto importanti questioni, in particolare con riferimento alla sospensione degli scambi commerciali da parte dello Stato neutrale con i belligeranti¹⁴⁰⁸.

In questo senso deve essere letta l'eventuale assistenza militare, logistica e materiale effettuata da uno Stato neutrale verso uno dei belligeranti. La prassi sinora si è attestata nel senso di impedire qualsiasi tipo di rifornimento militare e tale principio è stato codificato nell'art. 6 della V° Convenzione dell'Aia del 1907 relativo alla neutralità nella guerra terrestre e nell'art. 9 della XIII° Convenzione sulla neutralità nella guerra marittima¹⁴⁰⁹.

Prima di arrivare ad analizzare tali disposizioni, può essere utile fare un *excursus* storico sulla formazione di tale divieto. È necessario, quindi, partire da un caso in cui, per la prima volta, si è espresso il divieto di siffatte forniture militari. Ci riferiamo, in particolare, alla nota controversia tra Stati Uniti e Regno Unito del 1872, i.c.d. *Alabama*

¹⁴⁰⁵ Per un'analisi storicistica della connessione tra neutralità e commercio, si veda A. ALIMENTO (a cura di), *War, Trade and Neutrality: Europe and the Mediterranean in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Franco Angeli Editore, Milano, 2011.

¹⁴⁰⁶ BOTHE, *op. cit.*, § 2.

¹⁴⁰⁷ Questo era il caso di due accordi principali: la Duplice Alleanza del 1879 tra Austria-Ungheria e Germania e la Triplice Alleanza del 1884 tra Austria-Ungheria, Germania e Italia. In entrambi i testi convenzionali era prevista una clausola di intervento armato al fianco dell'alleato aggredito. Si trattavano, però, di interventi *condizionati* dall'aggressione di uno specifico Stato (la Russia nel primo, la Francia nel secondo; in quest'ultimo caso, la discussione che si ebbe nel Parlamento italiano, all'indomani dello scoppio della Prima Guerra Mondiale, portò a considerare che il Patto era stato violato dall'aggressione *a contrario* della Germania nei confronti della Francia, in base alla quale non sussisteva più alcun obbligo di intervenire al fianco degli Imperi centrali). Queste forme di intesa politico-militare hanno ispirato o sono state alla base dei successivi patti di legittima difesa collettiva, stipulati a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale. In dottrina, si veda 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*, Blanche-Rey-Gravier, Parigi, 1802, III° ed., vol. III°, § 105; H. LAUTERPACHT, *Neutrality and Collective Security*, in E. LAUTERPACHT, *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, vol. 5 - *Disputes, War and Neutrality*, pp. 611-631, a p. 621 ss.

¹⁴⁰⁸ BOTHE, *op. cit.*, §§ 19-20; E. CHADWICK, *Traditional Neutrality Revisited: Law, Theory and Case Studies*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002, p. 20.

¹⁴⁰⁹ Di cui in seguito.

*Claims*¹⁴¹⁰. In tale occasione, gli Stati Uniti, appena terminata la Guerra civile (1861-1865), avevano lamentato una violazione della neutralità proclamata dal Regno Unito attraverso la costruzione e fornitura, nei porti di quest'ultimo, di alcuni vascelli¹⁴¹¹ utilizzati dall'esercito Confederato per porre in essere attacchi ai territori dell'Unione. Secondo il governo americano, quindi, vi era stata la violazione dell'obbligo di preservare lo *status* di neutralità.

Si trattava, per l'appunto, di obblighi di *due diligence*¹⁴¹². Questa espressione fu formulata nel 1871, quando Regno Unito e Stati Uniti stipularono il Trattato di Washington per nominare una commissione di arbitri che dirimesse tale controversia. L'art. VI di tale accordo prevedeva le c.d. tre regole di Washington sulla *due diligence*:

“A neutral Government is bound:

First: To use due diligence to prevent the fitting out, arming or equipping, within its jurisdiction, of any vessel which it has reasonable ground to believe is intended to cruise or to carry on war against a Power with which it is at peace; and also to use like diligence to prevent the departure from its jurisdiction of any vessel intended to cruise or carry on war as above, such vessel having been specially adapted, in whole or in part, within such jurisdiction, to warlike use.

Secondly: Not to permit or suffer either belligerent to make use of its ports or waters as the base of naval operations against the other, or for the purpose of the renewal or augmentation of military supplies or arms, or the recruitment of men.

*Thirdly: To exercise due diligence in its own ports and waters, and, as to all persons within its jurisdiction, to prevent any violation of the foregoing obligations and duties*¹⁴¹³.

Per quanto l'espressione lasciasse adito ad alcuni dubbi¹⁴¹⁴, la commissione arbitrale stabilì che:

*“[...] the “due diligence” referred to in the first and third of the said rules [has] to be exercised by neutral governments in exact proportion to the risks to which either of the belligerents may be exposed, from a failure to fulfil the obligations of neutrality on their part”*¹⁴¹⁵.

Dunque, il dovere di prevenire la fornitura di armi e materiale militare ad una della

¹⁴¹⁰ *Alabama Claims of the United States of America against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871*, in *Reports of International Arbitral Award*, 2012, vol. XXIX, pp. 125-134. In dottrina, T. BINGHAM, voce *Alabama Arbitration*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2006; CHADWICK, *op. cit.*, pp. 19-57.

¹⁴¹¹ I vascelli costruiti e forniti erano in totale 5. La controversia fu così definita dal nome dell'unico vascello catturato dagli Stati Uniti, l'*Alabama* appunto (nominato inizialmente “290”).

¹⁴¹² R. PISILLO MAZZESCHI, “*Due diligence*” e responsabilità internazionale degli Stati, Giuffrè editore, Milano, 1989, pp. 2-3.

¹⁴¹³ *Treaty between Her Majesty and the United States of America, for the Amicable Settlement of all Causes of Difference between the Two Countries (“Alabama Claims; Fisheries; Claims of Corporations, Companies or Private Individuals; Navigation of Rivers and Lakes; San Juan Water Boundary; and Rules Defining Duties of a Neutral Government during War”)*, firmato a Washington l'8 maggio 1871, art. VI, § 1.

¹⁴¹⁴ Il Regno Unito, in riferimento al § 2 dell'art. VI supra menzionato, volle inserire la seguente dichiarazione interpretativa: “*Her Britannic Majesty has commanded Her High Commissioners and Plenipotentiaries to declare that Her Majesty's Government cannot assent to the foregoing rules as a statement of principles of international law which were in force at the time when the claims mentioned in Article I arose*”. Tuttavia, vista anche la considerazione del fatto che era necessario mantenere ottimi rapporti internazionali tra i due Stati, la decisione di far utilizzare le regole anzidette così come espresse, e di conseguenza far riferimento al concetto ivi indicato di *due diligence*, ebbe prevalenza su ulteriori questioni di carattere giuridico ed interpretativo, come espresso nel periodo successivo a questo citato.

¹⁴¹⁵ *Alabama Claims*, citato, § 2.

parti belligeranti assunse, sulla base di tale ragionamento, la caratteristica di un obbligo di *due diligence* nella neutralità. Tale obbligo si componeva principalmente di due elementi:

a) una valutazione del rischio di danno che uno dei belligeranti potesse subire dalla fornitura di armi e materiale militare da uno Stato terzo rispetto al conflitto; e

b) la prevenzione del rischio, effettuata attraverso l'eventuale controllo di attività commerciali dei nazionali dello Stato neutrale.

La violazione, in questo caso, derivò proprio dal mancato controllo all'interno dei porti dello Stato neutrale in cui si furono costruiti i vascelli. Tale mancata prevenzione, quindi, comportava la responsabilità (omissiva¹⁴¹⁶) dello Stato neutrale. Secondo tale impostazione, lo Stato neutrale (o meglio ancora, che ha proclamato la propria neutralità in relazione ad un dato conflitto armato) dovrebbe astenersi dal continuare ad operare i propri scambi commerciali con una delle parti belligeranti, poiché il rischio è quello di procurare, tramite tali traffici, uno "svantaggio" nel conflitto a danno dell'altra parte contendente. Il problema, quindi, è quello di definire quale sia l'assistenza commerciale permessa¹⁴¹⁷.

L'arbitrato, invero, non stabilì quale dovesse essere tale tipo di assistenza, ma rilevò che l'assistenza ad una delle due parti, laddove la neutralità in relazione al conflitto fosse stata proclamata, tale azione, anche se compiuta tramite un'omissione di controllo (che è un obbligo di *due diligence*, appunto) delineava la responsabilità di quello Stato secondo il diritto internazionale e permetteva di accedere alle forme di riparazione del danno. Inoltre, l'obbligo si sostanziava anche nel controllare che le attività di individui di nazionalità dello Stato neutrale non fornissero il necessario aiuto ai belligeranti¹⁴¹⁸.

La questione degli obblighi di prevenzione di forniture di armi da parte degli individui fu presa in considerazione anche nell'ambito della colonizzazione africana da parte delle potenze europee¹⁴¹⁹. A partire dalla Conferenza di Berlino del 1880, gli Stati europei spostarono i propri centri d'interesse dal continente verso l'Africa e l'Asia, dove però l'avanzata della colonizzazione ha segnato, almeno in fatto, l'impiego delle armi da fuoco in questi territori, dove venivano cedute alle popolazioni locali come presso per avere il controllo sulle risorse naturali ivi presenti¹⁴²⁰.

Con l'Atto finale della Conferenza di Bruxelles del 1890¹⁴²¹ le dichiarazioni rese nella

¹⁴¹⁶ *Alabama Claims*, citato, § 8.

¹⁴¹⁷ CHADWICK, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴¹⁸ CHADWICK, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴¹⁹ R. YAKEMTCHOUK, *Les transferts des armes de guerre*, Pedone, Parigi, 1980, pp. 39 ss. Sin dalla fine del XXVIII secolo, la proliferazione di armi in Africa era derivata dalle esigenze dei diversi operatori ed agenti (ufficiali di Stato, coloni e società commerciali) di assicurarsi il controllo sulle risorse naturali dei territori africani. Sin dal 1834 (accordo bilaterale tra la Francia e l'emiro del Marocco) vi erano stati accordi volti proprio a stabilire le condizioni di scambio commerciale (anche il Trattato di Ucciali, tra Italia e Abissinia, aveva tale scopo). Al contempo, sono sorte diverse e contrarie esigenze da parte degli Stati colonizzatori confinanti con quelli di importazione, che hanno cercato di bloccare afflussi pericolosi di armi in tali territori confinanti: un esempio è dato dall'accordo tra il Portogallo ed la Repubblica del Transvaal del 1875, con il quale si limitavano drasticamente i traffici di armi verso il confine con il Mozambico.

¹⁴²⁰ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 42 ss. L'autore, peraltro, imputa alla nuova rivoluzione industriale (la seconda) la necessità di esportare tecnologie forse obsolete in Africa, dando così inizio sia al fenomeno dell'aggiornamento tecnologico degli eserciti, sia alla cessione delle eccedenze militari o delle obsolescenze militari a popoli poco avvezzi a maneggiare armi da fuoco.

¹⁴²¹ *Acte Général signé le 2 juillet 1890, Annexe n° 1 au Protocol n° XXXIII*. La storia negoziale di tale Atto può essere letta in *Conférence internationale de Bruxelles: 18 novembre 1889-2 Juillet 1890, protocoles et acte final*, a cura del Ministero degli affari esteri francese, disponibile sul sito www.gallica.bnf.fr.

precedente Conferenza di Berlino furono codificate¹⁴²². Tale atto è stato considerato come la prima forma di regolazione pattizia dei trasferimenti di armi, applicabile non solo in tempo di conflitto armato, ma anche in periodo di pace¹⁴²³. Inoltre, l'obbligo di *due diligence* esposto con il lodo *Alabama* trovò, per via pattizia, un ambito di applicazione territoriale esteso a tutto un continente¹⁴²⁴. Infine, l'obbligo cominciò ad applicarsi *erga omnes (partes)*, uscendo dalla mera stipulazione bilaterale di accordi per giungere in quella multilaterale¹⁴²⁵.

L'Atto finale della Conferenza di Bruxelles pose vincoli ben specifici, quali il divieto di introdurre¹⁴²⁶ le armi in zone specificatamente individuate del territorio africano¹⁴²⁷. Inoltre, il limite si applicava per specifiche categorie di arma, in particolare per fucili a percussione e polvere da sparo non raffinata¹⁴²⁸.

Questi limiti a carattere tecnico avrebbero dovuto essere accompagnati da adeguate garanzie degli Stati parte, consistenti nella predisposizione di controlli sull'importazione delle armi nei porti di mare locati entro l'area di divieto¹⁴²⁹. Infatti, per quanto potesse sembrare che il dovere di controllo era da intendersi solo per le aree sottoposte a divieto di importazione, in realtà l'Atto finale del 1890 estendeva tale obbligo anche alle amministrazioni di partenza dei carichi, seppur in misura minore¹⁴³⁰.

L'obbligo di *due diligence*, infine, sarebbe dovuto essere attuato attraverso l'adozione di misure sanzionatorie delle condotte di privati che avessero violato i divieti imposti dall'Atto finale¹⁴³¹. La particolarità della disposizione dell'Atto finale era la previsione che tali sanzioni avrebbero dovuto avere una connotazione penalistica¹⁴³².

¹⁴²² YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴²³ YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴²⁴ Salvo l'imposizione del limite di applicazione territoriale del divieto stabilito nell'art. II, di cui appresso.

¹⁴²⁵ Tale considerazione potrebbe far ritenere che, a partire da tale Conferenza di pace, l'obbligo di *due diligence* stesse cominciando ad assumere natura consuetudinaria: applicandosi a molti più Stati, non sarebbe nemmeno più stata necessaria una ricostruzione della norma sulla base del riscontro in accordi od atti bilaterali di vario tipo.

¹⁴²⁶ Art. IX, § 4: “*Indépendamment des mesures prises directement par les Gouvernements pour l'armement de la force publique et l'organisation de leur défense, des exceptions pourront être admises, à titre individuel, pour des personnes offrant une garantie suffisante que l'arme et les munitions qui leur seraient délivrées ne seront pas données, cédées ou vendues à des tiers, et pour les voyageurs munis d'une déclaration de leur Gouvernement constatant que l'arme et ses munitions sont exclusivement destinées à leur défense personnelle*”.

¹⁴²⁷ L'art. VIII prescriveva che il limite di ingresso era da considerarsi effettivo tra il 22° parallelo Nord ed il 20° parallelo Sud, ovvero la zona continentale compresa tra l'Africa sub-sahariana e il Sud Africa. Inizialmente escluse le isole dell'Oceano Indiano, il delegato tedesco chiese insistentemente che esse fossero comprese nei limiti geografici, in quanto sia la Francia e che la Gran Bretagna avrebbero avuto zone di esclusione del divieto: YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, p. 52 s.

¹⁴²⁸ Art. IX; YAKEMTCHOUK, *ib.*

¹⁴²⁹ Art. IX.

¹⁴³⁰ Ciò può essere evincibile dall'ultima parte dell'art. IX, nella quale si stabiliva che “*A chaque sortie d'armes et de munitions de cette nature, destinées à la vente, les autorités locales détermineront les régions où ces armes et munitions pourront être vendues*”.

¹⁴³¹ Art. XII: “*Les Puissances s'engagent à adopter ou à proposer à leurs législatures respectives les mesures nécessaires afin que les contrevenants aux défenses établies par les articles VIII et IX soient partout punis, ainsi que leurs complices, outre la saisie et la confiscation des armes et munitions prohibées, soit de l'amende, soit de l'emprisonnement, soit de ces deux peines réunies, proportionnellement à l'importance de l'infraction et suivant la gravité de chaque cas*”.

¹⁴³² Tale constatazione è evidente dal riscontro letterale della disposizione sopra citata, secondo la quale sia gli autori della violazione, sia i loro complici sarebbero stati soggetti ad ammenda, reclusione, oppure una combinazione dei due. La caratteristica della disposizione, infine, era anche la previsione di un limite di proporzionalità tra l'illecito commesso e la sanzione irrogata. Questo primo esempio di norma

Il fine di tali disposizioni dell'Atto finale della Conferenza di Bruxelles del 1890 era, evidentemente, *preventivo* di eventuali conflitti: la proliferazione di armi aveva allarmato gli Stati coloniali, i quali intesero, attraverso la Conferenza di Bruxelles, limitare tale diffusione nel continente africano. La caratteristica, come segnalato più *supra*, era l'applicazione temporale, oltre che in periodo di conflitto armato, anche in tempo di pace. Dato che, però, tale obbligo di *due diligence* aveva un'applicazione territoriale specifica, sarebbe difficile pensare che si fossero poste le basi per la formazione di una norma consuetudinaria più generale.

C'è, però, da evidenziare come il lodo *Alabama* avesse notevolmente influenzato i redattori dell'Atto: la previsione di obblighi di controllo, che potessero a loro volta essere applicati sia in base all'immediato ambito di applicazione territoriale oggetto della norma, sia anche nel territorio metropolitano dello Stato coloniale, aveva fatto sì che l'obbligo di *due diligence*, evidenziato con il Trattato di Washington del 1871, ricevesse una prima e concreta codificazione nel diritto internazionale. Inoltre, la previsione di sanzioni per le eventuali violazioni compiute dai privati, o da altri soggetti che avessero posto in essere traffici illeciti, faceva sì che l'obbligo medesimo potesse ricevere una prima consacrazione quale obbligo *generale*, applicabile cioè nei confronti di tutti, sia Stati che individui.

Un esempio di applicazione di questo divieto si è avuto con la pronuncia arbitrale nella controversia tra Francia e Gran Bretagna del 1902¹⁴³³. Nel caso di specie, una missione francese risalì il fiume Niger con l'intento di acquisire il controllo sui territori appartenenti ai sultani locali. Per compiere tale impresa, la missione operò una donazione di armi ai governanti, in violazione sia dell'Atto finale della Conferenza di Berlino del 1880, che stabiliva le regole per la navigazione sul Niger e sul quale si limitava il commercio in alcuni punti di sbarco, sia dell'Atto finale della Conferenza di Bruxelles del 1890, in particolare della disposizione che prevedeva l'autorizzazione dell'ingresso di armi nel continente africano¹⁴³⁴.

Il lodo arbitrale tese a mettere in rilievo come, data la proibizione di vendita sopra esposta, eventuali attività, le quali non avessero avuto uno scopo di lucro alla base, sarebbero dovute essere autorizzate. Invero, la mancanza di autorizzazione ha determinato la conseguente violazione delle norme dell'Atto in questione. A tal fine, l'arbitro riconobbe come tali violazioni dovevano essere punite con le sanzioni penali che l'Atto richiedeva e che la Francia aveva predisposto nel proprio ordinamento¹⁴³⁵.

Anche in questo caso, è da sottolineare come l'applicazione dell'Atto fosse avvenuta in periodo di pace. Tuttavia, deve essere evidenziata ancora una volta la natura preventiva della norma dell'art. VIII, poiché la stessa aveva la *ratio* (*spirit*, secondo il tenore letterale della sentenza) di preservare la stabilità tra le popolazioni africane ed evitare il generarsi di conflitti in tali territori, a riprova di una presenza dell'obbligo di *due diligence* già dalle prime fasi dell'attività commerciale vietata.

L'assetto normativo così delineato, basato principalmente su un obbligo di *due diligence* e prevenzione degli atti dello Stato neutrale come di individui compiuti tramite

“incriminatrice” del traffico di armi non sarà ripetuto nei testi convenzionali successivi, in base ai quali si prevedono solo misure da adottare che siano efficaci e proporzionate (vedasi l'art. 11 dell'ATT sulla repressione dell'*illicit brokering* e della *diversion*, di cui nel capitolo successivo).

¹⁴³³ *Sentence arbitrale relative à l'affaire du Sergent Malamine, relatives au différend entre la Grande-Bretagne et la France, rendues par le Baron Lambermont à Bruxelles le 15 juillet 1902*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2012, vol. XXIX, pp. 356-363.

¹⁴³⁴ *Sergent Malamine* citata, p. 359. Qui l'arbitro sostenne anche che, in principio, il commercio di armi non è vietato, ma solo limitato in certe circostanze.

¹⁴³⁵ *Sergent Malamine* citata, p. 360.

fornitura di armi e materiale da guerra, ha subito una scissione tra i doveri dello Stato neutrale *ex se* e la prevenzione degli atti dei privati nella V° Convenzione dell'Aia del 1907¹⁴³⁶.

Con tale Convenzione si tenne conto delle difficoltà di inquadrare il fenomeno entro disposizioni precise e che fossero accolte dalla maggior parte degli Stati¹⁴³⁷. Inoltre, la Conferenza ha chiaramente sostenuto, come evidenziano anche le norme che andremo appresso a vedere, che tra i doveri di uno Stato neutrale non dovesse figurare la prevenzione di atti di privati che fornivano il loro supporto commerciale e militare ai belligeranti; la posizione di tali individui, tuttavia, sarebbe potuta essere oggetto di un successivo accertamento giudiziale, sia da parte dei belligeranti sia dello Stato neutrale¹⁴³⁸.

Secondo le disposizioni della V° Convenzione dell'Aia del 1907, la responsabilità di uno Stato neutrale non si delineava laddove privati avessero fornito servizi e beni ai belligeranti¹⁴³⁹; tanto meno si prevedeva un obbligo di prevenire gli atti di privati che intendessero fornire armi e munizioni ai belligeranti¹⁴⁴⁰. Tale interpretazione emerge anzitutto dal testo delle disposizioni. In altre parole, l'obbligo di *due diligence* come individuato dalle parti della controversia nel caso *Alabama* che era stato criticato dal Governo britannico¹⁴⁴¹ e perciò si doveva intendere tale obbligo come “di circostanza” ai fini della controversia, non era stato qui accolto e codificato.

Tuttavia, alla luce anche di un'interpretazione sistematica del testo della disposizione e del Preambolo della Convenzione dell'Aia, le due responsabilità, quella statale e quella individuale, sembrerebbero esser state scisse e poste sotto differenti regimi normativi. In altre parole, secondo tale disposizione uno Stato non avrebbe avuto responsabilità per gli atti compiuti dai privati, al di fuori o sotto la propria giurisdizione. Non sarebbe sussistito, quindi, alcun obbligo di *due diligence* nel prevenire le azioni di questi, ma solo una mera facoltà¹⁴⁴² per le parti contraenti: il dovere di impedire ai privati di fornire il

¹⁴³⁶ *Convention (V) respecting the Rights and Duties of Neutral Powers in case of War on Land*, stipulata all'Aia il 18 ottobre 1907 e allegata all'Atto finale della Conferenza.

¹⁴³⁷ V° Convenzione, Preambolo, I° considerando: “*With a view to laying down more clearly the rights and duties of neutral Powers [...]*”.

¹⁴³⁸ Questo sembrerebbe evincibile dal testo del II° considerando del Preambolo, in cui si afferma: “*Being likewise desirous of defining the meaning of the term "neutral," pending the possibility of settling, in its entirety, the position of neutral individuals in their relations with the belligerents*”. Logico pensare che la definizione della posizione degli individui neutrali si sarebbe dovuta stabilire a priori da parte dello Stato neutrale, o da parte dei belligeranti “zelanti”, ma tale dovere non era stato né perfettamente inteso, né applicato nel senso qui ragionato. Un esempio di ciò si è avuta con la legislazione statunitense sulla neutralità (*Neutrality Act*, 1935 e successive modifiche, Pub. Res. No. 67, 49 Stat 1081), la quale veniva categoricamente aggirata dai privati commercianti che potevano, a loro volta, trasportare armi e munizioni nei diversi Stati. In tal senso si veda D. ZIMMERMANN, voce *Cash and Carry Clause*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2009. Tuttavia, questa esenzione non sembra essere riscontrabile anche nella XIII° Convenzione, di cui di seguito.

¹⁴³⁹ V° Convenzione, art. 6: “*The responsibility of a neutral Power is not engaged by the fact of persons crossing the frontier separately to offer their services to one of the belligerents*”.

¹⁴⁴⁰ V° Convenzione, art. 7: “*A neutral Power is not called upon to prevent the export or transport, on behalf of one or other of the belligerents, of arms, munitions of war, or, in general, of anything which can be of use to an army or a fleet*”. Nella versione in lingua francese, si legge, invece, che uno Stato neutrale “*n'est pas tenue à empêcher*” tali attività. Si riscontra, quindi, una differente interpretazione dell'obbligo stabilito dalla disposizione, poiché da un lato vi è una raccomandazione in negativo per lo Stato (“*calls upon*”), mentre dall'altro si evince un dovere in negativo dello stesso (“*n'est pas tenue*”). Forse è proprio su questa differente interpretazione linguistica che gli Stati hanno diversamente inteso il proprio compito di prevenire gli atti di privati che fornissero armi ai belligeranti.

¹⁴⁴¹ Vedi la riserva riprodotta più *supra*.

¹⁴⁴² Si veda M. GIULIANO, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, in G. BALLADORE PALLIERI - G.

loro supporto ai belligeranti si sarebbe palesato solo nel caso in cui il diritto interno degli Stati neutrali avesse predisposto tale restrizione.

Tale scissione può essere maggiormente visibile anche nel Capitolo III della Convenzione, laddove si stabiliscono norme relative allo *status* delle persone neutrali¹⁴⁴³, ovvero dei cittadini dello Stato neutrale. L'art. 17 stabiliva che: “*A neutral cannot avail himself of his neutrality (a) If he commits hostile acts against a belligerent; (b) If he commits acts in favor of a belligerent [...]*”; l'art. 18, tuttavia, interpretava autenticamente la disposizione precedente stabilendo che:

“The following acts shall not be considered as committed in favour of one belligerent in the sense of Article 17, letter (b): (a) Supplies furnished or loans made to one of the belligerents, provided that the person who furnishes the supplies or who makes the loans lives neither in the territory of the other party nor in the territory occupied by him, and that the supplies do not come from these territories [...]”.

Non vi fu solo la separazione delle condotte da cui si faceva discendere responsabilità per la violazione del divieto di intervento: la responsabilità dello Stato per le forniture o i servizi commerciali non si generava, se non nei casi di un investitore di uno Stato neutrale residente nel territorio di uno degli Stati belligeranti o nel territorio occupato da tali Stati¹⁴⁴⁴.

Tale eccezione, però, risultava molto più ridotta di quanto non possa apparire ad una prima lettura del testo della disposizione: la norma avrebbe trovato applicazione solo nel caso in cui gli individui non fossero sottoposti alla giurisdizione degli Stati belligeranti. Se tale disposizione viene letta in combinato disposto con gli artt. 7 e 9, è possibile ritenere che tali individui godessero di tale *status* fin quando lo Stato neutrale non avesse adottato una legislazione con la quale stabiliva misure restrittive delle esportazioni di armi, munizioni ed altro materiale di guerra verso i belligeranti.

Tuttavia, la questione di adottare misure normative ed amministrative interne si rinnovò anche attraverso le Dichiarazioni rese al termine della Conferenza dell'Aia¹⁴⁴⁵. Tra queste, degna di nota sembra quella relativa ad un dovere degli Stati di assicurare, nel rispetto del più generale principio della pacifica risoluzione delle controversie¹⁴⁴⁶, il mantenimento delle relazioni commerciali tra individui degli Stati belligeranti ed individui degli Stati neutrali:

“2. The Conference expresses the opinion that, in case of war, the responsible authorities, civil as well as military, should make it their special duty to ensure and safeguard the maintenance of pacific relations, more especially of the commercial and industrial relations between the inhabitants of the belligerent States and neutral countries”.

Secondo gli Stati partecipanti alla Conferenza, le relazioni private e commerciali non sarebbero state inficiate dall'insorgenza di eventuali conflitti armati. Se si considera che, fino agli anni '20, la produzione e la vendita di armi era un affare esclusivamente di

MORELLI - R. QUADRI, *Trattato di diritto internazionale*, Sez. I, Vol. III, Tomo I, Cedam, Padova, 1956, cit. p. 27 ss.

¹⁴⁴³ V° Convenzione, art. 16: “*The nationals of a State which is not taking part in the war are considered as neutrals*”.

¹⁴⁴⁴ Tale condizione, riportabile a quella della più generale condizione dello straniero in territorio di altro Stato, era normalmente regolata per il tramite di accordi bilaterali di amicizia, commercio e navigazione (*Friendship, Commerce and Navigation - FCN*) tra lo Stato di nazionalità e lo Stato ospitante. In dottrina, si veda A. PAULUS, voce *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, marzo 2011.

¹⁴⁴⁵ *Final Act of the Second Peace Conference, The Hague, 18 October 1907*, § 2.

¹⁴⁴⁶ Contenuto nella I° Convenzione dell'Aia del 1899.

natura privatistica¹⁴⁴⁷, permettendo l'interazione anche con gli Stati (a loro volta attori "privatizzati"), è facile ritenere che la vendita di armi fosse esente da qualsiasi obbligo di prevenzione e del più generale ambito di applicazione dei principi di non intervento e di neutralità di uno Stato durante un conflitto armato. Quanto previsto, dunque, a seguito del caso *Alabama* e della redazione dell'art. VIII dell'Atto finale della Conferenza di Bruxelles del 1890 è stato inteso come limitato a specifici settori del diritto internazionale dei conflitti armati. Nel *corpus iuris* dell'Aia, quindi, non è possibile rinvenire alcun obbligo giuridico di impedire che gli individui di uno Stato neutrale possano effettuare forniture militari e di armi ai belligeranti.

Al contrario, nella XIII° Convenzione sulla guerra navale, gli artt. 6 e ss. stabilivano obblighi più stringenti in capo agli Stati parte per quanto riguardava l'esportazione e la fornitura di armi e materiale di guerra. L'art. 6 stabilì il divieto per gli Stati neutrali di rifornire in qualsiasi maniera, direttamente od indirettamente, i belligeranti¹⁴⁴⁸. Tale norma, al contrario di quanto previsto dagli artt. 7 e 9 della V° Convenzione, imponeva l'obbligo di non rifornire i belligeranti; il fatto che tale obbligo sussistesse anche quando la fornitura avveniva in maniera *indiretta* comportava la responsabilità dello Stato neutrale anche per gli atti compiuti dai privati¹⁴⁴⁹.

Nella lettura sistematica degli artt. 7, 8 e 9 della Convenzione¹⁴⁵⁰ è possibile evincere come si stabilì che lo Stato neutrale dovesse adottare un comportamento non discriminatorio nei confronti dei belligeranti, ovvero di applicare le misure restrittive in maniera uniforme. Tuttavia, non vi è un chiaro riferimento circa il dovere di vigilare sulle attività dei privati che forniscono armi e munizioni ai belligeranti, né vi sono obblighi relativi all'adozione di misure normative interne sul controllo di tali attività.

Dunque, rispetto alla neutralità nella guerra terrestre, nella guerra marittima il dovere di *due diligence* sembrerebbe assumere una diversa connotazione: se nella guerra terrestre si trattava di una mera facoltà di disciplinare in maniera restrittiva l'esportazione di armi e munizioni, qui viene specificato che l'azione direttamente posta in essere dallo Stato neutrale, volta *in primis* a garantire gli scambi commerciali in maniera discriminatoria tra i due belligeranti¹⁴⁵¹ ed *in secundis* a fornire il proprio appoggio e supporto ad uno dei medesimi¹⁴⁵², potrà costituire un illecito in violazione degli obblighi di neutralità.

Tuttavia, anche qui è da fare una precisazione: seppure la questione della

¹⁴⁴⁷ J. DELBRUCK, *International Traffic in Arms: Legal and Political Aspects of a Long Neglected Problem of Arms Control and Disarmament*, in *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. XXIV, pp. 114-143, p. 115 ss.

¹⁴⁴⁸ "The supply, in any manner, directly or indirectly, by a neutral Power to a belligerent Power, of war-ships, ammunition, or war material of any kind whatever, is forbidden".

¹⁴⁴⁹ Pur non essendo qui espressamente previsto, è possibile ritenere che siffatta responsabilità possa ora comportare anche la perdita dello status di neutrale, sulla base del fatto che la fornitura ai belligeranti è da considerarsi quale supporto ai medesimi nella commissione di un illecito internazionale, a norma degli artt. 16 e ss. del Progetto di articoli sulla responsabilità del 2001.

¹⁴⁵⁰ Art. 7: "A neutral Power is not bound to prevent the export or transit, for the use of either belligerent, of arms, ammunition, or, in general, of anything which could be of use to an army or fleet"; art. 8: "A neutral Government is bound to employ the means at its disposal to prevent the fitting out or arming of any vessel within its jurisdiction which it has reason to believe is intended to cruise, or engage in hostile operations, against a Power with which that Government is at peace"; art. 9: "A neutral Power must apply impartially to the two belligerents the conditions, restrictions, or prohibitions made by it in regard to the admission into its ports, roadsteads, or territorial waters, of belligerent war-ships or of their prizes".

¹⁴⁵¹ Come previsto dall'art. 9 della XIII° Convenzione, riproponendo il principio della imparzialità e della non discriminazione nell'attuazione degli scambi commerciali con i belligeranti: BOTHE, *op. cit.*, § 4.

¹⁴⁵² Come previsto dall'art. 8 della XIII° Convenzione.

responsabilità derivante da un illecito dello Stato neutrale parrebbe essere pacifica, non altrettanto può essere detto relativamente ad un eventuale obbligo di imporre il medesimo atteggiamento nei confronti dei belligeranti. Infatti, la neutralità comporta solo, secondo la ricostruzione dottrinale più comune, che gli scambi commerciali tra lo Stato neutrale ed i belligeranti siano mantenuti e non interrotti¹⁴⁵³.

1.2 - La restrizione del transito di armi quale applicazione del divieto di intervento in un conflitto armato

1.2.1 - I casi “Carthage” e “Tavignano” (Italia-Francia, 1913-1916)

Alcuni esempi di applicazione delle norme stabilite all'Aia si ebbero durante la guerra italo-turca (1911-1913). In tale periodo si verificarono due episodi di restrizione del transito di navi mercantili (la *Carthage* e la *Tavignano*), provenienti dalla Francia e dirette verso la costa tunisina¹⁴⁵⁴. La Reale Marina Italiana, che pattugliava le coste libiche e quelle italiane di fronte alla Tunisia, catturò le due navi in quanto sospettate di trasportare armi, materiale e personale militare in favore delle forze armate turche, in violazione delle norme sul divieto di intervento, previste nelle Convenzioni dell'Aja.

In particolare, nella causa *Carthage*¹⁴⁵⁵, le autorità militari italiane bloccarono e sequestrarono un aeroplano e parti di un altro aereo caricati su un battello battente bandiera francese. Secondo il comandante della nave mercantile, l'aereo costituiva un carico commerciale che doveva essere consegnato ad un privato¹⁴⁵⁶; al contrario, le autorità italiane ritennero che tale velivolo costituisse un contrabbando di guerra¹⁴⁵⁷ in favore delle forze armate turche in Libia¹⁴⁵⁸.

Sulla base dell'accordo con cui Francia e Italia hanno devoluto la questione relativa

¹⁴⁵³ BOTHE, *ib.*

¹⁴⁵⁴ Una ricostruzione fattuale del caso *Carthage* è possibile rinvenirla in SEIDEL, *The Carthage and the Manouba*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 1992, vol. I, pp. 538 ss. Un'analisi del caso dal punto di vista giuridico è offerta da D. ANZILOTTI, *Le questioni giuridiche sollevate dagli incidenti del “Carthage” e del “Manouba”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1913, vol. II, pp. 200 ss. Una ricostruzione fattuale del caso *Tavignano* è offerta da A. GROS, *Observations sur une enquête internationale: L'affaire du “Tavignano”*, in V. IBLER (a cura di), *Mélanges offerts à Juray Andrassy*, Martinus Nijhoff Publishers, 1968, pp. 99-110; osservazioni possono essere rinvenute anche in J. G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, V° ed., pp. 207 ss.

¹⁴⁵⁵ Corte Permanente di Arbitrato, *Affaire du Carthage (France, Italie)*, lodo del 16 maggio 1913, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, vol. XI, pp. 449-461.

¹⁴⁵⁶ Secondo la tesi francese (*Affaire* citato, p. 458; ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 203,), gli aeroplani trasportati per mezzo di una nave erano da considerarsi quali contrabbando *condizionale*, in base a quanto disposto dalla Dichiarazione di Londra del 26 febbraio 1909, il cui art. 24 n. 8 stabiliva che “*The following articles, susceptible of use in war as well as for purposes of peace, may, without notice, be treated as contraband of war, under the name of conditional contraband [...] (8) Balloons and flying machines and their distinctive component parts, together with accessories and articles recognizable as intended for use in connection with balloons and flying machines*”. La qualifica quale “bene condizionale” sarebbe identificabile solo “*if it is shown to be destined for the use of the armed forces or of a government department of the enemy State*”, a meno che il bene *de facto* non potesse essere utilizzato durante lo svolgimento del conflitto. In tal senso, dunque, se la destinazione principale era quella tunisina, sotto giurisdizione francese e non turca, il bene non avrebbe potuto essere catturato dalle autorità italiane.

¹⁴⁵⁷ Sul contrabbando di guerra, si veda C. SCHALLER, voce *Contraband*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, settembre 2015.

¹⁴⁵⁸ *Affaire* citato, p. 452.

ad eventuali danni arrecati alla navigazione marittima¹⁴⁵⁹, il tribunale arbitrale dovette decidere se la condotta delle autorità italiane potesse effettivamente costituire una violazione in tal senso¹⁴⁶⁰. Secondo gli arbitri, era innegabile che potesse esistere un principio “*universellement admis*” che una nave da guerra di uno Stato potesse fermare e visitare una nave mercantile, con l'intento di accertare che la stessa non operasse traffici commerciali in bando alle regole sulla neutralità, ovvero non stesse effettuando contrabbando¹⁴⁶¹. Inoltre, nel momento in cui lo Stato di visita avesse ecceduto nella propria condotta, la giustificazione di tale comportamento doveva essere strettamente comprovata da motivi di natura giuridica¹⁴⁶².

Infatti, il tribunale arbitrale riconobbe come la condotta italiana, nel caso di specie, fosse soltanto giustificata dal timore che il carico potesse subire una “triangolazione” e finire quindi in Libia¹⁴⁶³. Proprio perché l'originaria destinazione erano le acque del porto di Tunisi, secondo gli arbitri le autorità italiane non avrebbero dovuto catturare il natante mercantile, bensì avrebbero dovuto accertare, per il tramite della sola visita, la reale destinazione del carico¹⁴⁶⁴; in tal senso, dunque, l'azione italiana fu effettivamente considerata in danno dello Stato di bandiera della nave, in quanto l'eccesso nell'adempimento del dovere di far rispettare le norme sulla neutralità si perfezionarono attraverso il sequestro e la conduzione in porto italiano della nave al fine di determinare con esattezza la destinazione effettiva¹⁴⁶⁵. Dunque, nell'applicazione delle norme sul divieto d'intervento, lo Stato belligerante non può eccedere la mera constatazione della destinazione del carico, laddove non vi siano sufficienti prove (anche circostanziali) che permettano di stabilire in concreto che il carico sia destinato a rifornire l'altro belligerante.

Simile alla precedente, vi è la vicenda del *Tavignano*, battello battente bandiera francese catturato in alto mare di fronte alle coste libiche¹⁴⁶⁶. La controversia si inseriva nel medesimo momento in cui Italia e Francia stavano redigendo l'accordo di devoluzione della controversia sul *Carthage* al tribunale arbitrale. Per quanto tale caso fosse assimilabile al precedente, per condotte e responsabilità invocata in virtù di una connessione oggettiva data dalla condotta italiana¹⁴⁶⁷, i due Governi non si accordarono per far risolvere la controversia ad un tribunale arbitrale, in quanto era ancora contestata l'esatta ubicazione in cui l'operazione di arresto del natante fu effettuata dal cacciatorpediniere *Fulmine* della Reale Marina Italiana¹⁴⁶⁸.

Tale mancato accordo partiva dalla constatazione dell'azione delle autorità militari italiane, avvenuta in alto mare, dove non vigeva alcun potere di esercizio della

¹⁴⁵⁹ Sul punto, si veda E. FASOLI, *La riparazione dei danni immateriali nei rapporti tra Stati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 73 ss.

¹⁴⁶⁰ *Affaire* citato, pp. 458-459.

¹⁴⁶¹ *Affaire* citato, p. 459.

¹⁴⁶² *Affaire* citato, *ib.*

¹⁴⁶³ *Affaire* citato, p. 460; ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁶⁴ ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 204, sostenne che la Dichiarazione di Londra non potesse essere validamente invocata dalle parti della causa in quanto non ancora in vigore al momento dei fatti contestati, bensì ritenuta solo quale “*progetto di trattato*”. Al contrario, SCHALLER, *op. cit.*, § 7, ritiene, seppur *a posteriori*, che tale Dichiarazione rifletteva la natura consuetudinaria delle norme ivi previste, e che di conseguenza avrebbe trovato validamente applicazione nella causa medesima.

¹⁴⁶⁵ *Affaire* citato, p. 461.

¹⁴⁶⁶ GROS, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁶⁷ Anche in questo caso furono esperite le procedure di arresto, visita e sequestro della nave battente bandiera francese da parte delle autorità italiane nel porto di Tripoli, appena conquistato.

¹⁴⁶⁸ Sulla questione dell'accertamento, si veda MERRILS, *ib.*

giurisdizione degli Stati¹⁴⁶⁹. Contestato il luogo in cui era avvenuto l'incidente, le parti si accordarono per la nomina di una commissione d'inchiesta, la quale avrebbe dovuto accertare se i fatti contestati fossero avvenuti o meno in alto mare, determinando di conseguenza le eventuali responsabilità¹⁴⁷⁰.

Per quanto alla fine l'accertamento del punto esatto in cui fosse avvenuto l'incidente marittimo fosse stato interrotto per avvenuta transazione indennitaria tra i due Governi¹⁴⁷¹, è interessante vedere come, almeno secondo la tesi francese, la cattura di una nave battente bandiera di uno Stato terzo ad un conflitto armato, la quale fosse stata sospettata di trasportare beni di contrabbando militare in favore di uno dei due belligeranti, non poteva avvenire in acque territoriali dello stesso Stato neutrale, in quanto evidentemente vi sarebbe stata una diretta violazione della sovranità dello stesso¹⁴⁷². Tuttavia, il principio che può emergere da tale caso riguarda soprattutto l'applicazione del divieto d'intervento in alto mare, ora considerato luogo di libero transito della navigazione.

1.2.2 - La sentenza "SS Wimbledon" (Corte Permanente di Giustizia Internazionale, 1921)

Tale caso¹⁴⁷³, avvenuto nel 1921 durante la guerra russo-polacca (1921-1922), appare interessante in relazione all'esercizio dei doveri di uno Stato neutrale, dato che la Corte Permanente individuò un limite specifico.

In quell'occasione, il transito nel canale di Kiel della nave battente bandiera inglese, avente carico di armi e munizioni di produzione francese, fu bloccato dalle autorità fluviali tedesche in ottemperanza di un ordine esecutivo interno in cui la Germania proclamava la propria neutralità rispetto al conflitto citato¹⁴⁷⁴. La principale contestazione avanzata dai Governi francese e britannico era che tale blocco non fosse legittimo, in

¹⁴⁶⁹ Secondo GROS, *op. cit.*, p. 100, la Francia avrebbe addirittura contestato che Tripoli in quel momento potesse essere considerato un porto italiano, in quanto era solo occupato al momento in cui la guerra italo-turca stava arrivando al punto di cessare. Secondo il Governo francese, dunque, l'occupazione territoriale non comportava, a suo tempo, l'espansione della giurisdizione dell'occupante, mentre per la V° e la XIII° Convenzione dell'Aja l'occupazione di un dato territorio espandeva i doveri dello Stato sotto il cui controllo si trovava, ivi compresa la possibilità di prevenire azioni di commercio da parte dei nazionali che avessero prodotto in quei territori i propri beni (vedi art. 9 della V° Convenzione e § 1.1).

¹⁴⁷⁰ GROS, *op. cit.*, p. 100-101. Riporta sempre l'autore (p. 102) che, nello scambio di note avvenuto tra la fine di gennaio e la fine di febbraio del 1912, i due Governi, una volta accertata l'esatta ubicazione, avrebbero accettato reciprocamente di devolvere la causa al medesimo tribunale arbitrale degli affari *Carthage e Manouba*, al fine di determinare sia l'eventuale responsabilità connessa all'incidente del *Tavignano*, sia il *quantum* della riparazione da disporre da parte dello Stato responsabile.

¹⁴⁷¹ GROS, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴⁷² Dato che la commissione d'inchiesta, nominata per accertare il luogo dell'incidente, non poté mai realmente esprimersi sulla questione principale e dovette rifarsi a questioni di natura secondaria al fine di giungere per approssimazione ai fatti verosimili, è doveroso ritenere come questo genere di risoluzione delle controversie, soprattutto nel momento in cui si debbano accertare responsabilità di nazionali di uno Stato neutrale per contrabbando di materiale militare, non possa essere considerato come un precedente degno di nota. Laddove, peraltro, la questione era stata risolta per il tramite di una transazione, è impossibile stabilire con certezza di chi fosse la responsabilità e se, eventualmente, vi fosse stata una violazione dei doveri inerenti sia la neutralità sia lo status di belligerante.

¹⁴⁷³ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The case of "S.S. Wimbledon"*, Regno Unito *et al. c.* Germania, sentenza del 17 agosto 1923, in *Collection of Judgements*, Serie A01, pp. 15 ss. Per una ricostruzione del caso si veda C. FEINÄUGLE, voce *Wimbledon, The*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, luglio 2013.

¹⁴⁷⁴ *Wimbledon* citata, p. 19.

quanto l'art. 380 del Trattato di pace di Versailles¹⁴⁷⁵ stabiliva il libero transito per il medesimo Canale; la tesi tedesca puntò a ritenere le proprie misure in rispetto ed applicazione del generale principio di neutralità, ritenuto prevalente rispetto al suddetto articolo¹⁴⁷⁶.

Nel considerare l'applicazione dell'art. 380 del Trattato di Versailles e delle norme sulla neutralità, la Corte Permanente chiarì che dall'interpretazione testuale della disposizione in questione, siglata e ratificata anche dalla Germania, il canale di Kiel cessava di essere un canale di navigazione interna e veniva regolato da un regime speciale internazionale, il quale stabiliva che il passaggio di navi doveva essere considerato libero, senza fare distinzioni sulla base delle merci trasportate (quindi anche in applicazione di merci con finalità bellica) o sulla base dello Stato di bandiera della nave che stesse transitando¹⁴⁷⁷.

L'unica condizione richiesta, su cui la Corte Permanente incentrò il suo ragionamento, riguardava la concessione libero transito a tutte quelle nazioni con le quali la Germania non fosse in conflitto. In base a ciò, l'applicazione della disposizione non doveva avvenire in maniera troppo ampia rispetto a quanto poteva emergere dall'interpretazione testuale della medesima, ovvero il regime di specialità ivi previsto avrebbe dovuto essere applicato in maniera più restrittiva, in quanto la condizione di non belligeranza sembrava ridare efficacia alla norma sulla neutralità¹⁴⁷⁸.

Tuttavia, dubbi rimasero sul ragionamento della Corte Permanente, la quale, dopo aver richiamato esempi di altri canali creati sul territorio di uno Stato, che avessero unito due mari¹⁴⁷⁹ e che avrebbero determinato una diminuzione della sovranità di quello Stato sul canale medesimo, asserì che:

*“they are merely illustrations of the general opinion according to which when an artificial waterway connecting two open seas has been permanently dedicated to the use of the whole world, such waterway is assimilated to natural straits in the sense that even the passage of a belligerent man-of-war does not compromise the neutrality of the sovereign State under whose jurisdiction the waters in question lie”*¹⁴⁸⁰.

Secondo la Corte, quindi, la creazione di un regime specifico che avrebbe dovuto garantire il libero transito di merci in un canale interno, senza fare distinzione tra tempo di pace e di guerra, ma apponendo la sola condizione che la Germania non fosse in guerra con uno degli Stati firmatari del Trattato, determinava l'esistenza di una volontà

¹⁴⁷⁵ Si veda anche A. MAYAMA, *The Influence of the Straits Transit Regime on the Law of Neutrality at Sea*, in *Ocean Development and International Law*, 1995, vol. 26, n. 1, pp. 1 ss.

¹⁴⁷⁶ *Wimbledon* citata, *ib.*

¹⁴⁷⁷ *Wimbledon* citata, p. 22: “The Court considers that the terms of article 380 are categorical and give rise to no doubt. It follows that the canal has ceased to be an internal and national navigable waterway, the use of which by the vessels of states other than the riparian state is left entirely to the discretion of that state, and that it has become an international waterway intended to provide under treaty guarantee easier access to the Baltic for the benefit of all nations of the world. Under its new régime, the Kiel Canal must be open, on a footing of equality, to all vessels, without making any distinction between war vessels and vessels of commerce, but on one express condition, namely, that these vessels must belong to nations at peace with Germany”.

¹⁴⁷⁸ *Wimbledon* citata, p. 24: “In order to dispute, in this case, the right of the S.S. “Wimbledon” to free passage through the Kiel Canal under the terms of Article 380, the argument has been urged upon the Court that this right really amounts to a servitude by international law resting upon Germany and that, like all restrictions or limitations upon the exercise of sovereignty, this servitude must be construed as restrictively as possible and confined within its narrowest limits, more especially in the sense that it should not be allowed to affect the rights consequent upon neutrality in an armed conflict”.

¹⁴⁷⁹ Quali il Canale di Suez e di Panama, ed in misura minima quello di Costantinopoli-Istanbul.

¹⁴⁸⁰ *Wimbledon* citata, p. 28.

derogatoria rispetto alle norme relative alla neutralità. In questo senso, la Corte Permanente evidenziò come, in base al principio della *lex posterior derogat priori*, la norma pattizia successiva potesse derogare alla precedente norma consuetudinaria, ma che non vi era un vero e proprio contrasto, bensì solo un'applicazione della norma pattizia in deroga a quella consuetudinaria. Oltre ad evidenziare, dunque, una flessibilità normativa tra fonti di rango diverso, la Corte Permanente volle riconoscere prevalenza alla norma pattizia, in quanto la stipulazione della medesima era indice di una diversa volontà delle parti di regolare i rapporti tra loro; tale indice sarebbe stato maggiormente evidente per mezzo della ratifica da parte dello Stato territoriale. Tale prevalenza era dettata, forse, anche dal mancato riconoscimento della norma sulla neutralità quale avente natura consuetudinaria: in tal senso, i giudici avrebbero inteso il rapporto non tra norme di rango differente, bensì tra norme dello stesso rango, quello pattizio, ovvero la deroga data dal principio della *lex posterior* si sarebbe determinata sulla base di un trattato successivo che regolava in maniera specifica il transito di navi in regime di neutralità.

Perciò, prendendo in considerazione l'ordine governativo tedesco sullo stato di neutralità del 1921, la Corte Permanente asserì anzitutto che questo ordine, seppur avesse richiamato una più generale e fondamentale norma relativa alla neutralità, non avrebbe potuto essere in contrasto con una norma pattizia più specifica rispetto a quella generale o precedente, che costituiva un regime autosufficiente, poiché tale disposizione limitava i diritti di sovranità di uno Stato su una parte del proprio territorio¹⁴⁸¹. In ogni caso, la neutralità della Germania, pur acconsentendo il transito di una nave da guerra che trasportava armi e munizioni per una parte belligerante, non sarebbe stata compromessa dall'autorizzazione al transito¹⁴⁸². In definitiva, secondo la Corte Permanente, la deroga creata dal regime di specialità sarebbe stata conforme alle generali regole sulla neutralità.

Contrariamente all'opinione generale della Corte, il giudice Anzilotti sostenne che il vero quesito giuridico cui si doveva rispondere riguardava l'applicazione della disposizione dell'art. 380 del Trattato di Versailles in maniera indistinta in tempo di pace o di guerra¹⁴⁸³. Secondo il giudice, l'interpretazione testuale della disposizione non avrebbe potuto necessariamente tenere conto delle intenzioni delle parti, dal momento che queste avrebbero condotto a conseguenze irragionevoli¹⁴⁸⁴; a tal proposito, ricordò come i trattati relativi al commercio ed alle comunicazioni normalmente erano conclusi in condizioni di

¹⁴⁸¹ *Wimbledon* citata, p. 29. Secondo l'opinione dissenziente del giudice Schücking (p. 43 ss.), l'aver stabilito la creazione di un regime speciale per il Canale, come per altre zone, avrebbe dovuto determinare un'interpretazione restrittiva dell'art. 380 del Trattato di Versailles, per cui la norma avrebbe avuto efficacia solo nei casi di transito di navi di nazionalità degli Stati che non fossero in guerra con la Germania. Inoltre, la garanzia dell'osservanza della disposizione citata non avrebbe dovuto pregiudicare gli interessi essenziali di uno Stato nel garantire la più generale applicazione delle norme sulla neutralità (pp. 44-45). Sul punto, si veda anche J. KLABBERS, *Clinching the Concept of Sovereignty: Wimbledon Redux*, in *Austrian review of International and European Law*, 1998, n. 3, pp. 345-367; M. COSNARD, *Sovereign Equality: "The Wimbledon Sails on"*, in M. BYERS-G. NOLTE (a cura di), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, pp. 117-134, a p. 119 ss.

¹⁴⁸² *Wimbledon* citata, p. 30: "If, therefore, the "Wimbledon", making use of the permission granted it by Article 380, had passed through the Kiel Canal, Germany's neutrality would have remained intact and irreproachable. From the foregoing, therefore, it appears clearly established that Germany not only did not, in consequence of her neutrality, incur the obligation to prohibit the passage of the "Wimbledon" through the Kiel Canal, but, on the contrary, was entitled to permit it".

¹⁴⁸³ *Dissenting Opinion of Judges Anzilotti and Huber*, p. 35 ss. In dottrina, S. WEINBERGERER, *The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts between Conventional and Customary International Law*, in *Emory International Law Review*, 1996, vol. 10, n. 1, pp. 397 ss., a p. 424 ss.

¹⁴⁸⁴ *Dissenting Opinion* citata, p. 36.

pace e si applicavano solo in quelle condizioni. Al contrario, in tempo di guerra, laddove uno Stato avesse proclamato la sua neutralità rispetto ad un conflitto, si sarebbero dovute applicare le norme relative alla neutralità ed ai conflitti armati, per cui tale Stato aveva il diritto di impedire il transito di carichi di armi e munizioni destinate ai belligeranti, in un'ottica di "contenimento" del conflitto, ed avrebbe avuto un eguale diritto di impedire il contrabbando dei medesimi beni, laddove la propria legislazione stabiliva misure restrittive in tal senso¹⁴⁸⁵.

1.3 - Controllo del commercio di armi e inattualità dei doveri degli Stati neutrali

Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, la concezione dell'uso della forza e del diritto applicabile ai conflitti armati è radicalmente cambiata. Se, in precedenza, il ricorso all'uso della forza era considerato uno dei principali strumenti a disposizione degli Stati, con la Carta ONU sono stati fissati due principi, oramai alla base della comunità internazionale¹⁴⁸⁶: la pacifica risoluzione delle controversie¹⁴⁸⁷ ed il divieto di uso della forza armata¹⁴⁸⁸, tranne nei casi di esercizio della legittima difesa individuale o collettiva¹⁴⁸⁹. Il combinato disposto di questi principi ha, anzitutto, limitato il ricorso alla forza armata, anche se avrebbe avuto l'obiettivo di ridurre drasticamente l'insorgenza di conflitti armati.

La concezione delle relazioni internazionali tra Stati è mutata, in quanto ora viene prefissato il mantenimento della pace e sicurezza internazionali contro le varie minacce o violazioni e atti di aggressione¹⁴⁹⁰. Ogni atto, ogni situazione che potenzialmente possa costituire un serio danno a tali valori viene considerato una minaccia alla pace. Come si vedrà anche in seguito, per limitare l'insorgenza dei conflitti armati si è reso necessario ricorrere anche a strumenti internazionali che hanno evidenziato come la proliferazione di armi convenzionali fosse alla base dei conflitti nel mondo; pertanto, gli incontrollati trasferimenti delle medesime sono stati individuati come una minaccia alla pace e sicurezza internazionali¹⁴⁹¹. Anche la dottrina ha seguito questa inversione di tendenza: nella sessione di Wiesbaden del 1975, l'*Institut de Droit International* ha adottato la risoluzione sul principio di non intervento nei conflitti armati non internazionali¹⁴⁹². La logica che sottende tale decisione è duplice: considerare che eventuali interventi in un conflitto possano realmente arrecare benefici ad una delle parti belligeranti¹⁴⁹³, inficiando quindi il generale fine di contenerlo, e specificare i doveri degli Stati terzi e neutrali nel conflitto medesimo. Al di là dei principali doveri stabiliti a carico degli Stati, come il dovere di astenersi dal supportare una delle parti del conflitto¹⁴⁹⁴ ed il dovere di fornire qualsivoglia supporto che possa avere un impatto sostanziale sulle sorti del conflitto medesimo¹⁴⁹⁵, è interessante notare come, in base a tale risoluzione, lo Stato debba adottare

¹⁴⁸⁵ *Dissenting Opinion* citata, p. 37.

¹⁴⁸⁶ Sul punto, si veda RONZITTI, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁴⁸⁷ Art. 2, § 3 della Carta.

¹⁴⁸⁸ Art. 2, § 4 della Carta.

¹⁴⁸⁹ Art. 51 della Carta.

¹⁴⁹⁰ Come si evince anche dall'art. 39, § 1 della Carta.

¹⁴⁹¹ Si vedano alcuni esempi di risoluzione del Consiglio di Sicurezza al Cap. I, § 2.2, che hanno sottolineato come l'indiscriminata proliferazione di SALW costituisca un'autentica minaccia alla pace e sicurezza internazionali.

¹⁴⁹² Institut de Droit International, *The Principle of Non-Intervention in Civil Wars*, Session of Wiesbaden, 14 August 1975, Eighth Commission, Rapporteur: Mr Dietrich Schindler.

¹⁴⁹³ Preambolo, III° considerando.

¹⁴⁹⁴ Art. 2, § 1.

¹⁴⁹⁵ Art. 2, § 2, in cui si menziona espressamente l'obbligo di astenersi dall'inviare munizioni ed armi, ma

qualsiasi misura volta ad impedire ai privati sottoposti alla propria giurisdizione di “*collect equipment*” al fine di supportare o causare un conflitto civile¹⁴⁹⁶.

Dunque, ad un primo acchito non sembra immediatamente collegabile l'obbligo di uno Stato di astenersi dal supportare un conflitto armato interno tramite l'invio di armi e le misure che devono essere adottate al fine di impedire ai privati di fare ciò. Tuttavia, interpretando queste singole disposizioni collettivamente e sistematicamente, è possibile ritenere che l'obbligo di uno Stato nei confronti di un privato sorga anche quando questo stia sperando qualsiasi attività di trasporto o trasferimento di armi convenzionali verso zone colpite da un conflitto armato. Nell'ottica normativa attuale, la necessità di stabilire un controllo sulle attività di trasferimento di armi risponde a questa richiesta specifica, nel momento in cui gli Stati si dotano di un meccanismo di controllo e autorizzazione delle esportazioni di armi.

Se, dunque, si rende necessario controllare i trasferimenti di armi convenzionali, al fine di evitare lo scoppio di nuovi conflitti nel globo, sarà necessario anche rivalutare i doveri degli Stati neutrali. Mentre, in precedenza, come visto, non sussisteva alcun obbligo internazionale per gli Stati neutrali di controllare ed eventualmente bloccare i trasferimenti di armi compiuti da un privato, l'attuale assetto normativo circa i trasferimenti di armi convenzionali prevede esattamente l'opposto: controllare tali trasferimenti al fine di evitare che le armi possano essere impiegate per commettere violazioni del diritto internazionale. È logico ritenere che il controllo sarà esercitato da qualunque Stato, anche qualora fosse neutrale. Sotto questo punto di vista, deve ritenersi ugualmente che la nuova norma consuetudinaria circa il controllo del commercio di armi abbia sopravanzato le precedenti norme pattizie contenute nelle Convenzioni dell'Aja *supra* viste.

Dunque, in relazione alle attività dei privati che vendano armi a Stati belligeranti può dirsi che un tale tipo di obbligo sia ora sussistente. Ciò vale, però, per i conflitti armati che abbiano carattere internazionale. *Quid iuris* circa i conflitti armati non avente simile carattere? La risposta a tale domanda può essere rinvenuta in due profili giuridici: il primo è relativo alla possibilità che il Consiglio di Sicurezza intervenga con una propria decisione a stabilire misure restrittive sulle armi (*arms embargoes*) verso determinati destinatari, tra cui i gruppi armati che non godano dei requisiti giuridici soggettivi previsti dal diritto internazionale umanitario; il secondo profilo riguarda il controllo esercitato dagli Stati sulle attività dei privati, le cui azioni, laddove contribuiscano alla commissione di un illecito internazionale e laddove abbiano una certa relazione con lo Stato, determineranno l'insorgenza della responsabilità internazionale di quest'ultimo.

Sul primo profilo, si rinvia al paragrafo successivo, anticipando qui solo il punto relativo all'intervento del Consiglio di Sicurezza nei conflitti interni. Laddove questi si stiano svolgendo e raggiungano una determinata soglia di rilevanza internazionale, ovvero abbiano effetti potenzialmente dannosi anche sulla regione circostante, il Consiglio, a seguito di valutazione del medesimo conflitto come una possibile minaccia alla pace, adotterà tutte le misure necessarie che impongano restrizioni sui traffici di armi con lo Stato od il gruppo, nell'ottica di contenimento del conflitto¹⁴⁹⁷.

anche di rendere il proprio territorio disponibile per effettuare le operazioni di supporto e le attività di transito.

¹⁴⁹⁶ Art. 2, § 3, lett. a): “*Third States shall use all means to prevent inhabitants of their territories, whether natives or aliens, from raising contingents and collecting equipment, from crossing the border or from embarking from their territories with a view to fomenting or causing a civil war*”. Da notare come l'obbligo di adottare misure riguardi anche i possibili imbarchi di privati verso zone colpite dal conflitto: con tale disposizione, si rende necessario bloccare il privato ogni qual volta abbia deciso di trasportare le proprie armi verso i territori in conflitto.

¹⁴⁹⁷ Si rinvia al § successivo ed al Cap. VI, § 1.2.1.

Diverso il discorso quando ad essere accertato sia il nesso di controllo o di direzione delle attività illecite¹⁴⁹⁸. Tale illecito sarà attribuibile allo Stato solo nel caso in cui l'operazione in cui i privati sono stati coinvolti era parte integrale di una più generale operazione statale¹⁴⁹⁹. Nel nostro caso, di rilievo appare il caso *Attività militari in Nicaragua*, dato che le attività di guerriglia dei *contras* sembravano essere supportate, anche per il tramite dell'invio di armi, da parte degli Stati Uniti¹⁵⁰⁰. La Corte ritenne che, seppure vi fosse una responsabilità degli Stati Uniti per avere pianificato, direzionato o supportato le operazioni dei *contras*¹⁵⁰¹, non vi fossero elementi di prova sufficienti per ritenere che tutte le condotte contestate dal Nicaragua a tali gruppi armati fossero attribuibili agli Stati Uniti in ragione del controllo da questi esercitato¹⁵⁰²:

“[D]espite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf. [...]

All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed”¹⁵⁰³.

In maniera dissimile si pose la *Appeal Chamber* del Tribunale per la ex-Jugoslavia nel caso *Tadic*¹⁵⁰⁴. I giudici ritennero anzitutto che il requisito del controllo diretto imposto dal caso *Nicaragua* avesse una soglia troppo elevata per ritenere uno Stato responsabile delle condotte di gruppi d'individui¹⁵⁰⁵. Oltre al finanziamento e supporto di gruppi armati serbo-bosniaci, la *Appeal Chamber* ritenne che le autorità jugoslave fossero

¹⁴⁹⁸ In dottrina, si veda E. L. ÁLVAREZ ORTEGA, *The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State*, in *Revista para análisis del derecho*, gennaio 2015, disponibile sul sito www.indret.com; G. BARTOLINI, *Il concetto di “controllo” sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La codificazione della responsabilità degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 25-52; V. P. TZEVELEKOS, *Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility*, in *Michigan Journal of International Law*, 2014, vol. 36, pp. 129 ss.

¹⁴⁹⁹ Più diffusamente, si veda Cap. VI, § 1.1 ed i materiali ivi citati. Si ritiene comunemente che, quando tali attività siano solo *incidentalmente* od *occasionalmente* collegate con tale operazione, il criterio del controllo da parte dello Stato non viene integrato, poiché tale condotta in realtà sfuggirebbe alla sfera di direzione o controllo dello Stato medesimo.

¹⁵⁰⁰ Corte Internazionale di Giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement, 27 June 1986, in *I.C.J. Reports*, 1986, p. 14 ss., § 205.

¹⁵⁰¹ *Military Activities* citato, p. 51, § 86.

¹⁵⁰² In dottrina, si veda A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n. 4, pp. 649-668, a p. 652-653.

¹⁵⁰³ *Military Activities* citato, p. 62, § 109; pp. 64-65, § 115.

¹⁵⁰⁴ Tribunale Internazionale penale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-I, Trial Chamber, Judgement of 15 July 1999. In dottrina, CASSESE, *op. cit.*, p. 653 ss.

¹⁵⁰⁵ *Tadic* citato, § 117: “The requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control”.

responsabili sulla base di un controllo generale (*overall control*), poiché si ritenne che tale controllo si era manifestato tramite la partecipazione delle medesime autorità nella pianificazione e supervisione delle operazioni dei gruppi armati¹⁵⁰⁶.

Tale decisione è sempre stata criticata dalla dottrina generalista e dalla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, in quanto la situazione oggetto di accertamento da parte della *Appeal Chamber* fosse in realtà la responsabilità individuale per i crimini di guerra commessi in Bosnia e non anche quella dello Stato; inoltre, la questione che ivi si stava considerando era relativa alle norme applicabili di diritto internazionale umanitario, e non invece alla responsabilità in sé¹⁵⁰⁷.

Questa considerazione potrebbe non essere condivisibile alla luce della recente prassi in materia di commercio di armi e responsabilità connesse¹⁵⁰⁸. Il riferimento normativo che deve essere preso in considerazione riguarda la responsabilità che sorge in capo allo Stato quando autorizza l'esportazione di armi e vi siano seri rischi di violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario. L'art. 6, § 3 dell'ATT stabilisce che:

“A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms [...] if it has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party”.

Questa norma risulta essere la rilevazione di una precedente norma a carattere consuetudinario¹⁵⁰⁹. Rispetto alla giurisprudenza del caso *Nicaragua*, tale norma è sicuramente innovativa. Essendo conforme alla giurisprudenza del caso *Tadic*, invece, porta a considerare come si sia delineata oramai la responsabilità dello Stato per atti di privati, anche in mancanza di uno specifico requisito del controllo. Infatti, perché la responsabilità si possa profilare, è necessario che lo Stato, all'atto di effettuare la valutazione di eventuali rischi¹⁵¹⁰, abbia omesso¹⁵¹¹ di effettuare i dovuti controlli sulle attività dei privati¹⁵¹². Inoltre, è necessario che lo Stato abbia agito secondo una sua propria volontà (*knowledge*¹⁵¹³).

Il controllo, qui, diviene più generale, in quanto la norma, in combinato disposto con quanto stabilito dall'art. 7, § 3 dell'ATT, impone allo Stato di verificare che non vi siano rischi di gravi violazioni del diritto internazionale, connesse al trasferimento di armi. Pur volendo considerare che l'autorizzazione all'esportazione deve avere una valenza

¹⁵⁰⁶ *Tadic* citato, § 145.

¹⁵⁰⁷ Si veda anche ICJ, *Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia-Montenegro)*, Judgement, 26 February 2007, in *I.C.J. Reports*, 2007, p. 43 ss., § 396 ss.

¹⁵⁰⁸ In tal senso, si veda CASSESE, *op. cit.*, p. 665 ss., che sostiene come il test *Nicaragua* non sia supportato dal diritto internazionale e che, a livello di *policy* degli Stati, non sia più condivisibile una irresponsabilità per supporto a gruppi armati e terroristici, nel momento in cui questi non stiano agendo sotto uno stretto controllo o supervisione dello Stato.

¹⁵⁰⁹ Sulla rilevazione della *opinio*, si veda TANZI, *op. cit.*, p. 74 ss.

¹⁵¹⁰ Di cui più *infra*, § 1.3.

¹⁵¹¹ Si veda l'art. 3 del Progetto del 2001, che stabilisce come l'illecito dello Stato può avere tanto la forma commissiva che quella omissiva.

¹⁵¹² YIHDEGO, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵¹³ Sul punto, si veda A. COCO, *I divieti di trasferimento ai sensi degli articoli 6 e 7 del Trattato sul commercio delle armi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, vol. XCVI, n. 4, pp. 1221-1243, a p. 1228 ss.; *Seventh Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*, in *Yearbook of International Law Commission*, 1978, vol. II, Part One, p. 58, § 72.

specifica nel caso in cui il bene esportato sia suscettibile di applicazione militare¹⁵¹⁴, l'interpretazione testuale della norma non fa emergere dubbi ulteriori: la responsabilità sorge ogni volta che lo Stato non abbia effettuato la valutazione dei rischi e siano derivate violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Tale considerazione può essere fatta anche nel caso in cui lo Stato abbia legittimamente autorizzato l'esportazione di armi, ma i privati abbiano deciso di contravvenire all'autorizzazione data, delineando così un illecito a carattere internazionale¹⁵¹⁵. In tale caso, non è necessario accertare il requisito dell'*effective control* da parte dello Stato, in quanto già l'obbligo di verificare i rischi connessi all'esportazione di armi permette di stabilire che in ogni caso la contravvenzione all'autorizzazione delinea la responsabilità statale per mancato e dovuto controllo sia sulle attività dei privati, sia sulla destinazione finale del carico di armi.

Dunque, è possibile ammettere che il requisito dell'*overall control* sia applicabile in tali circostanze, in quanto anche l'obbligo di prevenzione di eventuali illeciti può generare responsabilità per omissione di controllo sulle attività dei privati¹⁵¹⁶. Tuttavia, laddove si ritenesse non applicabile o non riscontrabile tale requisito, si applica in maniera residuale quanto stabilito dall'art. 11 del Progetto di articoli del 2001, il quale prevede che:

“*Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own*”.

Tale norma permette di attribuire l'illecito in capo ad uno Stato nel momento in cui non vi sia un immediato collegamento (stabilito tramite autorizzazione, mandato o attribuzione formale di poteri) tra il soggetto individuale e lo Stato medesimo, ma la condotta posta in essere dall'individuo era conoscibile dallo Stato al momento della commissione dell'illecito od immediatamente dopo, determinando perciò anche l'accettazione di questo e facendo come proprio l'atto commesso o l'omissione verificatasi.

Questo modo di attribuzione dell'illecito si configura, quindi, quando vi sia una indubbia conoscenza ed un'inequivocabile accettazione delle condotte poste in essere dai privati. Ciò si verifica anche quando, nel periodo immediatamente precedente alla commissione dell'illecito, non vi sia stata alcuna adozione di misure preventive volte a contenere i rischi. Così si è espressa la Corte Internazionale di Giustizia nel caso del

¹⁵¹⁴ Si veda, in questo caso, l'art. 4 del reg. 2009/428/UE relativo all'esportazione di beni *dual-use*, di cui al Cap. IV, § 1.2.2.

¹⁵¹⁵ *Materials* citato, p. 73. Ciò avviene, ad esempio, quando vi sia stata una falsificazione dei certificati di *end-use* o di *end-user* e si sia determinata una *diversion*. In questo senso, si veda più *infra* il caso *Otterloo* (Cap. VI, § 1.2.2 e 2.1).

¹⁵¹⁶ Dubbi in merito, però, possono rimanere in considerazione di due requisiti da accertare in concreto. Da un lato, il requisito della *knowledge*, come previsto dall'art. 6, § 3 dell'ATT, pur essendo considerabile come una forma di *will* dello Stato, è da ritenersi quale volontà diretta alla commissione di illeciti. Questa interpretazione deriva anzitutto dalla considerazione, che vedremo appresso, di considerare i trasferimenti di armi quale forma di complicità in illeciti internazionali dello Stato. L'art. 16 del Progetto del 2001 specifica che l'attribuzione della responsabilità in capo allo Stato si abbia nei casi in cui questo abbia fornito *volontariamente* il proprio contributo e la violazione commessa fosse stata attribuibile in capo allo stesso Stato. Ciò porterebbe a considerare come la responsabilità si generi solo laddove sia accertato che lo Stato avesse intenzione di far commettere le violazioni specificate. Dall'altro lato, il problema riguarda il tipo di rischio che deve essere accertato, ovvero *overriding* (nella versione in lingua inglese) o *prévalent* (nella versione in lingua francese). In questo senso, nel momento in cui si ammette che lo Stato potrebbe essere responsabile quale complice negli illeciti commessi, è necessario attestare che il rischio che tali violazioni fossero possibili era particolarmente elevato, o che ogni ragionevole dubbio al tempo fosse eliminabile. Questa considerazione, come vedremo, porta a ritenere che, pur essendo prevista la possibilità di attribuire in capo allo Stato le condotte di individui anche quando non vi sia il requisito dello specifico controllo, l'onere della prova sarà particolarmente gravoso.

*Corpo diplomatico statunitense a Teheran*¹⁵¹⁷, dove stabilì che:

“[...] on 4 November 1979 the Iranian authorities : (a) were fully aware of their obligations under the conventions in force to take appropriate steps to protect the premises of the United States Embassy and its diplomatic and consular staff from any attack and from any infringement of their inviolability, and to ensure the security of such other persons as might be present on the said premises ; (b) were fully aware, as a result of the appeals for help made by the United States Embassy, of the urgent need for action on their part ; (c) had the means at their disposal to perform their obligations ; (d) completely failed to comply with these obligations”¹⁵¹⁸.

Tale forma di attribuzione è sicuramente presente anche nell'ambito del commercio di armi convenzionali: nel momento in cui uno Stato, su cui incombe il generale obbligo di controllare le esportazioni di armamenti e munizioni da parte dei privati, non adotta alcuna misura volta a prevenire la commissione di violazioni del diritto internazionale è da considerarsi come responsabile, secondo quanto previsto dall'art. 11. Quindi, il mancato esperimento di misure di questo tipo, in cui si collocano anche le *confidence and security-building measures* volte a contenere eventuali rischi derivanti dall'esportazione di armi (come la valutazione dello *overriding risk* prevista dall'art. 7 § 3 dell'ATT) può far sorgere la responsabilità in capo allo Stato nel momento in cui siano commesse le violazioni che erano da prevenire.

2. Fornitura di armi a gruppi armati e violazione del principio di neutralità

2.1 – Il divieto nella prassi del Consiglio di Sicurezza

I conflitti armati degli ultimi 60 anni hanno assunto una diversa fisionomia rispetto a quelli tradizionalmente combattuti fino alla Seconda Guerra Mondiale. Se in precedenza i conflitti armati erano considerati tali solo se combattuti da Stati che esercitassero un potere sovrano su un determinato territorio e su una determinata popolazione¹⁵¹⁹, nella seconda metà del XX° secolo i conflitti sono stati sempre meno *inter-statali* e sempre più *infra-statali*. Si è passati, cioè, da una dimensione prettamente internazionale del conflitto ad una non internazionale, dove hanno assunto rilievo nuovi attori quali i gruppi armati, composti da individui che condividono un'ideologia politica o sociale, come gli insorti¹⁵²⁰, o come quei popoli cui viene dato il diritto di rivendicare il diritto all'autodeterminazione, come i movimenti di liberazione nazionale¹⁵²¹.

¹⁵¹⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, Judgement, 24 May 1980, in I.C.J. Reports, 1980, p. 3.

¹⁵¹⁸ *Consular Staff* citata, § 68.

¹⁵¹⁹ Così nella Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati del 26 dicembre 1933, art. 1. Si veda, in generale, J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, II° ed., Oxford University press, Oxford, 2006.

¹⁵²⁰ A. CLAPHAM, *Human Rights and Non-State Actors*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2013, II° ed., p. 271 ss. Si veda anche A. O. PETROV, *Non-State Actors and Law of Armed Conflict*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2014, vol. 19, n. 2, pp. 279 ss.

¹⁵²¹ A. CLAPHAM, *op. cit.*, p. 273 ss. La definizione viene indicata per la prima volta nel II° Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977, all'art. 1, § 4, nel quale si specificano i tipi di conflitto in cui tali movimenti normalmente operano e che ricalcano (tranne per l'aggiunta delle lotte contro i Governi segregazionisti, evidentemente volta a legittimare le lotte in Sud Africa e Rhodesia del Sud) i requisiti sulla base dei quali un popolo può aspirare all'autodeterminazione, come previsti dalla Dichiarazione di principi dell'Assemblea Generale del 1970 (*UNGA Declaration on Principles of International law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, 2625-XXV del 24 ottobre 1970, § 5).

Cambiando il quadro dei protagonisti del conflitto, è stato necessario rivedere anche l'ambito di applicazione delle regole sulla neutralità. L'ingresso di un nuovo soggetto internazionale sulla scena ha fatto sì che ci si chiedesse se tale norma fosse applicabile anche nel caso di un conflitto armato di natura non internazionale.

Questo quesito non ha trovato riscontro nei testi convenzionali relativi ai conflitti armati: seppure il merito dei redattori del II Protocollo addizionale del 1977 è stato quello di prevedere una disciplina specifica applicabile a conflitti armati non aventi carattere internazionale, nulla è stato previsto con riferimento all'applicazione di eventuali norme sulla neutralità degli Stati terzi nei confronti dei gruppi armati. La V° e la XIII° Convenzione dell'Aja, viste in precedenza, sono applicabili solo alle *Potenze*¹⁵²² parti, ovvero gli Stati. Diversamente, tali norme non sono mai state considerate applicabili ai conflitti interni¹⁵²³. Di conseguenza, gli Stati hanno fornito supporto militare a gruppi armati, nella convinzione che così facendo non violassero alcun obbligo inerente al principio di neutralità.

Con l'entrata in vigore della Carta ONU, il Consiglio di Sicurezza ha sempre teso a differenziare le varie situazioni di conflitto armato non internazionale: da un lato, laddove fosse stato coinvolto un membro permanente (come nel caso delle lotte per l'autodeterminazione combattute dalla Francia in Africa o Asia), il Consiglio tendeva a non intervenire in maniera decisiva, ma si limitava a raccomandare alle parti di rispettare i limiti provenienti dal diritto internazionale umanitario; dall'altro, nei casi in cui è intervenuto, il Consiglio ha cercato di vagliare in concreto il possesso dei requisiti giuridici dei gruppi armati per considerarli quali soggetti legittimi in base al diritto internazionale. A tal proposito, lo strumento privilegiato per determinare questa forma di "asimmetria" è stato individuato nelle risoluzioni, adottate a norma del Cap. VII della Carta ONU, in cui si prevedevano misure sanzionatorie che limitassero o vietassero il flusso di armi verso un dato territorio, in cui il conflitto si stava svolgendo, o verso un dato destinatario, al fine di indurlo a cessare la condotta illecita.

Ritenendo che gli *arms embargoes* costituiscano una misura non implicante l'uso della forza adottata nei confronti di Stati, problema ben diverso deriva dalla possibilità di adottare tali misure nei confronti di attori non statali quali i gruppi armati. Tenendo in considerazione il fatto che, in generale, le decisioni del Consiglio di Sicurezza sono ritenute vincolanti per gli Stati membri e che i gruppi armati sottostanno ad un generale obbligo di osservare le norme di diritto internazionale umanitario¹⁵²⁴, l'adozione di

¹⁵²² Una considerazione attuale potrebbe essere quella di concepire nuovamente il concetto di *Potenza* in sé, visto che le operazioni militari sono condotte ora non solo da Stati, ma anche da organizzazioni internazionali, laddove assumano direttamente il controllo delle operazioni e, appunto, da gruppi armati.

¹⁵²³ Durante i lavori preparatori della Convenzione di Ginevra del 1925, relativa al controllo internazionale del commercio di materiale da guerra, furono sollevate obiezioni relativamente alla possibilità di esportare armi verso qualunque soggetto. Si temeva, in particolare, che gruppi di individui potessero acquistare tali mezzi per promuovere movimenti di rivolta e disordini interni, quindi instabilità, degli Stati considerati come tali. Si parlò, inizialmente, di "*Governi legittimi*" che potessero validamente acquistare le armi, ma l'espressione sembrava ambigua a tal punto, da far ritenere che l'acquisto di armi da parte di un governo radicato su un certo territorio potesse essere ostacolato da Stati non propensi a riconoscerlo, violando così sia il principio di sovrana eguaglianza degli Stati, sia il divieto di interferenza negli affari interni. La soluzione normativa adottata, successivamente in parte suffragata dalla disposizione della Convenzione di Montevideo citata, fu quella di definire, all'art. 2, come soggetti riceventi solo i "Governi centrali" di Stati, differenziandoli quindi dalle autorità locali ad esso collegate.

¹⁵²⁴ Questa considerazione sembra vera, malgrado il presupposto dell'accettazione da parte di tutte le parti del conflitto delle regole sui conflitti armati, facendo valere quindi la c.d. clausola *si omnes*, secondo la quale le regole di Ginevra sui conflitti armati sarebbero state applicabili solo per le Alte Parti contraenti che le avessero ratificate (art. 48 della I° Convenzione). Secondo CLAPHAM, *op. cit.*, p. 271 ss.,

sanzioni di questo tipo, con destinatari diversi dagli Stati, impone di considerare un'evoluzione delle misure restrittive, per quanto riguarda gli effetti di dette sanzioni nei confronti di destinatari diversi dagli Stati. In tal senso, quindi, le sanzioni imposte nei confronti di un gruppo armato hanno significato una presa di posizione del Consiglio medesimo sui conflitti armati non aventi carattere internazionale, evidenziando l'evoluzione degli obblighi del diritto internazionale umanitario e stabilendo che anche attori non statali sono tenuti ad osservare quegli obblighi che derivano dalla propria posizione di soggetti del diritto internazionale umanitario. In tal senso, dunque, come è possibile determinare una limitazione dei trasferimenti di armi da parte di Stati non coinvolti nel conflitto tra due enti di natura statale, così è possibile determinare l'osservanza di tali obblighi anche quando disposti dal Consiglio di Sicurezza nei confronti di soggetti infra-statali.

L'assunzione del modello di *embargo* di armi imposto a Sudafrica e Rhodesia del Sud ha implicato, dunque, ha attribuito a tale soggetti non statali anche doveri circa l'osservanza delle disposizioni e delle norme relative al diritto dei conflitti armati ed alla tutela dei diritti fondamentali imposta ai belligeranti¹⁵²⁵. Tuttavia, la prassi del Consiglio si è diversificata nel corso del tempo, mettendo in risalto la legittimità di siffatti gruppi armati di ricevere aiuto o supporto per il conflitto da questi combattuto¹⁵²⁶.

Generalmente, il Consiglio di Sicurezza è stato propenso a decidere di adottare un *arms embargo* nei confronti di gruppi di ribelli, allorquando la presenza di questi sul territorio nazionale, come anche le attività poste in essere, costituissero una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale. Rispetto agli *embargoes* imposti originariamente a Sudafrica e Rhodesia del Sud, queste sanzioni sono state adottate in maniera vincolante sin da subito¹⁵²⁷, dato che il Consiglio ha sempre fatto sempre riferimento ai poteri derivanti dal Cap. VII della Carta ONU¹⁵²⁸.

sussisterebbero in capo ai gruppi armati almeno i principali obblighi di natura consuetudinaria, quali la proporzionalità, la precauzione, il principio di distinzione tra civili e appartenenti alle forze armate.

¹⁵²⁵ CLAPHAM, *ib.*

¹⁵²⁶ Si veda M. VINCINEAU, *Exportations des armes et droit des peuples*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 35 ss.

¹⁵²⁷ Malgrado il Consiglio stesso abbia sempre invitato le parti del conflitto a risolvere pacificamente la propria controversia interna.

¹⁵²⁸ Un'ipotetica distinzione potrebbe riguardare il tipo di conflitto armato in cui tali gruppi combattevano, guardando anche alle motivazioni originali della lotta. Così, sono stati considerati conflitti scatenati per mere *ragioni politiche* (come nel caso di Angola: Ris. 864 del 15 settembre 1993, sez. B, § 19 del dispositivo, dove peraltro si associava la fornitura di armi a quella di altri beni e servizi. L'*embargo* è stato rimosso con ris. 1448 del 9 dicembre 2002), Liberia (Ris. 1903 del 17 dicembre 2009, § 4 del dispositivo, che modifica le misure precedentemente imposte con ris. 1521 del 2003. Le misure di *embargo* sono state rinnovate con ris. 2237 del 2 settembre 2015 per un periodo di 9 mesi) e Yemen (con ris. 2140 del 26 febbraio 2014, gli Stati sono stati invitati a non fornire armi e materiale militare ai gruppi di ribelli, al fine di facilitare la transizione politica: § 30 del dispositivo, mentre con ris. 2216 del 14 aprile 2015 si è imposto un regime di *arms embargo* nei confronti di determinati soggetti individuali, qualificati come terroristi: § 14 del dispositivo); oppure è possibile valutare anche l'evoluzione stessa del conflitto politico, allorquando, ad esempio, vi fosse stato un *conflitto separatista*, come nel caso della Repubblica Democratica del Congo (Ris. 1596 del 18 aprile 2005, § 1 del dispositivo, che riprende quanto stabilito nella ris. 1493 del 28 luglio 2003, § 20 del dispositivo) e, in misura minima, nel caso della Somalia e del Nagorno-Karabakh (in questi due casi, il Consiglio non ha stabilito un *embargo* nei confronti dei gruppi armati separatisti, bensì si è limitato a stabilire un embargo *nazionale* o *territoriale* che potesse contenere il conflitto generatosi; per la Somalia, si vedano le ris. 2224 del 2015 e le precedenti ivi richiamate, dove si fa sempre riferimento ad un embargo nazionale; per il Nagorno-Karabakh si veda la ris. 853 del 1993, § 10); oppure un conflitto generato per *motivi etnici*, come nel caso della Sierra Leone (Ris. 1171 del 5 giugno 1998, § 2 del dispositivo. Con ris. 1940 del 29 settembre 2010 tutte le misure di *embargo* sono state rimosse), e del Ruanda (con ris. 997 del 9 giugno 1995, § 4 del dispositivo).

Normalmente, il Consiglio, all'atto di adottare la misura, ha stabilito anche le eccezioni ammissibili, ovvero quando le armi dovessero essere fornite alle truppe governative regolari, oppure quando potessero essere utilizzate dalle missioni di *peace-keeping* o *peace-enforcement*¹⁵²⁹. Tale considerazione è sembrata valida soprattutto in relazione alla fornitura di materiale militare non letale, come gli equipaggiamenti e le divise. Tale condizione sembrerebbe collocarsi sempre in un'ottica di contenimento del conflitto armato interno, o meglio di disarmo progressivo del gruppo di ribelli o della regione di conflitto.

Diverso discorso deve essere fatto quando l'attività dei gruppi è finalizzata a destabilizzare l'ordinamento di uno o più Stati (come nel caso dei Talebani in Afghanistan¹⁵³⁰, affiliati ad Al-Qaeda¹⁵³¹, o degli affiliati all'ISIS¹⁵³²): in tali situazioni, il Consiglio di Sicurezza ha stabilito che la necessità di porre termine alle attività di terrorismo di tali gruppi dovesse essere globalmente considerata, ovvero ritenne che la misura restrittiva dovesse applicarsi anche a beni diversi dalle armi (come la fornitura di beni di consumo, energia elettrica o aiuti di vario tipo¹⁵³³), aggiungendo anche il divieto di fornire aiuto o assistenza materiale e finanziaria ai medesimi soggetti¹⁵³⁴.

Un esempio di tale tipo di sanzioni si ha in relazione alle attività dei terroristi di Al-Qaeda post-11 settembre. In particolare, con riferimento a tali soggetti, già il Consiglio di Sicurezza aveva messo in luce la necessaria correlazione tra la presenza di un conflitto armato in Afghanistan e la proliferazione di attività di terrorismo nella regione¹⁵³⁵ e aveva

si è stabilito che le precedenti misure adottate con ris. 918 del 1994 si applicassero nei confronti di soggetti residenti in Stati confinanti con il Ruanda, laddove questi fornissero armi e materiale militare ai gruppi armati in Ruanda per la commissione di gravi violazioni). Altre volte, invece, l'embargo imposto nei confronti di gruppi armati riguardava determinate azioni da queste compiute, quali attacchi posti in essere dal territorio di uno Stato verso un altro, come nel caso degli Hezbollah libanesi per gli attacchi compiuti nei confronti di Israele nel 2006 (Ris. 1701 del 11 agosto 2006, § 8, in cui si esprimevano i principi di condotta che Israele e Libano avrebbero dovuto seguire al fine di attuare l'accordo di *cease-fire* di Taif).

¹⁵²⁹ Si veda, ad esempio, la ris. 1596 (2005), § 2.

¹⁵³⁰ Ris. 1076 del 22 ottobre 1996, § 4, dove si invitavano gli Stati a non inviare armi in supporto di tale gruppo.

¹⁵³¹ Si veda la ris. 1333 del 19 dicembre 2000, § 5 del dispositivo, richiamata anche dalla ris. 1363 del 12 settembre 2001 (Preambolo, I° considerando).

¹⁵³² Ris. 2170 del 15 agosto 2014, § 10, cui si parlerà diffusamente nel § 2.3.

¹⁵³³ Si veda, come esempio, la ris. 2170 (2014).

¹⁵³⁴ Stabilito nella Convenzione di New York del 1999 relativa al contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale e ribadito nella ris. 1267 del 1999, § 2 del dispositivo. Tali decisioni, inoltre, hanno assunto una notevole importanza nella costruzione di una norma consuetudinaria nei confronti degli atti di terrorismo internazionale: infatti, oltre ad imporre agli Stati di adottare misure nazionali di tipo restrittivo, il Consiglio ha preferito istituire anche Commissioni subordinate, che potessero individuare sia i soggetti che dovevano essere colpiti dalla sanzione, ivi compreso l'*embargo* di armi, sia stabilire il congelamento dei beni e delle proprietà finanziarie dei medesimi.

¹⁵³⁵ Ci stiamo qui riferendo a quanto espresso nella ris. 1076 del 22 ottobre 1996 (§ 5), nella quale il Consiglio invitava le parti del conflitto civile a cercare una pacifica risoluzione delle proprie controversie, in nome della stabilità politica e territoriale dello Stato e della protezione dei diritti fondamentali, che ivi venivano sistematicamente violati; al contempo, per facilitare tale dialogo, il Consiglio invitava anche gli Stati membri dell'ONU (§ 4) a cessare ogni tipo di fornitura di armi, la quale sarebbe stata in violazione del principio di non intervento negli affari interni (Preambolo, IX° considerando).

vietato, dal 2000, la fornitura di armi ai Talebani¹⁵³⁶. Con la ris. 1363 del 2001¹⁵³⁷, il Consiglio di Sicurezza stabilì che quanto già aveva predisposto nelle due precedenti risoluzioni relative alla situazione in Afghanistan dovesse essere monitorato dalla Commissione per il *listing* di sospettati terroristi, creata con la ris. 1267 del 1999¹⁵³⁸. Con tale risoluzione, il Consiglio ammetteva che il supporto fornito a gruppi terroristici (specificatamente individuati) era da considerarsi come vietato anche in relazione alla fornitura di armi. Quindi, il sistema di sanzioni così delineato nella risoluzione 1267, che riguardava unicamente il supporto finanziario ai terroristi, veniva esteso anche alla fornitura di armi.

Seppure in precedenza il Consiglio avesse stabilito molto genericamente che gli Stati dovessero astenersi dal fornire armi ai sospettati terroristi appartenenti alla rete di Al-Qaeda, successivamente, con la ris. 1988 del 2011¹⁵³⁹, stabilì che il divieto di fornire armi ai singoli appartenenti od affiliati alla rete, attraverso sia la misura di *listing* imposta nella ris. 1333 del 2000, resa immediatamente esecutiva all'interno degli Stati con provvedimento indicato di natura penale¹⁵⁴⁰. Tale tipo di risoluzione è stato adottato anche nei confronti degli appartenenti all'ISIS ed a coloro che avessero provveduto a fornire il proprio aiuto e supporto di tipo materiale a questo gruppo armato¹⁵⁴¹.

La previsione di quale misura adottare spetterebbe allo Stato, in quanto manifestazione della *domestic jurisdiction* di regolare i rapporti con i propri sudditi. L'intervento del Consiglio ex Cap. VII della Carta¹⁵⁴² deve essere letto alla luce del rispetto dei diritti umani e delle garanzie fondamentali. Se la decisione adottata è volta a punire attività violente, considerate come minacce alla pace e alla sicurezza internazionale¹⁵⁴³, va letta alla luce di tale contesto normativo. Quindi, l'aver stabilito la sanzione, anche se in deroga al principio della *domestic jurisdiction*, evidentemente parte dalla ponderazione dei diversi valori in gioco¹⁵⁴⁴.

Diverse considerazioni devono essere fatte per i casi in cui a combattere siano movimenti di liberazione nazionale. In questi casi, il Consiglio di Sicurezza ha sempre tenuto a valutare se tali movimenti godessero dei requisiti normativi¹⁵⁴⁵. L'atteggiamento

¹⁵³⁶ Ci riferiamo qui all'*embargo* vincolante imposto sui Talebani dalla ris. 1333 del 19 dicembre 2000 (§ 5, lett. a), in cui si stabiliva, peraltro, l'osservanza del regime di sanzioni disposte contro il finanziamento del terrorismo internazionale, sulla base della ris. 1267 (1999).

¹⁵³⁷ L'*embargo* fu terminato con ris. 1390 del 28 gennaio 2002 (§ 1 del dispositivo).

¹⁵³⁸ Ris. 1363 (2001), § 4, lett. a) del dispositivo.

¹⁵³⁹ Adottata il 17 giugno 2011.

¹⁵⁴⁰ Ris. 1988 (2011), § 1, lett. c) del dispositivo.

¹⁵⁴¹ Si prenda come riferimento la ris. 2170 del 15 agosto 2014 (§ 10 del dispositivo). Peraltro, l'estensione di sanzioni a tali soggetti può essere vista in un'ulteriore chiave evolutiva, in quanto per la prima volta vengono prese in considerazione anche le persone giuridiche (società ed enti simili) che possano fornire tali supporti. In questo senso, si veda la discussione che verrà affrontata nel Cap. VI.

¹⁵⁴² Art. 25 della Carta ONU. In dottrina si veda SIMMA, *op. cit.*, p. 276 ss.

¹⁵⁴³ Tuttavia, è possibile ritenere anche che tali sanzioni assumano natura deterrente rispetto a certi comportamenti degli attori internazionali.

¹⁵⁴⁴ Tale considerazione può essere letta, inoltre, alla luce dell'evoluzione di una norma consuetudinaria relativa alla costruzione del terrorismo internazionale quale crimine internazionale: essendo la sanzione imposta a livello internazionale, necessariamente si uscirà dall'ambito statale di esercizio della giurisdizione universale, che qui diviene *dovuto*. In dottrina, si vedano: M. C. BASSIOUNI, *Extraterritorial Jurisdiction: Applications to "Terrorism"*, in J. JACKSON-P. TILLERS (a cura di), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of professor Mirjan Damaska*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, pp. 201-219; C. TOMUSCHAT, *Universal Jurisdiction and Terrorism*, in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales* (a cura della Société Française de Droit International, Pedone, Parigi, 2004, pp. 257-270.

¹⁵⁴⁵ Stabiliti dalla Dichiarazione di principi dell'Assemblea Generale del 1970 citata e dall'art. 1, § 4 del II°

del Consiglio verso tali tipi di conflitto non è stato uniforme¹⁵⁴⁶: infatti, il Consiglio non sempre ha considerato come valido il ricorso da parte di alcuni gruppi alla giustificazione dell'autodeterminazione per dichiarare come ammissibili tali trasferimenti: è il caso, ad esempio, dei movimenti insurrezionali in Somalia, per i quali il Consiglio non ha ritenuto ammissibile la giustificazione della lotta armata interna allo Stato, e difatti ha imposto un *embargo* su tutto il territorio nazionale¹⁵⁴⁷; oppure nel caso del gruppo armato Janjaweed, operativo in Darfur contro il Governo sudanese tra il 2003 ed il 2007, laddove il Consiglio di Sicurezza non ritenne che tale gruppo potesse validamente rivendicare il diritto all'autodeterminazione, e anzi impose che fosse immediatamente disarmato, stabilendo *de facto* l'*embargo* nei confronti del medesimo¹⁵⁴⁸.

Malgrado il fatto che la norma consuetudinaria sul diritto all'autodeterminazione stabilisca chiaramente i requisiti per poter invocare tale giustificazione¹⁵⁴⁹, il Consiglio, in diverse occasioni, ha ritenuto che il gruppo che stesse lottando per l'autodeterminazione potesse essere sostenuto tramite fornitura di armi, o meglio tale considerazione si è avuta in maniera implicita, poiché gli Stati hanno interpretato la risoluzione del Consiglio in senso positivo, ammettendo quindi la possibilità di inviare qualsiasi tipo di supporto, ivi comprese armi e munizioni. È questo il caso di gruppi armati combattenti in Sudafrica, Rhodesia del Sud, Namibia e Sahara Occidentale¹⁵⁵⁰. In questi casi, il Consiglio ha espressamente invitato gli Stati membri dell'ONU (*calls upon*) a garantire qualsiasi sforzo fosse possibile al fine di aiutare tali movimenti¹⁵⁵¹. Anche secondo parte della dottrina¹⁵⁵², tale invito è sempre stato interpretato in maniera generica dagli Stati. L'autorizzazione agli Stati a prestare qualsiasi tipo di aiuto, volto ad indurre un certo Stato a cessare la violazione del diritto all'autodeterminazione, implicitamente può comprendere aiuto di natura militare.

Dunque, laddove non si ritenga che la risoluzione del Consiglio di Sicurezza debba interpretata in senso estensivo, è possibile interpretare tale volontà in maniera diversa? Se è

Protocollo Addizionale del 1977. In dottrina, si veda M. VINCINEAU, *Exportations des armes et droit des peuples*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 35 ss. In altri casi, il Consiglio ha teso a considerare come ammissibili anche forniture implicite di armi per popolazioni che stessero subendo gravi violazioni dei diritti umani: si veda il caso delle gravi violazioni compiute nei confronti dei curdi dell'Iraq del Nord durante la Guerra del Golfo, dove il Consiglio autorizzò gli Stati a fornire "ogni aiuto possibile" (ris. 688 del 5 aprile 1991, § 6).

¹⁵⁴⁶ Si veda Z. YIHDEGO, *The Arms Trade and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 171.

¹⁵⁴⁷ In particolare, nella ris. 1519 del 16 dicembre 2003, il Consiglio di Sicurezza richiamò tutte le parti del conflitto ad attuare il programma di unità nazionale predisposto, ma ancor di più richiamò il principio di integrità territoriale della Somalia stessa (Preambolo, II° considerando). Inoltre, il fatto di aver istituito una commissione specifica che indagasse sulle violazioni dell'*embargo* imposto a livello nazionale (§ 2 del dispositivo) fa ulteriormente propendere per una mancata attribuzione della qualifica di movimento di liberazione nazionale e per la "criminalizzazione" delle azioni di coloro che combattevano per la causa dell'autodeterminazione.

¹⁵⁴⁸ Si veda, in questo senso, la ris. 1556 del 30 luglio 2004, in particolare IV°, VIII° e XII° considerando.

¹⁵⁴⁹ Nella Dichiarazioni di principi dell'Assemblea Generale del 1971, § e), si precisa che l'autodeterminazione è riconosciuta a popoli sottoposti a dominio coloniale e dominio straniero. Inoltre, si stabilisce anche l'impossibilità di retroagire tale norma per situazioni territoriali che si fossero cristallizzate prima del 1945.

¹⁵⁵⁰ YIHDEGO, *ib.*

¹⁵⁵¹ Un esempio può essere dato proprio dalla situazione che si era venuta a verificare in Sudafrica, laddove il Consiglio di Sicurezza ha ritenuto che il supporto da fornire a coloro che partecipassero alla lotta contro il governo segregazionista poteva essere di qualsiasi tipo.

¹⁵⁵² YIHDEGO, *op. cit.*, p. 172 ss.

vero, come affermò la Corte internazionale di Giustizia nel *Parere sulla Namibia*¹⁵⁵³, che per interpretare una risoluzione del Consiglio di Sicurezza si debba tenere in conto il linguaggio ed i termini impiegati nella stessa risoluzione, il resoconto verbale della discussione precedente la votazione, le norme della Carta ONU invocate e, “*in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution*”, è anche vero che è da tener in conto soprattutto la “*finalità politica*” che il Consiglio, ma soprattutto gli Stati, vogliono far discendere da tale risoluzione¹⁵⁵⁴. Il fatto di impiegare termini generici (*all measures available, all measures [States] consider as necessary*) porta a considerare come venga lasciato un margine ampio di discrezionalità in capo agli Stati per quanto riguarda l'attuazione del dispositivo della risoluzione. Inoltre, è da notare anche che questo impiego dei termini è stato adottato nei casi in cui l'altra parte belligerante fosse un governo od altra entità statale che stesse operando sistematiche violazioni dei diritti della popolazione civile nei territori in cui i movimenti di liberazione operavano¹⁵⁵⁵.

Dunque, l'autorizzazione implicita all'invio di armi a gruppi armati può essere considerata quale forma di legittimazione all'intervento in un conflitto armato non internazionale; tale autorizzazione sarà rilasciata per singole e concrete situazioni, in cui vengano preliminarmente verificati i requisiti giuridici posseduti dal medesimo gruppo, ovvero la soggettività internazionale per gli insorti ed il diritto all'autodeterminazione per i movimenti di liberazione nazionale. Nel caso in cui il gruppo di insorti sia anche un movimento di liberazione nazionale, il supporto offerto dagli Stati sarà sicuramente considerato legittimo¹⁵⁵⁶.

Rimarranno comunque esclusi quei gruppi armati ed attori non statali, i quali possano impiegare le armi per finalità illegittime secondo il diritto internazionale: le sanzioni qui analizzate nei confronti dei gruppi di terroristi, quindi, sono un sistema creato appositamente per impedire che questi possano trovare sostegno in qualche parte statale; la previsione di sanzioni vincolanti nei confronti di individui, come il *frozing* di risorse economiche e finanziarie, può altresì portare tali sanzioni al punto di ammettere un'estensione dell'efficacia dell'atto direttamente in capo a soggetti non statali.

2.2 - La configurazione del divieto nella giurisprudenza internazionale: il “*principio Nicaragua*”

La questione di un eventuale divieto di fornire armi e materiale militare a gruppi armati è stata presa in considerazione anche dalla giurisprudenza internazionale. In particolare, la Corte Internazionale di Giustizia ha affrontato tale profilo giuridico nella nota sentenza *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*¹⁵⁵⁷. Tale sentenza non è solo importante per aver determinato, nel caso di specie, le eventuali responsabilità derivanti dalla fornitura, ma anche per aver fornito l'unica indicazione giuridica relativa alla presenza di un divieto o di un principio informatore delle attività degli Stati quando

¹⁵⁵³ *Conseguenze giuridiche per gli Stati della presenza costante del Sud Africa in Namibia in base alla risoluzione del Consiglio di Sicurezza 276 (1970)*, parere del 21 giugno 1971, in *I.C.J. Reports*, 1971, p. 16 ss., a p. 53.

¹⁵⁵⁴ M. C. WOOD, *The Interpretation of Security Council Resolutions*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, vol. 2, pp. 73-98, a p. 74 ss.

¹⁵⁵⁵ È questo il caso del *licet* dato dal Consiglio per l'invio di armi ai Curdi in Iraq, durante la Guerra del Golfo (1991), con ris. 618 citata. Come vedremo nell'ultimo paragrafo, tale impostazione è stata seguita ancora una volta a favore dei *Peshmerga* nei confronti dello Stato Islamico (IS).

¹⁵⁵⁶ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 190 ss.

¹⁵⁵⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement of 27 June 1986, in *I.C.J. Reports*, 1986, p. 14 ss.

forniscono armi a gruppi armati. Di qui l'intenzione di spiegare come il *dictum* della Corte possa essere definito quale "principio Nicaragua", che informa la fornitura di armi a gruppi armati.

L'occasione per determinare ciò si ebbe, in particolare, con una serie di presunti aiuti militari da parte del Governo nicaraguense ai ribelli situati in El Salvador, che al contempo lottavano contro un Governo supportato dagli Stati Uniti¹⁵⁵⁸. La decisione di rovesciare il governo di Sandin in Nicaragua non fu adottata secondo uno schema di intervento diretto¹⁵⁵⁹, bensì tramite l'addestramento ed la fornitura di equipaggiamento e materiale militare a favore dei *contras* situati nei territori di confine dell'Honduras e della Costa Rica¹⁵⁶⁰. Tale atto avrebbe dovuto procurare danni materiali al Nicaragua, in quanto le azioni dei paramilitari avrebbero comportato una serie di uccisioni indiscriminate, violazione di diritti dei prigionieri, rapimenti, violenza e tortura dei medesimi prigionieri.

Secondo la difesa statunitense, le azioni di supporto ai *contras* sarebbero state attuate quale forma di legittima difesa in risposta agli attacchi perpetrati dai ribelli filo-sandinisti in Honduras, El Salvador e Costa Rica, e che si sarebbero protratti fintantoché le forze ribelli filo-comuniste avessero continuato nella loro azione di sovversione degli ordinamenti democratici di questi Stati¹⁵⁶¹. Quindi, la risposta degli Stati Uniti era incentrata sul carattere *armato* dell'intervento, seppur indiretto. Il problema, secondo la Corte, era quello di qualificare tale forma di supporto come un atto di legittima difesa collettiva, ovvero attuata secondo una richiesta specifica da parte dei tre Stati lesi dalle attività nicaraguensi¹⁵⁶².

Malgrado la Corte avesse rilevato che tra il Nicaragua e l'El Salvador fosse in corso una negoziazione volta a determinare la fine dei rispettivi supporti ai ribelli¹⁵⁶³, sembrava evidente, almeno da una serie di comunicati stampa dei ribelli medesimi, come il Nicaragua stesse operando la fornitura di armi, anche laddove lo stesso diede ad intendere che volesse fermare i flussi¹⁵⁶⁴ e fossero state richieste informazioni agli Stati Uniti per operare contro tali flussi¹⁵⁶⁵. Del resto, i materiali probatori offerti dal Nicaragua non erano sufficienti: infatti, il Governo nicaraguense offrì solo comunicati stampa ed altro materiale di informazione, nei quali si evidenziava come le notizie di afflusso di armi e munizioni ed altri aiuti ai ribelli in El Salvador fossero prive di fondamento. Tuttavia, la Corte non ritenne che tali prove smentissero del tutto il coinvolgimento del Nicaragua in

¹⁵⁵⁸ *Military Activities* citata, § 19 ss.

¹⁵⁵⁹ Come accadde nella Guerra del Vietnam (1965-1975).

¹⁵⁶⁰ *Military Activities* citata, § 20. Si trattava, in particolare, di gruppi appartenenti alla *Fuerza Democrática Nicaraguense* (FDN) e alla *Aleanza Revolucionaria Democrática* (ARDE).

¹⁵⁶¹ *Military Activities* citata, § 130, dove si cita la sez. 8066(b)(1)(A) dello *United States Continuing Appropriations Act* del 1985, in cui era prevista tale forma di contromisura armata. La connotazione di un atteggiamento ostile nei confronti del governo di El Salvador è stato poi affermato anche in una Dichiarazione ufficiale rilasciata dal Ministro degli Esteri salvadoregno, che ha parlato di continui afflussi di armi ed altri tipi di supporto per le forze ribelli filo-sandiniste (§ 132).

¹⁵⁶² *Military Activities* citata, § 131. La Corte, però, sottolinea come il diniego di aver perpetrato tali attività fu posto dal Nicaragua solo nei confronti di El Salvador (§ 133), facendo quindi vacillare la conseguente forma di legittima difesa collettiva anche nei confronti degli altri Stati. La Corte rilevò come, dalle testimonianze offerte dal Nicaragua, le accuse di aver fornito aiuto e supporto ai filo-sandinisti fossero solo in parte smentite, adducendo ancora più dubbi sulla validità delle tesi sostenute (§ 135).

¹⁵⁶³ *Military Activities* citata, § 139.

¹⁵⁶⁴ *Military Activities* citata, § 143, dove la Corte specifica come i comunicati stampa, che pure non possono fondare una prova da presentare in giudizio, possano effettivamente corroborare l'esistenza di un particolare fatto (richiama anche il precedente § 62).

¹⁵⁶⁵ *Military Activities* citata, § 145.

tali forniture¹⁵⁶⁶, anche sulla base di alcuni *reports* dell'*intelligence* statunitense, che parlavano di flussi continui di armi verso El Salvador dal 1979, quando il governo sandinista aveva preso il potere¹⁵⁶⁷.

La Corte, quindi, poté solo presumere che flussi di armi si fossero verificati in maniera costante fino al 1984 da una parte e dall'altra verso i ribelli stanziati nei territori dei tre Stati coinvolti. Tuttavia, essendoci solo prove circostanziali, l'onere della prova richiesto a chi vantava la violazione, riferita al principio di neutralità nella sua accezione più ampia, ovvero quale divieto di ingerenza negli affari interni di uno Stato¹⁵⁶⁸, non era sufficiente per dimostrare che tale violazione si fosse effettivamente realizzata¹⁵⁶⁹.

Per altro verso, la Corte prese in considerazione l'ipotesi delle eventuali misure adottate da El Salvador e Stati Uniti per fermare i flussi di armi prima che si fossero attivati per fornire a loro volta i *contras* nicaraguensi. La Corte, quindi, fece perno sulla conoscenza (*knowledge*) quale requisito necessario per contrastare tali flussi, cui seguiva la risposta più logica che avrebbero potuto prendere gli Stati, ovvero fermare tali flussi. Questa conclusione, sostennero i giudici, doveva essere applicabile ad entrambe le parti¹⁵⁷⁰. Nel caso in cui si fosse voluto sostenere la tesi secondo cui il Nicaragua era a conoscenza di tali flussi, la Corte sostenne come fosse impossibile ritenere che tale conoscenza potesse delineare una responsabilità diretta in capo allo Stato, nel momento in cui non era provata alcuna attività ufficialmente condotta dalle autorità dello Stato¹⁵⁷¹.

Dunque, la Corte nel 1986 ha rigettato un'applicazione estensiva degli obblighi di *due diligence* come enucleati negli *Alabama Claims* nel 1872: se in quell'occasione si stabilì che uno Stato neutrale avrebbe dovuto prevenire ogni azione contraria al proprio *status* da parte di pubblici ufficiali o privati¹⁵⁷², nel caso *Nicaragua* (dove peraltro il flusso sembrava favorito dalle attività di contrabbando costiero di privati) la conclusione fu che gli Stati non erano tenuti a controllare ogni attività illecita dei privati, salvo che non ne avessero avuto conoscenza diretta, la quale servisse poi a contrastare tali attività.

¹⁵⁶⁶ *Military Activities* citata, § 147.

¹⁵⁶⁷ *Military Activities* citata, § 151 ss., in particolare § 153, dove la Corte sostiene che “*The Court cannot of course conclude from this that no transborder traffic in arms existed, although it does not seem particularly unreasonable to believe that traffic of this kind. had it been persistent and on a significant scale, must inevitably have been discovered. in view of the magnitude of the resources used for that purpose. The Court merely takes note that the allegations of arms-trafficking are not solidly established ; it has not. in any event, been able to satisfy itself that any continuing flow on a significant scale took place after the early months of 1981*”. Un tale atteggiamento è stato criticato da K. HIGHET, *Evidence, the Court, and the Nicaragua Case*, in *American Journal of International Law*, 1987, vol. LXXXI, n. 1, pp. 1-56, a p. 13 ss., dove sostiene che la maniera di ragionare della Corte dipende dalla sua composizione (“*[...] its composition of a large number of judges who tend to be scholars and international lawyers, rather than trial lawyers and courtroom practitioners*”, p. 14).

¹⁵⁶⁸ Sul punto, si vedano R. SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni. Contributo allo studio della tutela giuridica internazionale della potestà di governo*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 11; A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione. Contributo allo studio dei fenomeni di extraterritorialità nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1995, p. 314 ss.; T. J. FARER, *Political and Economic Coercion in Contemporary International Law*, in *American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, n. 2, p. 406 e s.

¹⁵⁶⁹ *Military Activities* citata, § 160.

¹⁵⁷⁰ *Military Activities* citata, § 154. È da notare come qui la Corte faccia riferimento alla *knowledge* quale forma di conoscenza dei fatti che si stavano verificando, dissociandola invece dalla volontà di agire (intesa dalla Corte come *will*) per impedire le attività di questi. Ciò va nel senso espresso dal relatore Speciale Ago nel Primo Rapporto sul Progetto della responsabilità degli Stati (in *Yearbook of International Law Commission*, 1980, vol. II, p. 114 ss., a p. 116).

¹⁵⁷¹ *Military Activities* citata, § 155.

¹⁵⁷² Vedi *supra*, § 1.1.

La Corte, però, ricollegò questa mancata applicazione del controllo ad un più generale dovere delle parti della controversia di provare adeguatamente le ipotesi di responsabilità diretta, omettendo di individuare la possibilità che lo Stato medesimo avesse conoscenza dei flussi di armi alla frontiera, e di conseguenza operare di propria volontà per reprimere tali movimenti di materiale militare¹⁵⁷³. Inoltre, la mancata azione da parte dei tre Stati (USA, El Salvador e Honduras) non poteva necessariamente delineare un obbligo di *due diligence* maggiore per il Nicaragua, secondo il quale non vi sarebbe stata né una ragionevole possibilità di operare, né era mancata l'azione da parte dei tre in riferimento al traffico di armi alla frontiera¹⁵⁷⁴.

Nell'analizzare il contenuto del principio di non intervento, la Corte precisò che questo aveva assunto natura consuetudinaria dal momento in cui si era stabilita la sovrana eguaglianza tra Stati¹⁵⁷⁵. Proprio sul contenuto, la Corte provò a ricostruire una norma di valenza consuetudinaria che potesse essere applicata al caso concreto¹⁵⁷⁶; in tal senso, la Corte sostenne che:

*“[...] the principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy”*¹⁵⁷⁷.

Questo divieto di interferenza negli affari interni di uno Stato¹⁵⁷⁸ può configurarsi, secondo la Corte, anche attraverso forme di *coercizione* di uno Stato, maggiormente evidenti quando queste si configurano come uso della forza:

*“The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State”*¹⁵⁷⁹.

La Corte, dunque, ha riconosciuto che la violazione della norma sulla neutralità, o meglio sul divieto di intervento in uno Stato, può configurarsi sia attraverso un uso della forza armata diretta, sia attraverso un uso indiretto della medesima. Ed individua tale uso indiretto proprio nella fornitura di supporto, addestramento ed equipaggiamento e beni di vario tipo a gruppi armati che abbiano come fine l'eversione dell'ordinamento democratico di uno Stato oppure una finalità di tipo terroristico.

Tuttavia, quella qui individuata viene considerata dalla Corte medesima solo come una *opinio juris*, ovvero come un elemento psicologico di una norma consuetudinaria¹⁵⁸⁰,

¹⁵⁷³ *Military Activities* citata, *ib.* La Corte sottolinea ulteriormente (§ 156) come, avendo avuta conoscenza di tale contrabbando e flusso di armi, anche gli Stati Uniti, operativi in El Salvador, avrebbero potuto intervenire per interrompere tali attività.

¹⁵⁷⁴ *Military Activities* citata, § 157.

¹⁵⁷⁵ *Military Activities* citata, § 202; SAPIENZA, *op. cit.*, p. 35 ss.

¹⁵⁷⁶ Facendo prevalentemente riferimento alla risoluzione dell'Assemblea Generale 2525 (1970) citata *supra*.

¹⁵⁷⁷ *Military Activities* citata, § 205.

¹⁵⁷⁸ Si veda SAPIENZA, *op. cit.*, p. 11, il quale mette in rilievo come, fino alla risoluzione dell'Assemblea anzidetta, la dottrina era solita distinguere tra “affari interni” ed “esterni” di uno Stato, ovvero la capacità di questo di poter stringere accordi internazionali ed intrattenere relazioni con altri Stati.

¹⁵⁷⁹ *Military Activities* citata, *ib.*

¹⁵⁸⁰ *Military Activities*, § 207, in cui richiama la statuizione del caso *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord (Germania c Olanda e Danimarca)*, Merito, 1969, in *I.C.J. Reports*, 1969, p. 44 ss., § 77 ss.

che deve essere accompagnata anche dalla prassi¹⁵⁸¹. Invero, nel caso di fornitura di materiale militare a gruppi armati, la Corte ha proceduto a verificare se, rispetto all'*opinio* sopra identificata, gli Stati avessero applicato un'eccezione alla norma così come individuata nel diritto internazionale, o se addirittura vi fosse la condivisione di una nuova *opinio juris* che avesse dato il via alla formazione di una nuova norma consuetudinaria, in sostituzione della precedente. La Corte sottolineò, quindi, come le mere dichiarazioni di voler intervenire, da parte degli Stati Uniti, negli affari interni di altri Stati non costituivano un'eccezione alle regole internazionali, bensì potevano essere identificate solo come questioni di politica internazionale¹⁵⁸².

Quindi, la Corte ha qui sostenuto la differenza tra un *facto politicamente rilevante* ed un *facto giuridicamente rilevante*, asserendo come un mero atteggiamento non potesse costituire un elemento di prassi, semmai sarebbe potuto essere indicativo di un atteggiamento di conformità alle norme internazionali, ovvero sarebbe potuto essere stato utilizzato ai fini del principio di non contraddizione rispetto ad una norma consuetudinaria¹⁵⁸³. Con riferimento al caso concreto, gli Stati Uniti non avevano mai giustificato la necessità dell'intervento in Nicaragua alla luce di un'eccezione alla norma consuetudinaria sul divieto di intervento¹⁵⁸⁴. Tale affermazione fu considerata vera anche per il Nicaragua, che mai avevano giustificato le proprie simpatie politiche e le necessità di intervento in Honduras ed El Salvador alla luce di un'eccezione alla norma sul divieto di intervento.

La Corte, quindi, ha voluto concludere la propria analisi, statuendo come:

“[...] no such general right of intervention, in support of an opposition within another State, exists in contemporary international law. The Court concludes that acts constituting a breach of the customary principle of non-intervention will also, if they directly or indirectly involve the use of force, constitute a breach of the principle of non-use of force in international relations”¹⁵⁸⁵.

Se questa appare essere la decisione generalmente condivisa, diverso discorso si palesa nell'analisi delle singole opinioni dei giudici della Corte. La questione principale è stata quella di valutare il flusso di armi, dal Nicaragua verso El Salvador e viceversa, come un atto esplicito di intervento armato¹⁵⁸⁶. Diversi giudici si sono espressi nel senso dell'equivalenza della fornitura di armi a gruppi armati non solo come violazione del divieto di intervento negli affari interni di uno Stato, bensì anche come intervento in un conflitto armato ed intervento armato in sé. Così, ad esempio, il giudice Oda, nella sua opinione dissenziente¹⁵⁸⁷, tiene a precisare come il quadro della vicenda descritto dalla Corte, sulla base delle prove valutate, “*is far from reality*”, in quanto gli ordini esistenti e comprovati dinanzi ad essa chiaramente stabilivano una necessità di armare i ribelli, filo-sandinisti e filo-statunitensi, per destabilizzare gli ordinamenti giuridici dell'avversario¹⁵⁸⁸. O, ancora, il giudice Schwebel¹⁵⁸⁹ ritenne che la relazione esistente tra gli atti di invio di armi ai ribelli in El Salvador non sarebbe stata correttamente valutata dalla Corte, che

¹⁵⁸¹ *Military Activities* citata, § 207.

¹⁵⁸² *Military Activities* citata, *ib.*

¹⁵⁸³ Sul principio di non contraddizione o di *estoppel*, si veda TANZI, *op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁵⁸⁴ *Military Activities* citata, § 208.

¹⁵⁸⁵ *Military Activities* citata, § 209.

¹⁵⁸⁶ *Military Activities* citata, § 235 ss. In dottrina, si veda A. A. YUSUF, *The Notion of 'Armed Attack' in the Nicaragua Judgement and its Influence on Subsequent Case Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n. 2, pp. 461-470.

¹⁵⁸⁷ *Dissenting Opinion of Judge Oda*, in *I.C.J. Reports*, 1986, pp. 212 ss.

¹⁵⁸⁸ *Dissenting Opinion of Judge Oda*, § 64.

¹⁵⁸⁹ *Dissenting Opinion of Judge Schwebel*, in *I.C.J. Reports*, 1986, p. 259 ss.

avrebbe fatto riferimento solo alla situazione esistente in El Salvador, ovvero una situazione che non poteva essere considerata equivalente ad un attacco armato, mancando il requisito della situazione bellica¹⁵⁹⁰. Il giudice, così, sostenne che:

*“I find the Court's interpretation of what is tantamount to an armed attack, and of the consequential law. inconsonant with accepted international law and with the realities of international relations. And I find its holdings as to what El Salvador and the United States actually did inconsistent with the facts”*¹⁵⁹¹.

Da ciò, il giudice ritenne che:

*“The truth is that the State which first intervened with the use of force in the affairs of another State in the dispute before the Court was Nicaragua, which initiated and has maintained its efforts to subvert or overthrow the governments of its neighbours, particularly of El Salvador. In contemporary international law, the State which first undertakes specified unprovoked, unlawful uses of force against another State - such as substantial involvement in the sending of armed bands onto its territory - is, prima facie, the aggressor”*¹⁵⁹².

In un'ottica di preservazione della pace internazionale, di assicurazione della sovrana eguaglianza degli Stati attraverso il divieto di interferire negli affari interni e di assicurazione del fatto che nessuno Stato potesse ricorrere all'uso della forza per intervenire in tali casi, il fatto, peraltro evidente, che il Nicaragua fosse ricorso per primo all'invio di armi e munizioni in El Salvador, con l'evidente intento di sovvertire l'ordinamento di quello Stato, doveva essere inteso come un elemento soggettivo dell'illecito internazionale, quindi si sarebbe dovuta accertare che tale condotta costituisse un evidente atto in violazione di un divieto imposto da una norma internazionale¹⁵⁹³.

Diversamente, il giudice Jennings¹⁵⁹⁴ ritenne che, pur dimostrando che la fornitura di armi a gruppi armati in un altro Stato non potesse concretare la fattispecie di attacco armato, tale atto avrebbe dovuto essere considerato come un *supporto logistico* in un conflitto e che tale atto costituiva, *de facto*, la concretizzazione dell'intento di far sorgere tale conflitto e destabilizzare la pace della regione attraverso l'instabilità dello Stato avversario¹⁵⁹⁵.

Se le opinioni dissenzienti, in sostanza, tesero ad evidenziare maggiormente l'aspetto fattuale della vicenda, al contrario, la maggior parte dei giudici, rappresentata dal Presidente Singh, ritenne che la fornitura di armi a gruppi armati non potesse costituire un attacco armato, e di conseguenza non potesse configurare una violazione del principio di non intervento:

“For my part, in regard to the flow of arms from Nicaragua to El Salvador, I believe that even if it is conceded that this may have been both regular and substantial, as well as spread over a number of years and thus amounting to intervention by Nicaragua in El Salvador, still it could not amount as such to an "armed attack" against El Salvador. Again, the Applicant may not have been

¹⁵⁹⁰ *Dissenting Opinion of Judge Schwebel*, § 13.

¹⁵⁹¹ *Ib.*

¹⁵⁹² *Dissenting Opinion of Judge Schwebel*, § 14.

¹⁵⁹³ In tal senso, *Dissenting Opinion of Judge Schwebel*, § 16.

¹⁵⁹⁴ *Dissenting Opinion of Judge Jennings*, in *I.C.J. Reports*, 1986, p. 528 ss.

¹⁵⁹⁵ *Dissenting Opinion of Judge Jennings*, p. 543. Sembra che, in base all'opinione qui espressa, il giudice Jennings abbia inteso il requisito fattuale come necessario per la fase preventiva dell'insorgenza di conflitti armati. In questo senso, dunque, la relazione esistente tra il flusso di armi e la possibilità che un conflitto possa ingenerarsi dovrebbe essere intesa come quel requisito fattuale che porta necessariamente alla violazione del divieto di uso della forza, come anche al divieto di intervento. Quindi, il flusso di armi potrebbe anche essere inteso come un atto preparatorio alla commissione del crimine internazionale di aggressione. Sul punto, si veda il Cap. VI.

*ignorant of this flow involving the supply of arms to the rebels in El Salvador. However, even granting all this, the Court still could not hold that such supply of arms, even though imputable as an avowed object of Nicaragua's policy, could amount to an "armed attack" on El Salvador, so as to justify the exercise of the right of collective self-defence by the United States against Nicaragua*¹⁵⁹⁶.

Tale opinione, quindi, tese a mettere in rilievo la presenza di una norma consuetudinaria relativa al divieto di intervento. Ma, secondo l'opinione maggioritaria, tale norma ancora non si sarebbe caratterizzata nel senso di ammettere che la fornitura di armi a gruppi armati potesse costituire un attacco armato. È vero che il flusso continuo di armi, laddove comprovato, può portare ad indurre che un conflitto armato possa scatenarsi, ma è anche vero che, secondo il ragionamento della Corte, è necessario comprovare il nesso fondamentale tra tale elemento fattuale e la successiva violazione che si potrebbe generare. In mancanza di ciò, si deve valutare chi effettivamente abbia violato la norma internazionale: mancando qualsiasi tipo di nesso tra la fornitura di armi da parte del Nicaragua ai terroristi in El Salvador, necessariamente l'atto statunitense fu letto nel senso di favorire l'insorgenza di una violazione vera e propria¹⁵⁹⁷.

2.3 – Prassi recente relativa ai trasferimenti di armi a gruppi armati: trasferimenti di armi ai Peshmerga in Iraq (2014)

A partire da agosto 2014, una coalizione di Stati guidata dagli Stati Uniti (USA) è intervenuta in Iraq contro l'avanzata dello Stato Islamico (IS), attraverso forniture militari a favore delle milizie dei *peshmerga*, stanziati nel nord dell'Iraq¹⁵⁹⁸. Tale azione è derivata dalla convinzione che l'avanzata dell'IS fosse da fermare con ogni mezzo, assieme alla necessità di intervenire a protezione delle minoranze curde presenti nella regione settentrionale, affinché cessassero le violenze da parte delle milizie terroristiche¹⁵⁹⁹.

Nel caso specifico del conflitto iracheno, bisogna tener conto della relazione esistente tra la norma sul divieto di intervento e la natura soggettiva delle parti del conflitto, ovvero un attori non statali, quali l'IS¹⁶⁰⁰ ed i *peshmerga*. In questo senso, la

¹⁵⁹⁶ *Separate Opinion of President Nagendra Singh*, in *I.C.J. Reports*, 1986, p. 144. Il Presidente, poi, tenne a sottolineare (pp. 154-155) che la violazione del divieto di intervento non fosse stata correttamente provata, poiché la causa era tra Nicaragua e Stati Uniti, mentre El Salvador non aveva partecipato. Se anche è vero che vi fosse un ordine governativo nicaraguense che ordinava l'invio di armi a gruppi di ribelli in quello Stato, è anche vero che gli Stati Uniti non avrebbero avuto titolo per intervenire in legittima difesa collettiva. In dottrina, si veda M. KOHEN, *The Principle of Non-Intervention 25 years after the Nicaragua Judgement*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n. 1, pp. 157-164.

¹⁵⁹⁷ In tal senso, si veda anche F. A. BOYLE, *Determining U.S. Responsibility for Contra Operations under International Law*, in *American Journal of International Law*, 1987, vol. LXXXI, n. 1, pp.86-93.

¹⁵⁹⁸ Per una disamina dei fatti oggetto di questa pubblicazione e per una consultazione delle forniture militari inviate dagli Stati della coalizione: J. CANIN, *Supplying Kurdish Fighters: An Overview*, 9 settembre 2014, <http://www.sldinfo.com/supplying-kurdish-fighters-an-overview/>.

¹⁵⁹⁹ Una critica alla qualificazione di tale intervento come umanitario è fatta da P. PICONE, *Unilateralismo e guerra contro l'ISIS*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, vol. CXVIII, n. 1, pp. 5 ss.

¹⁶⁰⁰ La valutazione circa la natura statale o meno dell'IS può essere presa in considerazione a partire dal 29 giugno 2014 è stata proclamata la nascita dello Stato Islamico da parte del suo maggiore esponente, il "califfo" Al-Baghdadi. Malgrado la forma statale, si deve accogliere l'opinione generale, confluita nella risoluzione del Consiglio di Sicurezza 2170 del 15 agosto 2014, in cui si sostiene che la presenza dell'IS costituisca una "*continued threat posed to international peace and security*", verso la quale gli Stati della Comunità internazionale hanno un obbligo di contenimento (ult. considerando). Ciò può costituire una forma di non riconoscimento a titolo sanzionatorio, in cui confluiscono anche i divieti espressi di intrattenere relazioni commerciali con l'IS, come previsto dalle riss. 2161 (2014), 17 giugno 2014 (§§1-3) e 2199 (2015), 12 febbraio 2015, §§ 1-14; in dottrina, J. A. FROWEIN, voce *Non Recognition*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, §2.

norma non risulterebbe applicabile nei confronti di questi, la quale si applica solo agli Stati quali unici detentori della forza armata regolare¹⁶⁰¹.

Tuttavia, ai fini di valutare l'esatta applicazione della norma, il rapporto che deve essere considerato non è quello tra le due entità non statali, bensì tra queste due e gli Stati intervenienti. Seguendo questa impostazione, i trasferimenti di armi nei confronti di attori non statali sarebbero considerati come ammissibili solo allorquando avvengano nei confronti di movimenti di liberazione nazionale (MLN), individuati sulla base dei requisiti indicati nella Ris. UNGA 1514 del 1970¹⁶⁰².

Nel caso specifico dei *peshmerga*, è possibile ritenere che tali requisiti siano soddisfatti. Il gruppo, invero, è strutturato¹⁶⁰³ e presenta anche le caratteristiche richieste dal diritto internazionale umanitario, ovvero l'art. 1, §4 del I Prot. Add.¹⁶⁰⁴, che costituisce un profilo specifico rispetto al generale diritto all'autodeterminazione come individuato nella Ris. UNGA *supra* citata. Nel paragrafo considerato, vengono espressamente menzionati: "*armed conflict in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination*". Quindi, nel caso in questione, potrebbe ritenersi applicabile il secondo dei casi ivi menzionati al conflitto iracheno.

Il discrimine principale, che permette di applicare l'una o l'altra delle due discipline, è la presenza del conflitto armato. Infatti, cessato il conflitto¹⁶⁰⁵, i requisiti posseduti dal gruppo andrebbero visti alla luce della norma contenuta nella anzidetta Dichiarazione di principi della UNGA¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰¹ Si segnala, in proposito, il Parere sulle *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, 9 luglio 2004, in *I.C.J. Reports*, 2004, p. 136, §139, secondo cui il diritto alla legittima difesa, ed il conseguente uso della forza, spettano unicamente agli Stati. Inoltre, è da accogliere la tesi della giurisprudenza (in particolare, *Military Activities* citata, §115), secondo la quale per l'attribuzione di un attacco armato ad uno Stato, laddove sia condotto da individui, è necessario che tale Stato abbia supportato, sia stato connivente con o abbia tollerato la presenza di questi soggetti sul proprio territorio. In dottrina, si veda E. MILANO, *Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali*, in A. LANCIOTTI-A. TANZI, *Usò della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 105-116.

¹⁶⁰² Ris. Dell'Assemblea Generale 1514 (XV), 14 dicembre 1970. La Dichiarazione ammette (§1) il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione ai soli popoli soggetti a dominio coloniale o straniero, mentre in tutti gli altri casi prevale la regola della preservazione dell'integrità territoriale degli Stati in cui tali popolazioni insistono (§6), connesso con il generale principio di non ingerenza negli affari interni da parte di altri Stati (§7).

¹⁶⁰³ L'organizzazione interna di riferimento è quella del Governo Regionale del Kurdistan (KRG), il quale viene legittimato nella Costituzione irachena del 2005 all'art. 121. Tale forma di governo locale ha, inoltre, il potere di stipulare accordi internazionali con altri Stati. Deve però essere messa in discussione la capacità di tale governo di poter stipulare accordi relativi ai rifornimenti militari, materia che inevitabilmente ricade nell'ambito di competenza dello Stato centrale. Secondo la dottrina prevalente (in particolare, YIHDEGO, *op. cit.*, p. 168), il requisito territoriale non sarebbe da considerare come una vera e propria discriminante rispetto ad altri soggetti non statali.

¹⁶⁰⁴ Per una disamina in dottrina, si veda A. CLAPHAM, *Focusing on Armed Non-State Actors*, in A. CLAPHAM-P. GAETA, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 766 e ss.; ID., *Human Rights Obligations of Organized Armed Groups*, in M. ODELLO-G. BERUTO, *Non-state Actors and International Humanitarian Law - Organized Armed Groups: A Challenge for the 21st century. 32nd Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, Sanremo, 11-13 September 2009*, Franco Angeli, Milano, 2010, pp. 102-108, e ID., *Human Rights* citata, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 273 ss.

¹⁶⁰⁵ Si veda art. 2, §1 del I Prot. Add.

¹⁶⁰⁶ In dottrina, una posizione sostanzialmente concorde si riscontra in E. CIMIOTTA, *L'Italia arma le forze curde impegnate a contrastare il c.d. «Stato Islamico». Brevi note di diritto internazionale*, in *Osservatorio costituzionale*, Novembre 2014, p. 14.

Sulla base di queste considerazioni, è necessario riflettere sull'ammissibilità del trasferimento o della fornitura¹⁶⁰⁷ di armamenti a tali attori non statali. A tal fine, deve essere menzionata la giurisprudenza della CIG¹⁶⁰⁸, nella quale si è sostenuto che la norma sul non intervento comprenda l'eccezione della fornitura di supporto politico, umanitario o morale a MLN; al contrario, entità non qualificabili come MLN dovrebbero essere *a priori* escluse¹⁶⁰⁹. Ulteriormente, la prassi internazionale ha sostenuto come, nel caso in cui vi sia un conflitto armato di natura interna, l'eventuale assistenza militare fornita a tali gruppi non sarebbe in violazione del divieto di intervento, ma dovrebbe essere valutata più nello specifico la sussistenza dei requisiti richiesti per l'autodeterminazione, ed in ogni caso non vi sarebbe alcuna pretesa al riconoscimento dell'unità quale Stato¹⁶¹⁰. In buona sostanza, si può rilevare come la possibilità di ammettere come lecito il trasferimento di armamenti ai *peshmerga* dipenderà dalla possibilità che questi soddisfino i requisiti richiesti per il riconoscimento quali MLN.

Nel caso in analisi, ulteriori riferimenti normativi possono essere estrapolati anche da strumenti di natura convenzionale, dove però, come visto in precedenza, si registra una mancanza di uniformità applicativa¹⁶¹¹. In questo senso, un secondo limite va rintracciato nella mancanza di un divieto espresso di trasferimenti di armi i cui espliciti destinatari siano gli attori non statali. Traccia di una norma simile si può trovare, come visto più *supra*, nei lavori della Conferenza di Ginevra del 1924, dalla quale scaturì la Convenzione per il controllo internazionale dei trasferimenti di armi da guerra¹⁶¹².

¹⁶⁰⁷ A. CASSIMATIS e K. GREENWOOD, voce *Arms, Traffic in*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, §1. Gli autori sostengono che vi sia una sostanziale assimilazione tra il trasferimento di armi convenzionali e le altre forme di assistenza militare, secondo quanto stabilito dalla CIG nella sentenza infra citata. A nostro avviso, deve essere espressa la distinzione tra questi due tipi di assistenza, nel senso che molto spesso la seconda consegue alla prima come prestazione accessoria dell'accordo di trasferimento.

¹⁶⁰⁸ *Military Activities* citata, §202 ss.

¹⁶⁰⁹ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 171.

¹⁶¹⁰ YIHDEGO, *op. cit.*, p. 172; CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 138-139. Per quanto il principio di non intervento sia presente anche nel II Prot. Add. (art. 3), si deve ritenere esclusa, in questo caso, l'applicazione delle norme di detto Protocollo, in quanto si riferiscono più immediatamente ad un conflitto intercorrente tra le forze armate di uno Stato ed un gruppo armato di opposizione od altro gruppo armato (art. 1, §1). Sarebbe quindi da escludere l'applicazione del principio dell'*overall control*, come stabilito dalla sentenza TPIJ, Camera d'Appello, *Procuratore c. Dusko Tadic*, IT-94-1, sentenza del 15 luglio 1999, §98 ss, mancando il fondamentale requisito del coordinamento e della programmazione delle operazioni dei gruppi armati.

¹⁶¹¹ La disciplina relativa ai trasferimenti di armi convenzionali è contenuta in diversi strumenti pattizi, che impongono, in maniera differente, un divieto perentorio di trasferimento (art. 3, Conv. Ottawa 1997; art. 3, Convenzione sulle munizioni a grappolo, Dublino, 30 maggio 2008, U.N.T.S., 2688, p. 39), oppure in strumenti settoriali, che disciplinano solo alcuni aspetti del trasferimento: ad es., il *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition*, New York, 31 maggio 2001, U.N.T.S., vol. 2326, p. 208, dispone che solo i trasferimenti di armi non autorizzati dagli Stati parte siano considerati illeciti, o allorquando non presentino una corretta marchiatura della parte o componente dell'arma (art. 3, lett. e).

¹⁶¹² *Conventions for the Supervision of International Trade in Arms and Ammunitions and Implements of War*, Ginevra, 17 giugno 1925, A.13.1925.IX. In tale strumento veniva per la prima volta stabilito l'obbligo di conduzione delle attività di produzione di armamenti sotto il controllo degli Stati, e commercio solo nei confronti di Governi legittimi. L'art. 2, §1 della Convenzione stabiliva che: "*The export [of arms] shall be for a direct supply to the Government of the importing State or, with the consent of that Government, to a public authority subordinate to it*". In tale maniera, la norma era volta ad impedire, seppure in parte, la possibilità che attori e soggetti non statali potessero validamente contrarre, a livello internazionale, accordi per le transazioni sulle armi da guerra, se non quando posti sotto controllo statale. Data, però, la mancata entrata in vigore dello strumento, tale obbligo rimase

La questione del diritto pattizio applicabile può ulteriormente essere vista alla luce delle disposizioni del Trattato sul commercio di armamenti del 2013 (ATT)¹⁶¹³. Nell'intento di rendere più trasparenti le transazioni di armi (sulla scia di quanto già avviato con il Registro delle armi convenzionali del 1992¹⁶¹⁴), al fine di evitare gravi violazioni del diritto internazionale,¹⁶¹⁵ la norma che qui deve essere presa in considerazione è quella dell'art. 7, relativo alla valutazione del rischio preponderante (*overriding risk*) che uno Stato deve effettuare al momento dell'esportazione delle armi¹⁶¹⁶. Al momento della valutazione, inoltre, lo Stato deve tener conto anche di altri fattori, quali le possibili misure che possono essere intraprese per mitigare il rischio di cui sopra.¹⁶¹⁷

Il testo della disposizione, però, non stabilisce espressamente che tale valutazione debba essere effettuata anche nei confronti di attori non statali, quali gruppi armati d'opposizione e MLN.¹⁶¹⁸ Si dovrebbe, a rigore di logica, escludere che la valutazione si applichi anche ai trasferimenti nei confronti di tali soggetti. In realtà, si deve, in questo caso, fare riferimento a quanto espresso nel preambolo dell'ATT, secondo cui gli Stati agiscono in osservanza delle principali norme internazionali generali, tra cui vi è quella di: “*Non-intervention in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State in accordance to Article 2(7) of the Charter of United Nations*”¹⁶¹⁹. Quanto qui detto, dunque, va messo in relazione con quanto analizzato in precedenza, ovvero che i trasferimenti di armi verso gruppi armati possono essere governati dalla norma relativa al dovere di neutralità degli Stati. Lo stesso strumento pattizio, quindi, potrebbe trovare applicazione almeno nei confronti di alcuni Stati fornitori, sulla base della provvisoria applicazione richiesta in sede di ratifica del Trattato e che era applicabile nei confronti di alcuni degli Stati fornitori al momento dell'invio di supporti militari¹⁶²⁰.

inattuato, continuandosi ad applicare semplicemente il già citato principio sul divieto di intervento nel corso di un conflitto armato.

¹⁶¹³ New York, 2 aprile 2013, copia autentica certificata https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/04/20130410%2012-01%20PM/Ch_XXVI_08.pdf visitato da ultimo 28 febbraio 2015.

¹⁶¹⁴ Creato con Ris. UNGA 46/36L, 9 dicembre 1991.

¹⁶¹⁵ Si vedano, in questo senso, gli artt. 8 e 12-16 dell'ATT. In dottrina, M. BRANDES, “*All's Well That Ends Well*” or “*Much Ado about Nothing*”? A Commentary on the Arms Trade Treaty, vol. 5, *Göttingen Journal of International Law*, n. 2, pp. 416 ss.

¹⁶¹⁶ Queste violazioni attengono: i) al diritto umanitario; ii) alle norme sui diritti umani; iii) alle norme che qualificano tali atti come crimini di stampo terroristico e iv) come crimini di organizzazioni criminali transnazionali.

¹⁶¹⁷ Art. 7(2), in cui vengono menzionati le misure militari per la stabilizzazione della fiducia (CBSMs) e accordi congiunti per l'esportazione degli armamenti, quali possono essere considerati i *Memoranda of Understandings di Reciprocal Defence Procurement* sottoscritti tra gli USA e i loro alleati.

¹⁶¹⁸ Z. Yihdego, *The Legality of Arming Opposition Groups and the Arms Trade Treaty: Implications for Syria like Cases*, <http://armscontrollaw.com/2013/06/19/the-legality-of-arming-opposition-groups-and-the/> visitato da ultimo il 28 febbraio 2015. In generale, in tutto l'ATT vengono menzionati solo gli Stati quali destinatari degli obblighi ivi stabiliti. Ciò dovrebbe essere letto alla luce del principio, ormai da considerarsi di natura consuetudinaria, che gli unici disponenti delle armi siano solo i Governi e gli attori statali riconosciuti (Preambolo, V° considerando, che ribadisce quanto espresso in nota 24).

¹⁶¹⁹ Preambolo, 18° considerando. Questa considerazione è stata espressa anche in diversi Rapporti del Segretario Generale ONU relativi agli studi dei Gruppi di esperti governativi, i quali hanno indirizzato la questione dei trasferimenti illeciti di armi a gruppi non statali sin dalle prime fasi di negoziazione del testo del Trattato (ad es.: UNGA Res. A/63/334, 26 agosto 2008, §§ 17 e 25).

¹⁶²⁰ Ci riferiamo, in questo caso, a Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Italia, Regno Unito e Ungheria. Al contrario, Albania, Australia, Belgio, Bulgaria, Francia e Repubblica Ceca, pur ratificanti il trattato prima dell'invio di armamenti, non avevano accordato l'applicazione provvisoria, rimanendo però ferme le normali regole sulla ratifica, ovvero la manifestazione del consenso ad essere vincolati all'accordo (artt. 2, §1, 14 e 16, §1, Conv. Vienna 1969). Infine, Grecia, Paesi Bassi e USA, solo firmatari

Oltre alle norme a carattere procedurale presenti nell'ATT, sono da considerare anche le norme che verrebbero violate dal trasferimento medesimo. Ci stiamo qui riferendo alle violazioni del diritto internazionale umanitario, dei diritti umani e di altri obblighi di diritto internazionale pendenti sugli Stati, disciplinati all'art. 6, §3 dell'ATT, richiamato dall'art. 7. Come evidenziato anche in dottrina,¹⁶²¹ uno dei principali problemi che si devono risolvere è relativo al linguaggio utilizzato, in particolare nella parte in cui la disposizione afferma che non debbano essere autorizzati i trasferimenti di armi, qualora lo Stato: “*has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission [...]*” di crimini internazionali (corsivo nostro).

Il requisito della conoscenza, come qui enunciato, e secondo anche quanto sostiene la dottrina in materia,¹⁶²² dovrebbe essere interpretato nel senso indicato dalla Commissione di diritto internazionale (CDI) in relazione all'art. 16 del suo Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale del 2001¹⁶²³, ovvero quale requisito di “intenzione” o “conoscenza” da parte di uno Stato che il proprio contributo ad altro Stato servirà a commettere un illecito internazionale. Seppure tale requisito, che pure si presta ad ulteriori difficoltà interpretative, non indichi che la norma vada indirizzata anche nei confronti di attori non statali, il linguaggio “neutro” utilizzato invece dall'art. 6, §3 dell'ATT potrebbe senz'altro indicare come tale inclusione sia possibile, sia per quanto già spiegato in relazione all'obbligo di valutazione del rischio preponderante, sia in relazione all'oggetto e allo scopo del Trattato¹⁶²⁴.

L'osservanza di tali norme non sembrerebbe essere stata presa in considerazione nella prassi del Consiglio di Sicurezza in merito alla questione dell'IS. Data la situazione, il Consiglio pare aver voluto stabilire un'eccezione al regime già esposto. Infatti, nella risoluzione 2170 (2014), si stabilisce che, data la costante minaccia provocata dal gruppo terroristico in Iraq e Siria, che *direttamente* si riflette sul resto della regione mediorientale e *indirettamente* sugli Stati vicini ad essa, la necessità di supportare con qualsiasi mezzo le popolazioni curde deve essere considerata prevalente e può essere attuata “*con ogni mezzo*” disponibile¹⁶²⁵.

Il linguaggio della risoluzione parla di “*sollecitare gli Stati*” (“*urges...*”) a prevenire gli abusi e le violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario che l'IS compie in Iraq¹⁶²⁶, non specificando se questa prevenzione debba avvenire anche per il

del Trattato, sarebbero stati gravati dal generale dovere di buona fede nella stipulazione ed esecuzione dei trattati ex Preambolo, 3° considerando e art. 18 della Conv. Vienna 1969, nonché dal generale obbligo di interpretazione degli accordi nel rispetto dell'oggetto e scopo del trattato ex art. 31, §1 della stessa Convenzione.

¹⁶²¹ A. Coco, *I divieti di trasferimento ai sensi degli articoli 6 e 7 del Trattato sul commercio di armamenti*, vol. , Rivista di diritto internazionale, 2013, n. 3, pp. 1228 ss.; C. Ponti, *Trasferimenti di armi, diritti umani e diritto umanitario. Spunti di riflessione dopo l'adozione del Trattato sul commercio delle armi convenzionali*, vol. 7, Diritti umani e diritto internazionale, 2013, n. 3, pp. 654 ss.; A. Bellal, S. Casey-Maslen, G. Giacca, *Implications of International Law for a Future Arms Trade Treaty*, UNIDIR Resources, 2012, pp. 13 ss.

¹⁶²² V. Coco, *supra* nota 34, p. 1231 ss.

¹⁶²³ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States in Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, UN Doc., A/56/10, 9 giugno 2001, *Y.I.L.C.*, 2001, vol. II, p. 31 ss., alle pp. 66-67. Si veda anche *Second Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur - The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility*, UN Doc., A/Cn.4/307, 4 luglio 1978, *Y.I.L.C.*, 1978, Vol. II, Part One, p. 57, §72.

¹⁶²⁴ Si veda, in questo senso, quanto riferito nel Preambolo del Trattato, ultimo principio base.

¹⁶²⁵ Preambolo, VII°, VIII°, XV e XVII° considerando. In particolare, in quest'ultimo viene espressa la necessità evidenziata.

¹⁶²⁶ §3.

tramite di forniture di armi ai *peshmerga*¹⁶²⁷. Al tempo stesso, il UNSC vieta che vengano esportate armi verso territori occupati dall'IS, riaffermando quanto espresso nella ris. 2161 (2014)¹⁶²⁸.

Per risolvere questa apparente discrasia, è opportuno fare riferimento alle regole sull'interpretazione delle risoluzioni del UNSC¹⁶²⁹. In particolare, non essendo messa in discussione la riconduzione di tali risoluzioni all'ambito operativo del Cap. VII della Carta ONU¹⁶³⁰, si deve fare riferimento a quanto espresso nel dispositivo di questa risoluzione, ovvero la richiesta, rivolta agli Stati, di contrastare le violazioni del diritto internazionale "con ogni mezzo". Al tempo stesso, la risoluzione prevede che si debba evitare di rifornire di armi, anche per via indiretta, i terroristi dell'IS.

Visto il potenziale contrasto logico tra le due norme, risulta utile il riferimento alla discussione in seno al UNSC¹⁶³¹. A seguito della votazione, il Rappresentante degli USA ha parlato di orgoglio "to have taken unprecedented steps to protect and assist the Yazidis"¹⁶³². Al contrario, il Rappresentante del Governo francese ha parlato di necessità di arrivare prima di tutto ad una soluzione politica in Iraq¹⁶³³, in considerazione del fatto che la debolezza di tale Stato avesse scatenato il conflitto.

L'unanimità, però, con cui questa risoluzione è stata adottata sembrerebbe non chiarire il contrasto tra gli obblighi, dando l'impressione di voler solo giustificare tali forniture. Dovendo, dunque, operare un bilanciamento tra i valori che vengono minacciati e gli obblighi degli Stati, l'azione del UNSC, ed il conseguente vincolo derivante dalle decisioni prese a norma del Cap. VII della Carta¹⁶³⁴, doveva essere indirizzata alla luce dei generali obblighi posti a fondamento dello stesso strumento pattizio, in particolare i principi cogenti e rilevanti di diritto internazionale, primi fra tutti la protezione dei diritti umani, secondo le regole consuetudinarie sull'interpretazione degli strumenti pattizi internazionali.¹⁶³⁵ Quindi, dovrebbe essere evidente che, secondo quanto qui esposto, la possibilità di fornire supporto militare ai *peshmerga* deriva anche e soprattutto da una possibile valutazione di un rischio preventivo nel trasferimento di armamenti, intesa quale obbligo procedurale "rafforzato" nel procedimento per il trasferimento di armi.

Tuttavia, pur volendo qui precisare l'indirizzo normativo che doveva essere seguito, la prassi interna dei Parlamenti ed Esecutivi nazionali ha evidenziato come tali organi

¹⁶²⁷ La prassi del UNSC si è indirizzata in senso diverso, quando si è trattato di chiamare gli Stati ad apportare il loro contributo ad una causa di autodeterminazione. Nel caso del Sudafrica, la UNSC Res. 417, 31 ottobre 1977 ha chiesto di contribuire con qualsiasi tipo di assistenza (§6). Diversamente, le UNSC Res. 1519, 16 dicembre 2003 per la situazione in Somalia (§§10-11) e 1556, 30 luglio 2004 per la situazione in Sudan (§§7-8) hanno riconosciuto come non legittime le rivendicazioni del principio di autodeterminazione, vietando supporti di natura militare letale ai soggetti indicati. In dottrina Yihdego, supra nota 6, pp. 172 ss.

¹⁶²⁸ Supra nota 6, §10.

¹⁶²⁹ A. Orakelashvili, *Collective Security* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 39 ss. e R. Sonnenfeld, *Resolutions of the United Nations Security Council* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988), pp. 127 ss.

¹⁶³⁰ Primo considerando della risoluzione 2171.

¹⁶³¹ Record of Meeting, S/PV.7242, 15 agosto 2014. In particolare, la necessità di arrivare ad una soluzione della situazione creatasi, la quale si sviluppi attraverso strumenti di risoluzione pacifica delle controversie internazionali, viene raccomandata (questo il tenore delle decisioni) nelle UNSC Res. 2171 e 2199, supra nota 6.

¹⁶³² Supra nota 46, p. 4.

¹⁶³³ Supra nota 46, p. 6.

¹⁶³⁴ Art. 25 della Carta.

¹⁶³⁵ Questo è anche l'indirizzo consigliato nelle UNSC Res. 2171 e 2199. In dottrina, si veda Orakelashvili, *op. cit.*, p. 40, che menziona gli artt. 31 ss. Della Conv. Vienna 1969.

abbiano approvato l'invio di aiuti di natura militare, adducendo come motivazione la necessità esplicitata dal Consiglio di Sicurezza e la richiesta pervenuta dal Governo iracheno.

Nella prassi interna, due sono i profili di diritto internazionale che emergono: da un lato, la mancata valutazione preventiva di cui sopra; dall'altro, le cause di giustificazione addotte per legittimare l'intervento.

Con riferimento al primo profilo, nelle discussioni parlamentari italiane, ad esempio,¹⁶³⁶ emergono dubbi relativi alle possibili conseguenze dell'invio di armamenti leggeri¹⁶³⁷. Inoltre, un dubbio è stato sollevato in merito ad una presunta prestazione del consenso da parte del Governo iracheno all'invio di armi alle milizie curde.¹⁶³⁸ Tuttavia, la decisione finale del Governo è stata presa valutando un quadro normativo dettato dalla necessità di intervenire a protezione delle minoranze minacciate dall'IS, nonché sulla base di quanto deciso dal Consiglio. Dalle parole del Ministro degli Esteri Mogherini emerge anche un'eventuale configurazione di “triangolazione” dei trasferimenti (“*la cessione [...] va da Stato nazionale, attraverso altro Stato nazionale, ad autorità regionale autonoma*”). Peraltro, va menzionata la risposta del Ministro della Difesa Pinotti, la quale afferma di essere a “conoscenza” delle conseguenze dell'invio di armi ai *peshmerga*. Ciò sembrerebbe configurare la consapevolezza del rischio di gravi violazioni future.¹⁶³⁹

Tale valutazione, invece, è stata omessa nel processo decisionale che ha portato il Governo britannico a fornire armi ai *peshmerga*¹⁶⁴⁰. In particolare, questo Governo ha teso ad affermare una sua puntuale risposta alla minaccia dell'IS per non venir meno agli obblighi politico-militari contratti con gli USA e i suoi alleati¹⁶⁴¹. Ciò in ragione del fatto che il Regno Unito non si è sentito vincolato dal divieto di forniture di armi di cui sopra¹⁶⁴². Allo stesso modo, non ha ottemperato all'obbligo di valutazione preventiva previsto nell'ATT, vista la pendenza dell'entrata in vigore dell'accordo.¹⁶⁴³

Per quanto attiene, invece, alla possibilità di intervenire militarmente, il Governo francese, nell'interrogazione parlamentare del 30 settembre 2014¹⁶⁴⁴, ha sottolineato come la minaccia dell'IS, considerata senza precedenti, abbia attivato tale intervento, accompagnato dalla conseguenza politica di una stabilizzazione in Iraq. Inoltre, pur menzionando il fatto

¹⁶³⁶ *Comunicazioni del Governo sui recenti sviluppi della situazione in Iraq anche con riferimento alla seduta del Consiglio straordinario dei Ministri degli Esteri dell'UE del 15 agosto 2014*, Resoconto stenografico del 20 agosto 2014, http://www.camera.it/leg17/1058?idLegislatura=17&tipologia=audiz2&sottotipologia=comunicazioneGoverno&anno=2014&mese=08&giorno=20&idCommissione=0304c0304&numero=0010&file=indice_stenografico visitato da ultimo il 28 febbraio 2015.

¹⁶³⁷ Si vedano in questo senso gli interventi degli on. Picchi e Artini, che mettono in luce una possibile mancata valutazione del rischio preponderante.

¹⁶³⁸ Si veda l'intervento dell'on. Orellana, che farebbe notare una possibile violazione dell'art. 1. c. 9, lett. e), l. 9 luglio 1990, n. 185 sui divieti di trasferimento di armamenti.

¹⁶³⁹ Si veda *supra*, nota 38.

¹⁶⁴⁰ *Seventh Report on the Situation in Iraq and Syria and the Response to DAESH*, HC690, 5 febbraio 2015, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmdfence/690/690.pdf> visitato da ultimo il 28 febbraio 2015.

¹⁶⁴¹ *Supra* nota 55, §83.

¹⁶⁴² B. Smith et al, *UK Arms Transfer to the Peshmerga in Iraqi Kurdistan*, SNIA 6963, 18 agosto 2014, p. 2, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmdfence/690/690.pdf> visitato da ultimo il 28 febbraio 2015.

¹⁶⁴³ Ma, sul punto, si veda più *supra*.

¹⁶⁴⁴ *Audition de M. Jean-Yves De Drian, Ministre de la Défense, sur la situation en Irak*, minuta dell'intervento, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cr-cafe/13-14/c1314092.pdf> visitato da ultimo il 28 febbraio 2015.

di aver inviato armi ai *peshmerga*, non sembra chiaro se ciò sia avvenuto in base ad una valutazione del rischio preponderante¹⁶⁴⁵. Invero, il Ministro della Difesa francese parla di intervento su richiesta espressa da parte delle autorità irachene, in virtù del ruolo di membro permanente del UNSC e quindi in base alla *Responsibility to Protect* (R2P)¹⁶⁴⁶. In merito ad una specifica domanda sulla possibile insorgenza di sentimenti indipendentisti dei Curdi (forti dell'aiuto militare)¹⁶⁴⁷, il Ministro ha precisato che al termine del conflitto sarebbe stata studiata una soluzione politica per l'Iraq, tesa alla convivenza delle varie etnie presenti¹⁶⁴⁸.

La politica USA¹⁶⁴⁹ ha evidenziato da subito la necessità di avviare operazioni militari in Iraq per due motivi: il primo è relativo alla protezione dei cittadini americani¹⁶⁵⁰; il secondo è relativo alla richiesta delle autorità irachene di salvare ed aiutare le popolazioni intrappolate sulle montagne del Nord Iraq, in un'ottica di rispetto della R2P. La considerazione di dover salvare i propri cittadini all'estero, dunque, finisce per essere la principale causa di giustificazione per l'invio di armi e supporto militare. Ma, menzionando ancora una volta la richiesta espressa delle autorità irachene di intervenire, si è aggiunta la giustificazione dettata dall'intervento consensuale, sebbene manchino le prove tangibili che tale richiesta sia stata effettuata e che possa essere considerata come così specificatamente intesa¹⁶⁵¹. Peraltro, va sottolineato come tale autorizzazione contrasta con le linee di *policy* americane per i trasferimenti di armi convenzionali¹⁶⁵².

L'analisi dei limiti normativi qui evidenziati sembrerebbe porre in luce eventuali responsabilità degli Stati fornitori circa l'invio di armi ai *peshmerga*. Invero, l'invio di armi è qui stato giustificato quasi sempre dalla necessità di natura umanitaria. Vero è che la possibilità di attivarsi per la protezione di obblighi *erga omnes* è prevista dall'art. 41 del Progetto di articoli della ILC del 2001¹⁶⁵³, ma tale norma sembrerebbe avere dubbia applicazione nei confronti di violazioni compiute da attori non statali¹⁶⁵⁴.

Rimane, dunque, da considerare quanto espresso in sede di Consiglio di Sicurezza: è possibile ammettere che la ris. 2170 costituisca una causa di giustificazione *a sé stante*? Se si considera che la decisione è stata presa all'unanimità e in base al Cap. VII della carta ONU, l'eccezione così posta sembra avere un effetto di liceità, giustificando ogni eventuale illecito¹⁶⁵⁵. Tuttavia, visto il tenore della risoluzione, nonché il mancato espresso riferimento ai trasferimenti di armi ai *peshmerga*, sorgono ancora dubbi circa la possibilità di ricorrere a tale tipo di giustificazione, come invece sembrerebbe essere emerso dalle

¹⁶⁴⁵ *Supra* nota 59, p. 6.

¹⁶⁴⁶ SMITH, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁴⁷ Questione di M. Pouria Amirshahi, p. 7.

¹⁶⁴⁸ Il che farebbe presagire una mancata valutazione delle conseguenze della fornitura militare.

¹⁶⁴⁹ *Statement by the President*, 7 agosto 2014, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/08/07/statement-president> visitato da ultimo il 28 febbraio 2015.

¹⁶⁵⁰ In dottrina, si veda P. Kunig, voce *Intervention, Prohibition of*, in *MPEPIL*, 2008, §§42-43. Dubbi in proposito vengono sollevati da N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati* (Giappichelli, Torino, 2014), p. 47 s.

¹⁶⁵¹ In dottrina, si veda l'opinione di RONZITTI, *op. cit.*, p. 40 ss., secondo cui tale causa di giustificazione sarebbe oramai considerata non più legittima nel moderno diritto dei conflitti armati.

¹⁶⁵² Si veda, in particolare, la *Presidential Policy Directive 27/2014*, "Supporting Arms Control", §4, <http://fas.org/irp/offdocs/ppd/ppd-27.html> visitato da ultimo il 28 febbraio 2015, in cui si riprende la disposizione di cui all'art. 7, §1 dell'ATT sulla valutazione dell'*overriding risk*.

¹⁶⁵³ *Supra* nota 36. In particolare, l'articolo menziona tali tipi di violazione come presupposto di una contromisura collettiva. Si veda anche Picone, *supra* nota 2.

¹⁶⁵⁴ Si veda, ad es., la Ris. 1/2005 dell'Institut de Droit International (sessione di Cracovia), in cui non si menziona la possibilità di ricorrere a tale tipo di contromisura nei confronti di siffatti soggetti.

¹⁶⁵⁵ Ciò in base a quanto previsto dagli artt. 25 e 103 della Carta.

discussioni interne agli Stati. Seppure divenga necessario valutare come legittima tale causa di giustificazione, nulla toglie che il rispetto degli altri obblighi internazionali (e segnatamente quelli derivanti dall'ATT) siano strumentali ad evitare la proliferazione di conflitti nel mondo. In particolare, per quegli Stati vincolati all'ATT è obbligatoria la valutazione del rischio prevalente al fine di impedire l'indiscriminato invio di armamenti, che potrebbe inficiare l'applicazione della norma sul divieto di intervento.

CONCLUSIONI PROVVISORIE L'ESISTENZA DI LIMITI AL “COMMERCIO” DI ARMI CONVENZIONALI

Dopo aver analizzato più a fondo alcuni degli argomenti intravisti nel Cap. I, è possibile ora tracciare una prima conclusione sull'esistenza dei limiti normativi al “commercio” di armi convenzionali.

Vi è anzitutto da segnalare come, quando parliamo di armi, non vi sia particolare distanza tra le discipline del commercio internazionale e dei conflitti armati: come illustrato anche da Koskenniemi¹⁶⁵⁶, il diritto internazionale non è suddiviso in differenti materie, che tra di loro non comunicano o sono “*ignorant*” dei principi generali e regole di altri settori¹⁶⁵⁷; semmai, vi saranno norme di diritto internazionale create specificatamente per adattarsi a differenti situazioni o fatti giuridici che richiedono una regolamentazione¹⁶⁵⁸. Ciò vale anche per il commercio di armi: non ha importanza se, come evidenziato dalla dottrina, la questione dei limiti normativi riguardi solo la parte economica o riguardi, invece, la parte inerente i conflitti armati. La struttura generale del diritto internazionale è pienamente applicabile anche ad una materia come questa. Inoltre, il punto di vista giuridico fa sì che gli aspetti economici o bellico-umanitari non siano rilevanti *ex se*, bensì vadano analizzati come una base unica della disciplina giuridica. In tal senso, quindi, il commercio di armi rileva nella sua *totalità* e non anche nelle sue *particolarità*.

In secondo luogo, è opportuno sottolineare come vi siano delle differenze di *efficacia* tra i singoli limiti analizzati. Questa efficacia è differenziata a seconda di quale sia la natura giuridica dell'obbligo considerato (se pattizio o consuetudinario), lo strumento da cui si evince la norma (strumento vincolante o di *soft law*) ed infine l'atteggiamento degli Stati verso tale limite.

Per quanto riguarda la questione degli accordi di vendita di armi convenzionali, abbiamo visto come vi siano delle differenze notevoli tra quelli che venivano conclusi prima della fine della Guerra Fredda e successivamente a questa: se in precedenza la forma principale era il trattato, data la natura statale dell'industria della difesa in molti Stati, ora la forma più diffusa è quella del contratto, in quanto sono le società e le multinazionali nel settore della difesa che stringono accordi con gli Stati. La forma di questi contratti¹⁶⁵⁹ varia a seconda del modello che viene privilegiato dagli Stati stessi: in via del tutto generale, la preferenza maggiormente riscontrabile sembrerebbe essere quella del contratto commerciale internazionale, strumento più flessibile e dal contenuto liberamente determinabile dalle parti.

In via specifica, gli Stati sono liberi di dotarsi di un sistema di *public procurement* per scegliere il proprio fornitore, che assume differenti caratteristiche. Da un lato, ci sono sistemi di *public procurement* specificatamente tagliati per l'acquisto di materiale militare, ivi comprese le armi (*defence procurement*); dall'altro, si riscontrano modelli di *public procurement* più generali applicabili a tutti gli acquisti delle pubbliche amministrazioni statali, ivi comprese quelle della difesa. La scelta di questo modello contrattuale

¹⁶⁵⁶ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martii Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, §§ 7 ss.

¹⁶⁵⁷ *Report* citato, § 9.

¹⁶⁵⁸ *Report* citato, §§ 15 ss.

¹⁶⁵⁹ Cap. II, §§1.1 e 1.2.

(caratterizzato da una connotazione pubblicistica e maggiormente vincolato nelle procedure di selezione) dipende anche da una chiara politica statale (o sovranazionale, come testimoniato dal *defence procurement* della direttiva 2009/81/UE) di rendere tale disciplina separata dalle restanti forme contrattuali, quasi togliendola alla disponibilità delle parti¹⁶⁶⁰. La scelta diviene ulteriormente connotata da caratteri di pubblicità dei bandi di selezione e delle procedure, salvo specifici casi. In altre parole, oltre al vincolo di rispetto delle norme imperative nazionali ed internazionali, la trasparenza sembrerebbe assumere la natura di vincolo fondamentale¹⁶⁶¹.

Alla forma scelta vanno comunque applicati limiti a carattere generale e specifico: da un lato, le norme internazionali, che impongono divieti di trasferimento di armi a determinati enti o individui; dall'altro, gli obblighi internazionali degli Stati stipulati per controllare la proliferazione delle armi convenzionali e regolamentare l'esportazione. Qui, dunque, si può vedere come la stipulazione degli accordi sia alla base dei limiti normativi analizzati successivamente. È proprio in quella fase che le parti dovrebbero comprendere se quanto stanno decidendo sia in violazione del diritto internazionale, o se vi sia una qualche conformità allo stesso.

Quindi, la sequenza logica della conformità giuridica parte proprio dall'oggetto dell'accordo da concludere. Considerando, come detto *supra*¹⁶⁶², che non è vietata l'esportazione di armi convenzionali, salvo specifici limiti (identificabili in alcune armi per le quali sussiste un divieto generale¹⁶⁶³ e quando siano presenti restrizioni all'esportazione), la nostra analisi si è concentrata su due categorie di armi convenzionali, le quali presentano sicuramente aspetti di maggiore interesse normativo. In entrambi i casi, saranno almeno due gli obblighi – oramai considerati di natura consuetudinaria – che si impongono nell'esportazione, e perciò nella stipulazione degli accordi di vendita: l'individuazione di una finalità militare dell'oggetto esportando e la previa valutazione dell'esistenza di rischi per l'esportazione.

Non sono poche le discipline, sia a livello nazionale che internazionale, che prevedono l'adempimento a questi due obblighi. Il primo sicuramente si evince anche dalla natura dell'oggetto che si esporta: la finalità militare si evince anzitutto dalle caratteristiche tecniche del bene esportato, ma soprattutto dalla disciplina di riferimento, nazionale o sovranazionale, nella quale si stabilisce il criterio (normalmente discrezionale) per individuarla. E ciò inciderà ovviamente anche sulla conclusione di accordi di vendita: se il bene assume una finalità militare, saranno diverse le discipline internazionali e nazionali che regolamentano la conclusione dell'accordo, proprio perché disporranno circa la legalità della stessa, oltre alla correttezza nell'esecuzione (le fasi di esportazione, trasporto e consegna). Dall'individuazione della finalità deriveranno anche le conseguenze per la violazione di tale obbligo, dettagliatamente illustrate nel capitolo seguente.

Per quanto riguarda la valutazione, tale obbligo è oramai da considerare a carattere consuetudinario, in quanto sono diversi gli strumenti pattizi internazionali che lo

¹⁶⁶⁰ Le quali, comunque, hanno una libertà *de iure* di scegliere la procedura di selezione. Si vedano, in questo senso, gli artt. 26, 27 e 28 della direttiva 2009/81/UE, che stabiliscono le procedure alternative alla pubblicazione del bando.

¹⁶⁶¹ Come vedremo in seguito (Cap. VI, §§ 2.1 e ss.), la trasparenza può essere intesa più come un principio di diritto per gli Stati che non come un obbligo internazionale vero e proprio. Infatti, nella stipulazione degli accordi per la vendita di armi convenzionali, il vincolo di trasparenza non determina invalidità se inosservato, salvo per quelle discipline specifiche (come quelle degli appalti) che prevedono la pubblicità degli accordi o delle procedure negoziali come vincolo.

¹⁶⁶² Cap. III; Cap. I, § 1 e 4.1 ss.

¹⁶⁶³ Come le mine anti-uomo e le munizioni a grappolo. Si veda Cap. I, § 4.1.

prevedono¹⁶⁶⁴. Questa si connota per essere una procedura amministrativa per il rilascio di autorizzazioni all'esportazione. È in questa fase che gli obblighi originari, di stipulare accordi non in violazione del diritto internazionale ed esperire tutte le procedure relative alla finalità militare del bene esportato, sono vagliati dalle autorità nazionali (le pubbliche amministrazioni per i privati, i parlamenti nazionali per gli accordi stipulati dagli Stati). Il fine di questa valutazione è proprio quello di visionare la documentazione in possesso dell'esportatore e stabilire se vi siano delle difformità rispetto agli obblighi internazionali pendenti, od addirittura se vi siano delle violazioni potenziali. Quindi, se tali obblighi non sono ossequiati dalle parti dell'accordo in precedenza, sarà compito delle autorità preposte al controllo verificare l'osservanza e determinare il rilascio dell'autorizzazione.

Gli stessi ragionamenti, relativi ai beni *dual-use*, possono essere astrattamente applicati anche alle armi di nuova generazione, e finanche a quelle armi che non abbiano un immediato inquadramento all'interno di una delle categorie tradizionali di armi convenzionali, come riscontrabili nel Registro ONU delle armi convenzionali¹⁶⁶⁵. L'individuazione della finalità militare permette di evitare che vi siano difficoltà di inquadramento, applicando di fatto le normative principali in materia di controllo all'esportazione di armi convenzionali. La valutazione, pertanto, riguarderà anche le armi di nuova generazione, come dimostrato dalla prassi statunitense in materia¹⁶⁶⁶.

Se, da un lato, abbiamo riscontrato l'esistenza di alcuni obblighi fondamentali, che possono applicarsi al mercato delle armi convenzionali, diversamente deve dirsi per alcuni profili giuridici analizzati in questa tesi¹⁶⁶⁷. Ci stiamo qui riferendo alla sottoposizione ad una giurisdizione internazionale delle controversie relative alle misure restrittive all'esportazione ed al divieto di trasferimento delle armi a gruppi armati.

Per quanto riguarda la sottoposizione di controversie sulle misure restrittive, si è visto come la prassi, all'interno dell'OMC e del diritto internazionale in generale, non abbia determinato esattamente la presenza di un obbligo. Se da un lato le corti ed i tribunali internazionali ritengono di avere giurisdizione su simili controversie, dall'altro declinano di giudicare nel merito le stesse, a fronte della presenza di un'ampia discrezionalità degli Stati insita nella scelta di adottare o meno misure restrittive, ovvero *arms embargoes*, quando lo ritengano necessario per preservare i propri interessi di sicurezza nazionale. Tale rilievo si rende, appunto, necessario in quanto la discrezionalità sembrerebbe accordata proprio dalle disposizioni di riferimento. L'art. XXI GATT, come visto¹⁶⁶⁸, sembra ammettere l'adozione di misure restrittive all'esportazione quando queste siano necessarie per salvaguardare i propri interessi di sicurezza nazionale. In tale ottica si inseriscono anche le esportazioni (o meglio, il traffico, come specificato dalla lettera dell'art. XXI(b)(ii)) di armi.

Se, come detto, il tenore letterale delle disposizioni sembra ammettere l'esistenza di una scelta discrezionale in capo agli Stati, questa viene confermata anche dall'atteggiamento che gli stessi Stati hanno avuto finora. La (relativamente poca) prassi in materia ha sempre visto l'attivazione dell'organismo di risoluzione delle controversie internazionali, ma non è mai sfociata in una soluzione nel merito¹⁶⁶⁹. Lo strumento

¹⁶⁶⁴ Cap. III, § 1.2.3. Si veda anche Cap. VI, § 2.2.

¹⁶⁶⁵ Cap. I, § 6.1 ss.

¹⁶⁶⁶ Cap. III, § 2.2.

¹⁶⁶⁷ Cap. IV e V.

¹⁶⁶⁸ Cap. IV, § 2.1 ss.

¹⁶⁶⁹ Le uniche due controversie in merito (casi *US - Trade Restrictions Affecting Nicaragua*, L/5803, 9 maggio 1985; *US - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, WT/DS 38/1, 13 maggio 1996) hanno sempre visto l'attivazione del *panel* arbitrale che decidesse in maniera genuina (per usare le parole di

privilegiato è sempre stato quello della consultazione tra gli Stati, che permettesse di disporre in maniera totalmente autonoma di argomenti così sensibili come quelli relativi alla sicurezza nazionale. Gli Stati, dunque, sono sempre stati maggiormente inclini a trovare soluzioni di compromesso su questioni di sicurezza nazionale¹⁶⁷⁰

Questa constatazione non sembrerebbe essersi determinata anche nello specifico ambito UE, all'interno del quale la Corte di Giustizia ha sempre stabilito che la propria giurisdizione era applicabile, oltre a decidere nel merito la controversia¹⁶⁷¹. Ciò perché la medesima Corte ha ritenuto più volte che una materia così sensibile come quella delle esportazioni di armi convenzionali dovesse essere esattamente determinata nella sua portata. In altre parole, se la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 346 TFUE venisse interpretata in maniera ampia dagli Stati membri, la portata della medesima permetterebbe di sottrarre non solo al giudizio della Corte, ma anche alle regole della concorrenza il mercato delle armi convenzionali. Pertanto, la Corte ha costantemente individuato nella lista del 16 aprile 1958 del Consiglio UE il parametro di giudizio, sottolineando che tutte quelle armi non specificatamente incluse nella lista sono da considerarsi come soggette alle regole del mercato interno¹⁶⁷². Tuttavia, non può bastare questa sola prassi per dimostrare l'esistenza di un vero e proprio obbligo di sottoporre le controversie internazionali in materia di armi alla giurisdizione internazionale. Mancando un sostegno rilevante, ed essendo anche l'*opinio juris* finora manifestata contraria, è (almeno per ora) necessario concludere che agli Stati è concessa una *scelta* di affidare tali controversie alla giurisdizione internazionale¹⁶⁷³.

Con riferimento, invece, ai trasferimenti di armi a gruppi armati, il divieto di trasferimento non sembra essersi ancora formato. Ciò sia in ragione della mancanza di una chiara e costante prassi in merito, sia anche in base alle condizioni richieste per effettuare legittimamente tali trasferimenti. Da un lato, la prassi attuata dal Consiglio di Sicurezza risponde anzitutto a requisiti di natura giuridica: perché sia riconosciuta la personalità internazionale degli insorti (e pertanto possano legittimamente concludere accordi con gli Stati produttori ed esportatori di armi), è necessario che questi abbiano una qualche struttura associativa e abbiano il controllo di una parte del territorio dello Stato in cui si svolge il conflitto armato; mancando tali requisiti, od anche uno solo di questi, l'accordo si ritiene non valido e pertanto in violazione degli obblighi internazionali

Koskenniemi) le controversie sorte. In entrambi i casi, successivamente a tale attivazione, gli Stati Uniti hanno sempre cercato di raggiungere un accordo, un compromesso di natura diplomatica, che sottraesse la controversia all'organo preposto. In questo senso, la prassi che si è generata ha sempre impedito di ritenere come risolvibili presso un giudice internazionale le controversie relative alla sicurezza nazionale, ivi comprese quelle relative all'esportazione ed al commercio di armi convenzionali.

¹⁶⁷⁰ Secondo il *Report* citato, § 21 ss., il contrasto normativo tra obblighi degli Stati può essere risolto con lo strumento della soluzione diplomatica (la consultazione, in via principale). Tuttavia, la soluzione che si produrrà non sarà mai genuina, bensì genererà solo un accordo successivo in deroga agli obblighi internazionali. Si veda la Premessa al capitolo successivo, oltre al § 1.1 delle Conclusioni generali.

¹⁶⁷¹ Cap. III, § 1.3; Cap. IV, § 4.

¹⁶⁷² Cap. IV, § 4.2.

¹⁶⁷³ Vero è anche che vi sono disposizioni internazionali che permettono che questa scelta possa ridursi drasticamente. Un esempio può essere offerto dall'art. 21 del Protocollo ONU del 2001 sulle armi da fuoco, oltre che dall'art. 19 dell'ATT. Entrambi questi esempi dimostrano che se una parte di una controversia, relativa all'interpretazione delle disposizioni e degli obblighi relativi al controllo dell'esportazione di armi, lo ritenga opportuno, può decidere di sottoporre la medesima controversia ad una giurisdizione internazionale. In alcuni casi, tale scelta viene temperata dalla necessità di ottenere il consenso della controparte. Questa forma di "canalizzazione" delle scelte rende forse meno ardua la formazione di una prassi su tale profilo giuridico, malgrado il fatto che non si riesca ancora ad uscire dalla sfera di disponibilità degli Stati nel diritto internazionale.

relativi all'esportazione di armi convenzionali. Al contrario, per i movimenti di liberazione nazionale non è richiesto che posseggano questi requisiti, dovendo questi solo legittimamente combattere per l'autodeterminazione del proprio popolo. In entrambi i casi, però, la discussione sorta all'interno del Consiglio era tesa a riconoscere la soggettività anche a quei gruppi armati per i quali i requisiti non fossero chiari, mentre si è tesa a negarla in situazioni in cui era ammissibile il trasferimento. Inoltre, la formula impiegata più volte dal medesimo Consiglio (“*inviare qualsiasi aiuto*” e simili) è stata sempre interpretata dagli Stati come un avallo dell'invio di forniture militari¹⁶⁷⁴.

Vanno qui messi in contrapposizione due profili giuridici evidenti: da un lato, ritroviamo il carattere di specialità delle risoluzioni del Consiglio¹⁶⁷⁵, in base alle quali è necessario constatare una deroga agli obblighi internazionali degli Stati normalmente applicabili; dall'altro, riscontriamo il principio di pacifica risoluzione delle controversie¹⁶⁷⁶ ed il criterio di contenimento del conflitto armato nell'adozione delle decisioni del Consiglio medesimo¹⁶⁷⁷, che risultano fungere da limite generale all'attività decisoria di questo¹⁶⁷⁸. Nello stabilire se i gruppi armati di un determinato conflitto possano legittimamente ricevere armi dagli altri Stati, dunque, il Consiglio di Sicurezza non dovrà solo tenere conto del possesso dei requisiti giuridici richiesti dal diritto internazionale, bensì dovrà agire nella maniera il più conforme possibile al criterio del contenimento del conflitto. Pertanto, avallare, anche implicitamente, forniture di armi, senza seguire alcun ulteriore criterio (quale ad esempio sottoporre le autorizzazioni ad una valutazione preventiva dei rischi connessi¹⁶⁷⁹), pone il Consiglio in una situazione di “apparente violazione” dei propri limiti.

Tuttavia, non esistendo un qualche forma di sindacato delle decisioni del Consiglio¹⁶⁸⁰, è doveroso ritenere che tale obbligo sia applicabile solo a discrezione del medesimo organo. Pertanto, la decisione presa dagli Stati membri al suo interno dovrebbe, in linea teorica, essere valutata alla luce del diritto internazionale e del principio di pacifica risoluzione delle controversie; ma in pratica rischia seriamente di rimanere in un alveo di scelte di natura politica, dettate solo da meri interessi commerciali ed economici.

In definitiva, in un'ipotetica catena di svolgimento della vendita di armi (dalla stipulazione di accordi fino all'esecuzione dei medesimi), è logico ritenere che solo quegli obblighi che immediatamente riguardano gli accordi sono da considerarsi vincolanti per gli Stati. Al contrario, laddove agli stessi Stati od al Consiglio di Sicurezza, quale monopolista dell'uso della forza internazionale, venga attribuito un potere discrezionale nell'imporre misure restrittive o inviare armi, gli obblighi attuali non risultano essere vincolanti per costoro, che pertanto potranno decidere solo in base ad una propria etica se ammettere o meno l'esportazione di armi verso un dato destinatario od una data destinazione.

¹⁶⁷⁴ Si veda Cap. V, § 2.3.

¹⁶⁷⁵ Ampiamente visto nel Cap. II, § 2.3.

¹⁶⁷⁶ Art. 2 §§ 1 e 4 della Carta ONU.

¹⁶⁷⁷ Questo criterio, o canone, appare evidente soprattutto nell'ottica della pacifica risoluzione delle controversie e dell'invio di missioni di peace-keeping. Si veda, a proposito, la sezione specificatamente dedicata al tema dal *SIPRI Yearbook*. Si vedano, inoltre, G. M. UBERTAZZI, *Contributo alla teoria della conciliazione delle controversie internazionali davanti al Consiglio di Sicurezza*, Giuffrè editore, Milano, 1958, p. 131 ss.; R. CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di Sicurezza nell'articolo 39 della Carta delle Nazioni Unite*, Giuffrè editore, Milano, 2008, pp. 411 ss.

¹⁶⁷⁸ CADIN, *op. cit.*, p. 436 ss.

¹⁶⁷⁹ In questo senso, cap. V, § 2.3.

¹⁶⁸⁰ CADIN, *op. cit.*, p. 512 ss.

**PARTE TERZA -
LA RESPONSABILITÀ PER TRASFERIMENTI DI ARMI
CONVENZIONALI IN VIOLAZIONE DI OBBLIGHI
INTERNAZIONALI**

**CAPITOLO VI -
FORME DI RESPONSABILITÀ PER TRASFERIMENTI ILLECITI DI ARMI
INDICE SOMMARIO**

Premessa: frammentazione ed interazione delle discipline relative ai trasferimenti di armi, p. 233

1. La responsabilità internazionale degli Stati per trasferimenti illeciti di armi convenzionali, p. 237

1.1 - Modalità e criteri di attribuzione della responsabilità allo Stato per trasferimenti illeciti di armi, p. 237

1.1.1 - Attribuzione della responsabilità per azioni od omissioni di pubblici ufficiali

1.1.2 - Attribuzione della responsabilità per condotte illecite di privati

1.1.3 - Partecipazione e contributo alla commissione di illeciti internazionali tramite trasferimenti di armi convenzionali

1.2 - Le gravi violazioni del diritto internazionale tramite trasferimenti di armi, p. 246

1.2.1 - Violazioni di arms embargoes stabiliti dal Consiglio di Sicurezza, p. 248

1.2.2 - Violazione di altri obblighi internazionali degli Stati, p. 252

1.2.3 - Violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, p. 262

2. Responsabilità per trasferimenti illeciti di armi e principio di trasparenza

2.1 - La trasparenza e le informazioni nei trasferimenti di armi convenzionali

2.2 - Obblighi di due diligence e prevenzione di gravi violazioni: la valutazione dello “overriding risk” nei trasferimenti di armi, p. 264

3. Responsabilità individuale per traffico ed altri trasferimenti illeciti di armi, p. 271

3.1 - La violazione di norme sui trasferimenti di armi tramite illicit brokering e diversion, p. 271

3.1.1 - Tipicità delle condotte rilevanti, p. 272

3.1.2 - La responsabilità degli individui per illeciti trasferimenti di armi, p. 278

3.1.3 - La responsabilità delle industrie della difesa per illeciti trasferimenti di armi, p. 283

3.2 - La configurazione della responsabilità per aiding and abetting, p. 293

Premessa: frammentazione ed interazione delle discipline relative ai trasferimenti di armi

Come visto in precedenza¹⁶⁸¹, i trasferimenti di armi sono da considerare illeciti se attuati contrariamente a quanto stabilisce un determinato obbligo internazionale. La presenza di siffatti obblighi, invero, fa delineare la responsabilità per la violazione¹⁶⁸².

¹⁶⁸¹ Si vedano i Cap. I, § 8; III, § 2; IV, § 1.2.3; V, § 2.

¹⁶⁸² Sulla responsabilità quale rapporto secondario nel diritto internazionale, si vedano D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, F. Lumachi Libraio-Editore, 1902, p. 26 ss., che sottolinea come i rapporti tra Stati siano disciplinati da regole giuridiche, la cui violazione dà luogo all'obbligo di cessare l'illecito e di ottenere riparazione; nello stesso senso, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2014, XII° ed., pp. 340 s.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale*

Come visto più *supra*¹⁶⁸³, la responsabilità che scaturisce dalla violazione di obblighi inerenti i trasferimenti di armi potrà essere sia di tipo internazionale (quando siano gli Stati ad operare materialmente il trasferimento) sia di tipo individuale (quando invece l'atto del trasferimento sia stato posto in essere da soggetti che abbiano agito in veste di privati, come il *broker* che presta servizi connessi alla vendita di armi).

Per altro verso, invece, è possibile ammettere che, data la grande proliferazione di atti e trattati internazionali che hanno lo scopo di regolare i trasferimenti di armi, possa essersi generato un fenomeno di frammentazione giuridica della materia disciplinata. Nel suo Rapporto finale sulla frammentazione del diritto internazionale¹⁶⁸⁴, Martti Koskenniemi ha analizzato la frammentazione dei regimi giuridici di diritto internazionale, siano essi auto-sufficienti o meno, con riferimento alle responsabilità connesse per la violazione delle norme ivi comprese¹⁶⁸⁵. La questione della frammentazione, spiega Koskenniemi, deriva soprattutto dalla proliferazione di regimi giuridici specializzati ed in parte autonomi. Per quanto questi appaiano essere specialistici e auto-sufficienti, il Relatore speciale ha affermato che:

*“The problem, as lawyers have seen it, is that such specialized law-making and institution-building tends to take place with relative ignorance of legislative and institutional activities in the adjoining fields and of the general principles and practices of international law. The result is conflicts between rules or rule-systems, deviating institutional practices and, possibly, the loss of an overall perspective on the law”*¹⁶⁸⁶.

Quel che appariva dalla frammentazione come fenomeno era una totale slegatura di ogni regime giuridico rispetto agli altri. La volontà di creare sistemi in cui vi fossero tutte le regole necessarie per il proprio “auto-governo” non sembrava tener conto di quanto era stabilito in altri sistemi, o quanto emergeva dal diritto internazionale generale. Inevitabilmente, questa “ignoranza delle norme” portava, in alcuni casi, alla generazione di conflitti normativi, cui si rendeva necessario la risoluzione di questi attraverso principi generali¹⁶⁸⁷. Il Relatore speciale indicava la presenza di conflitti sulla base di due profili: quello della materia oggetto di un determinato trattato e quello del soggetto giuridico vincolato al trattato medesimo¹⁶⁸⁸. Mentre per il secondo profilo non vi è una generale regola che possa disciplinare i conflitti¹⁶⁸⁹, per i trattati relativi alla medesima materia vige la disciplina dell'art. 30¹⁶⁹⁰ della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

contemporaneo, CEDAM, Padova, 2016, V° ed., p. 381 ss. In senso contrario a questa impostazione, ovvero ritenendo che la responsabilità rientri nel rapporto giuridico ordinario tra gli Stati, si veda H. KELSEN, *Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law*, in *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, vol. 26, pp. 226-239.

¹⁶⁸³ Cap. I, § 8.

¹⁶⁸⁴ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

¹⁶⁸⁵ *Fragmentation* citato, §§ 123 ss.

¹⁶⁸⁶ *Fragmentation* citato, § 8.

¹⁶⁸⁷ *Fragmentation* citato, § 19.

¹⁶⁸⁸ *Fragmentation* citato, § 21.

¹⁶⁸⁹ Laddove uno Stato sia parte di due trattati successivi sulla medesima materia, questo avrà facoltà di decidere quale dei due osservare, accettando l'inevitabile responsabilità sorgente per la mancata osservanza ed attuazione dell'altro trattato (TANZI, *op. cit.*, p. 123 ss.).

¹⁶⁹⁰ Article 30: “*APPLICATION OF SUCCESSIVE TREATIES RELATING TO THE SAME SUBJECT-MATTER [...] 2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail. 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions*

Laddove, però, sorga un contrasto tra norme pattizie relative alla medesima materia, la risoluzione di tale conflitto, secondo Koskenniemi, dovrebbe trovarsi in pre-esistenti schemi di classificazione delle materia, i quali, però, non sembrano esistere¹⁶⁹¹, in quanto una classificazione formale *ratione materiae* di un trattato (se relativo al diritto del commercio internazionale o al diritto internazionale dell'ambiente) è un puro dato senza alcun valore giuridico¹⁶⁹².

Questa situazione sembrerebbe essere manifesta anche nell'ambito del commercio di armi: infatti, tra la metà degli anni '90 e l'inizio di questa decade si è assistito ad una proliferazione di accordi internazionali, atti di terzo grado o di *soft law*, studi promossi da organizzazioni intergovernative e finanche studi di organizzazioni non governative, il cui apporto è sembrato andare solo nella direzione di *ricercare limiti* di varia natura ed efficacia che mettessero in rilievo l'esigenza di prevenire la commissione di illeciti internazionali attraverso i trasferimenti di armi. Inoltre, ad una *proliferazione di strumenti internazionali*, si è associata anche la *specializzazione* dei medesimi su alcuni aspetti rilevanti della materia: accanto a strumenti che si occupavano di *singoli tipi di arma*, ve ne sono altri che si occupano di *aspetti giuridici sull'esportazione*, o aspetti concernenti la *cooperazione internazionale* sul traffico di armi, finanche accordi che stabiliscono obblighi di *due diligence* per l'*adozione di misure legislative* nazionali circa la prevenzione ed il contrasto di attività criminali connesse ai trasferimenti di armi. Tale fenomeno giuridico sembra essere arrivato al culmine con l'adozione del Trattato sul commercio di armi, nel 2013. Infatti, l'obiettivo prefissato dal Trattato è la fissazione dello standard internazionale comune più alto possibile¹⁶⁹³ per garantire il controllo nazionale sull'esportazione, l'importazione, il transito, il trasbordo ed il *brokering* nei trasferimenti di armi convenzionali.

Ma anche tale trattato non sembrerebbe aver sanato l'apparente frammentazione esistente: è necessario valutare se e in che misura il nuovo strumento pattizio arrivi a riformare i precedenti, ovvero se si ponga in contrasto con i medesimi; inoltre, essendo uno strumento a carattere generale per quanto riguarda la disciplina delle armi convenzionali, viene anche da chiedersi se in realtà non sia anche uno strumento derogabile dagli accordi specializzati (ad es., da tutte quelle Convenzioni internazionali che regolano i trasferimenti di singole armi convenzionali).

Se vi è un rapporto di natura conflittuale tra tutti questi strumenti, è necessario comprendere quali siano gli strumenti utili a risolverli. Nel *Report* sulla frammentazione, Koskenniemi parla di *armonizzazione* tra le diverse discipline giuridiche nell'ambito del diritto internazionale¹⁶⁹⁴. Questa tecnica proposta, in verità, non ha una vera e propria valenza giuridica, in quanto attraverso questa gli Stati hanno il solo scopo di "accomodare" eventuali conflitti normativi tra di essi attraverso strumenti diplomatici per

are compatible with those of the later treaty. 4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) As between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (o) As between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations. 5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty".

¹⁶⁹¹ *Fragmentation* citato, § 22.

¹⁶⁹² *Fragmentation* citato, § 21.

¹⁶⁹³ Art. 1 del Trattato, di cui *infra*, § 1.3 e 2.

¹⁶⁹⁴ *Fragmentation* citato, § 37 ss.

la risoluzione delle controversie, quali i negoziati e le consultazioni¹⁶⁹⁵. Come visto in precedenza¹⁶⁹⁶, tali mezzi permettono di risolvere le controversie in maniera *apparente* ma non *genuina*¹⁶⁹⁷. Infatti, Koskenniemi sottolinea come una soluzione basata sulle regole di interpretazione giuridica garantirebbe a tutte le parti dell'accordo di risolvere le controversie sorte¹⁶⁹⁸. Nell'ambito del mercato delle armi convenzionali, i mezzi di soluzione diplomatica delle controversie sembrano essere sempre preferibili, soprattutto per l'alta politicizzazione di cui tale materia è pregna¹⁶⁹⁹.

Anche in relazione alla responsabilità internazionale è possibile sostenere che sia presente una certa frammentazione. Secondo Koskenniemi, la responsabilità riguarderebbe i regimi auto-sufficienti del diritto internazionale:

*“In a narrow sense, the term is used to denote a special set of secondary rules under the law of State responsibility that claims primacy to the general rules concerning consequences of a violation. In a broader sense, the term is used to refer to interrelated wholes of primary and secondary rules, sometimes also referred to as “systems” or “subsystems” of rules that cover some particular problem differently from the way it would be covered under general law[...] A self-contained regime in this third sense has effect predominantly through providing interpretative guidance and direction that in some way deviates from the rules of general law. It covers a very wide set of differently interrelated rule-systems and the degree to which general law is assumed to be affected varies extensively”*¹⁷⁰⁰.

La questione della responsabilità e della sua frammentazione già era stata presa in considerazione nei primi lavori di redazione del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati: il Relatore speciale Roberto Ago si limitò a sottolineare come le regole generali individuate nel Progetto fossero criteri generali cui ricorrere per individuare un illecito internazionale ed attribuire questo ad un determinato soggetto, mentre era lasciata ampia discrezionalità ai medesimi Stati nel prevedere speciali regimi circa l'invocazione della responsabilità e la riparazione dei danni subiti¹⁷⁰¹. Il

¹⁶⁹⁵ *Fragmentation* citato, § 41: “There is relatively little - in fact, until recently, astonishingly little - judicial or arbitral practice on normative conflicts. As Borgen suggests, this must result in part from the wish of States parties to negotiate issues of apparent conflict between themselves and not to give the power to outsiders to decide on what may appear as coordinating difficulties that may have their roots already in the heterogeneous interests represented in national administrations. And negotiation is rarely about the “application” of conflict-rules rather than trying to find a pragmatic solution that could re-establish the disturbed harmony. Although it might be interesting to discuss the way States have resolved such problems by negotiation, the fact that any results attained have come about through contextual bargaining make it difficult to use their results as basis for some customary rule or other”.

¹⁶⁹⁶ Cap. II.

¹⁶⁹⁷ *Fragmentation* citato, § 42.; C. J. BERGEN, *Resolving Treaty Conflicts*, in *George Washington International Law Review*, 2005, vol. 37, p. 640 ss.

¹⁶⁹⁸ *Fragmentation* citato, *ib.*

¹⁶⁹⁹ Non mancano, però, casi in cui sia possibile ricorrere alla soluzione giudiziale: si veda, in tal senso, il Protocollo ONU del 2001 sulle armi da fuoco, esplosivi e munizioni, di cui più infra, il cui art. 21 stabilisce che, laddove le parti dell'accordo non riescano a raggiungere un'intesa negoziale per risolvere conflitti interpretativi del medesimo accordo, posso ricorrere ad un tribunale arbitrale, oppure alla stessa Corte internazionale di giustizia. Anche l'ATT (art. 19) presenta una norma di questo tipo, che permette di ricorrere all'arbitrato quando gli Stati parte non riescano ad accordarsi circa la soluzione negoziale sull'interpretazione ed applicazione della norme del medesimo accordo. Infine, non sarebbe peregrino fare riferimento anche a quanto visto in precedenza (Cap. II, §§ 3-4) circa l'eventuale obbligo di risolvere le controversie relative alle eccezioni di sicurezza nazionale *ex art. XXI GATT* (materia in cui, come visto, vi rientrano anche i trasferimenti di armi).

¹⁷⁰⁰ *Fragmentation* citato, § 128, § 132. Sulla nozione di *self-contained regime*, si veda anche L. GRADONI, *Regime failure nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 16 ss.

¹⁷⁰¹ R. AGO, *Fifth Report on State Responsibility*, in *Yearbook of International Law Commission*, 1976, vol.

successivo Relatore speciale, Riphagen, affermò come le norme sull'invocazione della responsabilità non fossero modellate su un unico modello, ma che vi fossero più modelli giuridici cui ci si sarebbe ispirati¹⁷⁰². Si stabilì, così, che vi era un principio di specialità nella scelta ed applicazione delle regole secondarie sulla responsabilità, laddove gli Stati avessero convenuto per la creazione di un regime differente e separato da quello di diritto internazionale generale¹⁷⁰³.

Il Relatore speciale Arangio-Ruiz, al contrario, focalizzò l'attenzione sulla possibilità per gli Stati di ricorrere ai generali strumenti per la soluzione delle controversie al di fuori dei regimi *self-contained*¹⁷⁰⁴. Co ciò, concluse sostenendo l'isolamento di tali regimi, non ammettendo il ricorso ai criteri generali di cui *supra*¹⁷⁰⁵.

In base a ciò, si identificò il problema fondamentale della frammentazione del regime di responsabilità internazionale. Mentre il Relatore speciale James Crawford stabilì soltanto che vi era la possibilità di stabilire differenti e specifici regimi di responsabilità, Koskenniemi tiene a precisare che la qualifica di regime auto-sufficiente non è attribuibile in ogni caso, ma solo in quelle situazioni in cui un trattato presenti sia norme relative agli obblighi internazionali degli Stati, sia norme secondarie sulla responsabilità per violazione delle norme primarie, sia infine sistemi di riparazione dei danni e di risoluzione delle controversie¹⁷⁰⁶.

Tali elementi non sono presenti in nessuna disciplina pattizia circa l'esportazione di armi convenzionali. Le sole regole presenti sono quelle inerenti gli obblighi primari degli Stati ed eventualmente norme circa la risoluzione delle controversie sull'interpretazione e l'applicazione del trattato. Le regole secondarie sulla responsabilità, quindi, dovranno necessariamente essere rinvenute nell'ambito del diritto internazionale generale. Inoltre, poiché è sempre necessario identificare l'illecito sulla base del suo elemento soggettivo (ovvero l'attribuzione dell'illecito in capo allo Stato) e dell'elemento oggettivo (la violazione in sé), dovrà essere necessario fare ricorso ai criteri generali elaborati nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001.

La frammentazione della disciplina sul commercio di armi è stata vista, da una parte della dottrina, anche nell'ambito della responsabilità individuale, in particolare con riferimento alla responsabilità per *aiding and abetting* tramite trasferimenti di armi¹⁷⁰⁷. Tale tipo di frammentazione viene qualificata anche come *pluralismo del diritto internazionale penale*¹⁷⁰⁸, che si identifica nella presenza di numerose corti e tribunali internazionali. Inoltre, il pluralismo potrebbe portare anche a fenomeni di *auto-frammentazione*, come quello che si è verificato con la sentenza del tribunale penale per la ex Jugoslavia *Perisic*, di cui più *infra*. Tuttavia, nell'ambito del commercio di armi tale problematica non sembrerebbe avere intaccato la questione di base: la responsabilità per traffico illecito di armi convenzionali è attribuibile all'individuo (o, come vedremo, anche alle industrie della difesa) nel momento in cui ricorrono i presupposti pattizi di *illicit brokering e diversion*.

II, Part one, p. 6 ss., §§ 12-15

¹⁷⁰² W. RIPHAGEN, *Third Report on State Responsibility*, in *Yearbook of International Law Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 28, § 34.

¹⁷⁰³ *Fragmentation* citato, §§ 145 ss.

¹⁷⁰⁴ G. ARANGIO-RUIZ, *Third Report on State Responsibility*, in *Yearbook of International Law Commission*, 1996, vol. II, Part one, p. 25, § 84 ss.

¹⁷⁰⁵ *Fragmentation* citato, § 148.

¹⁷⁰⁶ *Fragmentation* citato, § 152.

¹⁷⁰⁷ Sul punto, una breve discussione è operata nel § 2.2. Si veda anche la dottrina ivi citata.

¹⁷⁰⁸ E. VAN SLIEDREGHT, *Pluralism in International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n. 4, pp. 847-855.

1. La responsabilità internazionale degli Stati per illeciti trasferimenti di armi convenzionali

1.1 - Modalità e criteri di attribuzione della responsabilità allo Stato per trasferimenti (illeciti) di armi

1.1.1 - Attribuzione della responsabilità per azioni od omissioni di pubblici ufficiali

Nel corso degli anni, la responsabilità degli Stati per trasferimenti (illeciti) di armi è notevolmente mutata. In tale ambito, è logico supporre che i principali soggetti che pongono in essere negozi giuridici siano gli Stati quando, al contempo, siano proprietari di un certo numero di armi e armamenti e decidano di esportarli o donarli ad altri Governi¹⁷⁰⁹. Questa impostazione del mercato delle armi era presente, per la maggior parte degli Stati, a partire dagli inizi del XX° secolo, allorché le economie statali assorbirono diversi settori dell'industria e dell'economia, rendendoli pubblici¹⁷¹⁰.

Il mutamento è avvenuto soprattutto in ragione di una nuova trasformazione dell'economia industriale della difesa che, dalla fine della Guerra Fredda, è tornata ad essere più orientata alla liberalizzazione del mercato e caratterizzata dalla presenza di attori non statali¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁹ Z. YIHDEGO, *The Arms Trade and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 283, che menziona come le principali norme circa i limiti od i divieti di trasferimento delle armi convenzionali siano prevalentemente indirizzate agli Stati, i quali a loro volta hanno l'obbligo di prevedere alcune condotte di privati o soggetti sub-statali secondo la responsabilità individuale. Sulla donazione di armi, si veda Cap. III, § 3.

¹⁷¹⁰ DELBRÜCK, *International Traffic in Arms - Legal and Political Aspects of a Long Neglected Problem of Arms Control and Disarmament*, in *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. 33, pp. 114-143. Ciò era vero anche per un'economia come quella italiana, in cui era presente l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) che deteneva la quasi totalità delle azioni di industrie strategiche dell'economia italiana, come Finmeccanica e Fincantieri. Un processo simile è avvenuto anche in Russia dove, a partire dalla Legge sulle privatizzazioni del 11 giugno 1992, progressivamente molte industrie statali, tra cui anche Almaz-Antey, United Aircraft Corporation, United Shipbuilding Corporation e Russian Helicopters, sono state privatizzate e ampia parte delle azioni societarie detenute dallo Stato sono state cedute a soggetti privati. Sulla questione della privatizzazione in Russia, si veda R. FRYDMAN-A. RAPACZYNSKI-J. S. EARLE, *The Privatization Process in Russia, Ukraine and the Baltic States*, Central European University Press, Budapest-New York-Londra, 1993, pp. 38 ss.

¹⁷¹¹ Per quanto riguarda le persone giuridiche, nella cui categoria si fanno solitamente rientrare le multinazionali e le industrie che operano all'estero, lo stato attuale del diritto internazionale conosce forse pochi ambiti in cui è possibile invocare una loro responsabilità penale: per quanto riguarda il diritto dell'ambiente, oltre a diversi documenti di organizzazioni internazionali sul tema (si vedano, in proposito, il documento del Consiglio dei diritti umani - Ufficio dell'Alto Commissario, *Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Preventing" Framework*, HR/PUB/11/04, aprile 2011, e Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo in Europa, *Accountability and Transparency. A Guide for State Ownership*, 2010, p. 93 ss.), si riscontra anche qualche pronuncia di giurisprudenza favorevole a tale tipo di attribuzione. Si pensi, ad esempio, al Parere consultivo ITLOS 2011 (*Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, in *ITLOS Reports 2011*, p. 10), dove si è sottolineata una *liability* per danneggiamento del fondale marino da parte delle imprese sponsorizzate dagli Stati (§ 74 ss., più in particolare 103 ss.). Come si vedrà subito appresso, è possibile ritenere che anche per quanto riguarda i trasferimenti di armi possa configurarsi la responsabilità di tali soggetti, che diverrà rilevante per il diritto internazionale penale nel momento in cui tali trasferimenti costituiscano un contributo assistenziale nella commissione di crimini internazionali. Problema ben diverso concerne

Tuttavia, pur volendo ammettere che lo Stato non sia l'unico soggetto agente in tale mercato, rimane comunque responsabile di alcune condotte che rientrano nell'ambito della *due diligence*¹⁷¹². Se lo Stato non esporta più direttamente armi, il principale ruolo che questo assume, quindi, è quello di controllore delle attività di mercato, in quanto rilascia ai privati le autorizzazioni per l'esportazione di armi¹⁷¹³.

Questa attività, che nel periodo prima della fine della Guerra Fredda era regolata solo dalle legislazioni nazionali, è diventata rilevante anche nel diritto internazionale del disarmo, in quanto la *communis opinio* diffusasi a partire dalla fine del XX° secolo pose in rilievo la necessità di stabilire un criterio comune di controllo all'esportazione di armi¹⁷¹⁴.

In questo senso, assumendo che l'attività di esportazione sia tipicamente di natura privatistica e che per attuarla sia necessario un atto statale, allora è necessario valutare come tale atto tipicamente statale rilevi nell'ambito del diritto internazionale. Nel momento in cui lo Stato rilascia un'autorizzazione per l'esportazione di armi, compie un atto di rimozione degli ostacoli di natura giuridica all'attività del privato¹⁷¹⁵. Lo Stato,

l'accertamento della responsabilità di tali soggetti dinanzi un tribunale o corte internazionale. In questo senso, lo stato attuale del diritto internazionale (quantomeno con riferimento alla cristallizzazione delle norme consuetudinarie di riferimento) non permette di stabilire che vi sia una necessaria responsabilità penale internazionale di soggetti diversi da quelli fisici, quali gli individui: in questo senso, si veda l'art. 25 dello Statuto della Corte penale internazionale, nel quale si stabilisce che “*The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute*” (§ 1); più di recente, si veda la pronuncia del Tribunale speciale per il Libano, *Al Jadeed [Co.] s.a.l./ New T.V. s.a.l. [N.T.V.] Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, STL-14-05/T/CJ, Judgement, 18 September 2015, nel quale si è riconosciuto come “*there is no relevant international convention with respect to the elements of corporate liability, nor international custom or general principles of law (there is indeed nothing approaching a universal model or a consensus across national systems)*” (§ 61) e che era necessario individuare il soggetto fisico che si fosse avvalso dello strumento societario per commettere l'illecito (§ 72). Pur mancando una specifica giurisdizione internazionale penale che possa accertare la responsabilità di persone giuridiche, è da ritenere che questo profilo non sia strettamente necessario, essendo sufficiente il riconoscimento della possibilità di imputare la responsabilità in capo a tali soggetti per permettere la creazione di una fattispecie penale internazionale ed attivare le giurisdizioni statali. Infine, sempre recentemente, la responsabilità delle persone giuridiche è stata ritenuta ammissibile in relazione alle sanzioni imposte contro chi collabora, fornisce aiuto o assistenza e supporto finanziario ai terroristi: si vedano, in tal senso, le risoluzioni 2253 del 17 dicembre 2015 e 2255 del 21 dicembre 2015, nelle quali, oltre agli individui che prestano la propria assistenza ai gruppi terroristici, si ricomprendono espressamente anche “*related*” o “*connected entities*”, dovendo intendere con tale termine qualsiasi altro soggetto che non abbia natura fisica e presenti una struttura organizzativa, diversa dai gruppi di individui.

¹⁷¹² R. PISILLO MAZZESCHI, “*Due diligence*” e responsabilità internazionale degli Stati, Giuffrè editore, Milano, 1989, pp. 387 ss.

¹⁷¹³ Nell'ordinamento italiano, si veda la l. 9 luglio 1990, n. 185, art. 1.

¹⁷¹⁴ Questa convinzione fu manifestata ripetutamente nei dibattiti all'interno di organizzazioni internazionali. Esempi caratteristici furono le varie Decisioni relative all'esportazione di armi leggere e di piccolo calibro ed ai *dual-use goods* nell'ambito dell'Intesa di Wassenaar, con le quali gli Stati si accordavano per stabilire una “armonizzazione” delle proprie politiche di esportazione; oppure il Codice di condotta europeo per l'esportazione di armi leggere e di piccolo calibro del 1997, trasfuso poi nella posizione comune 2008/944/CE, di cui più *infra*. Altri esempi, basati invece su strumenti pattizi e su fonti di terzo grado furono la Convenzione Interamericana del 1997, ed il corrispondente Protocollo ONU del 2001, sul controllo di materiali esplosivi e armi da fuoco, con i quali si stabilì il criterio fondamentale della tracciabilità delle merci che venivano esportate, oltre all'obbligo di fornire la documentazione necessaria da parte dell'esportatore. Un simile obbligo di controllo da parte degli Stati è ora imposto dal reg. 2009/428/CE sul controllo dell'esportazione di beni *dual-use*. In generale, osservando sia la normativa vincolante che quella di *soft law*, è possibile capire che la necessità di controllare adeguatamente l'esportazione è divenuta col tempo una materia di interesse per la comunità internazionale, a prescindere dalle legislazioni e regolamentazioni nazionali in materia.

¹⁷¹⁵ F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto*

dunque, pone in essere un atto che permette al medesimo privato di esperire un'attività dopo aver valutato (ed in alcuni casi ponderato) l'incidenza degli interessi del privato sugli interessi pubblici, che nel nostro caso sono identificabili con i principi e valori supremi della Comunità internazionale, quale il divieto di uso della forza e la pacifica risoluzione delle controversie¹⁷¹⁶. In questo senso, il rilascio dell'autorizzazione è atto tipicamente governativo o atto *iure imperii*¹⁷¹⁷.

All'atto di rimozione corrisponde, quindi, una “garanzia” rilasciata dallo Stato, in base alla quale si assicura che l'attività del privato non è in contrasto né con il diritto interno, né con obblighi internazionali. Tale atto viene rilasciato da autorità generalmente preposte dal potere esecutivo o legislativo di uno Stato, solitamente trattandosi di autorità amministrative o militari all'uopo designate¹⁷¹⁸. Anche se l'atto è effettuato da un singolo organo dello Stato, vale la teoria strutturale dello Stato¹⁷¹⁹, riconosciuta come una regola di diritto internazionale¹⁷²⁰. Così, l'art. 4 del Progetto sulla responsabilità degli Stati del 2001¹⁷²¹ stabilisce che:

“*The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State*”¹⁷²².

Perché l'atto possa essere attribuibile allo Stato, prescindendo dal fatto che l'organo

pubblico, Cedam, Padova, 2006, vol. III, p. 599.

¹⁷¹⁶ La proliferazione di armi, ed in particolare di armi leggere e di piccolo calibro, è stata considerata più volte in danno della pace e sicurezza internazionali. Seppure le normative principali che sottolineino questo legame abbiano natura di mere raccomandazioni (si pensi al *Program of Action against the illicit trafficking of small arms and light weapons*, promosso dall'Assemblea Generale nel 2001), deve essere comunque sottolineata la valenza di strumenti che esprimono una *opinio juris* particolarmente diffusa e sentita dalla maggior parte degli Stati, ivi compresi i principali produttori ed esportatori di tali tipi di arma.

¹⁷¹⁷ Sulla distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis* si veda S. SUCHARITKUL, *Immunities of Foreign States before National Authorities*, in *Recueil des Cours*, 1976, vol. 149, p. 95 ss.

¹⁷¹⁸ Tra gli esempi statali: in Italia, si veda la l. 185/1990 citata, artt. 4 e ss. che individuano nel Comitato interministeriale per la produzione e lo sviluppo economico (CIPE) l'autorità designata al vaglio delle istanze ed al rilascio delle autorizzazioni. Negli Stati Uniti, la designazione dell'autorità competente è avvenuta con l'*Executive Order* 11258, che ha designato il Segretario di Stato ed il suo Assistente Delegato per la difesa e la cooperazione regionale a rilasciare le autorizzazioni prescritte (sez. 120.1 dell'*International Traffic in Arms Regulations*). Nel Regno Unito, il Dipartimento del commercio internazionale, e segnatamente l'*Export Control Organization*, opera per il rilascio delle necessarie licenze ed autorizzazioni per l'esportazione di armi e materiale militare (si veda, per informazioni, l'URL <https://www.gov.uk/government/organisations/export-control-organisation/about>). In Francia, “*Le régime de contrôle des exportations de matériels de guerre et matériels assimilés se base sur des décisions prises par le Premier ministre, sur avis de la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG). Présidée par le secrétaire général de la Défense et de la sécurité nationale, elle est composée des ministères chargés des Affaires étrangères, de la Défense et de l'Économie*” (consultato all'URL <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/desarmement-et-non-prolifération/la-france-et-le-control-des-exportations-sensibles/article/control-des-exportations-de-materiels-de-guerre>); l'autorità è stata designata sulla base dell'ordinanza 2004-1374.

¹⁷¹⁹ D. MOMTAZ, *Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority*, in J. CRAWFORD – A. PELLET – S. OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 237-247, a p. 237.

¹⁷²⁰ United Nations Legislative Series, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, ST/LEG/SER B/25, 2012, p. 32.

¹⁷²¹ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, A/56/10, in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part. II.

¹⁷²² Art. 4, § 1.

sia costituito da un singolo individuo, da un ente giuridico o da un aggregato di risorse (un ufficio od un dipartimento)¹⁷²³, l'organo deve essere tale in base al diritto interno¹⁷²⁴, ovvero è necessario che vi sia un formale conferimento di poteri ad espletare le funzioni ufficiali¹⁷²⁵. Questo atto di attribuzione, anzitutto, permette di rilevare il collegamento esistente tra l'organo nominato e lo Stato e, quindi, di attribuire l'illecito internazionale in capo allo Stato¹⁷²⁶. In questo senso, i poteri delle autorità preposte al controllo dell'esportazione di armi saranno individuati normalmente con atto legislativo¹⁷²⁷, e più raramente con decreto governativo¹⁷²⁸. Proprio perché i poteri di tali autorità sono derivati dalla legge, tali organi saranno considerati come organi dello Stato¹⁷²⁹. Di conseguenza, ogni eventuale illecito compiuto da tali autorità sarà attribuito allo Stato stesso¹⁷³⁰.

Se i poteri sono conferiti dalla legge e le autorità rilasciano provvedimenti di autorizzazione, i quali, come visto, permettono la rimozione di ostacoli giuridici all'espletamento dell'attività di esportazione del privato, la decisione sul rilascio di siffatta autorizzazione deve impegnare la responsabilità dello Stato, nel momento in cui tale atto sia in violazione di obblighi internazionali relativi all'esportazione di armi¹⁷³¹. Ne deriva che l'autorità che volontariamente decida di rilasciare l'autorizzazione quando manchino i requisiti formali e sostanziali, nonché ometta di espletare alcune fasi del procedimento di autorizzazione, commetterà un illecito attribuibile allo Stato stesso¹⁷³².

Affinché l'illecito sia attribuibile allo Stato, è necessario che l'organo stia agendo in

¹⁷²³ In proposito, si veda la relazione del relatore Speciale Ago, in *Yearbook of the ILC*, 1973, vol. I, p. 56, § 30: "As to the notion of an organ, that involved the whole theory of the organization of the State. In his view an organ was always an instrument capable of acting, whereas the State was not; an organ was necessarily composed of persons".

¹⁷²⁴ Art. 4, § 2. In dottrina, si veda MOMTAZ, *op. cit.*, pp. 244 ss.; P. PALCHETTI, *Comportamento di organi di fatto ed illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale*, in M. SPINEDI - A. GIANNELLI - M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 3-24; E. SAVARESE, *Fatti di privati e responsabilità dello Stato tra organo "di fatto" e complicità alla luce di recenti tendenze della prassi internazionale*, in *ID.*, pp. 51-66.

¹⁷²⁵ MOMTAZ, *op. cit.*, p. 239.

¹⁷²⁶ *Materials* citato, p. 35. È difficile ritenere che si possa considerare un organo de facto preposto al rilascio di autorizzazioni: in primo luogo, come sottolineato anche da autorevole dottrina (PALCHETTI, *op. cit.*, 5 ss.; *ID.*, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 2007, pp. 20 ss.), tale soggetto impegnerà la responsabilità internazionale dello Stato nel momento in cui sia accertato lo stretto legame, di natura informale, che lo lega allo Stato. Tale legame, però, non da individuarsi in un conferimento legislativo vero e proprio, né in un accordo di concessione dei pubblici poteri (come previsto anche dall'art. 5, di cui di seguito), bensì deve trattarsi di circostanze che possano far pensare concretamente ad un rapporto di controllo tra lo Stato ed il privato, in maniera più stringente rispetto a quanto previsto dall'art. 8.

¹⁷²⁷ Ad esempio, si veda art. 01 della l. 185/1990 per l'Italia e sez. 1 ss. dell'*Export Control Act* del 2002 per il Regno Unito.

¹⁷²⁸ Questo potrebbe essere il caso dell'ITAR, sez. 120.1 citata, e dell'*Ordonnance* 2004-1374, che conferiscono direttamente i poteri in capo agli organi designati.

¹⁷²⁹ Questa è anche la lettera dell'art. 4, § 2 del Progetto. In dottrina, si veda MOMTAZ, *op. cit.*, p. 243. si anche quanto espresso dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Applicazione della Convenzione sul Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Serbia-Montenegro), sentenza del 26 febbraio 2007, in *ICJ Reports*, 2007, § 392, la quale afferma che uno Stato è riconosciuto come responsabile anche per atti illeciti commessi da persone o enti che non siano immediatamente inquadrati quali organi di Stato, ma stiano esercitando funzioni governative e abbiano uno stretto legame con lo Stato stesso, comprovato in maniera rigorosa.

¹⁷³⁰ *Materials* citato, p. 36.

¹⁷³¹ Si veda, in proposito, MOMTAZ, *op. cit.*, p. 241.

¹⁷³² In tal senso, si veda più *infra* § 1.3 sulla fase procedimentale di autorizzazione.

veste ufficiale ovvero stia esercitando i propri poteri “governativi”, nei limiti e secondo le competenze stabilite dalla legge. In questo senso, pur essendo presenti tutti i requisiti per l'autorizzazione e/o tutte le fasi procedurali siano state rispettate, l'illecito si verifica quando, esercitando tali pubblici poteri, siano comunque commesse delle violazioni¹⁷³³.

Difficile ritenere, nell'ambito del “commercio” di armi, che si possa configurare un atto illecito commesso da un soggetto che eserciti prerogative di governo, come previsto dall'art. 5 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001. Secondo tale disposizione,

“*The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance*”.

Questo articolo disciplina i casi in cui ad esercitare funzioni governative non siano organi di Stato come individuati ex art. 4 del medesimo Progetto, bensì si faccia riferimento a soggetti od organi *parastatali* (di natura privata o privatizzata), i quali siano autorizzati dal diritto interno ad esercitare tali funzioni, pur non essendo *de jure* investiti¹⁷³⁴. Si deve trattare di un'attribuzione di poteri *ex post* rispetto alla costituzione dell'ente, e non *ab origine*, come invece accade per gli organi individuati ex art. 4. In altre parole, l'ente troverà costituzione al di fuori dell'apparato statale e verrà incaricato (“*empowered*”) successivamente di esercitare funzioni e prerogative tipiche di un'autorità governativa¹⁷³⁵.

Questo criterio di attribuzione, dunque, può riguardare tanto gli enti privati che quelli privatizzati, ma per che vi sia responsabilità dello Stato ex art. 5 del Progetto del 2001 è necessario che a tali organi sia stato attribuito l'esercizio di poteri governativi, di controllo o regolatori. Come detto più *supra*, progressivamente gli Stati sono divenuti attori meno rilevanti nel mercato delle armi per lasciare, nuovamente, spazio ai soggetti privati, quali le industrie della difesa. Tali industrie, che assumono le vesti di un attore

¹⁷³³ In tal senso si veda la decisione del Consiglio delle Parti contraenti GATT *Us - Export Restrictions*, II/28, decisione del 8 giugno 1949, para. 3., disponibile sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm nella quale si mise in evidenza un atteggiamento eccessivamente restrittivo da parte dei funzionari della dogana. Sulla decisione, si veda meglio Cap. II, § 2.1. Rilevante è anche il pensiero di R. PISILLO-MAZZESCHI, *Il ruolo marginale dell'individuo nel Progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La responsabilità* citato, pp. 415-430, a p. 428-429, che sostiene come la mancata previsione di una responsabilità penale dell'individuo-organo dello Stato sia una evidente lacuna del Progetto medesimo, che non ha tenuto conto dell'evoluzione del diritto internazionale penale relativo ai crimini commessi da individui, ed in particolare di coloro che facciano parte dell'assetto statale. Sul punto, si veda anche C. TOMUSHAT, *The Responsibility of Other Entities: Private Individuals*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON, *The Law* citato, pp. 317-329, in particolare a p. 321 ss.

¹⁷³⁴ *Materials* citato, p. 51. In tal senso, si ammette che la concessione di pubblici poteri, che abbia una finalità regolatrice di un dato mercato, possa essere comprensiva anche dei poteri di controllo. Sul punto, si veda F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, 2007, § 5.

¹⁷³⁵ *Materials* citato, *ib.*

privato¹⁷³⁶, privatizzato¹⁷³⁷ o totalmente pubblico¹⁷³⁸, non esercitano effettivi poteri regolatori, di controllo o decisionali circa il mercato nazionale ed internazionale delle armi¹⁷³⁹. Quindi, si concorda sul fatto che l'attività esperita da questi soggetti, pur essendo un'attività a rilievo pubblico, sia tipicamente di natura economica o commerciale, ovvero si tratta *iure gestionis*¹⁷⁴⁰.

Essendovi tale distinzione, è da comprendere quale sia il grado di controllo esercitato dallo Stato su entrambe. Per quanto riguarda le industrie privatizzate, queste sono sicuramente partecipate, a livello azionario. In alcune di queste industrie, per quanto la presenza di azionisti privati sia comunque rilevante, la partecipazione pubblica non determina il controllo totale dell'ente¹⁷⁴¹. Vi saranno, però, alcune funzioni esperibili solo previa "valutazione" dell'organo pubblico partecipante, quale la nomina di amministratori delegati, la nomina del presidente o del rappresentante societario e la revisione ed approvazione del bilancio in sede assembleare.

Tuttavia, come precisato sia dalla dottrina¹⁷⁴² sia dalla giurisprudenza internazionale¹⁷⁴³, la personalità di siffatti soggetti deve essere distinta dalla personalità dello Stato, in quanto *i*) le funzioni svolte sono quelle di un soggetto diverso dallo Stato, che non lo completa a livello di apparato od il cui funzionamento non incide sul funzionamento dell'apparato statale; e *ii*) vi saranno differenti questioni di immunità dalla giurisdizione per atti illeciti.

Più precisamente, la possibilità di invocare l'immunità dipende dal tipo di funzioni esercitate dall'organo incaricato. Nell'ambito del commercio di armi, le funzioni governative non sono mai, come detto, esercitate dalle industrie della difesa, in quanto la loro attività ha natura meramente economica o commerciale¹⁷⁴⁴.

¹⁷³⁶ Se si prende in considerazione l'annuale classifica stilata dal SIPRI (A. FLEUREANT, S. PERLO-FREEMAN, P. D. WEZEMAN, S. T. WEZEMAN, N. KELLY, *The SIPRI Top-100 Arms-Producing and Military Services Companies, 2014*, SIPRI Fact Sheet, December 2015, a p. 3 ss., disponibile all'URL <http://www.sipri.org/research/armaments/production/Top100>) relativa alle principali industrie della difesa, ed in particolare a quelle che producono e vendono armi, è possibile scorgere che circa l'80% di queste industrie sono soggetti interamente privati. Il caso è quello delle industrie statunitensi, tedesche e buona parte di quelle francesi, belghe e spagnole.

¹⁷³⁷ Sempre tenendo in considerazione l'elenco di cui supra, questo esempio calza per il 12% delle industrie presenti sul mercato, quali, in particolare, Finmeccanica, le industrie russe e la britannica BAE Systems.

¹⁷³⁸ Questo è il caso delle industrie indiane e cinesi.

¹⁷³⁹ Questa ipotesi sarebbe attualmente contraria ad un regime concorrenziale e liberista del mercato della difesa: se si ammettesse la presenza di tali soggetti, posti quali controllori all'entrata del mercato, si verserebbe in un regime di oligopolio "occulto", se non addirittura di un monopolio statale "mascherato".

¹⁷⁴⁰ SUCHARITKUL, *op. cit.*, p. 97 ss. Questo è quanto stabilisce l'art. 10 della Convenzione di New York del 2004 sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione. Sul punto si vedano: J. H. BROOKFIELD, *Immunities of Foreign States Engaged in Private Transactions*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1938, vol. 20, n. 1, pp. 1-15; P. ABEL, *Immunity of Foreign States Engaged in Commercial Operations: Hoffmann v. Jiri Draelle, Narodni Sprava Podmokly, Czechoslovakia*, in *American Journal of International Law*, 1951, vol. 45, n. 2, pp. 354-357; H. FOX, *The Exception to State Immunity: The Concept of Commerciality*, in H. FOX - P. WEBB, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2013, III° ed., pp. 502-532.

¹⁷⁴¹ *Materials* citato, p. 52.

¹⁷⁴² *Materials* citato, p. 69.

¹⁷⁴³ ICSID, *Abdel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award of 27 October 2015, §§ 321 ss.; Corte Internazionale di Giustizia, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgement, 5 February 1970, in *I.C.J. Reports*, 1970, p. 3 ss., §§ 39 ss.

¹⁷⁴⁴ Dubbi, però, possono sorgere con riferimento alla commissione di violazioni di obblighi *erga omnes*, e segnatamente di crimini internazionali, da parte delle industrie privatizzate. Stante il generale principio

1.1.2 - Attribuzione della responsabilità per condotte illecite di privati, forme di controllo e partecipazione nella commissione dell'illecito

È possibile ritenere che la responsabilità dello Stato sorga anche in relazione alle attività illecite di tali soggetti¹⁷⁴⁵. Secondo l'impostazione più comune, lo Stato risponderà di illecito commesso dai privati

“if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct”¹⁷⁴⁶.

Tuttavia, per poter dimostrare questa forma di responsabilità, è necessario accertare, in base al principio di effettività, quale sia il collegamento in concreto tra i privati e lo Stato¹⁷⁴⁷. Ciò avviene quando lo Stato istruisca soggetti privati sullo svolgimento di determinate operazioni o funzioni normalmente attribuite ai propri pubblici ufficiali¹⁷⁴⁸.

Per quanto riguarda il nesso di controllo o di direzione delle attività illecite¹⁷⁴⁹, l'illecito verrà attribuito allo Stato solo nel caso in cui l'operazione in cui i privati sono stati coinvolti era parte integrale di una più generale operazione statale¹⁷⁵⁰. Nel nostro caso, di rilievo appare il caso *Attività militari in Nicaragua*, in cui le attività di guerriglia dei *contras* sembravano essere supportate da parte degli Stati Uniti con l'invio di armi¹⁷⁵¹. La Corte ritenne che, seppure vi fosse una responsabilità degli Stati Uniti per avere

della separazione delle personalità, si dovrebbe anzitutto concludere che è impossibile attribuire la responsabilità in capo allo Stato, a meno che lo stesso non sia sottoposto ad un obbligo di *due diligence* nel controllo delle attività dell'ente privatizzato. Questo è il caso della valutazione delle informazioni sull'esportazione che devono essere vagliate dalle autorità che rilasciano l'autorizzazione. Inoltre, essendo le attività di tali industrie considerate quali *acta iure gestionis*, l'atto illecito commesso sarà unicamente attribuibile all'industria medesima.

¹⁷⁴⁵ In dottrina, si veda R. WOLFRUM, *State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance*, in M. RAGAZZI, *International Responsibility Today. Essay in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 423-434; O. DE FROUVILLE, *Attribution of the Conduct to the State: Private Individuals*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON, *The Law* citato, pp.257-280.

¹⁷⁴⁶ Art. 8 del Progetto di articoli del 2001.

¹⁷⁴⁷ *Materials* citato, p. 70.

¹⁷⁴⁸ Rispetto all'impostazione assunta nell'art. 8, WOLFRUM, *op. cit.*, p. 428 ss., sostiene che la scelta normativa qui impostata non sarebbe adeguata alle varie situazioni in cui è possibile accertare la responsabilità di uno Stato per atti di privati. In particolare, con riferimento all'istruzione, il focus della norma è sulle funzioni esercitate dai privati investiti dei poteri da pubblici ufficiali, e non anche la posizione dei primi; con riferimento, invece, alla direzione ed al controllo, se il requisito è la specifica direzione delle operazioni dei privati sotto la supervisione dello Stato, allora è ben difficile ammettere che si possa delinearne tale tipo di responsabilità per tutte quelle situazioni in cui i privati abbiano agito, ma sia stato carente il requisito del controllo.

¹⁷⁴⁹ In dottrina, si veda E. L. ÁLVAREZ ORTEGA, *The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State*, in *Revista para análisis del derecho*, gennaio 2015, disponibile sul sito www.indret.com; G. BARTOLINI, *Il concetto di "controllo" sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La responsabilità* citato, pp. 25-52; V. P. TZEVELEKOS, *Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility*, in *Michigan Journal of International Law*, 2014, vol. 36, pp. 129 ss.

¹⁷⁵⁰ *Materials* citato, *ib.* Si ritiene comunemente che, quando tali attività siano solo *incidentalmente* od *occasionalmente* collegate con tale operazione, il criterio del controllo da parte dello Stato non viene integrato, poiché tale condotta in realtà sfuggirebbe alla sfera di direzione o controllo dello Stato medesimo.

¹⁷⁵¹ Corte Internazionale di Giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 27 June 1986, in *I.C.J. Reports*, 1986, p. 14 ss., § 205.

pianificato, direzionato o supportato le operazioni dei *contras*¹⁷⁵², non fu sufficientemente provato il nesso di controllo per ritenere che le condotte contestate dal Nicaragua a tali gruppi armati fossero attribuibili agli Stati Uniti in ragione del controllo da questi esercitato¹⁷⁵³:

“[D]espite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf. [...]”

All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed”¹⁷⁵⁴.

In maniera dissimile si pose la *Appeals Chamber* del Tribunale penale per la ex-Jugoslavia nel caso *Tadic*¹⁷⁵⁵. I giudici ritennero anzitutto che il requisito del controllo diretto imposto dal caso *Nicaragua* richiedesse un livello di controllo troppo stringente da parte dello Stato, non includendo certe condotte dei privati¹⁷⁵⁶. Oltre al finanziamento e supporto di gruppi armati serbo-bosniaci, la *Appeals Chamber* giudicò che le autorità jugoslave fossero responsabili sulla base di un controllo generale (*overall control*), che si era manifestato tramite la partecipazione delle medesime autorità nella pianificazione e supervisione delle operazioni dei gruppi armati¹⁷⁵⁷.

Tale decisione è stata criticata dalla dottrina e non seguita dalla Corte Internazionale di Giustizia, in quanto la situazione oggetto di accertamento da parte della *Appeals Chamber* era la responsabilità individuale per crimini di guerra e non anche quella dello Stato¹⁷⁵⁸.

Per quanto riguarda il commercio di armi, la nozione di controllo esercitato dallo Stato sulle attività degli individui sembrerebbe rispecchiare quest'ultima interpretazione¹⁷⁵⁹. Il riferimento normativo che deve essere preso in considerazione riguarda la responsabilità che sorge in capo allo Stato quando autorizza l'esportazione di armi e vi siano seri rischi

¹⁷⁵² *Military Activities* citato, p. 51, § 86.

¹⁷⁵³ In dottrina, si veda A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n. 4, pp.649-668, a p. 652-653.

¹⁷⁵⁴ *Military Activities* citato, p. 62, § 109; pp. 64-65, § 115.

¹⁷⁵⁵ Tribunale Internazionale penale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-I, Trial Chamber, Judgement of 15 July 1999. In dottrina, CASSESE, *op. cit.*, p. 653 ss.

¹⁷⁵⁶ *Tadic* citato, § 117: “The requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control”.

¹⁷⁵⁷ *Tadic* citato, § 145.

¹⁷⁵⁸ *Materials* citato, p. 71-72; BARTOLINI, *op. cit.*, p. 38 ss. Si veda anche ICJ, *Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia-Montenegro)*, Judgement, 26 February 2007, in I.C.J. Reports, 2007, p. 43 ss., § 396 ss.

¹⁷⁵⁹ In tal senso, si veda CASSESE, *op. cit.*, p. 665 ss., che sostiene come il test *Nicaragua* non sia supportato dal diritto internazionale e che, a livello di *policy* degli Stati, non sia più condivisibile una irresponsabilità per supporto a gruppi armati e terroristici, nel momento in cui questi non stiano agendo sotto uno stretto controllo o supervisione dello Stato.

di violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario. L'art. 6, § 3 dell'ATT stabilisce che:

“A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms [...] if it has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party”.

Tale disposizione codifica una precedente norma a carattere consuetudinario. Rispetto alla giurisprudenza del caso *Nicaragua*, l'art. 6 § 3 è sicuramente innovativo. Essendo conforme alla giurisprudenza del caso *Tadic*, invece, porta a considerare come si sia delineata oramai la responsabilità dello Stato per atti di privati, anche in mancanza di uno specifico requisito del controllo. Infatti, perché la responsabilità si possa profilare, è necessario che lo Stato, all'atto di effettuare la valutazione di eventuali rischi¹⁷⁶⁰, abbia ommesso¹⁷⁶¹ di effettuare i dovuti controlli sulle attività dei privati¹⁷⁶². Inoltre, è necessario che lo Stato abbia agito secondo una sua propria volontà (*knowledge*¹⁷⁶³).

Il controllo, qui, diviene più generale, in quanto la disposizione, in combinato disposto con quanto stabilito dall'art. 7, § 3 dell'ATT, impone allo Stato di verificare che non vi siano rischi di gravi violazioni del diritto internazionale connessi al trasferimento di armi. Al di là di un mero obbligo di esperire tale valutazione in alcuni casi¹⁷⁶⁴, l'interpretazione testuale della disposizione in esame non fa emergere dubbi ulteriori: la responsabilità sorge ogni volta che lo Stato non abbia effettuato la valutazione dei rischi e siano derivate violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Tale considerazione può essere fatta anche nel caso in cui lo Stato abbia legittimamente autorizzato l'esportazione di armi, ma i privati abbiano violato l'autorizzazione data¹⁷⁶⁵. In tale caso, non è necessario accertare il requisito dell'*effective control* da parte dello Stato, in quanto già l'obbligo di verificare i rischi connessi all'esportazione di armi permette di stabilire che la condotta delinea la responsabilità statale per mancato e dovuto controllo sia sulle attività dei privati, sia sulla destinazione finale del carico di armi¹⁷⁶⁶. Tuttavia, laddove tale

¹⁷⁶⁰ Di cui più *infra*, § 1.3.

¹⁷⁶¹ Si veda l'art. 3 del Progetto del 2001, che stabilisce come l'illecito dello Stato può avere tanto la forma commissiva che quella omissiva.

¹⁷⁶² YIHDEGO, *op. cit.*, p. 288.

¹⁷⁶³ Sul punto, si veda A. COCO, *I divieti di trasferimento ai sensi degli articoli 6 e 7 del Trattato sul commercio delle armi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, vol. XCVI, n. 4, pp. 1221-1243, a p. 1228 ss.; *Seventh Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*, in *Yearbook of International Law Commission*, 1978, vol. II, Part One, p. 58, § 72.

¹⁷⁶⁴ Si veda, in questo caso, l'art. 4 del reg. 2009/428/UE relativo all'esportazione di beni *dual-use*, di cui al Cap. IV, § 1.2.2.

¹⁷⁶⁵ *Materials* citato, p. 73. Ciò avviene, ad esempio, quando vi sia stata una falsificazione dei certificati di *end-use* o di *end-user* e si sia determinata una *diversion*. In questo senso, si veda più *infra* il caso *Otterloo*.

¹⁷⁶⁶ Dubbi in merito, però, possono rimanere in considerazione di due requisiti da accertare in concreto. Da un lato, il requisito della *knowledge*, come previsto dall'art. 6, § 3 dell'ATT, pur essendo considerabile come una forma di *will* dello Stato, è da ritenersi quale volontà diretta alla commissione di illeciti. Questa interpretazione deriva anzitutto dalla considerazione, che vedremo appresso, di considerare i trasferimenti di armi quale forma di complicità in illeciti internazionali dello Stato. L'art. 16 del Progetto del 2001 specifica che l'attribuzione della responsabilità in capo allo Stato si abbia nei casi in cui questo abbia fornito *volontariamente* il proprio contributo e la violazione commessa fosse stata attribuibile in capo allo stesso Stato. Ciò porterebbe a considerare come la responsabilità si generi solo laddove sia accertato che lo Stato avesse intenzione di far commettere le violazioni specificate. Dall'altro lato, il problema riguarda il tipo di rischio che deve essere accertato, ovvero *overriding* (nella versione in lingua inglese) o *prévalent* (nella versione in lingua francese). In questo senso, nel momento in cui si ammette che lo Stato potrebbe essere responsabile quale complice negli illeciti commessi, è necessario attestare che

requisito non fosse riscontrabile, potrebbe venire in rilievo l'art. 11 del Progetto di articoli del 2001, il quale prevede che:

“Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own”.

Tale norma prevede la responsabilità dello Stato nel momento in cui non vi sia un immediato collegamento (stabilito tramite autorizzazione, mandato o attribuzione formale di poteri) tra il soggetto individuale e lo Stato medesimo, ma la condotta posta in essere dall'individuo era conoscibile dallo Stato al momento della commissione dell'illecito od immediatamente dopo, determinando anche l'accettazione di questo e facendo come proprio l'atto commesso o l'omissione verificatasi¹⁷⁶⁷.

Questo modo di attribuzione dell'illecito si configura, quindi, quando vi sia conoscenza ed accettazione delle condotte poste in essere dai privati. Ciò si verifica anche quando, nel periodo immediatamente precedente alla commissione dell'illecito, non vi sia stata alcuna adozione di misure preventive volte a contenere i rischi. Così si è espressa la Corte Internazionale di Giustizia nel caso del *Corpo diplomatico statunitense a Teheran*¹⁷⁶⁸, dove stabilì che:

*“[...] on 4 November 1979 the Iranian authorities : (a) were fully aware of their obligations under the conventions in force to take appropriate steps to protect the premises of the United States Embassy and its diplomatic and consular staff from any attack and from any infringement of their inviolability, and to ensure the security of such other persons as might be present on the said premises ; (b) were fully aware, as a result of the appeals for help made by the United States Embassy, of the urgent need for action on their part ; (c) had the means at their disposal to perform their obligations ; (d) completely failed to comply with these obligations”*¹⁷⁶⁹.

Tale forma di attribuzione dell'illecito è facilmente rinvenibile anche nell'ambito del commercio di armi convenzionali: la responsabilità dello Stato si determinerà ogni volta che non adempia ai propri obblighi di controllo, secondo quanto previsto dall'art. 11. Quindi, il mancato esperimento di misure di questo tipo, in cui si collocano anche le *confidence and security-building measures* volte a contenere eventuali rischi derivanti dall'esportazione di armi (come la valutazione dello *overriding risk* prevista dall'art. 7 § 3 dell'ATT) può far sorgere la responsabilità in capo allo Stato nel momento in cui siano commesse le violazioni che erano da prevenire.

Tuttavia, stante anche un'interpretazione letterale della disposizione richiamata, perché la responsabilità sia attribuita allo Stato, questi *“deve esser a conoscenza della condotta illecita dei privati”* e *“abbia deciso di farla come propria”*. Perché questi due requisiti siano presenti, è necessario che la conoscenza vada al di là di una mera constatazione della situazione illecita che si è verificata e vi sia stata un'accettazione inequivocabile della medesima. Secondo la Commissione di diritto internazionale, la *“knowledge”* prevista dall'art. 11 del Progetto porta alla conseguenza che, appreso dell'illecito, lo Stato abbia anche accettato implicitamente le conseguenze che da questo

il rischio che tali violazioni fossero possibili era particolarmente elevato, o che ogni ragionevole dubbio al tempo fosse eliminabile. Questa considerazione, come vedremo, porta a ritenere che, pur essendo prevista la possibilità di attribuire in capo allo Stato le condotte di individui anche quando non vi sia il requisito dello specifico controllo, l'onere della prova sarà particolarmente gravoso.

¹⁷⁶⁷ *Materials* citato, p. 92.

¹⁷⁶⁸ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, Judgement, 24 May 1980, in I.C.J. Reports, 1980, p. 3.

¹⁷⁶⁹ *Consular Staff* citata, § 68.

possano derivare. Quindi, in base al testo della norma, lo Stato deve aver *volontariamente* omesso di intervenire per reprimere le condotte dei privati da cui sarebbe scaturito l'illecito¹⁷⁷⁰.

La Commissione di diritto internazionale¹⁷⁷¹ tiene a precisare come l'ipotesi di responsabilità vada necessariamente distinta dall'ipotesi di complicità prevista dall'art. 16, il quale stabilisce che:

“A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and

(b) the act would be internationally wrongful if committed by that State”.

In altre parole, nel caso dell'art. 11, la “*knowledge*” viene intesa solo come “consapevolezza” della commissione di un illecito da parte dei privati; nell'art. 16, invece, la responsabilità principale è dello Stato offensore, mentre lo Stato che supporta o assiste lo fa con “conoscenza” ovvero *volontà* di aiutare nella commissione dell'illecito.

Questa distinzione non sembra essere riscontrabile nella disciplina dei trasferimenti di armi: infatti, l'art. 6, § 3 dell'ATT stabilisce che uno Stato non debba rilasciare autorizzazioni all'esportazione di armi nel momento in cui abbia conoscenza (“*knowledge*”) che le armi possano essere utilizzate per la commissione di violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario; al contempo, l'art. 7, § 3 stabilisce che laddove lo Stato, a seguito di valutazione, determini (“*determines*”) che vi sia un simile rischio preponderante o prevalente, dovrà negare l'autorizzazione all'esportazione.

Non è chiaro, sia in base ad un'interpretazione obiettiva della disposizione sia in base ai lavori preparatori, se dalla valutazione debba emergere che lo Stato sia a conoscenza dell'illiceità della condotta dei privati ben prima di rilasciare l'autorizzazione¹⁷⁷². Gli Stati negoziatori si sono espressi nel senso di ammettere come unico obbligo incombente sugli Stati l'esperimento della valutazione di eventuali rischi. Nulla che facesse pensare anche alla necessità che da tale valutazione dovesse derivare una conoscenza dei medesimi.

Se, però, è vero che sulla base interpretativa dei trattati non è possibile chiarire se l'obbligo di accertare i rischi comprenda anche la conoscenza dell'illecito, è possibile allora fare riferimento a quanto stabilito nel regime della responsabilità: l'accertamento del rischio di violazioni dovrà essere considerato un obbligo di *due diligence*, ed in particolare un obbligo di condotta¹⁷⁷³, poiché si rende necessario effettuare una valutazione prima di rilasciare o meno autorizzazioni all'esportazione. La conoscenza di violazioni, e la conseguente decisione di negare l'autorizzazione, andranno intesi quale risultato empirico dell'accertamento sulla base delle informazioni possedute e di quelle vagliate¹⁷⁷⁴, le quali

¹⁷⁷⁰ *Materials* citato, p. 94.

¹⁷⁷¹ *Materials* citato, *ib.* e p. 129.

¹⁷⁷² Si veda, in questo senso, la dichiarazione resa dalla Danimarca nella Conferenza del *Preparatory Committee* all'*Arms Trade Treaty* del 30 marzo 2012 (*Compilation of views on the elements of an Arms Trade Treaty*, A/CONF.217/2, 10 maggio 2012), la quale recita: “*The assessment should be based on robust and ambitious criteria, including strong human rights and international humanitarian law dimensions. In this regard, licences for arms transfers must be denied if there is a risk that the transfer will contribute to, or be used for, violations of international humanitarian and human rights law or exacerbate conflict or armed violence in the recipient country*”. Questa, come altre dichiarazioni sul punto, fanno emergere solo un obbligo di accertare che non vi siano rischi di violazioni anche gravi.

¹⁷⁷³ Sul punto, si veda A. MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato. Contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Giuffrè editore, Milano, 2003, p. 58 ss.

¹⁷⁷⁴ Sul punto, si veda A. BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International*

presupporranno l'adozione di misure idonee da parte dello Stato per contenere il rischio accertato¹⁷⁷⁵. Dunque, la *knowledge* prevista dall'art. 6, § 3 dell'ATT, letta alla luce dell'art. 7 § 3, deve essere intesa nel senso di “*aknowledgement*” di eventuali illeciti da parte dei privati, e la mancata azione nei confronti di questa sarà valutata quale omissione suscettibile di applicazione della norma prevista dall'art. 11 del Progetto di articoli¹⁷⁷⁶.

1.2 - Le violazioni del diritto internazionale tramite trasferimenti di armi

Nel momento in cui si accerta che un illecito è attribuibile ad uno Stato, è necessario anche valutare il tipo, ed eventualmente la gravità, dell'illecito compiuto, ovvero è necessario valutare il suo elemento oggettivo¹⁷⁷⁷. Normalmente, la condotta attribuibile allo Stato può consistere tanto in un'azione quanto in un'omissione¹⁷⁷⁸, e questa qualificazione dell'atto dello Stato è presente anche nell'ambito del commercio di armi. La condotta, in questo caso, può essere sia commissiva, quando cioè lo Stato decida di fornire direttamente le armi ad altro attore perché vengano commesse determinate violazioni (di cui daremo conto subito appresso), sia omissiva, quando cioè lo Stato, in maniera apparentemente volontaria, decida di omettere l'espletamento di determinate attività di controllo sull'esportazione.

Normalmente, la condotta rilevante è identificata soprattutto nella complicità nella commissione di violazioni tramite impiego di armi¹⁷⁷⁹. Tuttavia, come vedremo in seguito¹⁷⁸⁰, la violazione attribuibile allo Stato può avvenire anche tramite un'omissione “colpevole”. In questo senso, la valutazione di eventuali rischi all'esportazione di armi assume un carattere innovativo nell'ambito della responsabilità di cui qui si dà conto, poiché, essendo caratterizzata generalmente da obblighi di *due diligence*, tale obbligo può essere violato solo per il tramite di un'omissione, ovvero omettendo di valutare tutte le

Law, in A. BIANCHI - A. PETERS (a cura di), *Transparency in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1-19, in particolare a p. 10 ss.

¹⁷⁷⁵ Questa è anche l'opinione di YIHDEGO, *op. cit.*, p. 291-292, che spiega come l'eventuale assistenza nella commissione dell'illecito sia stata poco delineata anche nell'ambito internazionale. I precedenti studi condotti dalla Croce Rossa hanno espresso solo il parere che “*in some cases*” si potesse delineare tale responsabilità (*Arms Availability and the Situation of Civilian in Armed Conflict*, 1999, p. 25 ss.). Tuttavia, anche grazie al generale ed attuale assetto di esportazione delle armi da parte degli Stati, sicuramente non ci si riferirà generalmente all'assistenza nella commissione di illeciti da parte di altri Stati tramite fornitura di armi, bensì sarà possibile determinare solo la mancata adozione di misure preventive per contenere eventuali rischi di violazioni.

¹⁷⁷⁶ Non sembra, dunque, accoglibile l'opinione espressa da COCO, *ib.*, sulla base anche di quanto sostenuto dal Relatore speciale Ago. Ciò in base al fatto che, con la configurazione attuale del mercato delle armi, è ben difficile dimostrare che lo Stato *volontariamente* decida di far esportare armi per contribuire nella commissione di un illecito. Tuttavia, accanto ad una responsabilità individuale per *aiding and abetting* nella commissione di crimini internazionali o violazioni in generale, è sempre possibile ammettere una responsabilità internazionale dello Stato “solidale” e parallela a quella individuale, per aver omesso di esperire i dovuti controlli e valutazioni. In tal senso, si veda la clausola di residualità prevista dall'art. 58 del Progetto di articoli del 2001; in dottrina, *Materials* citato, p. 349-350; in giurisprudenza, Corte Internazionale di Giustizia, *Application of the Convention* citata, § 173.

¹⁷⁷⁷ Art. 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001: “*There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: [...] (b) constitutes a breach of an international obligation of the State*”.

¹⁷⁷⁸ *Materials* citato, p. 13.

¹⁷⁷⁹ COCO, *op. cit.*, p. 1235 ss.; A. BELLAL-S. CASEY-MASLEN-D. GIACCA, *Implications of International Law for a Future Arms Trade Treaty*, UNIDIR Resources, 2012, pp. 13 ss.

¹⁷⁸⁰ § 1.3.

informazioni necessarie o rilevanti¹⁷⁸¹.

L'omissione circa il controllo sui trasferimenti illeciti di armi, in questo caso, diviene strumentale o connessa alla violazione principale, ovvero all'atto commissivo od omissivo compiuto dal ricevente le armi. Tale tipo di violazione si sostanzia, nella prassi pattizia, in tre categorie:

- a) violazione di *arms embargoes* stabiliti dal Consiglio di Sicurezza¹⁷⁸²;
- b) violazione di obblighi internazionali degli Stati, siano essi esportatori od importatori¹⁷⁸³;
- c) violazioni dei diritti dell'uomo, generalmente intesi, e del diritto umanitario, quando le armi possano essere impiegate durante un conflitto armato per la commissione di crimini di guerra, crimini contro l'umanità o genocidio¹⁷⁸⁴.

L'ordine in cui sono disposte le violazioni non è casuale. Il richiamo principale agli *arms embargoes* del Consiglio di Sicurezza è dovuto al carattere prevalente degli obblighi derivanti dalla Carta ONU rispetto agli altri obblighi degli Stati¹⁷⁸⁵, oltre che dal carattere vincolante delle risoluzioni del Consiglio adottate a norma del capitolo VII della Carta¹⁷⁸⁶ e dal carattere di specialità delle risoluzioni, atte a disciplinare specifiche ed eccezionali situazioni¹⁷⁸⁷.

Il richiamo, in secondo ordine, agli obblighi internazionali degli Stati, relativi soprattutto alla regolamentazione dei trasferimenti di armi, impone di considerare come questi assumano una natura speciale rispetto ad obblighi derivanti dal diritto internazionale generale.

In *tertiis*, ma non per importanza, il richiamo alla disciplina relativa ai diritti umani

¹⁷⁸¹ L'art. 7, § 3 dell'ATT suggerisce che le uniche informazioni che debbano essere prese in considerazione, ai fini dell'espletamento della valutazione del rischio, debbano essere rilevanti ("relevant"). In altre discipline internazionali (vedasi, ad esempio, la disciplina di Wassenaar e dell'UE sui *dual-use*, di cui si è dato conto nel Cap. IV), le informazioni che devono essere vagliate possono essere di diverso tipo, anche se le procedure ivi previste stabiliscono che di norma è l'esportatore a fornire le informazioni necessarie, che di fatto sono le principali su cui valutare il rilascio di autorizzazione all'esportazione. Oltre alle informazioni rilevanti, l'ATT permette anche che lo Stato d'importazione fornisca le informazioni necessarie per completare la valutazione (art. 8, § 1). Ma per espletare compiutamente la valutazione, è stabilito che gli Stati debbano istituire sia un registro in cui sia necessario annotare tutte le esportazioni autorizzate, e finanche quelle negate (art. 12), sia redigere relazioni annuali sulle misure adottate, affinché siano conosciute anche dagli altri Stati parte del Trattato e possano essere considerate quali informazioni utili nelle successive valutazioni (art. 13). Tutti questi obblighi possono essere violati, generalmente, tramite omissione, a meno che non sia dimostrato che l'atto commissivo era volto a favorire l'esportazione, ad esempio nel caso di attestazione di false informazioni circa un esportatore, oppure facilitando il transito di un carico di armi diretto in una regione in cui è presente un conflitto armato.

¹⁷⁸² Ribadito all'art. 6, § 1 dell'ATT.

¹⁷⁸³ Ribadito all'art. 6, § 2 dell'ATT. Da rilevare come il testo della disposizione parli di "*relevant international obligations under international agreements to which [the State] is a party*", indicando in particolare gli obblighi relativi ai divieti di trasferimento o di contrasto al traffico illecito di armi. Tale espressione non sembra creare problemi interpretativi e di comprensione degli atti di terzo grado di organizzazioni regionali che impongono *embargoes* di armi. Diverso il discorso, di cui si darà conto di seguito, sugli atti di *soft law*, notoriamente non vincolanti per gli Stati che li hanno approvati, salva la possibilità di invocare, in specifiche situazioni, l'effetto di liceità che da questi sorge, oltre al generale dovere di comportarsi in buona fede nell'esecuzione dell'atto votato. Sul punto, si veda TANZI, *op. cit.*, p. 183; B. CONFORTI- C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2015, X° ed., p. 490 ss.

¹⁷⁸⁴ Ribadito all'art. 6, § 3 dell'ATT, che specifica come le violazioni ivi richiamate debbano possano essere prevedibili perché si ha conoscenza (*knowledge*) della loro possibile commissione.

¹⁷⁸⁵ Art. 103 della Carta.

¹⁷⁸⁶ Art. 25 della Carta.

¹⁷⁸⁷ La specialità risiede sia nelle singole situazioni considerate, sia nei destinatari colpiti, sia infine nelle singole misure da adottare. Sul punto, si rimanda al Cap. V, § 2.1.

ed al diritto umanitario deriva principalmente dal carattere generale ed inderogabile che hanno entrambe assunto nel diritto internazionale; in secondo luogo, tale richiamo risulta essere importante, in quanto si impongono il rispetto e l'osservanza di norme che hanno assunto un valore preminente nell'ordinamento internazionale; in terzo luogo, tale richiamo è effettuato anche per permettere di attribuire la responsabilità in capo agli Stati esportatori delle armi quando siano utilizzate per commettere tali violazioni, le quali assumono la natura di obblighi *erga omnes*.

È possibile, inoltre, definire tali violazioni come *gravi*, poiché sono generalmente considerate quali violazioni di obblighi internazionali particolarmente stringenti degli Stati (in particolare, gli *arms embargoes* del Consiglio di Sicurezza e le violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario).

Tale attributo non potrebbe essere considerato per gli altri obblighi degli Stati, soprattutto quando questi non riguardino i trasferimenti di armi. Tuttavia, è possibile ritenere che gli obblighi “rilevanti” in materia di trasferimenti di armi abbiano natura *strumentale* rispetto all'osservanza delle altre due categorie di obblighi: nel caso di *arms embargoes*, tali obblighi sarebbero strumentali al rispetto di questi, facilitando, quindi, l'adempimento da parte degli Stati; nel caso dei diritti umani e del diritto umanitario, gli obblighi ulteriori diverrebbero strumentali alla protezione di questi e prevenzione di violazioni

1.2.1 – Violazioni di *arms embargoes* stabiliti dal Consiglio di Sicurezza

Le violazioni che possono essere compiute tramite trasferimenti illeciti di armi riguardano anzitutto gli *arms embargoes* stabiliti dal Consiglio di Sicurezza. Tale obbligo figura all'art. 6, § 1 dell'ATT, il quale stabilisce che:

“A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms [...], if the transfer would violate its obligations under measures adopted by the United Nations Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, in particular arms embargoes”.

Per quanto, in base all'interpretazione testuale, gli *arms embargoes* non siano l'unica delle misure disponibili per il Consiglio di Sicurezza¹⁷⁸⁸, si deve ritenere che lo specifico riferimento, fatto nella parte finale del paragrafo, faccia propendere proprio per questo tipo di decisione, la quale costituisce forse la forma più specifica e meglio testata di divieto di trasferimento¹⁷⁸⁹. Per una disamina dell'istituto degli *arms embargoes* quali sanzioni economiche e dell'incidenza sulle relazioni economiche di Stati e privati, si rinvia al Cap. II, § 2.3.

1.2.2 – Violazioni di altri obblighi internazionali degli Stati

¹⁷⁸⁸ Si veda in questo senso, le risoluzioni che impongono un obbligo di cessare le ostilità alle parti del conflitto considerato, nel quale è possibile comprendere anche gli obblighi relativi ai trasferimenti di armi ai medesimi. Tale tipo di misura rientra nella più generale categoria degli atti adottabili dal Consiglio quale forma di regolamentazione degli armamenti ex art. 26, § 2 della Carta ONU. A tal proposito, si veda N. KRISCH, *Article 41*, in B. SIMMA (a cura di), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed., p. 1305 ss.

¹⁷⁸⁹ Così Z. YIHDEGO, *The Role of Security Council Arms Embargoes in Stemming Destabilizing Transfers of Small Arms and Light Weapons (SALW): Recent Developments and Challenges*, in *Netherlands International Law Review*, 2007, vol. 54, n. 1, pp. 115-132, alle pp. 116-118; KRISCH, *op. cit.*, p. 1306, individua nella funzione di regolare la presenza di armi nel mondo come la principale giustificazione per l'adozione di siffatte decisioni.

I trasferimenti di armi sono considerati illeciti qualora in violazione di alcuni obblighi rilevanti degli Stati. L'art. 6, § 2 dell'ATT stabilisce che:

“A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms [...] if the transfer would violate its relevant international obligations under international agreements to which it is a Party, in particular those relating to the transfer of, or illicit trafficking in, conventional arms”.

È logico ritenere che i primi obblighi ad essere violati saranno quelli relativi a proibizioni o restrizioni ai trasferimenti di armi convenzionali, in quanto tali obblighi sono posti preventivamente alla violazione di altre norme presenti nel diritto internazionale¹⁷⁹⁰.

Dunque, è necessario rilevare come, a parte le discipline di natura economica o commerciale già viste in precedenza¹⁷⁹¹, la maggior parte delle discipline applicabili riguardano soprattutto gli aspetti della responsabilità, dove si stabiliscono obblighi di adeguamento dell'ordinamento interno nell'intento fondamentale di creare un sistema di controlli che garantisca la non proliferazione delle armi e dei conflitti che ne possono derivare.

La rilevanza, ed a volte la sovrapposizione, di tali obblighi dimostra come il mercato delle armi non conosca una disciplina compiuta, ma altamente frammentata e specializzata, dove la principale tecnica di interpretazione di eventuali conflitti tra i diversi obblighi viene semplicemente armonizzata¹⁷⁹². Tuttavia, le principali attività normative che si sono avute hanno riguardato il contrasto alla proliferazione di armi convenzionali, la prevenzione di accumuli destabilizzanti delle medesime, finanche la prevenzione di conseguenze dannose che possono scaturire dall'impiego di queste. Seppur risultano essere le uniche normative rilevanti, tali discipline sono da considerare come la base fondamentale del mercato delle armi convenzionali.

Nel porre una selezione degli obblighi rilevanti, si dovrà tener conto del fatto che solo pochi strumenti internazionali sono realmente vincolanti; tali si individuano nella Convenzione Interamericana del 1997¹⁷⁹³, nel Protocollo ONU del 2001¹⁷⁹⁴ (entrambi relativi alla fabbricazione e traffico illeciti di armi da fuoco, esplosivi e altro materiale correlato) e nella Convenzione ECOWAS sull'illecito trasferimento di SALW¹⁷⁹⁵.

La maggior parte delle normative presenti, invece, non è direttamente fonte di

¹⁷⁹⁰Tuttavia, dubbi possono sorgere nel momento in cui la violazione avvenga nei confronti di altri obblighi degli Stati ma che non riguardino direttamente i trasferimenti di armi, ad es. quando il trasferimento possa essere in violazione dei basilari principi del diritto del commercio internazionale. Come visto, essendo il mercato delle armi sottoposto a più discipline, sia a carattere specifico sia relative a principi generali del diritto internazionale, l'applicazione di questi ulteriori obblighi dovrà essere vagliata in un secondo momento, ovvero quando i vari accordi e le norme di natura consuetudinaria che indirizzano la disciplina dei trasferimenti di armi siano incomplete o la cui applicazione porti a risultati irragionevoli. Per quanto riguarda questo ambito di ricerca, ci concentreremo soprattutto sull'esposizione delle rilevanti discipline inerenti i trasferimenti di armi.

¹⁷⁹¹ Si vedano i Cap. II, §§ ; Cap. III, §§ ; Cap. IV, § 1.2.

¹⁷⁹² Si veda la premessa a questo capitolo.

¹⁷⁹³ *Inter-American Convention Against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Ammunition, Explosives, and Other Related Materials*, firmata a Washington il 14 ottobre 1997.

¹⁷⁹⁴ *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition*, adottato con ris. A/55/255 del 31 maggio 2001 ed allegato alla Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale.

¹⁷⁹⁵ *ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons, their Ammunition and other Related Materials*, firmata a Abuja il 14 giugno 2006.

obblighi rilevanti per gli Stati¹⁷⁹⁶. La maggior parte delle norme circa i limiti ai trasferimenti di armi ha natura di atti di *soft law*, come il *Program of Action* delle Nazioni Unite per il contrasto al traffico illecito di SALW¹⁷⁹⁷, oppure la posizione comune UE 2008/944/PESC sull'esportazione di SALW da parte degli Stati membri UE¹⁷⁹⁸, oppure ancora i principali atti adottati dall'Intesa di Wassenaar circa l'esportazione di SALW e di MANPADS¹⁷⁹⁹. A parte questi casi, e quelli già visti nei capitoli precedenti, non vi sono ulteriori fonti di obblighi internazionali circa i trasferimenti di armi convenzionali. Pur essendo vero che, con riferimento agli atti di *soft law*, vi è un generale dovere di buona fede da parte degli Stati che hanno votato a favore dell'adozione di tali atti¹⁸⁰⁰, questi non sono dotati di ulteriore efficacia normativa volta ad imporre obblighi internazionali agli Stati. Infatti, essendo questi atti non vincolanti, gli Stati sono liberi di attuarli in maniera compiuta, dipendendo ciò dal margine di apprezzamento concesso.

Per tali atti, quindi, si deve concludere che vi sia un evidente *potere* degli Stati di decidere come attuare il disposto dell'atto votato ed approvato¹⁸⁰¹. Tuttavia, il richiamo a questi atti può essere utile per evidenziare una precisa *opinio juris* formatasi a livello internazionale: ad esempio, tale ricorso può essere fatto per quanto riguarda la valutazione del rischio derivante dall'esportazione di armi, per capire quale tipo di rischio è da accertare e quali misure di prevenzione sia necessario adottare¹⁸⁰².

Ulteriori limiti possono essere evidenziati solo facendo ricorso al diritto internazionale generale ed ai settori normativi del diritto internazionale più affini al commercio delle armi, come il diritto dei contratti commerciali, il diritto del commercio internazionale ed il diritto dei conflitti armati e della neutralità.

Venendo, quindi, agli obblighi rilevanti *ex se*, è possibile constatare come tra le tre fonti pattizie *supra* citate vi possano essere sia delle affinità, sia anche delle divergenze, sia infine delle particolarità.

La Convenzione Interamericana del 1997 è, in ordine di tempo, il primo strumento di diritto internazionale pattizio che ponga al centro la connessione esistente tra i trasferimenti di armi e la commissione di violazioni del diritto internazionale¹⁸⁰³; tali violazioni si verificherebbero a causa di una mancanza di controlli necessari, permettendo

¹⁷⁹⁶ Si vedano i Capp. II, III e IV. Diverso il discorso circa le sanzioni adottabili da organizzazioni internazionali o Stati nei confronti di determinati destinatari, le quali impongano divieti di esportazione e fornitura di armi. Infatti, le sanzioni del CS e quelle dell'UE sono adottate con atti vincolanti per gli Stati membri, costituendo quel nocciolo delle fonti di terzo grado. Si rimanda anche alla pagina online del SIPRI, in cui è possibile visionare l'elenco di tutte le sanzioni adottate dall'UE: <https://www.sipri.org/databases/embargoes#UNembargoes>.

¹⁷⁹⁷ *Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects*, adottato con ris. A/CONF.192/15 del 20 luglio 2001.

¹⁷⁹⁸ Posizione comune 2008/944/PESC del Consiglio, dell' 8 dicembre 2008, che definisce norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari, in GUCE L 335, 13.12.2008, p. 99-103.

¹⁷⁹⁹ Una selezione di questi è possibile trovarla all'URL <http://www.wassenaar.org/public-documents/>.

¹⁸⁰⁰ Vedasi la nota nel paragrafo precedente circa l'effetto di liceità, cui si associa, secondo TANZI, *op. cit.*, p. , il dovere di adempiere a tali atti secondo buona fede, in quanto ogni altro atto difforme sarà considerato come contraddittorio a quanto si è espresso nella sede assembleare.

¹⁸⁰¹ M. GIULIANO, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, in BALLADORE PALLIERI-MORELLI-QUADRI, *Trattato di diritto internazionale*, Sez. I, Vol. III, Tomo I, Cedam, Padova, 1956, p. 27 ss.

¹⁸⁰² Si veda meglio il § 1.3.

¹⁸⁰³ Preambolo, III° considerando: “*REAFFIRMING that States Parties give priority to preventing, combating, and eradicating the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, ammunition, explosives, and other related materials because of the links of such activities with drug trafficking, terrorism, transnational organized crime, and mercenary and other criminal activities*”.

a gruppi terroristici od alla criminalità organizzata transnazionale di entrare in possesso delle armi¹⁸⁰⁴.

Il Protocollo ONU del 2001 è parte integrante della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale¹⁸⁰⁵. Questa inclusione è resa evidente dal I° considerando della risoluzione dell'Assemblea Generale che lo ha adottato¹⁸⁰⁶, dal I° considerando del Preambolo¹⁸⁰⁷ e dall'art. 1, il quale stabilisce che il Protocollo e le sue disposizioni devono essere interpretate alla luce della Convenzione sul crimine transnazionale, sia per quanto riguarda le disposizioni a carattere generale, sia anche per quanto riguarda le disposizioni con le quali si stabilisce che gli Stati devono adottare misure a carattere penale per reprimere certe condotte¹⁸⁰⁸. Diversamente dalla Convenzione Interamericana, però, il Protocollo viene menzionato implicitamente quale strumento normativo rilevante per l'ATT con riferimento alla valutazione di rischi preponderanti o prevalenti all'esportazione di armi¹⁸⁰⁹. Inoltre, tale strumento vuole fungere da raccordo per tutte le normative internazionali e regionali sul contrasto al traffico illecito di armi da fuoco, in ciò richiamando sia la Convenzione Interamericana sia la Convenzione ECOWAS¹⁸¹⁰.

La Convenzione ECOWAS costituisce l'attuazione di quanto espresso con la precedente Moratoria¹⁸¹¹, dove gli Stati decisero di porre maggiori controlli alla proliferazione di armi leggere e di piccolo calibro nella regione al fine di contribuire anche alla stabilità ed alla pace in tutto il continente¹⁸¹².

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dei tre strumenti internazionali, pare esserci sia una *sovrapposizione* di uno nei confronti dell'altro, sia anche un completamento della disciplina applicabile alle procedure ivi previste.

¹⁸⁰⁴ Preambolo, VII° considerando: “*STRESSING the need, in peace processes and post-conflict situations, to achieve effective control of firearms, ammunition, explosives, and other related materials in order to prevent their entry into the illicit market*”; X° considerando: “*RECOGNIZING that international trade in firearms is particularly vulnerable to abuses by criminal elements and that a “know-your-customer” policy for dealers in, and producers, exporters, and importers of, firearms, ammunition, explosives, and other related materials is crucial for combating this scourge*”.

¹⁸⁰⁵ *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adottata con ris. A/CONF.55/25 del 15 novembre 2000.

¹⁸⁰⁶ Risoluzione 55/255 del 8 giugno 2001, A/RES/55/255: “*Recalling its resolution 53/111 of 9 December 1998, in which it decided to establish an open-ended intergovernmental ad hoc committee for the purpose of elaborating a comprehensive international convention against transnational organized crime and of discussing the elaboration, as appropriate, of international instruments addressing trafficking in women and children, combating the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition, and illegal trafficking in and transporting of migrants, including by sea*”.

¹⁸⁰⁷ “*Aware of the urgent need to prevent, combat and eradicate the illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition, owing to the harmful effects of those activities on the security of each State, region and the world as a whole, endangering the well-being of peoples, their social and economic development and their right to live in peace*”. Tale considerando sembra ricalcare il corrispondente considerando della Convenzione Interamericana.

¹⁸⁰⁸ Art. 1: “*1. This Protocol supplements the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. It shall be interpreted together with the Convention. 2. The provisions of the Convention shall apply, mutatis mutandis, to this Protocol unless otherwise provided herein. 3. The offences established in accordance with article 5 of this Protocol shall be regarded as offences established in accordance with the Convention*”.

¹⁸⁰⁹ Art. 7, § 2, lett. b), ipotesi iv).

¹⁸¹⁰ Preambolo, II° considerando: “*Convinced, therefore, of the necessity for all States to take all appropriate measures to this end, including international cooperation and other measures at the regional and global levels*”.

¹⁸¹¹ *Moratorium on the Importation, Exportation and Manufacture of Light Weapons*, adottato il 31 ottobre 1998.

¹⁸¹² Si veda il Preambolo, i consideranda da XII° a XVI°.

Non solo la Convenzione Interamericana stabilisce cosa debba intendersi per traffico illecito (“*illicit trafficking*”)¹⁸¹³, ma stabilisce che si debba considerare come rilevante, ai fini della medesima, anche il *controlled delivery*, ovvero

“*the technique of allowing illicit or suspect consignments of firearms, ammunition, explosives, and other related materials to pass out of, through, or into the territory of one or more states, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to identifying persons involved in the commission of offenses referred to in Article IV of this Convention*”¹⁸¹⁴.

Questa forma di trasferimento fa emergere uno stretto legame tra i trafficanti di armi e le autorità preposte al controllo dei trasferimenti, che in molti casi si risolve anche in un legame di tipo corruttivo. Con tale definizione, la Convenzione si rende applicabile anche nei casi in cui vi possano essere delle omissioni di controllo da parte di queste autorità. Tuttavia, perché si possa ritenere configurata tale fattispecie di illecito, è necessario che le autorità siano a conoscenza del transito di armi e che questo avvenga sotto la propria supervisione.

La definizione di “*illicit trafficking*” che viene data dal Protocollo¹⁸¹⁵ ricalca quella della Convenzione Interamericana, ma viene inoltre stabilito il requisito della mancanza di marchiatura delle armi affinché si possa configurare l'illiceità del trasferimento¹⁸¹⁶. Inoltre, viene data anche la definizione di “*tracing*”, con la quale si intende:

“*the systematic tracking of firearms and, where possible, their parts and components and ammunition from manufacturer to purchaser for the purpose of assisting the competent authorities of States Parties in detecting, investigating and analysing illicit manufacturing and illicit trafficking*”¹⁸¹⁷.

A differenza della Convenzione Interamericana, quindi, il Protocollo sembra prevedere l'ulteriore obbligo, al fine di contrastare efficacemente il crimine organizzato¹⁸¹⁸, di controllare e seguire lo spostamento delle armi da fuoco e delle munizioni dal produttore fino al compratore. Tale obbligo risponde anche ad uno standard di natura tecnica più volte palesato all'interno dell'Assemblea Generale¹⁸¹⁹.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il Protocollo tende a fare una precisazione di rilievo:

“*This Protocol shall not apply to state-to-state transactions or to state transfers in cases where the application of the Protocol would prejudice the right of a State Party to take action in the interest of national security consistent with the Charter of the United Nations*”¹⁸²⁰.

Questa precisazione delimita la disciplina relativa al commercio di armi, escludendo espressamente gli scambi operati tra Stati, al fine di non ledere l'esercizio del diritto naturale alla legittima difesa, come previsto dall'art. 51 della Carta ONU. Il fatto, poi, che venga menzionata una “*action in the interest of national security*” fa presumere che dall'ambito di applicazione debbano essere esclusi anche gli accordi di cooperazione

¹⁸¹³ Art. II, § 2: “*The import, export, acquisition, sale, delivery, movement, or transfer of firearms, ammunition, explosives, and other related materials from or across the territory of one State Party to that of another State Party, if any one of the States Parties concerned does not authorize it*”.

¹⁸¹⁴ Art. II, § 7.

¹⁸¹⁵ Art. 3, lett. e).

¹⁸¹⁶ Sul punto, si veda YIHDEGO, *The Arms Trade* citato, p. 34 ss.

¹⁸¹⁷ Art. 3, lett. f).

¹⁸¹⁸ Tale è lo scopo del Protocollo stesso, come esplicitato dall'art. 2.

¹⁸¹⁹ Si veda, in proposito, il *International Instrument to Enable States to Identify and Trace, in a Timely and Reliable Manner, Illicit Small Arms and Light Weapons*, parte integrante del *Program of Action* citato.

¹⁸²⁰ Art. 4, § 2.

militare tra Stati, finalizzati ad “anticipare” alcune forme di aggressione¹⁸²¹.

La Convenzione ECOWAS non sembra molto dissimile dalla Convenzione Interamericana e dal Protocollo ONU per quanto riguarda la forma redazionale e gli obblighi che vengono imposti tramite la medesima. Al di là delle diverse definizioni relative alle attività ed ai tipi di arma che sono oggetto di applicazione¹⁸²², la Convenzione curiosamente stabilisce anche che cosa si debba intendere per “illecito”. A tal proposito, si stabilisce che l'illiceità “*Covers all that is carried out in violation of this Convention*”¹⁸²³.

L'illiceità, dunque, non starebbe nella violazione di norme interne adottate in base alla Convenzione, ma nella violazione della Convenzione medesima. Tuttavia, questa definizione non sembra imporre effetti diretti in capo agli individui, bensì stabilisce solo cosa sia da ritenere illecito per gli Stati parte. In questo senso, la Convenzione stabilisce direttamente quali siano i casi di violazione, prescindendo dal recepimento in specifiche fattispecie normative nazionali. Una simile constatazione è possibile in base all'art. 3, il quale stabilisce:

a) una proibizione a carattere *generale* di trasferire o produrre SALW da parte degli Stati¹⁸²⁴; e

b) una proibizione *specificata* di trasferire SALW a gruppi armati¹⁸²⁵.

Tali proibizioni sono considerate applicabili in ogni circostanza, salvo il caso in cui gli Stati membri abbiano richiesto, a norma dell'art. 5, le dovute *eccezioni* per i trasferimenti. Con riferimento a queste, l'art. 4 stabilisce che:

*“A Member State can request exemption from the provisions of Article 3 (b) in order to meet legitimate national defence and security needs, or to participate in peace support or other operations in accordance with the decisions of the United Nations, African Union, ECOWAS, or other regional or sub-regional body of which it is a member”*¹⁸²⁶.

Mentre la seconda motivazione appare legittima e ben misurata¹⁸²⁷, per quanto riguarda la motivazione della legittima difesa, tale giustificazione è ritenuta ammissibile solo nei casi in cui uno Stato parte non abbia adottato alcuna misura di controllo prevista dall'art. 5. In altre parole, l'esigenza di assicurare la legittima difesa è subordinata alla predisposizione di un adeguato sistema nazionale di controllo.

Questa residualità dell'illiceità dei trasferimenti di armi la si ritrova anche nelle inammissibilità alle eccezioni concesse *ex art.* 5, laddove la Convenzione stabilisce che:

¹⁸²¹ L'espressione, inoltre, sembra voler comprendere anche quelle forme di legittima difesa preventiva od anticipatoria, ed in particolare con riferimento al terrorismo internazionale. In questo senso, gli accordi tra Stati, dove il primo sia donante ed il secondo donatario, volti a creare sia un'alleanza politico-militare, sia infine a permettere al secondo Stato di aggiornare le proprie conoscenze sulle armi da fuoco, sono da considerare come rientranti in questa definizione. Una simile eccezione è stata ripresa, seppur con una forte limitazione, dall'art. 2, § 3 dell'ATT relativamente ai trasferimenti di armi che rimangono nella disponibilità dello Stato: “*This Treaty shall not apply to the international movement of conventional arms by, or on behalf of, a State Party for its use provided that the conventional arms remain under that State Party's ownership*”.

¹⁸²² Art. 1 della Convenzione.

¹⁸²³ Art. 1, § 5.

¹⁸²⁴ Art. 3, § 1: “*Member States shall ban the transfer of small arms and light weapons and their manufacturing materials into their national territory or from/ through their national territory*”.

¹⁸²⁵ Art. 3, § 2: “*Member State shall ban, without exception, transfers of small arms and light weapons to Non-State Actors that are not explicitly authorised by the importing Member*”.

¹⁸²⁶ Art. 4, § 1.

¹⁸²⁷ È inoltre previsto un registro delle operazioni di *peacekeeping* (art. 11), attraverso il quale è possibile stabilire quali siano e quante siano le armi utilizzate od impiegate durante tali operazioni, oltre a quante e quali siano le armi che siano state sequestrate durante tali operazioni e successivamente distrutte.

a) l'autorizzazione al trasferimento avvenga per permettere la donazione delle armi ed al contempo tale forma di trasferimento non sia stata prevista nelle eccezioni di proibizione dagli Stati interessati;

b) il Segretariato generale dell'ECOWAS non abbia ricevuto tutte le informazioni rilevanti circa le esportazioni;

c) non sia stata operata la procedura di marchiatura delle armi¹⁸²⁸.

Tra gli obblighi di *due diligence* previsti dalla Convenzione Interamericana, è ricompresa la procedura per la marchiatura degli esplosivi (art. VI) e quella per il rilascio delle autorizzazioni o licenze all'esportazione, importazione e transito (art. IX).

Per quanto riguarda la prima procedura, la Convenzione stabilisce che gli esplosivi devono essere marcati ai fini di identificazione. La marchiatura è prevista in tre situazioni:

a) al momento della produzione dell'esplosivo, al fine di individuare il produttore, il luogo di produzione ed il numero seriale (che permette di capire in quale carico possa essere spedito, od in quale lotto possa essere collocato)¹⁸²⁹, determinando una tracciatura immediata degli esplosivi;

b) al momento dell'importazione, soprattutto quando l'importatore abbia la propria sede di produzione in uno Stato in cui non è prevista la marchiatura alla produzione¹⁸³⁰;

c) infine, quando gli esplosivi siano stati prodotti o trasferiti illecitamente e siano stati confiscati o sequestrati a norma dell'art. VII; tale procedura si impone nel caso in cui gli esplosivi possano essere destinati ad usi ufficiali, come chiarito anche dalla parte finale della disposizione¹⁸³¹.

Con riferimento alle procedure di marchiatura e rilascio delle autorizzazioni, i tre strumenti sembrano porsi in maniera differente, stabilendo obblighi specifici e non sovrapponibili.

Per quanto riguarda il rilascio di autorizzazioni e licenze, l'art. IX prevede che gli Stati si dotino di un apparato (amministrativo) per il controllo dei movimenti ed il rilascio delle autorizzazioni o licenze per l'esportazione, l'importazione ed il transito di armi, munizioni ed esplosivi¹⁸³². In particolare, la Convenzione impone obblighi più stringenti in tre casi:

a) quando lo Stato di transito abbia l'obbligo di non rilasciare il mezzo di carico delle armi fino a che le autorità dello Stato ricevente non abbiano provveduto al rilascio di corrispondente autorizzazione o licenza;

b) quando lo Stato abbia l'obbligo di permettere al mezzo d'imbarco di lasciare il proprio territorio fino a che le autorità dello Stato d'importazione o degli Stati di transito non abbiano rilasciato apposita licenza o autorizzazione;

c) quando lo Stato d'importazione abbia l'obbligo di informare debitamente le autorità dello Stato d'esportazione che sono i carichi di armi per i quali il secondo ha provveduto al rilascio di autorizzazione o licenza sono giunti a destinazione.

Tutti questi obblighi, oltre ad essere contraddistinti dalla necessaria *due diligence*, sono caratterizzati anche dal principio di reciprocità¹⁸³³. Nel momento in cui si stabilisce

¹⁸²⁸ Art. 6, § 1.

¹⁸²⁹ Art. VI, lett. a): “For the purposes of identification and tracing of the firearms [...] States Parties shall a. require, at the time of manufacture, appropriate markings of the name of manufacturer, place of manufacture, and serial number”.

¹⁸³⁰ Art. VI, lett. b): “[...] States Parties shall b. require appropriate markings on imported firearms permitting the identification of the importer's name and address”.

¹⁸³¹ Art. VI, lett. c): “[...] States Parties shall c. require appropriate markings on any firearms confiscated or forfeited pursuant to Article VII.1 that are retained for official use”.

¹⁸³² Art. IX, § 1.

¹⁸³³ Sulla reciprocità, in dottrina, si veda B. SIMMA, voce *Reciprocity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public*

l'obbligo in capo allo Stato esportatore, si stabilisce anche il corrispondente obbligo in capo agli altri Stati¹⁸³⁴. La responsabilità, quindi, sorgerà ogni volta che siano ravvisati sia il mancato adempimento della procedura da parte dello Stato di ricezione o di transito, sia il mancato adempimento da parte dello Stato di esportazione o di ultimo transito.

Cosa succede nel momento in cui tale obbligo debba essere applicato anche in capo a Stati che non sono parte della Convenzione? Di norma, la reciprocità impone di considerare solo gli obblighi posti in capo agli Stati che siano parte del medesimo accordo¹⁸³⁵. Considerando che tale procedura sembrerebbe essere unica nell'ambito del diritto internazionale, la logica imporrebbe di non applicare tale obbligo in capo a quegli Stati che non siano parte della Convenzione.

In realtà, la lettera delle disposizioni sembra permettere un'interpretazione sulla cui base si possa richiedere, da parte dello Stato che sta per rilasciare l'autorizzazione, il corrispondente atto di autorizzazione anche nei casi in cui l'altro Stato non sia parte della Convenzione. Ciò sulla base del fatto che, anzitutto, l'atto di autorizzazione deve essere previsto e rilasciato almeno in uno dei due Stati; in secondo luogo, la disposizione stessa sembra prescindere dal fatto che l'altro Stato sia parte della Convenzione medesima, nella misura in cui non menziona alcuna "parte" all'accordo; infine, l'espletamento della richiesta di corrispondente autorizzazione dovrebbe liberare lo Stato operante da qualsiasi forma di responsabilità, a meno che questo non decida per il sequestro o la confisca delle armi, munizioni ed esplosivi, a norma dell'art. VII, quale misura di prevenzione. Ciò verrebbe imposto soprattutto in quei casi in cui il rilascio dell'autorizzazione potrebbe portare alla commissione di illeciti internazionali particolarmente gravi.

La richiesta di informazioni, inoltre, potrebbe andare al di là della lettera di tale disposizione e dell'ambito di applicazione della Convenzione, in quanto diversi accordi internazionali (non ultimo, l'ATT¹⁸³⁶) prevedono espressamente che gli Stati debbano collaborare nella diffusione delle informazioni circa le armi da esportare, fornendo tutti i dati rilevanti ai fini di una conseguente azione dello Stato.

Con riferimento agli obblighi di prevenzione, il Protocollo è molto più dettagliato rispetto alla Convenzione Interamericana. In particolare, l'obbligo relativo alla marchiatura delle armi da fuoco viene ulteriormente specificato, rispetto a quanto faccia l'art. VI della Convenzione citata¹⁸³⁷. Tale constatazione, invece, non risulta evidente con riferimento agli obblighi degli Stati sul controllo di esportazione, importazione e transito delle armi da fuoco. In particolare, l'art. 10, § 2 stabilisce soltanto che:

International Law. Aprile 2008.

¹⁸³⁴ Tale procedura, pur se macchinosa, costituisce un *unicum* nell'ambito del commercio di armi, in quanto non sono previste corrispondenti norme che impongano obblighi di reciprocità di tale natura

¹⁸³⁵ SIMMA, *op. cit.*, § 4.

¹⁸³⁶ Artt. 12 e ss.

¹⁸³⁷ Art. 8: "1. For the purpose of identifying and tracing each firearm, States Parties shall: (a) At the time of manufacture of each firearm, either require unique marking providing the name of the manufacturer, the country or place of manufacture and the serial number, or maintain any alternative unique userfriendly marking with simple geometric symbols in combination with a numeric and/or alphanumeric code, permitting ready identification by all States of the country of manufacture; (b) Require appropriate simple marking on each imported firearm, permitting identification of the country of import and, where possible, the year of import and enabling the competent authorities of that country to trace the firearm, and a unique marking, if the firearm does not bear such a marking. The requirements of this subparagraph need not be applied to temporary imports of firearms for verifiable lawful purposes; (c) Ensure, at the time of transfer of a firearm from government stocks to permanent civilian use, the appropriate unique marking permitting identification by all States Parties of the transferring country. 2. States Parties shall encourage the firearms manufacturing industry to develop measures against the removal or alteration of markings".

*“Before issuing export licences or authorizations for shipments of firearms, their parts and components and ammunition, each State Party shall verify:
(a) That the importing States have issued import licences or authorizations; and
(b) That, without prejudice to bilateral or multilateral agreements or arrangements favouring landlocked States, the transit States have, at a minimum, given notice in writing, prior to shipment, that they have no objection to the transit”.*

Rispetto alla corrispondente disposizione della Convenzione Interamericana, l'art. 10 del Protocollo si limita semplicemente ad enunciare un obbligo in capo allo Stato di esportazione. Non vi è, quindi, alcuna reciprocità allo Stato di importazione di inviare le rispettive autorizzazioni o licenze. Tuttavia, tenendo in considerazione il presupposto per lo Stato di esportazione di rilasciare la propria autorizzazione solo a seguito di rilascio di medesima autorizzazione da parte dello Stato d'importazione, la *condicio sine qua non* così prevista permette allo Stato di esportazione di “sollecitare” quello di importazione a provvedere al più presto. Questa caratteristica sembra emergere anche in relazione a quanto stabilito nei successivi paragrafi dell'articolo in esame, in particolare laddove si stabilisce che lo Stato d'importazione deve informare quello di esportazione circa l'arrivo del carico di armi¹⁸³⁸ e quali siano i requisiti principali delle licenze o autorizzazioni rilasciate¹⁸³⁹.

La procedura per le marchiature di armi e munizioni nella Convenzione ECOWAS è ugualmente dettagliata: oltre a stabilire in quali casi essa debba essere operata, viene fatta la distinzione tra armi esistenti prima dell'entrata in vigore della Convenzione (*classic marking*)¹⁸⁴⁰ e quelle prodotte successivamente (*security marking*)¹⁸⁴¹; tale distinzione viene imposta anche nel caso in cui le armi vengano importate¹⁸⁴², ma nel caso in cui le armi non siano state marchiate nello Stato di produzione vi provvederà la competente autorità dello Stato d'importazione¹⁸⁴³. Assieme alla procedura di marchiatura viene prevista la tracciabilità delle armi¹⁸⁴⁴. Tale attività istituzionale si realizza, anzitutto, attraverso lo scambio di informazioni tra i vari Stati parte, soprattutto laddove queste riguardino attività illecite di produzione o traffico di armi, cui si aggiungono anche le informazioni sulle misure normative adottate dai vari Stati¹⁸⁴⁵. La disposizione non si limita a stabilire

¹⁸³⁸ Art. 10, § 4: “*The importing State Party shall, upon request, inform the exporting State Party of the receipt of the dispatched shipment of firearms, their parts and components or ammunition*”.

¹⁸³⁹ Art. 10, § 3: “*The export and import licence or authorization and accompanying documentation together shall contain information that, at a minimum, shall include the place and the date of issuance, the date of expiration, the country of export, the country of import, the final recipient, a description and the quantity of the firearms, their parts and components and ammunition and, whenever there is transit, the countries of transit. The information contained in the import licence must be provided in advance to the transit States*”.

¹⁸⁴⁰ Art. 18, § 2, lett. a): “*‘Classic marking’ shall include a unique serial number, the manufacturer’s identity, as well as the identification of the country and year of manufacture. Information concerning the purchaser’s identity and the country of destination should also be included if known at the time of manufacture. The markings shall be expressed alphanumerically. They must be legible and should be featured on a maximum number of main parts of the weapon, and at the very least on the part designated by the manufacturer as essential as well as on one other important part of the arm*”.

¹⁸⁴¹ Art. 18, § 2, lett. b): “*A “Security marking” shall be applied to all weapons produced after the entry into force of this Convention. This will permit the identification of the weapons in the event that classic markings have been destroyed or falsified. Security markings must be undertaken on component parts that are not easily manipulated after the weapon’s manufacture, and the falsification of which would render the weapon unusable*”.

¹⁸⁴² Art. 18, § 2, lett. c), ipotesi i) e ii).

¹⁸⁴³ Art. 18, § 2, lett. c), ipotesi iii).

¹⁸⁴⁴ Art. 19.

¹⁸⁴⁵ Art. 19, § 1.

solo un obbligo di scambio, ma anche di cooperazione più stringente. Infatti, l'art. 19 dispone che:

“To ensure smooth and effective cooperation in tracing, requests for assistance in tracing illicit small arms or light weapons will contain sufficient information including, inter alia:

a) Information describing the illicit nature of the small arm and light weapon, including the legal justification thereof and circumstances under which the small arm and light weapon was found;

b) Markings, type, calibre and other relevant information;

c) Intended use of the information being sought”¹⁸⁴⁶.

La cooperazione, in questo caso, risiede nella comunicazione dei provvedimenti, adeguatamente motivati, con cui si è disposto il sequestro delle armi, o con i quali si comunica la presunta illiceità del carico. In tal senso, tale obbligo assomiglia a quello previsto in diversi accordi internazionali sul controllo dei trasferimenti di armi (primo fra tutti, l'Intesa di Wassenaar¹⁸⁴⁷), nei quali si stabilisce la necessaria notifica dei dinieghi di autorizzazione all'esportazione. Rispetto ai più generali obblighi di collaborazione tra le forze di polizia o le varie autorità statali¹⁸⁴⁸, tale forma di cooperazione pone anzitutto un obbligo rilevante per gli Stati di motivare i provvedimenti di diniego e sequestro, ma assicura anche che le informazioni circa eventuali casi di illiceità possano circolare e fornire agli altri Stati utili elementi per reprimere le condotte illecite e prevenire la commissione di crimini.

I tre strumenti prevedono in egual misura alcune disposizioni incriminatrici. Differente, però, è l'incidenza che tali *treaty crimes*¹⁸⁴⁹ possano avere sulle legislazioni nazionali.

Secondo l'art. IV, § 2 della Convenzione Interamericana, la complicità nelle violazioni deve (*“shall”*) essere punita con una misura a carattere penale¹⁸⁵⁰. In particolare, la fattispecie sanzionatoria che si deve prendere in considerazione deve prevedere come sanzionabili le diverse condotte di partecipazione, concorso e contributo alle attività di traffico illecito. Il carattere penale delle misure è reso evidente anche dalla forma di pena prevista dall'art. VI, § 1 per le armi illecitamente prodotte o trafficate, identificata nella confisca o nel sequestro di queste¹⁸⁵¹.

Affinché la sanzione possa avere un'effettiva natura penale, è, però, necessario che gli Stati adottino tali misure in base ai principi giuridici del proprio ordinamento. Tale clausola di salvaguardia è resa evidente anche dall'art. III, il quale specifica che:

“1. States Parties shall carry out the obligations under this Convention in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of states and that of nonintervention in the domestic affairs of other states.

2. A State Party shall not undertake in the territory of another State Party the exercise of jurisdiction and performance of functions which are exclusively reserved to the authorities of that other State Party by its domestic law”.

¹⁸⁴⁶ Art. 19, § 5.

¹⁸⁴⁷ *Initial Elements*, sez. 2.1.2.

¹⁸⁴⁸ Si vedano, ad esempio, gli art. 13 ss. dell'ATT.

¹⁸⁴⁹ Si veda *infra*, § 2.1.1.

¹⁸⁵⁰ *“Subject to the respective constitutional principles and basic concepts of the legal systems of the States Parties, the criminal offenses established pursuant to the foregoing paragraph shall include participation in, association or conspiracy to commit, attempts to commit, and aiding, abetting, facilitating, and counseling the commission of said offenses”.*

¹⁸⁵¹ *“States Parties undertake to confiscate or forfeit firearms, ammunition, explosives, and other related materials that have been illicitly manufactured or trafficked”.*

Oltre a garantire il principio di sovranità nell'adozione delle misure, la Convenzione fa salvo anche il principio di applicazione della giurisdizione territoriale degli Stati, determinando quindi e l'impossibilità di procedere con applicazioni extraterritoriali della giurisdizione¹⁸⁵² e la conformità al diritto internazionale di tale applicazione, ad es. ammettendo il consenso dello Stato territoriale ad operare l'arresto dei trafficanti di armi.

Tale ultimo principio viene, a sua volta, temperato dall'art. V della Convenzione, il quale stabilisce che gli Stati parte debbano prevedere adeguate misure per applicare la propria giurisdizione sulla base del criterio del *locus commissi delicti*¹⁸⁵³, del criterio di connessione soggettiva territoriale¹⁸⁵⁴ e di connessione oggettiva extraterritoriale¹⁸⁵⁵. Soprattutto in quest'ultimo caso, l'esercizio della giurisdizione avviene secondo i principi della giurisdizione universale e dell'extradizione (*aut dedere aut iudicare*)¹⁸⁵⁶ e sempre che le misure precedentemente elencate siano state adottate.

Per quanto riguarda le misure da adottare per il contrasto al traffico illecito di armi, il Protocollo va al di là di quanto stabilito dalla Convenzione Interamericana, stabilendo espressamente che le misure legislative che devono essere adottate dagli Stati parte *devono* avere natura penale, e stabilisce, inoltre, quali *devono* essere tali misure. In particolare, l'art. 5 prevede che gli Stati criminalizzino le seguenti fattispecie:

- a) produzione illecita di armi;
- b) traffico illecito di armi;
- c) falsificazione o illecita obliteratura, rimozione o alterazione dei segni di marchiatura sulle armi¹⁸⁵⁷.

Vengono, inoltre, previste ulteriori forme di criminalizzazione, ed in particolare il tentativo di commettere alcune delle fattispecie sopra citate e le forme di assistenza e aiuto nella commissione delle medesime¹⁸⁵⁸. Diversamente dalla Convenzione, però, il Protocollo non fa salvo il principio di sovranità degli Stati nello stabilire esattamente le misure di repressione. In questo senso, il disposto dell'art. 5 deve essere letto in combinato disposto con l'art. 1 circa l'interpretazione autentica del Protocollo alla luce della Convenzione per la repressione del crimine organizzato transnazionale, dove sono previste misure di repressione penale di determinati reati o crimini. Una clausola di salvaguardia circa il principio di sovranità, invece, è rinvenibile nel successivo art. 6 relativo ai tipi di pena accessoria applicabile nei casi in cui siano stati accertati i crimini di cui all'art. 5¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵² Sull'applicazione extraterritoriale della giurisdizione, si veda BIANCHI, *Applicazione extraterritoriale* citato, p. 247 ss.

¹⁸⁵³ Art. V, § 1.

¹⁸⁵⁴ Art. V, § 2.

¹⁸⁵⁵ Art. V, § 3.

¹⁸⁵⁶ L'extradizione di cui all'art. V viene disciplinata dal successivo art. XIX. In dottrina, si veda M. P. SCHARF, voce *Aut dedere aut iudicare*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2008.

¹⁸⁵⁷ Art. 5, § 1.

¹⁸⁵⁸ Art. 5, § 2. Si segnala, in particolare, come qui vi sia stata una codificazione di quanto stabilito nella giurisprudenza del Tribunale per la ex Jugoslavia relativa all'*aiding and abetting* nella commissione di crimini internazionali tramite trasferimenti illeciti di armi, di cui più *infra*.

¹⁸⁵⁹ Art. 6: "1. *Without prejudice to article 12 of the Convention, States Parties shall adopt, to the greatest extent possible within their domestic legal systems, such measures as may be necessary to enable confiscation of firearms, their parts and components and ammunition that have been illicitly manufactured or trafficked.* 2. *States Parties shall adopt, within their domestic legal systems, such measures as may be necessary to prevent illicitly manufactured and trafficked firearms, parts and components and ammunition from falling into the hands of unauthorized persons by seizing and destroying such firearms, their parts and components and ammunition unless other disposal has been officially authorized, provided that the firearms have been marked and the methods of disposal of those*

L'art. 6 della Convenzione ECOWAS prevede proibizioni di trasferimenti sulla base di possibili violazioni degli obblighi internazionali degli Stati o sulla base dell'impiego che ne possa derivare. La disposizione sembra distinguere tra questi due tipi di "rischio", ed in particolare stabilisce che uno Stato non debba autorizzare il trasferimento quando possano derivare violazioni di obblighi internazionali quali:

- a) *Obligations under the Charter of the United Nations - including:*
 - i. *Binding resolutions of the United Nations Security Council such as those imposing arms embargoes;*
 - ii. *The prohibition on the use or threat of use of force;*
 - iii. *The prohibition on intervention in the internal affairs of another State.*
- b) *Universally accepted principles of international humanitarian law.*
- c) *Any other treaty or decision by which the Member States are bound, including:*
 - i) *binding decisions, including embargoes, adopted by relevant international, multilateral and sub-regional bodies, such as the African Union Peace and Security Council, to which a State is party;*
 - ii) *Prohibitions of arms transfers that arise in particular treaties which a State is party to, such as OTTAWA Convention on Antipersonnel Mines, the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons and its Protocols*¹⁸⁶⁰.

Le altre ipotesi in cui sia obbligatorio limitare il rilascio di un'autorizzazione riguardano, invece, la destinazione o l'impiego che possa essere fatto delle SALW. La disposizione dell'art. 6 sembra dividere in due questi tipi di violazione, che possono essere riassunti in tale maniera:

a) quando l'impiego delle armi possa comportare gravi violazioni del diritto internazionale, ed in particolare dei diritti umani, del diritto umanitario, del principio di non ingerenza negli affari interni¹⁸⁶¹ e del divieto di aggressione¹⁸⁶²;

b) altre violazioni di particolare importanza, o quanto meno che siano previste da convenzioni e strumenti pattizi rilevanti¹⁸⁶³.

Perché queste violazioni siano accertate chiaramente, la Convenzione non impone, però, di esperire una valutazione dei rischi connessi, come stabilito all'art. 7, § 3 dell'ATT, bensì richiede che il Segretario esecutivo ECOWAS, assieme agli Stati parte, determini gli "elements of proof" di tali violazioni, i quali saranno direttamente applicabili dagli Stati¹⁸⁶⁴. Quindi, la valutazione che deve essere esperita dagli Stati non è più considerata un'attività *discrezionale*, bensì viene definita un'attività di tipo *vincolante*. Inoltre, tali parametri possono essere raffrontabili con gli "elements of crime" della Corte Penale Internazionale, i quali fissano i criteri fondamentali per il riconoscimento e l'accertamento

firearms and ammunition have been recorded".

¹⁸⁶⁰ Art. 6, § 2.

¹⁸⁶¹ Come visto al cap. V.

¹⁸⁶² Art. 6, § 3. In quest'ultimo caso, il riferimento a "other [purposes] than for the legitimate defence and security needs of the beneficiary country" deve essere inteso come atti che non corrispondano alla legittima difesa, ovvero ad atti di aggressione armata ai danni di altro Stato.

¹⁸⁶³ Art. 6, § 4: "A transfer shall not be authorised if it is destined to: a) be used for or to facilitate the commission of violent or organised crime; b) adversely affect regional security; endanger peace, contribute to destabilising or uncontrolled accumulations of arms or military capabilities into a region, or otherwise contribute to regional instability; c) hinder or obstruct sustainable development and unduly divert human and economic resources to armaments of the states involved in the transfer; d) involve corrupt practices at any stage - from the supplier, through any middlemen or brokers, to the recipient".

¹⁸⁶⁴ Art. 6, § 6: "The Executive Secretary and all Member States shall provide elements of proof to apply the criteria enunciated in paragraphs a, b, c, d and e of the present article and to indicate the refusal of exemption request made by a Member State".

di violazione prescritta dalla norma incriminatrice¹⁸⁶⁵.

Infine, la Convenzione impone l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sia per stabilire quello *standard* minimo¹⁸⁶⁶ relativamente al controllo dell'esportazione di armi, sia per quanto riguarda le normative nazionali che stabiliscono divieti di trasferimento sulla base di *embargoes* di organizzazioni internazionali o delle disposizioni della Convenzione medesima¹⁸⁶⁷.

Una disposizione interessante è relativa alla possibilità di risolvere controversie tra Stati relativamente all'interpretazione ed esecuzione del Protocollo. L'art. 16 dispone che:

“1. *States Parties shall endeavour to settle disputes concerning the interpretation or application of this Protocol through negotiation.*

2. *Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Protocol that cannot be settled through negotiation within a reasonable time shall, at the request of one of those States Parties, be submitted to arbitration. If, six months after the date of the request for arbitration, those States Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those States Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in accordance with the Statute of the Court.”.*

Secondo tale disposizione, lo strumento principale cui ricorrere in caso di controversie è il negoziato, esperibile anche tramite consultazioni¹⁸⁶⁸. Nel momento in cui, però, la controversia non venga risolta tramite negoziato “*in tempi ragionevoli*”, uno degli Stati coinvolti può fare richiesta di ricorso ad arbitrato, oppure, laddove non vi sia accordo sulle regole di nomina degli arbitri e di procedura rituale, è possibile deferire la controversia alla Corte Internazionale di Giustizia.

Ciò che deve essere valutato, ai fini di tale ultima richiesta, è l'*insanabilità della controversia* sorta e la *irragionevole persistenza temporale* della medesima. Tali requisiti, se presenti, verranno vagliati da una o più parti al fine di ricorrere allo strumento dell'arbitrato. Non vi è, però, obbligatorietà al ricorso: le parti della controversia dispongono sempre del potere di decidere come dirimerla. Tuttavia, nel momento in cui i due requisiti sopra accertati siano evidenti e non eludibili, la scelta di almeno una delle parti sarà sempre indirizzata ad una soluzione esperibile presso un organo terzo ed imparziale¹⁸⁶⁹.

1.2.3 - Violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario

Come è noto¹⁸⁷⁰, violazioni particolarmente gravi possono occorrere a seguito di trasferimenti illeciti di armi, quando non siano stati sottoposti ad idonei controlli.

La gravità di tali violazioni è derivata dal fatto che ampia parte dei diritti umani ed il “nocciolo duro” del diritto internazionale umanitario vengono oramai tutelati da

¹⁸⁶⁵ Si veda in tal senso W. K. LIETZAU, *Checks and Balances and Elements of Proof: Structural Pillars for the International Criminal Court*, in *Cornell Journal of International Law*, 1999, vol. 32, p. 477 ss., in particolare a p. 483 e s.

¹⁸⁶⁶ Sul punto, si veda § 1.3.

¹⁸⁶⁷ Art. 21.

¹⁸⁶⁸ Sul punto, si veda Cap. II, § 1.3.

¹⁸⁶⁹ Sulla *ampia* scelta cui attualmente è possibile ricorrere per quanto riguarda i mezzi di risoluzione delle controversie, si veda J. CRAWFORD, *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. I, n. 1, p. 14.

¹⁸⁷⁰ Una discussione sul punto è stata anticipata al par. 1.1 circa il controllo di atti illeciti compiuti da privati e la prevenzione dei medesimi posta in capo allo Stato.

obblighi *erga omnes*¹⁸⁷¹. Inoltre, tali obblighi assumono la qualifica di norme imperative o di *ius cogens*, nel momento in cui le violazioni degli stessi venga considerata equivalente ad crimine internazionale¹⁸⁷².

Nell'ambito del commercio di armi, la questione derivante dalle violazioni di diritti umani e diritto umanitario è oramai al centro del dibattito internazionale da diverso tempo¹⁸⁷³. La tutela di siffatti diritti, considerati in maniera ampia, risulta essere oggetto anche dell'attuale Trattato sul commercio di armi, il quale richiama queste norme già nel suo preambolo¹⁸⁷⁴. Tuttavia, anche in tale accordo la discussione sul significato da attribuire all'espressione "*serious violations of human rights law*"¹⁸⁷⁵ ha palesato alcuni limiti circa la comprensione del fenomeno¹⁸⁷⁶. Anche nelle discussioni negoziali e successive all'adozione del testo, le differenti opinioni degli Stati hanno alimentato tale dibattito¹⁸⁷⁷.

Come si può notare dalle difficoltà e dai dubbi palesati, non è sembrato facile inquadrare esattamente questo fenomeno normativo. A tal proposito, è intervenuta anche

¹⁸⁷¹ Una discussione sul punto viene affrontata da Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *What Amount to 'A Serious Violation of International Human Rights Law'? An Analysis of Practice and Expert Opinion for the Purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Academy Briefing n. 6/2014, agosto 2014, p. 9 ss. si veda anche G. GAJA, *Do States have a Duty to Ensure Compliance with Obligation Erga Omnes?*, in RAGAZZI, *International Responsibility* citato, pp. 31-36.

¹⁸⁷² B. I. BONAFÉ, *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La responsabilità* citato, pp. 501-517; M. IOVANE, *È possibile codificare la responsabilità dello Stato per violazione di norme internazionali particolarmente gravi?*, in ID., pp. 341-384; A. CASSESE, *The Character of the Violated Obligation*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON, *The Law* citato, pp. 415-426; J. CRAWFORD, *International Crimes of the State*, in ID., pp. 405-414; D. CARON, *State Crimes: Looking at Municipal Experience with Organizational Crime*, in RAGAZZI, *op. cit.*, pp. 23-30; P. S. RAO, *International Crimes and State Responsibility*, in ID., pp. 63-80; H. G. ESPIELL, *International Responsibility of the State and Individual Criminal Responsibility in the International Protection of Human Rights*, in ID., pp. 151-160.

¹⁸⁷³ Si veda, ad esempio, International Committee of the Red Cross, *Availability* citato, p. 4 ss.

¹⁸⁷⁴ ATT, Preambolo, V° principio: "*Respecting and ensuring respect for international humanitarian law in accordance with, inter alia, the Geneva Conventions of 1949, and respecting and ensuring respect for human rights in accordance with, inter alia, the Charter of the United Nations and the Universal declaration of Human Rights*".

¹⁸⁷⁵ Presente all'art. 7, § 1 circa il riferimento posto in capo agli Stati per accertare eventuali rischi connessi al trasferimento di armi.

¹⁸⁷⁶ Vi sono state diverse formulazioni proposte: dalle "*serious violations*" si è passati alle "*grave breaches*" (presenti anche nell'art. 6, § 3, norma di riferimento in questo caso), fino a considerare la gravità anche dal punto di vista della sistematicità delle violazioni. Sul punto, si veda Geneva Academy citato, p. 3.

¹⁸⁷⁷ Si vedano, in questo senso, l'intervento della Nuova Zelanda durante il negoziato, la quale ha sostenuto che "[...] *it considers the reference to "grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party" in Article 6(3), encompasses acts committed in international and in non-international armed conflict, and includes serious violations of Common Article 3 to the Geneva Convention of 1949 as well as, for States Parties to the relevant agreements, war crimes as described in the Hague Convention IV of 1907 and its Regulations, the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions and the Rome Statute of the International Criminal Court*". Si vedano, infine, anche le dichiarazioni interpretative della Svizzera e del Liechtenstein, le quali hanno sostenuto che "*the term "grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes as defined by international agreements to which it is a Party" in article 6, paragraph 3, encompasses acts committed in international and in non-international armed conflicts, and includes, among others, serious violations of Common Article 3 to the Geneva Conventions of 1949; as well as, for States Parties to the relevant agreements, war crimes as described in the Hague Convention IV of 1907 and its Regulations, the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions and the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998*".

la dottrina nel dibattito, che ha cercato di mettere ordine sul punto, facendo anzitutto riferimento sia alla prassi esistente, sia alle diverse pronunce della giurisprudenza internazionale¹⁸⁷⁸.

Anzitutto, si è ritenuto che le violazioni, così come previste nell'ATT, abbiano una soglia di rilevanza giuridica molto bassa, poiché non si comprenderebbero solo le violazioni gravi, ovvero quelle che direttamente corrispondano a crimini internazionali, ma si siano volute comprendere anche violazioni di altri diritti, in particolare quelle di natura economica, sociale, culturale, politica e civile¹⁸⁷⁹. Oltre ad una generale comprensione, sono stati indicati anche i criteri principali presenti nella prassi istituzionale, attraverso i quali è possibile identificare le gravi violazioni del diritto internazionale. Tali criteri sono relativi a:

- a) la natura dell'obbligo coinvolto dalla violazione;
- b) l'ampiezza della violazione;
- c) lo *status* delle vittime; e
- d) l'impatto delle violazioni.

Per quanto riguarda le violazioni in sé, una prima elencazione può provenire dalla prassi di organismi internazionali, i quali indicano le “*serious violations*” (la cui ampiezza e sistematicità può comportare la commissione di crimini internazionali) nell'arresto e detenzione arbitraria, nel *targeting* su civili e siti civili durante un conflitto armato, nella sparizione forzata, nell'uso eccessivo della forza interna, nella dispersione forzata e massiccia della popolazione civile, in attacchi indiscriminati, nella violenza sessuale, nella tortura ed in trattamenti inumani o degradanti, in arbitrarie privazioni del diritto alla vita e nelle violazioni del diritto di proprietà. A queste sono state aggiunte le violazioni dei diritti sociali dell'uomo, la riduzione in schiavitù e le violazioni del diritto umanitario in generale¹⁸⁸⁰.

La questione della gravità, inoltre, può essere collegata a quelle gravi e sistematiche violazioni di diritti fondamentali, che la Comunità internazionale nel suo complesso identifica quali obblighi *erga omnes*¹⁸⁸¹. In questo senso, dunque, la violazione compiuta mediante trasferimenti di armi provocherà di certo l'invocazione della responsabilità internazionale dello Stato fornitore da parte della Comunità internazionale¹⁸⁸².

In altri casi, la questione della gravità viene messa in relazione non solo alle tradizionali aree del diritto umanitario e dei diritti umani, bensì anche in relazione al diritto internazionale penale. In questo caso, però, la responsabilità che sorge da trasferimenti di armi in violazione dei diritti umani e del diritto umanitario sarà valutabile solo alla luce della responsabilità individuale¹⁸⁸³. Inoltre, la responsabilità individuale dovrà essere accertata al di là di ogni ragionevole dubbio circa l'identità del soggetto, la presenza di cause scriminanti e la condotta che viene considerata¹⁸⁸⁴.

Ciò, dunque, porta a considerare come l'ambito di operatività dei diritti umani e

¹⁸⁷⁸ Geneva Academy citato, p. 5.

¹⁸⁷⁹ Geneva Academy, *ib.*; COCO, *op. cit.*, p. 1235 ss.; BELLAL-MASLEN-GIACCA, *op. cit.*, p. 12 ss.

¹⁸⁸⁰ Geneva Academy, *ib.*

¹⁸⁸¹ G. ABI-SAAB, *The Concept of “International Crimes” and its Place in Contemporary International Law*, in J. WEILER - M. SPINEDI - A. CASSESE (a cura di), *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, de Gruyter, Berlin/NewYork, 1989, pp. 141-150.

¹⁸⁸² Si veda il § 1.1.

¹⁸⁸³ Di cui ampia discussione nel § 2.1 e ss.

¹⁸⁸⁴ In tal senso, si veda il § 2.1.1 circa la tipicità delle condotte di *illicit brokering* e *diversion* dei carichi di armi, oltre a quanto verrà affrontato nel § 3 circa la rilevazione dei trasferimenti illeciti di armi quale autonoma fattispecie di crimine internazionale.

quello internazionale penale, laddove si verificano violazioni tramite trasferimenti illeciti di armi, possano sovrapporsi e generare difficoltà circa l'inquadramento della condotta nell'esatto quadro normativo di responsabilità¹⁸⁸⁵. Laddove, però, sia possibile rilevare come il contributo fornito con l'invio di armi sia rilevante per la commissione di crimini internazionali e ricorrano le condizioni che vedremo in seguito¹⁸⁸⁶, non c'è dubbio alcuno circa la configurazione di tale responsabilità come individuale e perciò prevalente rispetto alla responsabilità internazionale dello Stato

Prendendo spunto da questa definizione di gravità delle violazioni, è possibile ammettere che, in relazione ai trasferimenti di armi, si possano concretizzare almeno due tipi di gravi violazioni:

a) violazioni direttamente derivanti da condotte *violente* ed *armate*, quali le diverse condotte previste dal diritto internazionale umanitario e quelle relative all'uso della forza interna in maniera massiccia contro la popolazione civile;

b) violazioni indirettamente connesse con i trasferimenti di armi, in cui è possibile inserire la detenzione arbitraria, l'uso sistematico della tortura e di altro trattamento inumano e degradante e le violazioni connesse ai diritti economici e sociali, quali il diritto di proprietà e lo sviluppo sostenibile di uno Stato¹⁸⁸⁷.

A queste violazioni *gravi* sono da aggiungere anche violazioni *serie*, ovvero violazioni che riguardano i principi base su cui si fonda la Comunità internazionale, identificati, ad esempio, nella non ingerenza negli affari interni, nel principio di eguaglianza sovrana degli Stati, nel principio di autodeterminazione dei popoli, oltre ai generali principi di pace e stabilità internazionali, le cui violazioni sono di diretta competenza del Consiglio di Sicurezza.

Per entrambe, sia che la responsabilità possa essere attribuita allo Stato od all'individuo, dovrà essere vagliata l'*incidenza* che avrà il trasferimento illecito nella commissione delle violazioni, ovvero sarà necessario fornire adeguata prova che il contributo in armi abbia effettivamente facilitato la violazione o che addirittura tale violazione non avrebbe potuto avere luogo senza tale contributo¹⁸⁸⁸.

2. Responsabilità per trasferimenti illeciti di armi e principio di trasparenza

2.1 - La trasparenza e le informazioni nei trasferimenti di armi convenzionali

Come visto in precedenza¹⁸⁸⁹, ai trasferimenti di armi è possibile applicare il principio di trasparenza. Tuttavia, questa connotazione appare vera solo in linea teorica: essendo caratterizzati anche dalla sicurezza nazionale, i trasferimenti di armi convenzionali si ritrovano in una "zona grigia". La trasparenza assume la forma di un principio che informa, certo, la visibilità di certi atti nel diritto internazionale, ma l'ampio margine di discrezionalità ancora lasciato agli Stati per gestire le proprie informazioni circa la sicurezza nazionale rende difficile pensare che questo principio possa tradursi anche in un obbligo a carico degli Stati¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁵ Geneva Academy citato, p. 10.

¹⁸⁸⁶ Si veda § 2.1 e ss.

¹⁸⁸⁷ Geneva Academy citato, p. 11.

¹⁸⁸⁸ Sul punto si rinvia, per la responsabilità dello Stato, al § 1.1, mentre per la responsabilità individuale al § 2.2.

¹⁸⁸⁹ Cap. I, § 6 ss.

¹⁸⁹⁰ In tal senso, si veda A. PETERS, *Towards Transparency as a Global Norm*, in A. BIANCHI - A. PETERS (a cura di), *Transparency in International law*, Cambridge University press, Cambridge, 2013, pp. 534-607,

Se la trasparenza non assume la forma di un obbligo internazionale, evidentemente gli Stati non si sentiranno tenuti a dover diffondere tutte le informazioni circa gli accordi conclusi per i trasferimenti di armi. Tuttavia, data proprio tale natura di principio, è giocoforza riconoscere che, nella stipulazione di accordi internazionali, gli Stati lo seguiranno al fine di evitare che l'oggetto e lo scopo dei propri accordi non siano in contrasto con altri obblighi internazionali, soprattutto quando questi abbiano una rilevanza fondamentale. Infatti, i trattati segreti, anche se non sono considerati invalidi ma solo sottoposti alla sanzione di non invocabilità dinanzi agli organi ONU¹⁸⁹¹, si considerano invalidi se tesi, nell'oggetto e/o nello scopo, a commettere un illecito internazionale. Soprattutto nel caso in cui l'accordo sia teso a trasferire armi da uno Stato all'altro per compiere gravi violazioni del diritto internazionale¹⁸⁹², evidentemente vi sarà un contrasto con una norma di *jus cogens*, che pertanto è considerata inderogabile anche nei confronti degli accordi segreti¹⁸⁹³. La trasparenza, in questo caso serve ad evitare che gli Stati aggirino i divieti imposti dal diritto internazionale, determinando quindi almeno un obbligo di cooperazione nella diffusione delle informazioni¹⁸⁹⁴. L'elevata presenza di tale esigenza in diversi accordi, stipulati da una grande maggioranza di Stati¹⁸⁹⁵, ci permette di considerare la cooperazione alla stregua di un obbligo di natura consuetudinaria.

Oltre al generale obbligo di cooperazione internazionale qui visto, la trasparenza ha dalla sua anche un efficace strumento internazionale che permette di delineare se l'esportazione da autorizzare sia o meno in violazione del diritto internazionale. Qui, il concetto di trasparenza coincide con quello di *informazione*. Ma non può essere intesa solo come necessità di ottenere informazioni, bensì come possibilità di accedere alle medesime e poterle rielaborare per fini ulteriori¹⁸⁹⁶. Questo è il generale problema che si ha con l'informazione in quanto tale: non basta pensare che questa possa assumere una connotazione particolare. L'informazione, il dato, non parla automaticamente, non informa di sé, ma informa dell'oggetto cui si riferisce¹⁸⁹⁷. È ulteriormente utile quell'immagine descritta da Andrea Bianchi sull'informazione: non possiamo pensare che, guardando l'informazione ed applicandovi il filtro della trasparenza, questa risulti essere più chiara, più traslucida, rispetto al suo assetto grezzo e imperfetto¹⁸⁹⁸. È necessaria

ed in particolare a p. 549 ss. e 558 ss. In senso contrario, S. SETTY, *National Security Without Secret Laws: How Other Nations Balance National Security Interests and Transparency of the Law*, American Constitutional Society for the Law and Policy, July 2009, p. 10 ss.; H. NASU, *State Secrets Law and the National Security*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, vol. 64, n. 3, pp. 365-404.

¹⁸⁹¹ Art. 102 della Carta. In dottrina si veda anche M. BRANDON, *The Validity of Non-Registered Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1952, vol. XXIX, pp. 186-204, a p. 190 ss.

¹⁸⁹² Come un'aggressione armata nei confronti di un altro Stato, oppure per commettere crimini internazionali (vedi anche più *infra* § 3 ss.).

¹⁸⁹³ R. CADDELL, voce *Treaties, Secret*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Giugno 2006, § 2.

¹⁸⁹⁴ Si vedano, in questo senso, gli artt. 12 e ss. dell'ATT, oltre alla sez. 2.1.2 dell'Intesa di Wassenaar, secondo quanto spiegato da K. A. DURSHT, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, vol. 19, n. 3, p. 1079 ss., a p. 1082.

¹⁸⁹⁵ Si vedano gli artt. 12 e ss. dell'ATT, oltre agli articoli sulla cooperazione in materia di criminalità organizzata transnazionale (Convenzione di Palermo del 2001, artt. 13 ss.), in materia di contrasto alla corruzione (artt. 37 ss. della Convenzione di Palermo del 2005) e sul contrasto al finanziamento al terrorismo internazionale (artt. 12 ss. della Convenzione di New York del 1999).

¹⁸⁹⁶ A. BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law*, in A. BIANCHI - A. PETERS (a cura di), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 1-19, a p. 10.

¹⁸⁹⁷ BIANCHI, *op. cit.*, p. 13 s.

¹⁸⁹⁸ Bianchi, p. 10.

un'ulteriore operazione logica per far sì che l'informazione “parli”: è necessario comprenderla e giudicare per cosa possa rivelarsi utile. Infatti, l'informazione è meramente strumentale per capire determinati procedimenti o situazioni, ma anche per poter risolvere questioni importanti che possono sorgere da queste situazioni; è, quindi, necessario che queste informazioni siano utili ad un determinato scopo.

Ma garantire l'accesso a tutte le informazioni può risultare dannoso sotto diversi punti di vista. Se applicato ai trasferimenti di armi, essendo questo un campo in cui tradizionalmente viene coinvolta la sicurezza nazionale, il rischio che si produce non è tanto per la collettività internazionale, ma per lo Stato medesimo. Rischi inerenti alla sicurezza nazionale sono all'ordine del giorno, nel momento in cui si rivelano importanti e preziose informazioni su un determinato aspetto¹⁸⁹⁹: dall'impiego che si può fare di quell'arma, alle caratteristiche tecniche dell'arma, che possono arrivare a colpire le imprese di produzione delle armi, fino alle cifre che sono state spese per l'acquisto ed alle relative conseguenze sulle finanze pubbliche, oltre, ovviamente, alle conseguenze che derivano dall'illecito utilizzo¹⁹⁰⁰.

Considerare la trasparenza quale informazione nei trasferimenti di armi comporta anche l'insorgenza di complicazioni relativamente alla sensibilità del bene giuridico trasferito ed all'eventuale impiego. Sempre più, i governi cercano di rendere riservate, se non addirittura segrete, numerose informazioni pertinenti gli armamenti di cui dispongono; tra queste informazioni, le modalità di trasferimento sono considerate abbastanza sensibili, dal momento che possono essere utilizzate sia da soggetti esterni alla trattativa per impedire l'arrivo a destinazione o per deviare il carico delle armi¹⁹⁰¹, sia per contrastare un vantaggio militare ed industriale¹⁹⁰² che possa generarsi dall'apprendimento

¹⁸⁹⁹ Si veda M. TRYBUS, *Defence Procurement*, in M. TRYBUS - R. CARANTA - G. EDELSTAHM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 249-283, a p. 263 ss.; NASU, *op. cit.*, p. 366 ss.; SETTY, *The Rise of National Security Secrets*, in *Connecticut Law Review*, 2012, vol. 44, n. 5, pp. 1563-1583.

¹⁹⁰⁰ In quest'ultimo caso, come vedremo, è diventato di fondamentale importanza lo standard stabilito dall'art. 7 ATT, come vedremo anche nel paragrafo che segue.

¹⁹⁰¹ La *diversion* è attualmente considerata una forma illecita di trasferimento delle armi. Nell'ATT (art. 11) si stabilisce che “*In order to better comprehend and prevent the diversion of transferred conventional arms covered under Article 2 (1), States Parties are encouraged to share relevant information with one another on effective measures to address diversion. Such information may include information on illicit activities including corruption, international trafficking routes, illicit brokers, sources of illicit supply, methods of concealment, common points of dispatch, or destinations used by organized groups engaged in diversion (§ 5)*”. È quindi utile comprendere che, in un ambito estremamente sensibile, il segreto, o la mancanza di trasparenza, assuma *ex se* una valenza di tutela e di misura di limitazione di eventuali rischi che possano sorgere (*confidence and security building measure*).

¹⁹⁰² Questo aspetto era rilevante soprattutto durante la Guerra fredda: la predisposizione di un meccanismo di coordinamento (anziché di stretto controllo) sulle esportazioni di materiale tecnologico verso determinati Stati era una dei metodi principali per aumentare il vantaggio tecnologico nei confronti dei propri nemici, determinando anche l'impossibilità per questi di accedere al *know-how* militare. Questa forma di “segreto industriale militare” ora non sembra applicarsi pienamente ai trasferimenti di armi, ma solo alle informazioni che sono in possesso delle diverse industrie della difesa cui vengono commissionati armi ed armamenti. Una piccola eccezione sembra essere contenuta nell'Accordo OCCAR (*Convention on the Establishment of the Organization for Joint Armament Cooperation*, conclusa a Farnborough il 9 maggio 1998, consultabile all'URL http://www.occar.int/media/raw/OCCAR_Convention.pdf), con il quale si dispone della segretezza o riservatezza di alcune informazioni pertinenti la produzione di determinati armamenti (art. 2 dell'Accordo sulla sicurezza delle informazioni, concluso nel 2005). Non è, però, dato sapere se questa disposizione possa applicarsi anche ai trasferimenti dei medesimi armamenti. In dottrina, sul controllo delle esportazioni di tecnologia verso Stati dell'orbita comunista si veda L. MIGLIORINO, *Iniziativa internazionali relative ai trasferimenti di tecnologia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e*

di informazioni sensibili.

Ma tali informazioni risultano essere fondamentali anche nel momento in cui vengono impiegate risorse finanziarie pubbliche. Negli ultimi trenta anni, un movimento crescente, provocato dalla spinta alla trasparenza da parte di diverse ONG, ha portato la comunità internazionale ad interrogarsi sulle modalità di acquisto degli armamenti da parte dei governi¹⁹⁰³. Ciò anche a seguito di due importanti questioni che si sono poste: da un lato, se le modalità di trasferimento impegnino o meno un certo quantitativo di risorse, che potrebbero adeguatamente essere utilizzate per finanziare altri servizi pubblici necessari, e non solo la difesa dello Stato¹⁹⁰⁴; dall'altro, laddove le risorse vengano comunque spese, se sia necessario che l'impiego di queste armi non sia in contrasto con gli obblighi internazionali, primo fra tutti il divieto di aggressione armata¹⁹⁰⁵.

Sotto questa spinta, quindi, la comunità internazionale ha cercato di studiare la questione proprio dal punto di vista della trasparenza. Numerose sono state le iniziative che si sono susseguite sul punto. Se inizialmente, il tema è stato affidato a gruppi di esperti¹⁹⁰⁶, dall'altro assistiamo anche ad una "positivizzazione" degli standard di pubblicità dei trasferimenti. Così, un primo esempio di tentativo di positivizzazione si ha col Registro ONU delle armi convenzionali¹⁹⁰⁷, nel quale vengono pubblicate solo informazioni relative alla destinazione degli armamenti ed alla spesa militare complessiva, peraltro in forma completamente volontaria, senza alcun vincolo di responsabilità per la mancata pubblicazione. Anche diverse organizzazioni regionali e specializzate nell'ambito della sicurezza collettiva si sono impegnate a mettere per iscritto alcuni esempi di regole sulla trasparenza nei trasferimenti¹⁹⁰⁸; o ancora, le agenzie specializzate dell'ONU, come

processuale, 1981, pp. 376-433; G. INNAMORATI, *L'esportazione di prodotti strategici: il ruolo del CoCom*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, vol. LXXXV, n. 1, p. 91- 119; H. ODA, *CoCom: Its Past, Present and Future*, in ID., *Law and Politics of West-East Technology Transfers*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 3 e ss. Sulla tutela del segreto industriale, si vedano: R. C. DREYFUSS - K. STRANDBURG (a cura di), *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publisher, Cheltenham, 2009; J. HULL, *Commercial Secrecy: Law and Practice*. Sweet&Maxwell, Londra, 1998.

¹⁹⁰³ I primi *reports* che considerarono questioni relative alla spesa pubblica per le armi furono emessi da gruppi di esperti, nominati dal Segretario generale ONU, nel 1997 e nel 1999 (si veda Cap. I, § 4.2). In tali situazioni, pur se con specifico riferimento alle SALW, si sottolineò come la spesa statale non sempre era proporzionata al reale valore economico del bene, come anche si sollevò il problema relativo a certi dissesti di finanze pubbliche, che venivano sempre più convogliate per l'acquisto di nuovi armamenti. Anche in quei casi, si invitarono gli Stati a limitare drasticamente la propria spesa alle sole esigenze di legittima difesa.

¹⁹⁰⁴ Questo aspetto si collega anche alla questione dello sviluppo sostenibile e dell'incidenza della spesa militare (*military expenditure*) degli Stati sui servizi pubblici sociali di alcuni Stati in via di sviluppo. Un accenno è dato da COCO, *op. cit.*, p. 1228 ss., mentre una disamina anche in chiave politico-economica è data da: Oxfam International, *Practical Guide: Applying Sustainable Development to Arms-Transfer Decision*, Oxfam International Technical Brief, April 2009, disponibile all'URL <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/tb-practical-guide-arms-trade-decisions-apr09.pdf>; E. KYTÖMÄKY, *How Joining the Arms Trade Treaty Can Help Advance Development Goals*, Chatham House Research Paper, December 2014, disponibile all'URL https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20141215ArmsTradeTreatyDevelopmentKytomakiUpdate.pdf.

¹⁹⁰⁵ Vedi § precedente.

¹⁹⁰⁶ Questo è il caso del Gruppo di esperti promosso dal Segretario Generale nel 1992, incaricato di studiare le modalità di promozione della trasparenza nei trasferimenti di armi convenzionali (*Study on Ways and Means of Promoting Transparency in International Transfers of Conventional Arms*, A/46/301, 1992, in part. i §§ 81 ss.).

¹⁹⁰⁷ Vedi Cap. I, § 6.1.

¹⁹⁰⁸ Si vedano la pos. com. 2008/944/PESC, III° considerando e artt. 4 ss.; Principio 3(c) dei Principi OSCE

l'ICAO, hanno tentato di stabilire regole relative alla trasparenza nei trasferimenti di armamenti¹⁹⁰⁹. Da ultimo, tale positivizzazione è sfociata in un accordo internazionale (*Arms Trade Treaty, ATT*), che ha stabilito sia un generale dovere di accertamento della destinazione del carico di armi, attraverso la raccolta di informazioni “rilevanti”, sia infine ha stabilito uno standard di trasferimento proprio incentrato sulla trasparenza, dove tali informazioni vengono acquisite e valutate¹⁹¹⁰.

La trasparenza nei trasferimenti di armi, quindi, ora può essere assicurata anche tramite una valutazione delle esportazioni, che permetta di determinare se sussista un rischio preponderante, prevalente o evidente¹⁹¹¹ della commissione di gravi violazioni del diritto internazionale¹⁹¹². Questo tipo di valutazione fa sì che le esigenze di commercio e aggiornamento dei sistemi di legittima difesa di uno Stato siano temperate dalle esigenze, comunque prevalenti, di assicurare il rispetto di altre norme di diritto internazionale. Quindi, può essere utile affermare che l'ATT abbia concretizzato uno standard consuetudinario di trasferimento basato sulla precauzione, ovvero sulla ponderazione delle esigenze rilevanti per uno Stato quando esporta armi. Questa valutazione, inoltre, deve essere basata sulle “informazioni rilevanti” in possesso di uno Stato sul soggetto recipiente o sulla destinazione del carico. L'acquisizione di tali informazioni, per quanto da queste non si evinca immediatamente quale sia il rischio da accertare in concreto, farebbe sì che la valutazione assuma una maggiore connotazione di trasparenza.

Tuttavia, si pone un problema: come argomentare l'impiego della precauzione nei trasferimenti di armi? Tale questione teorica non è affatto scontata e si rende necessario premettere alcuni punti di metodologia, che permettano di spiegare come la precauzione viene impiegata, e si renda efficace, nei trasferimenti di armi. In primo luogo, si deve cercare di identificare gli elementi comuni o ricorrenti della precauzione. In questo senso, può essere utile fare riferimento alla metafora del tripode utilizzata da Arie Trouwborst¹⁹¹³ per quanto riguarda l'ambiente e la salute umana. Di questo tripode, l'autore ipotizza che ogni gamba sia un elemento rilevante della precauzione, che permetta quindi un equilibrio costante delle scelte. Identifica così, quali elementi della precauzione a) l'incertezza; b) il pericolo; c) l'azione.

La questione del rischio, o dell'*incertezza circa una determinata situazione*, è il primo elemento che deve essere analizzato. Trouwborst fa riferimento all'incertezza nel diritto dell'ambiente, identificandola come *incertezza scientifica* o *epistemologica* circa una determinata situazione¹⁹¹⁴. Questa si caratterizza come una mancanza di conoscenze scientifiche da parte di chi deve decidere; tali conoscenze, invero, permettono di esperire con sicurezza una determinata attività, quale è l'esportazione o l'importazione di alcuni beni (e segnatamente, beni di natura alimentare o sostanze che possano in qualche misura essere dannose per l'ambiente e la salute umana¹⁹¹⁵), in maniera sicura. Questo tipo di

regolanti la cessione di armamenti convenzionali, oltre alla Decisione 13/97 della 191° Seduta plenaria del 16 luglio 1997 (FSC Giornale n. 197, punto 5 dell'ordine del giorno).

¹⁹⁰⁹ Si veda Cap. II, § 4.1.

¹⁹¹⁰ Art. 7 citato.

¹⁹¹¹ Ma sulla possibile “graduazione” del rischio si veda qui il paragrafo successivo.

¹⁹¹² Si vedano artt. 6, § 3 e 7, § 4.

¹⁹¹³ A. TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2006, p. 30 ss.

¹⁹¹⁴ TROUWBORST, *op. cit.*, p. 37 ss.

¹⁹¹⁵ Si vedano, ad esempio, le decisioni del DSB nel sistema OMC *Thailand - Restrictions on the Importation of and Internal taxes on Cigarettes*, 7 novembre 1990, BISD 37S/200; *United States - Restrictions on the Importation of Tuna*, report non adottati, BISD 39S/155 e BISD DS29/R. In

incertezza, peraltro, permette al soggetto che deve rilasciare un'autorizzazione o licenza all'esportazione di agire in maniera precauzionale se da tale attività possa sorgere un certo rischio per l'ambiente o la salute umana.

La classificazione del rischio nell'ambito dei trasferimenti di armi assume, al contrario, una differente connotazione. In primo luogo, tale ambito non è contraddistinto da una incertezza scientifica, ma da una *probabilità*, più o meno elevata, che si possa fare un impiego illecito delle armi. Infatti, la lesione a diritti fondamentali, o finanche valori imprescindibili della comunità internazionale (o solo di alcuni Stati) diventa un elemento per valutare l'autorizzazione al trasferimento¹⁹¹⁶, essendo le armi concepite per arrecare una qualche forma di lesione al nemico¹⁹¹⁷. Quindi, il rischio che avvenga una violazione è contemplato direttamente in tale ambito, ma in questo caso è necessario classificare i rischi sulla base di una scala graduata. Infatti, se il rischio di commissione di gravi violazioni, od anche solo di aggressione, è minimo, in molte circostanze non si contempla una proibizione dell'esportazione¹⁹¹⁸. Ciò in ragione del fatto che le esigenze di assicurare la libera circolazione delle merci (e quindi di ottenere ricavi), assieme a quella di garantirsi una pronta ed efficace difesa nel caso di attacchi armati¹⁹¹⁹, prevalgono sulla necessità di attenuare il rischio, o finanche di annullarlo. Nel momento in cui, però, il rischio raggiunge un elevato grado, la precauzione impone di cominciare a prendere in considerazione le possibili, ma solo eventuali, conseguenze che possano derivare dal trasferimento e cercare di annullarle o di contenerle¹⁹²⁰.

Per poter, quindi, evitare che si generi un rischio più ampio, si dovrà procedere con una *valutazione*, una ponderazione del rischio medesimo. Nell'ambito dei trasferimenti di armi, alcuni strumenti pattizi internazionali hanno previsto l'istituto della valutazione dell'esportazione¹⁹²¹. Questa opera come un procedimento a carattere amministrativo o negoziale, attraverso il quale uno Stato, un'amministrazione della difesa o un'autorità preposta ai controlli all'esportazione valuta, ovvero pondera, le diverse esigenze alla base del trasferimento¹⁹²². Può essere utile, anche qui, un raffronto con la teoria della precauzione in ambito ambientale, ed in particolare facendo riferimento all'istituto della valutazione d'impatto ambientale¹⁹²³. In questa, l'attività di valutazione esperita dagli Stati attiene all'accertamento dell'esistenza di un rischio per l'ambiente o per la salute umana, che può generarsi a seguito di un'attività nociva o altamente pericolosa. Nel caso in cui sia accertato tale rischio, lo Stato deve bloccare l'attività pericolosa¹⁹²⁴. Se tale rischio può conseguire a seguito di un'incertezza scientifica, lo Stato chiede l'adozione di adeguate

dottrina, si veda G. GOH, *Precaution, Science and Sovereignty: Protecting Life and Health under WTO Agreements*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 2003, vol. 6, n. 4, pp. 441-471.

¹⁹¹⁶ Si veda in tal senso, la pos. com. 944 citata, art. 2 criteri 3 e 4.

¹⁹¹⁷ Si veda cap. I, § 1.4.

¹⁹¹⁸ Stando alla lettera dell'art. 7, § 2 dell'ATT, il rischio che avvengano violazioni a seguito di un trasferimento di armi deve essere prevalente o preponderante. Laddove non si raggiunga tale stato probatorio, è possibile ritenere che l'autorizzazione possa essere rilasciata.

¹⁹¹⁹ Preambolo dell'ATT, IV° considerando e I° e VII Principio.

¹⁹²⁰ Ciò si desume, ad esempio, dalla lettera dell'art. 7, § 4 dell'ATT, di cui nel paragrafo seguente.

¹⁹²¹ Per una disamina dei medesimi, si veda il successivo paragrafo.

¹⁹²² Una breve disamina è stata vista nel Cap. V, § 2.4 per quanto riguarda Italia, Francia, Regno Unito e Stati Uniti.

¹⁹²³ Si veda N. CRAIK, *Principle 17: Environmental Impact Assessment*, in J. VINUALES (a cura di), *The Rio Declaration on Environment and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 451-470.

¹⁹²⁴ Su tutti si vedano: Corte Internazionale di Giustizia, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, in *I.C.J. Reports*, 2010, p. 14, §§ 203-219; Tribunale Internazionale del Mare, *Responsibilities and Obligations* citato, §§ 141-150.

misure, ottemperando così ad un dovere di *due diligence*¹⁹²⁵. Questi rimedi o misure si attuano proprio nei casi in cui vi sia incertezza scientifica o un dubbio sulla qualificazione della situazione come “a rischio”. È possibile che uno Stato, all'atto di autorizzare, richieda al privato di predisporre comunque delle misure di sicurezza dell'esportazione. Nell'ambito dei trasferimenti di armi, queste misure si identificano generalmente nelle *confidence and security-building measures* (CSBM), ovvero misure che permettano di limitare eventuali danni provocati dal trasferimento di armi. Tra queste, vi rientrano anche misure che permettano di assicurare la trasparenza al trasferimento¹⁹²⁶.

Questa valutazione, però, può essere compiuta già in fase di negoziazione. Vi sono casi in cui la predisposizione di questa valutazione funga da elemento necessario per concludere l'accordo¹⁹²⁷. Inoltre, tale valutazione permette anche di acquisire le informazioni “rilevanti”¹⁹²⁸. Ciò in ragione del fatto che l'attività valutativa si fonda proprio sulle informazioni a disposizione dello Stato su una determinata destinazione o su un determinato soggetto. Può esserci un limite alle informazioni da utilizzare? O meglio, quali sono le informazioni che uno Stato deve avere per poter valutare adeguatamente il rischio che potrebbe conseguire da un determinato trasferimento? Questa domanda ancora non trova riscontro unanime nella prassi. Anche con riferimento alla valutazione di impatto ambientale, le informazioni di cui si dispone possono essere considerate quelle minime richieste per adempiere al proprio obbligo di *due diligence*¹⁹²⁹. Tuttavia, sarà necessario che, laddove uno Stato non abbia un adeguato sistema di informazione scientifica, il quale presenti caratteristiche di continuo aggiornamento e miglioramento, dovrà fare riferimento anche ad altre fonti. Ciò, ad esempio, si riscontra nell'ambito del commercio di armi, laddove è possibile richiedere informazioni allo Stato ricevente circa le misure che questo ha predisposto per evitare che i rischi si generino a seguito del trasferimento¹⁹³⁰.

L'ultimo elemento che viene identificato per la costruzione di un approccio precauzionale è l'azione, o *prevenzione*, di eventuali rischi accertati. La questione può assumere, a seconda del contesto, differenti sfumature. Nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, come anche nell'ambito della tutela della salute umana, la teoria generale vede una costante relazione tra l'incertezza scientifica e la prevenzione del rischio¹⁹³¹. Qualora dovesse palesarsi un rischio, conseguente all'incertezza scientifica, la precauzione impone un'estrema cautela nell'approcciarsi all'oggetto che deve essere esportato, od importato. Se l'incertezza è totale, è possibile determinare che il bene venga sottoposto a misure restrittive successive, al fine di limitare le conseguenze negative del rischio. Ciò sembra vero nel caso della giurisprudenza WTO, nella quale si è specificato

¹⁹²⁵ Si veda il paragrafo successivo.

¹⁹²⁶ Si vedano più in generale Cap. II, § 2.2 ed il paragrafo successivo.

¹⁹²⁷ Si veda l'art. 4 del reg. 2009/428/UE. È possibile anche che tali requisiti essenziali siano già presenti nell'ambito contrattuale: si pensi ai casi di alcuni *ethics of contracts* predisposti da numerose industrie della difesa, nelle quali si richiamano, quale diritto applicabile al contratto concluso, le normative internazionali sul controllo della produzione e vendita di armi (ad esempio, Finmeccanica-Leonardo: <http://www.leonardocompany.com/chisiamo-aboutus/etica-compliance/controlli-sulle-esportazioni-e-paesi-sensibili>).

¹⁹²⁸ L'espressione compare nell'art. 7, § 3 dell'ATT.

¹⁹²⁹ TROUWBORST, *op. cit.*, p. 121 ss.

¹⁹³⁰ Questo è il tenore letterale dell'art. 8 § 1 dell'ATT, il quale recita: “*Each importing State Party shall take measures to ensure that appropriate and relevant information is provided, upon request, pursuant to its national laws, to the exporting State Party, to assist the exporting State Party in conducting its national export assessment under Article 7. Such measures may include end use or end user documentation*”.

¹⁹³¹ Su tutti, TROUWBORST, *op. cit.*, p. 71 ss.

come il parametro dell'incertezza, se non richiesto espressamente, non limita in tutto l'importazione di beni¹⁹³². Discorso diverso deve farsi nell'ambito della tutela dell'ambiente e della salute umana all'interno dell'EU, nella quale prevale un assoluto divieto di importazione, laddove sia presente un evidente rischio¹⁹³³.

Nell'ambito dei trasferimenti di armi, la questione della prevenzione, invece, viene collegata immediatamente alle conseguenze che si possono palesare a seguito dell'esportazione. Tuttavia, la prassi in materia non è costante, dipendendo dal tipo di rischio che si accerta e dal tipo di violazione che ne consegue. Infatti, vi sono casi in cui solo in presenza di un elevato rischio di violazioni è necessario imporre un blocco dell'esportazione¹⁹³⁴; vi sono anche casi in cui il rischio può avere un grado minore, ma deve essere accertato secondo un parametro valutativo applicato in maniera totalmente discrezionale dallo Stato esportatore¹⁹³⁵. A seconda del tipo di violazione che si potrebbe verificare, infine, la prevenzione può agire a tutela del bene che può essere danneggiato direttamente¹⁹³⁶, bloccando l'esportazione sul nascere, oppure a tutela di un bene che viene leso indirettamente¹⁹³⁷. La differenza tra questi ultimi due tipi di violazione, inoltre, comporterà anche un diverso modo di agire: nel primo caso, l'azione avverrà direttamente in sede di valutazione preventiva, ottemperando ad obblighi di *due diligence* dello Stato; nel secondo caso, la prevenzione assume, con una sfumatura differente, una connotazione di tipo retributivo, ovvero si paleserà solo in occasione dell'evento generato, ma prima che possa essere accertata una qualche forma di responsabilità¹⁹³⁸.

2.2 - *Obblighi di due diligence e prevenzione di gravi violazioni: la valutazione dello "overriding risk" nei trasferimenti di armi*

Nel momento in cui è accertata la connessione tra i trasferimenti di armi e le violazioni del diritto internazionale, diviene necessario porre un controllo efficiente su tali trasferimenti. La Comunità internazionale ha sempre palesato tale necessità. Tuttavia, pur non essendo possibile porre un divieto *assoluto* per tutti i trasferimenti di armi convenzionali¹⁹³⁹, salvo per quei tipi di armi il cui impiego sia stato vietato in generale¹⁹⁴⁰, l'obiettivo fissato è relativo alla trasparenza sulle destinazioni ed sugli impieghi di armi

¹⁹³² Si veda GOH, *op. cit.*, p. 451 ss.

¹⁹³³ K. H. LADEUR, *The Introduction of the Precautionary Principle into the EU Law: A Pyrrhic Victory for Environmental and Public Health Law?*, in *Common Market Law Review*, 2003, vol. 40, n. 6, pp. 1455-1479.

¹⁹³⁴ E questo è il tenore letterale dell'art. 7, § 3 dell'ATT.

¹⁹³⁵ Questo è il caso della valutazione prevista nell'Intesa di Wassenaar, che non specifica quale entità debba avere il rischio che deve essere accertato. Al contrario, la pos. com. 944 citata prevede che il rischio debba essere evidente. Ma si veda più *infra*.

¹⁹³⁶ Diverse violazioni dei diritti umani, ivi compreso il genocidio.

¹⁹³⁷ Quale, ad esempio, la violazione degli *embargoes*.

¹⁹³⁸ Questo appare evidente dalla prassi del Consiglio di sicurezza, in particolare quella riferita ai divieti di supporto (quindi anche di fornitura di armi) al terrorismo internazionale. La misura adottata assume le forme di una misura preventiva di sicurezza (quale il *listing* od il *freezing*), mentre la misura proveniente da un successivo accertamento predisporrà il contenimento delle conseguenze negative per la pace e sicurezza internazionali. Si veda da ultimo la ris. 2249 del 2015, che impone il *freezing* dei beni di persone legate all'ISIS.

¹⁹³⁹ In base ad un'esigenza, più volte menzionata, di garantire il commercio e la produzione industriale di tali beni, la cui esportazione permette alle varie difese nazionali di "aggiornare" continuamente i propri strumenti nell'esercizio della legittima difesa individuale.

¹⁹⁴⁰ Si vedano in questo senso la Convenzione di Ottawa del 1997 sulle mine anti-persona e la Convenzione di Dublino del 2008 sulle munizioni a grappolo, di cui si è ampiamente parlato nel Cap. I, § 4.1.

convenzionali¹⁹⁴¹. Sotto questo auspicio, fu istituito prima il Registro delle armi convenzionali ONU¹⁹⁴², nel 1992, e successivamente si istituzionalizzò anche il ricorso ai certificati di utenza e utente finale¹⁹⁴³.

Le iniziative, però, non si arrestarono solo a questi strumenti. Col tempo, la necessità di prevenire la commissione di violazioni di obblighi internazionali degli Stati attraverso i trasferimenti di armi convenzionali portò all'istituzionalizzazione di procedure di valutazione. Così, negli *Initial Elements* dell'Intesa di Wassenaar è possibile rinvenire alcune disposizioni circa l'invito, rivolto agli Stati parte, ad effettuare valutazioni di rischi all'esportazione¹⁹⁴⁴; l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) ha stilato un proprio documento relativo ai principi del disarmo¹⁹⁴⁵, in cui, accanto al principio di trasparenza, invita gli Stati ad effettuare valutazioni trasparenti sulla destinazione delle armi convenzionali prodotte nella propria giurisdizione¹⁹⁴⁶. Anche nell'ambito dell'UE è stato posto l'accento sulla valutazione per l'esportazione, sia nell'ambito dei trasferimenti di beni *dual-use*¹⁹⁴⁷, sia per quanto riguarda il controllo dell'esportazione di SALW. Tale accertamento dei rischi connessi sembra imporre un obbligo di natura consuetudinaria in capo agli Stati di controllare, in maniera efficace, la destinazione ed il possibile impiego di armi¹⁹⁴⁸.

Essendo a tutti gli effetti un'attività statale, la valutazione assume la fisionomia di un mero procedimento di natura amministrativa o governativa¹⁹⁴⁹, attraverso il quale i

¹⁹⁴¹ Il principio di trasparenza si caratterizza diversamente nell'ambito del diritto internazionale: accanto ad esigenze di rendere accessibili documenti relativi alle decisioni internazionali di organizzazioni internazionali (G. HAFNER, *The Emancipation of the Individual from the State in International Legal Order*, in *Recueil des cours*, 2013, vol. 358, pp. 299-314), si sono palesate anche esigenze relative ai singoli settori normativi, come l'accesso alle informazioni in materia ambientale (nella Convenzione di Aarhus), l'accesso alle informazioni relative alle negoziazioni circa gli interessi economici di uno Stato, quando vi sia una particolare incidenza sulle finanze del medesimo ed i cittadini chiedano di esserne informati (dottrina al riguardo), come anche di avere informazioni circa il coinvolgimento del proprio Governo in eventuali trasferimenti di armi a Stati che le possano utilizzare per commettere violazioni (Z. YIHDEGO, *Arms Trade and Public Controls: The Right to Information Perspective*, in *Northern Ireland Law Quarterly*, 2007, vol. 59, n. 4, pp. 379-394). In dottrina, si veda BIANCHI, *The concern* citato, p. 13 ss.

¹⁹⁴² Per una disamina, si veda il Cap. I, § 6.1.

¹⁹⁴³ Per una disamina, si veda Cap. III, § 2.2. Tuttavia, anche se le iniziative parevano "nobili" almeno nelle intenzioni, esse risultavano non vincolanti per gli Stati: il Registro ONU, in realtà, invita solo gli Stati a fornire *reports* dettagliati circa il numero ed il tipo di armi convenzionali che vengono esportati e le destinazioni di tali armamenti; i *reports* inviati arrivano solo all'anno 2012. Esistono, però, iniziative non ufficiali per la registrazione dei principali trasferimenti di armi tra Stati: il SIPRI, ad esempio, dispone di un proprio database con registrati i tipi di arma, il tipo di trasferimento, la società esportante, la destinazione ed il valore delle armi. Al contrario del Registro, i certificati di *end-use* e *end-user* non sono previsti in nessuno strumento pattizio (o almeno non in forma di obbligo vincolante per gli Stati: ad es., l'art. 11, § 3 dell'ATT, di cui nel prossimo paragrafo), ma se ne è palesata la necessità solo attraverso raccomandazioni fornite da gruppi di esperti che hanno studiato il fenomeno della proliferazione di SALW (ad esempio, i già citati *reports* del 1997 e del 1999) ed hanno individuato la possibilità di contrastare la proliferazione di tali armi proprio attraverso il ricorso a siffatti strumenti, il cui ricorso, però, rimane una scelta discrezionale degli Stati certificare o meno le proprie esportazioni.

¹⁹⁴⁴ *Initial Elements*, sez. 1.4.1.

¹⁹⁴⁵ *Principi regolanti le cessioni di armamenti convenzionali*, adottati nella 49a Seduta Plenaria del Comitato Speciale del Foro CSCE di Cooperazione per la Sicurezza a Vienna il 25 novembre 1993, DOC.FSC/3/96/Rev.1.

¹⁹⁴⁶ Art. II, lett. a) e b).

¹⁹⁴⁷ Reg. 2009/428/CE, art. 10.

¹⁹⁴⁸ Si veda più *infra*. Si rimanda, sul punto, anche alle Conclusioni.

¹⁹⁴⁹ Solo in pochissimi casi è previsto il passaggio parlamentare per l'esportazione di armi, ovvero nei casi in cui l'esportazione avvenga per armi di proprietà dello Stato ed esigenze di rispettare certi accordi (soprattutto bilaterali, come i *Memoranda of Understandings of reciprocal defence procurement*, visti nel

principali attori del mercato delle armi convenzionali, ovvero i privati, fanno istanza per ottenere l'autorizzazione all'esportazione dei propri beni. Laddove le autorità preposte ritengano che gli ostacoli giuridici presenti all'esportazione possano essere rimossi¹⁹⁵⁰, rilasceranno provvedimento favorevole; in caso contrario, negano il rilascio di autorizzazioni bloccando l'esportazione e, laddove previsto, potranno adottare misure per il contenimento dei rischi o richiedere adeguate ed ulteriori garanzie agli esportatori¹⁹⁵¹.

Con questa breve formulazione è già possibile evincere alcune delle fasi salienti della medesima valutazione. Questa si comporrà di una prima fase relativa alla *proposizione dell'istanza* da parte del privato; successivamente, sarà esperita, da parte delle autorità, la vera e propria *valutazione dell'istanza*, dove verranno acquisite le informazioni necessarie e si valuterà il rispetto degli obblighi internazionali e nazionali (fase istruttoria); infine, si delibererà se autorizzare o negare l'*autorizzazione dell'esportazione* (fase decisionale).

Per quanto riguarda la prima fase, l'iniziativa è ovviamente lasciata ai privati. L'esportatore di armi e munizioni dovrà notificare la sua intenzione di esportare alle autorità statali preposte al controllo. La proposizione dell'istanza, in molte discipline, avviene per il tramite sia di allegazioni di informazioni rilevanti, da parte del medesimo esportatore, sia per il tramite della compilazione dei certificati di *end-use* o *end-user*, laddove questi siano previsti dall'ordinamento statale¹⁹⁵². In molti casi, il privato dovrà fornire anche le informazioni circa le assicurazioni per il trasporto delle armi o fornire i nominativi e le ragioni sociali dei terzi coinvolti nel trasporto¹⁹⁵³.

Solo nei casi in cui il bene esportato sia suscettibile di applicazione militare, l'esportatore notificherà alle autorità tale eventuale applicazione¹⁹⁵⁴. Anche in questo caso, c'è da sottolineare come la notifica di tale finalità non è obbligatoria in tutti i casi in cui siano trasferiti beni *dual-use*: l'obbligo è previsto solo nel reg. 2009/428/CE, mentre nulla è previsto per altri tipi di esportazioni di tecnologia civile. Tuttavia, è possibile sostenere che almeno, in buona fede, sussista un dovere in capo al privato di informare debitamente le autorità di tale applicazione¹⁹⁵⁵.

Effettuata l'istanza di parte, il procedimento entra nella sua seconda fase, quella dell'istruttoria e della valutazione, in cui le autorità prendono in considerazione la domanda al fine di vagliare sia la sua completezza formale, sia le norme applicabili di diritto interno ed internazionale, sia infine eventuali rischi connessi con l'esportazione.

Sono due i punti su cui è necessario soffermarsi. Il primo riguarda la completezza formale della domanda. A tal proposito, l'ATT stabilisce, all'art. 7, § 5, che:

“Each exporting State Party shall take measures to ensure that all authorizations for the export of conventional arms [...] or of items covered under Article 3 or Article 4 are detailed and issued prior to the export”.

La disposizione non specifica quali siano gli elementi della domanda da valutare, o quale sia il grado di completezza della stessa, o infine quali siano i provvedimenti da

Cap. III, § 1.1.2) vengono espresse in assemblea. Si veda, in questo senso, quanto asserito dallo *Scott Report* del 1996 presso la *House of Commons* britannica, di cui anche al Cap. I, § 6.1.

¹⁹⁵⁰ Si veda, per tutti, F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni Amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 2006, pp. 598-609, a p. 600.

¹⁹⁵¹ Vedi l'art. 7, § 4 dell'ATT, di cui *infra*.

¹⁹⁵² B. WOOD - P. DANSSÄRT, *Study on the Development of a Framework for Improving End-use and End-user Control Systems*, UNODA Occasional Paper n. 21, Dicembre 2011, p. 2 ss.

¹⁹⁵³ Sul punto, si veda Cap. III, § 4.2 circa la discussione sugli INCOTERMS e le garanzie assicurative per il trasporto.

¹⁹⁵⁴ Si veda in tal senso l'art. 4 del reg. 2009/428/CE, come visto in precedenza al Cap. IV, § 1.2.3.

¹⁹⁵⁵ Si vedano in questo senso le *Best Practices* dell'Intesa di Wassenaar relative all'armonizzazione della cultura circa l'esportazione di beni *dual-use*, di cui al Cap. IV, § 1.2.2.

adottare nel caso in cui la domanda sia incompleta od inesatta. Può essere utile, in tal senso, valutare obblighi simili previsti in altre convenzioni e strumenti pattizi internazionali.

Così, può essere considerata quale forma di controllo della completezza dell'istanza l'informazione, rilasciata dalle autorità all'esportatore, sull'applicazione militare di un bene *dual-use*¹⁹⁵⁶. In misura simile, la correttezza formale della domanda può sostanziarsi anche in requisiti condizionali necessari, quali l'invio della medesima autorizzazione da parte delle autorità dello Stato d'importazione o di transito per il rilascio del carico di armi¹⁹⁵⁷.

Diversamente, invece, deve intendersi l'obbligo di vagliare le informazioni fornite dall'esportatore e quelle in possesso delle autorità medesime. Sempre nell'ambito dell'ATT, l'art. 7, § 1 stabilisce che:

“If the export is not prohibited under Article 6, each exporting State Party, prior to authorization of the export of conventional arms [...] or of items [...], under its jurisdiction and pursuant to its national control system, shall, in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors, including information provided by the importing State in accordance with Article 8 (1), assess the potential that the conventional arms or items:

(a) would contribute to or undermine peace and security;

(b) could be used to:

(i) commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law;

(ii) commit or facilitate a serious violation of international human rights law;

(iii) commit or facilitate an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to terrorism to which the exporting State is a Party; or

(iv) commit or facilitate an act constituting an offence under international conventions or protocols relating to transnational organized crime to which the exporting State is a Party”.

L'art. 8, a sua volta, stabilisce che, laddove richiesto, lo Stato importatore deve inviare le informazioni *rilevanti* per aiutare lo Stato esportatore nella sua valutazione, quali possono essere le documentazioni di *end-use* o *end-user* previste anche nel proprio ordinamento¹⁹⁵⁸; in maniera reciproca, anche lo Stato d'importazione può chiedere allo Stato esportatore tutte le informazioni relative ad autorizzazioni pendenti che abbiano nel primo la destinazione finale del carico di armi¹⁹⁵⁹.

Il combinato disposto dell'art. 7, § 1 e dell'art. 8 è caratterizzato da reciprocità nella richiesta di informazioni rilevanti. Questa caratteristica è resa ancor più evidente se letta in ulteriore combinato disposto con le norme relative alla cooperazione internazionale per lo scambio di informazioni circa le esportazioni di armi¹⁹⁶⁰. Ma si tratta pur sempre di un *potere* esperibile da parte degli Stati stessi: questa interpretazione deriva anzitutto dal tenore letterale delle disposizioni richiamate, che parlano di *“misure idonee che devono*

¹⁹⁵⁶ Obbligo previsto dall'art. 4 del reg. 2009/428/CE.

¹⁹⁵⁷ Art. IX della Convenzione Interamericana di cui *supra*.

¹⁹⁵⁸ Art. 8, § 1: *“Each importing State Party shall take measures to ensure that appropriate and relevant information is provided, upon request, pursuant to its national laws, to the exporting State Party, to assist the exporting State Party in conducting its national export assessment under Article 7. Such measures may include end use or end user documentation”.*

¹⁹⁵⁹ Art. 8, § 3: *“Each importing State Party may request information from the exporting State Party concerning any pending or actual export authorizations where the importing State Party is the country of final destination”.*

¹⁹⁶⁰ Artt. 12 ss. dell'ATT; artt. 6 ss. della Convenzione sulle mine anti-uomo e della Convenzione sulle munizioni a grappolo.

essere prese dallo Stato”; l'adozione di misure può anche avvenire in maniera atipica rispetto a quanto previsto dal Trattato, pur rimanendo fermo l'obbligo generale di non agire in contrasto con l'oggetto e lo scopo dell'accordo¹⁹⁶¹. Se le misure adottate sono comunque tali da raggiungere lo scopo del Trattato, in questo caso lo Stato non verserà in una situazione di illecito.

La reciprocità emerge anche dal testo della disposizione dell'art. 7, § 2 dell'ATT, il quale stabilisce che:

“The exporting State Party shall also consider whether there are measures that could be undertaken to mitigate risks identified in (a) or (b) in paragraph 1, such as confidence-building measures or jointly developed and agreed programmes by the exporting and importing States”.

Questa norma, in realtà, stabilisce di considerare le *confidence and security-building measures* anche laddove siano state concordate con lo Stato d'importazione e solo nel caso in cui sia evidente un rischio come descritto al § 1. L'applicazione di tali misure, invece, non sembra essere necessaria quando il rischio sia minimo (come vedremo appresso), o quando lo Stato non abbia sufficienti informazioni per vagliare adeguatamente il rischio. Infatti, le informazioni che devono essere considerate come rilevanti (*relevant*) sono soprattutto quelle provenienti dallo Stato d'importazione, a norma e tenore letterale dell'art. 8. Laddove tale Stato ometta di notificare le informazioni richieste, non è prevista la conseguenza per la violazione dell'obbligo e, contemporaneamente, non è previsto se lo Stato debba o meno bloccare l'esportazione¹⁹⁶². Non è, però, chiaro quale sia l'esatta natura di tali informazioni rilevanti: se debbano essere solo informazioni provenienti da organismi ed istituzioni ufficiali, o se anche sia possibile fare riferimento ad informazioni provenienti da organi non istituzionali, quali possono essere le organizzazioni non governative; oppure se tali informazioni debbano essere solo quelle presentate dal privato, o se possano essere assunte anche *ex officio*.

Quel che rileva, qui, è che lo Stato di esportazione deve valutare se l'attività del privato possa pregiudicare gli obblighi richiamati nella disposizione, ovvero possa generare rischi di violazioni. L'art. 7, § 3 dell'ATT stabilisce che:

“If, after conducting this assessment and considering available mitigating measures, the exporting State Party determines that there is an overriding risk of any of the negative consequences in paragraph 1, the exporting State Party shall not authorize the export”.

Il secondo punto, dunque, riguarda la questione del rischio da accertare. La disposizione dell'art. 7, § 2 sembra essere la forma consolidata di una norma a carattere consuetudinario rilevabile anche in altri strumenti internazionali. Così, nell'ambito dell'Intesa di Wassenaar, l'organizzazione invita gli Stati parte ad effettuare questa valutazione per accertare che non vi siano rischi di violazioni¹⁹⁶³. Come visto in precedenza, anche nell'ambito UE è previsto l'accertamento di eventuali rischi connessi all'esportazione: in particolare, nell'ambito dell'esportazione di beni *dual-use*, il reg. 2009/428 impone agli Stati di accertare che i rischi di violazioni dei *diritti dell'uomo* e per la *sicurezza nazionale* degli Stati membri non sussistano o possano essere contenuti, a

¹⁹⁶¹ Art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

¹⁹⁶² Al contrario, nella Convenzione Interamericana si stabilisce che lo Stato di esportazione non deve rilasciare il carico di armi fino a che non sia stata rilasciata l'informazione richiesta allo Stato d'importazione, ovvero la corrispondente autorizzazione (la quale, a sua volta, presuppone che siano state raccolte tutte le informazioni *necessarie* e non solo quelle rilevanti).

¹⁹⁶³ *Initial Elements*, sez. 1.2.4, che mette soprattutto in risalto il rischio che le armi ed i beni *dual-use* possano arrivare nelle mani di gruppi terroristici e gruppi armati illegittimi o non riconosciuti.

pena di negare l'autorizzazione¹⁹⁶⁴. Tale accertamento dei rischi è stato ulteriormente specificato ed ampliato nel *Code of Conduct* sull'esportazione di SALW, oggi trasfuso nella posizione comune 2008/944/CE. I rischi qui considerati possono essere raggruppati in 5 macro-categorie:

a) rischi derivanti dalla commissione di *violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario* (art. 2, § 2, lett. a, b e c) e rischi per la *stabilità della pace e sicurezza internazionali* (art. 2, § 4, lett. a, b, c, e d): gli Stati devono negare l'autorizzazione all'esportazione quando il rischio di violazione sia “*evidente*”, da intendersi quale rischio palese¹⁹⁶⁵;

b) rischi connessi alla *stabilità interna dello Stato di destinazione* (art. 2, § 3) e rischi connessi alla *sicurezza degli Stati membri* (art. 2, § 5): per questi tipi di rischio, la posizione comune prescrive solo che debbano essere accertati o tenuti in considerazione gli *effetti potenziali* del trasferimento ed i *rischi di impiego* contro gli Stati membri o gli Stati alleati. Non è prevista l'evidenza del rischio, e ciò potrebbe indurre, anzitutto, a ritenere che vi sia una *graduazione del rischio*, la quale debba essere accertata in concreto e sulla base di tutte le informazioni necessarie; inoltre, la ponderazione così prevista dovrebbe far propendere anche per un bilanciamento degli interessi degli Stati: laddove l'esportazione possa pregiudicare le proprie relazioni esterne, gli Stati membri possono adottare misure restrittive o soltanto negare l'autorizzazione¹⁹⁶⁶.

c) rischi di violazioni inerenti gli *obblighi internazionali degli Stati membri*: questa categoria può essere a sua volta ripartita in tre grandi gruppi, ovvero i) obblighi derivanti dalla *partecipazione alle Nazioni Unite* ed ai programmi di queste inerenti la *non proliferazione* o gli *embargoes*, ii) gli *obblighi imposti dall'Unione Europea sulla non proliferazione* e iii) gli altri obblighi internazionali degli Stati membri sul *controllo della proliferazione delle armi* (art. 2, § 1, lett. a, b e c): in tale caso, la posizione comune non prescrive il tipo di rischio che debba essere accertato, bensì stabilisce solo una valutazione di *compatibilità* tra il rilascio dell'autorizzazione e le esigenze di adempimento a tali obblighi. Nel caso in cui l'autorizzazione fosse incompatibile con tali obblighi, verrà negata;

d) rischi relativi alla *deviazione o sviamento di carichi di armi* (art. 2, § 7): questo tipo di rischio è previsto, a sua volta, anche nella Convenzione Interamericana¹⁹⁶⁷: anche in questo caso, non si prescrive il grado del rischio, ma solo gli eventuali *fattori ed elementi* di cui tenere conto nel rilasciare l'autorizzazione¹⁹⁶⁸;

¹⁹⁶⁴ Reg. 2009/428/CE, art. 9.

¹⁹⁶⁵ Pur essendo il testo in italiano altrettanto autorevole, può essere utile fare un raffronto con le versioni inglese e francese della posizione comune. Nel testo in francese, il rischio da accertare è considerato “*manifeste*”; alla stessa maniera, nella versione inglese, il rischio è inteso come “*clear*”. In entrambe le versioni, l'aggettivo utilizzato per descrivere il rischio è perfettamente sovrapponibile al rischio “*evidente*” della versione italiana. Così non sembra, però, con riferimento al rischio da accertare nell'ATT, sia perché non è inteso in senso di evidente, bensì in senso di non eludibile, sia perché le versioni in inglese e francese non sarebbero perfettamente sovrapponibili. Ma si veda subito *infra*.

¹⁹⁶⁶ McLEAN-CRAIG-PATTERSON, *Risk assessment, policy-making and the limits of knowledge : the precautionary principle and international relations*, in *International Relations*, 2009, vol. 23, n. 4, pp. 548-566.

¹⁹⁶⁷ Art. XII.

¹⁹⁶⁸ Qui, in particolare, si prescrive che dovranno tenersi in debito conto: “a) *legittimi interessi di difesa e sicurezza interna del paese destinatario, compresa la partecipazione ad iniziative di mantenimento della pace a livello di Nazioni Unite o di altre organizzazioni*; b) *capacità tecnica del paese destinatario di utilizzare la tecnologia o le attrezzature*; c) *capacità del paese destinatario di esercitare un efficace controllo delle esportazioni*; d) *rischio di riesportazione della tecnologia o delle attrezzature verso destinazioni non accettabili e comportamento del paese destinatario nel rispettare le disposizioni in*

e) rischio relativo alla possibilità che venga *ostacolato lo sviluppo sostenibile di uno Stato* (art. 2, § 8): questa particolare valutazione tiene conto di quanto espresso in precedenza¹⁹⁶⁹ circa la comprensione di diritti sociali e di natura economica tra le gravi o serie violazioni. In particolare, tenendo conto del fatto che i trasferimenti di armi a fine lucrativo possono essere particolarmente onerosi e che vi possono essere rischi di stipulazione di accordi di compensazione industriale¹⁹⁷⁰, la valutazione da effettuare dovrà tener conto di informazioni pertinenti, ovvero informazioni provenienti da affidabili organismi internazionali economici (quali la Banca Mondiale), e dei livelli di *military expenditure* dei singoli Stati coinvolti. Anche in questo caso, il rischio da accertare non è considerato come evidente, ma è possibile ritenere, sulla base di quanto visto in precedenza, che possa ora sussistere un obbligo di considerare anche tali fattori come *rilevanti*.

Come appena visto, i rischi qui considerati sono di natura e tipi differenti. Solo in relazione ai primi è possibile ritenere che l'accertamento debba essere *rigoroso*, soprattutto quando vi siano fattori relativi alla presenza di conflitti armati o un possibile impiego delle armi per commettere violazioni di vario tipo. In questo senso, al di là del discorso appena fatto circa la graduazione del rischio, può essere utile un confronto con l'aggettivo "overriding" previsto dall'art. 7, § 3 dell'ATT.

Nella versione in inglese dell'articolo predetto si parla specifica che il rischio sia "overriding", che può essere tradotto con l'aggettivo italiano "preponderante"¹⁹⁷¹. Nella versione francese, invece, il termine impiegato è "prévalent", che può essere tradotto con "prevalente". In entrambi i casi, non si parlerebbe di *evidenza* del rischio, come nel caso della pos. com. 2008/944, bensì si farebbe riferimento ad una situazione che deve essere accertata sulla base di informazioni importanti. Tali informazioni permettono alle autorità preposte al controllo di valutare attentamente la situazione dell'istanza del privato presentata. La *preponderanza* deriverebbe, anzitutto, dalle informazioni circa la destinazione del carico: laddove da queste emerga chiaramente ed in maniera ineludibile che le armi, una volta esportate, possano essere impiegate per commettere violazioni (ed in particolare, le gravi violazioni di cui *supra*), lo Stato non dovrà autorizzare l'esportazione. Ciò farebbe indurre che, laddove il test di preponderanza non palesi un siffatto rischio o quantomeno il rischio da accertare non è preponderante, le esigenze del privato potrebbero avere un determinato peso, salvo il potere dello Stato di adottare misure per il contenimento di eventuali rischi, anche di misura minore¹⁹⁷².

In tal maniera, la valutazione qui prescritta diviene l'ennesimo caso di impiego del *principio di precauzione*¹⁹⁷³. Tale principio permette, appunto, di *ponderare* diverse esigenze nell'ambito del commercio internazionale: se le esigenze economiche del privato possono avere rilevanza è solo a seguito di una valutazione in base alla quale nessun rischio per lo Stato d'importazione, e conseguente danno ad interessi collettivi sembrerebbe derivare dall'attività del privato stesso. Tuttavia, mentre le valutazioni e le

materia di riesportazione o di consenso preventivo di riesportazione che lo Stato membro esportatore ritenga opportuno imporre; e) rischio di sviamento della tecnologia o delle attrezzature verso organizzazioni terroristiche o singoli terroristi; f) rischio di decompilazione o trasferimento di tecnologia non desiderato".

¹⁹⁶⁹ § 1.2.3.

¹⁹⁷⁰ Per la definizione, si veda Cap. I, § 2.4. In dottrina e circa la proibizione di *offset agreement* nella vendita di armi, si veda D. EISENHUT, *Offset in Defence Procurement: A Strange Animal - At the Brink of the Extinction?*, in *European Law Review*, 2013, vol. 38, n. 3, p. 393 e ss.

¹⁹⁷¹ COCO, *op. cit.*, p. 1239-1240.

¹⁹⁷² Art. 7, § 4.

¹⁹⁷³ In dottrina, su tutti A. TROUWBORST, *op. cit.*, p. 90 ss.

precauzioni normalmente intese nell'ambito del commercio internazionale avrebbero alla base un rischio di natura *scientifica* od *epistemologica*¹⁹⁷⁴, nell'ambito del commercio di armi il rischio assume natura *umana*, ovvero si deve basare su fattori altamente improbabili e determinati solo da alcune probabilità di comportamento contrario ad interessi comuni, evidenziato da circostanze indiziarie che devono essere assimilate, vagliate e composte per determinare la situazione futura: nel momento in cui si accerti il potenziale nesso tra le violazioni che possono essere determinate e l'invio di armi verso quella destinazione, lo Stato avrà l'obbligo di bloccare l'esportazione.

Tuttavia, il grado di rischio da accertare non permette di comprendere esattamente se l'azione di prevenzione debba essere esperita comunque, oppure se questa rimanga nella discrezionalità dello Stato esportatore. Anche leggendo il combinato disposto dell'art. 7, § 3 e § 4 dell'ATT, il dubbio rimane. A tal proposito, può essere utile fare riferimento alla riserva di Svizzera e Liechtenstein apposta all'ATT, di cui abbiamo già parlato con riferimento alla donazione di armi¹⁹⁷⁵. In tale dichiarazione interpretativa, la Svizzera ha sottolineato quanto segue:

*“It is the understanding of Switzerland that the term "overriding risk" in Article 7, paragraph 3, encompasses, in the light of the object and purpose of this Treaty and in accordance with the ordinary meaning of all equally authentic language versions of this term in this Treaty, an obligation not to authorize the export whenever the State Party concerned determines that any of the negative consequences set out paragraph 1 are more likely to materialize than not, even after the expected effect of any mitigating measures has been considered”*¹⁹⁷⁶.

Tale dichiarazione, dunque, sembrerebbe essere altamente esplicativa del termine impiegato. Al di là di voler considerare che l'adozione di misure per il contenimento del rischio sia intesa come un obbligo e non come un potere dello Stato, il termine *“overriding”* sembrerebbe essere inteso come *“potenziale”*, non come preponderante. In tal maniera, la valutazione non sarà più basata sulla preponderanza del rischio rispetto alle esigenze del privato, ma si baserà sulla mera presenza di dubbi circa le possibili conseguenze dell'esportazione. Se così inteso, il rischio nella valutazione per l'esportazione di armi assomiglia a quello presente sia nella Convenzione sul genocidio¹⁹⁷⁷ e nella Convenzione sulla tortura, con riferimento al divieto di *refoulement*¹⁹⁷⁸. La valutazione in tal caso, dovrà essere condotta in maniera imparziale e non discriminatoria¹⁹⁷⁹ e sarà volta a determinare i rischi *“al di là di ogni ragionevole dubbio”*.

L'impostazione così assunta permette anche di rilevare come tale strumento possa portare, finalmente, alla prevenzione di violazioni, anche gravi, del diritto internazionale¹⁹⁸⁰. Se, come detto in apertura di paragrafo, il nesso tra la vendita di armi e la commissione di violazioni è sempre stato evidente, questo strumento ora permette di prevenire simili situazioni. Quindi, come per la precauzione nell'ambito ambientale e della salute umana, anche nell'ambito del commercio di armi il principio di precauzione può essere inteso come criterio per assicurare la prevenzione¹⁹⁸¹.

¹⁹⁷⁴ TROUWBORST, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹⁷⁵ Vedi Cap. II, § 3.

¹⁹⁷⁶ Versione in inglese disponibile all'URL <http://disarmament.un.org/treaties/a/att/switzerland/rat/un>. Lo stesso testo è stato adottato nella dichiarazione interpretativa del Liechtenstein (disponibile all'URL <http://disarmament.un.org/treaties/a/att/liechtenstein/rat/un>).

¹⁹⁷⁷ Art. 11.

¹⁹⁷⁸ Art. 4, § 3, oltre che nella Convenzione di Ginevra del 1951 relativa ai rifugiati (art. 34).

¹⁹⁷⁹ Art. 5, § 3 e Preambolo, VIII° principio dell'ATT.

¹⁹⁸⁰ Si veda il Rapporto Frey *infra* citato.

¹⁹⁸¹ TROUWBORST, *op. cit.*, p. 240 ss.

Tuttavia, per concludere, è necessario passare al vaglio anche un'ultima questione: l'esperimento di tale valutazione deve essere inteso quale *obbligo* o quale *standard* per gli Stati parte dell'ATT?

L'oggetto del Trattato sul commercio di armi è di:

“Establish the highest possible common international standard for regulating or improving the regulation of the international trade in conventional arms”¹⁹⁸².

Non c'è dubbio, in base all'interpretazione testuale, che si stia facendo riferimento ad uno *standard*. In tal senso, si dovrebbe intendere che la valutazione di cui all'art. 7 sia solo un mero *strumento tecnico* per accertare eventuali rischi¹⁹⁸³. Tuttavia, in base ad un'interpretazione sistematica del Trattato, è possibile evidenziare come tale strumento sia *obbligatorio* per gli Stati parte. Indizi in questo senso derivano dal linguaggio utilizzato dall'art. 7, in cui si esprime che gli Stati devono (“*shall*”) effettuare la valutazione dei fattori rilevanti quando il trasferimento non sia vietato a norma dell'art. 6; inoltre, anche in fase di applicazione provvisoria *ex art. 23*, si è stabilito che gli Stati potevano ratificare o accettare il Trattato applicando immediatamente le disposizioni degli artt. 6 e 7, indi per cui l'intenzione era quella di *obbligare* provvisoriamente gli Stati ad adeguarsi a tale strumento¹⁹⁸⁴; infine, leggendo il Trattato alla luce delle uniche dichiarazioni interpretative effettuate, tale strumento è inteso come *obbligatorio*¹⁹⁸⁵ quando ad essere potenzialmente violati siano obblighi di natura *erga omnes*¹⁹⁸⁶.

Proprio il nesso tra la valutazione e l'osservanza di obblighi *erga omnes* fa decisamente propendere per la natura obbligatoria della prima. Inoltre, dati gli indizi di cui *supra*, è preferibile parlare di obbligo anche in relazione ad una maggiore conformità all'oggetto e scopo del Trattato nell'azione che gli Stati devono attuare per adempiervi. Infine, leggendo la valutazione anche alla luce del principio di precauzione, è possibile ritenere che sussista un obbligo di prevenzione laddove siano presenti rischi, anche potenziali, che tali violazioni siano commesse.

3. Responsabilità individuale per traffico ed altri trasferimenti illeciti di armi

3.1 - La violazione di norme sui trasferimenti di armi tramite illicit brokering e diversion

Essendo il mercato delle armi convenzionali frequentato anche da soggetti privati, è necessario comprendere come eventuali illeciti da questi compiuti facciano sorgere le relative responsabilità, ovvero se tali soggetti possano essere considerati responsabili per traffico illecito di armi. Nel *Rapporto Frey*¹⁹⁸⁷ era stato sottolineato come la principale responsabilità degli Stati fosse quella di non prevedere con sufficiente *due diligence* misure che potessero reprimere le condotte individuali circa l'impiego delle armi¹⁹⁸⁸. Lo *Special Rapporteur*, inoltre, evidenziò come tale *due diligence* potesse essere il reale mezzo per

¹⁹⁸² Art. 1, § 1.

¹⁹⁸³ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 3 ss.

¹⁹⁸⁴ Sull'applicazione provvisoria degli accordi per il controllo delle armi, si veda Cap. I, § 9.2.

¹⁹⁸⁵ Si veda, appunto, la riserva della Svizzera di cui *supra*.

¹⁹⁸⁶ Sul punto, si veda anche quanto spiegato in relazione alla donazione di armi, al Cap. II, § 3.

¹⁹⁸⁷ *Prevention of human rights violations committed with small arms and light weapons. Final report submitted by Barbara Frey, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 2002/25, A/HRC/Sub.1/58/27, 27 July 2006*

¹⁹⁸⁸ §§ 8 ss.

assicurare la protezione dei diritti fondamentali altrimenti lesi dai trasferimenti di armi non finalizzati alla legittima difesa¹⁹⁸⁹.

Diversi accordi internazionali prevedono l'obbligo di regolare, se non addirittura di criminalizzare, queste due fattispecie. Con riferimento agli strumenti visti in questo capitolo, circa gli obblighi di prevenzione imposti agli Stati parte, il Protocollo stabilisce la previsione dei sistemi di registrazione e rilascio di autorizzazioni all'esportazione per i *brokers*¹⁹⁹⁰. La disposizione invita gli Stati a dotarsi di un simile sistema, ma non stabilisce alcuna cumulatività delle misure da adottare. In altre parole, il principio di sovranità, non enucleato nel Protocollo, trova una sua applicazione nella scelta del metodo di controllo delle attività di vendita di armi. Tuttavia, tale discrezionalità statale non risulta essere completamente efficace nel contrastare il fenomeno dell'*illicit brokering*, poiché la scelta di uno solo dei sistemi previsti non garantirebbe sempre la prevenzione di attività giudicate illecite.

Tale lacuna, però, potrebbe essere relativamente colmata con l'obbligo per gli Stati di provvedere allo scambio di informazioni circa le attività dei *brokers* sul proprio territorio¹⁹⁹¹. Anche secondo la prassi più comune sul punto è possibile operare il contrasto all'*illicit brokering* anche al di fuori della propria giurisdizione, attraverso ad esempio la richiesta di intervenire posta da uno Stato che faccia parte del medesimo accordo (segnatamente, l'ATT)¹⁹⁹².

Anche la Convenzione ECOWAS dispone circa il *brokering* di armi convenzionali. In particolare, si stabilisce la necessaria iscrizione in appositi registri per coloro (individui o società) che effettuino tali servizi quando operino nei territori degli Stati parte¹⁹⁹³. Inoltre, la Convenzione dispone che, ai fini del rilascio di autorizzazione a tali *brokers*, gli Stati e le proprie autorità raccolgano tutte le informazioni rilevanti circa il soggetto operante e la destinazione, stabilendo implicitamente anche una valutazione di eventuali rischi connessi¹⁹⁹⁴. Infine, laddove le attività di intermediazione siano effettuate in maniera illecita, ovvero mancando la registrazione o operando in assenza di specifica autorizzazione, gli Stati devono prevedere che tali attività siano considerate quali illeciti di natura penale¹⁹⁹⁵.

Tale obbligo, ora, è stabilito dall'ATT, in particolare agli artt. 10 e 11 che prevedono l'adozione di misure di repressione delle due fattispecie qui analizzate.

¹⁹⁸⁹ § 42.

¹⁹⁹⁰ Art. 15, § 1: “*With a view to preventing and combating illicit manufacturing of and trafficking in firearms, their parts and components and ammunition, States Parties that have not yet done so shall consider establishing a system for regulating the activities of those who engage in brokering. Such a system could include one or more measures such as: (a) Requiring registration of brokers operating within their territory; (b) Requiring licensing or authorization of brokering; or (c) Requiring disclosure on import and export licences or authorizations, or accompanying documents, of the names and locations of brokers involved in the transaction*”.

¹⁹⁹¹ Art. 15, § 2: “*States Parties that have established a system of authorization regarding brokering as set forth in paragraph 1 of this article are encouraged to include information on brokers and brokering in their exchanges of information under article 12 of this Protocol and to retain records regarding brokers and brokering in accordance with article 7 of this Protocol*”.

¹⁹⁹² Si veda meglio il § 2.1.1.

¹⁹⁹³ Art. 20, § 1.

¹⁹⁹⁴ Art. 20, § 3: “*Member States shall require that all small arms and light weapons brokering license applications for authorisation provide full disclosure of relevant import and export licences or authorisations and associated relevant documents, the names and locations of all brokering and shipping agents involved in the transaction and the transit routes and points of the small arms and light weapons shipments*”.

¹⁹⁹⁵ Art. 20, § 4.

3.1.1 – Tipicità delle condotte rilevanti

Le due fattispecie di *illicit brokering* e *diversion* possono essere analizzate, anzitutto, dal punto di vista dell'elemento oggettivo, ovvero le fattispecie criminose in sé.

Partendo dall'*illicit brokering*, genericamente si perfeziona allorquando un soggetto (tendenzialmente di natura privata) svolga la funzione di intermediario (*broker*) tra la domanda e l'offerta nel mercato delle armi, ovvero tra il produttore e l'acquirente¹⁹⁹⁶. L'ATT, che ha come oggetto la predisposizione del più alto *standard*¹⁹⁹⁷ possibile per regolare i trasferimenti di armi e quindi prevenire i traffici illeciti¹⁹⁹⁸, prevede che gli Stati:

“shall take measures, pursuant to its national laws, to regulate brokering taking place under its jurisdiction for conventional arms covered under Article 2 (1). Such measures may include requiring brokers to register or obtain written authorization before engaging in brokering”¹⁹⁹⁹.

Il *brokering* è espressamente menzionato quale attività di trasferimento delle armi dall'art. 2, § 2 del Trattato. La ragione di ciò sta nella stretta connessione esistente tra il *brokering* e tali trasferimenti, data la possibilità di ricorrere alle prestazioni di un soggetto terzo che coadiuvi le singole operazioni di vendita. Inoltre, in molti casi il *broker* diviene esso stesso *soggetto trasferente*, in quanto acquista e detiene per un certo periodo di tempo le armi, per poi rivenderle e ricavarne profitto²⁰⁰⁰.

Per quanto riguarda la condotta criminale rilevante, secondo l'UNODA²⁰⁰¹ costituisce a tutti gli effetti attività di *brokering* sia il servizio di intermediazione tra domanda e offerta, predisponendo l'incontro delle medesime, sia anche tutti servizi connessi alla vendita (dalla predisposizione della documentazione necessaria, fino alla negoziazione del contratto ed al trasporto del carico, fino ancora ai servizi inerenti il pagamento). Inoltre, il ricavato dell'operazione di *brokering* può non essere necessariamente solo un profitto in denaro, bensì può consistere anche in altro beneficio a favore del soggetto intermediario, soprattutto di natura politica²⁰⁰².

La regolazione di tale attività permette anche di identificare la condotta criminale rilevante: infatti, devono sussistere due requisiti fondamentali: il *carattere transnazionale*

¹⁹⁹⁶ S. FINARDI-P. DANSSÄRT, *Transparency and Accountability. Monitoring and Reporting Methods under an Arms Trade Treaty*, International Peace Information Service and TransArms-R, Febbraio 2012, p. 46; B. WOOD, *International Initiatives to Prevent Illicit Brokering of Arms and Related Materials*, in *Disarmament Forum*, 2009, n. 3, pp. 5-16, a p. 10; E. KEPPLER, *Preventing Human Rights Abuses by Regulating Arms Brokers: The US. Brokering Amendment to the Arms Export Control Act*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2001, vol. 19, n. 2, pp. 381-411, a p. 386 e ss.

¹⁹⁹⁷ Sul punto, si vedano le Conclusioni, § 1.2.

¹⁹⁹⁸ Art. 1: “The object of this Treaty is to:

- Establish the highest possible common international standards for regulating or improving the regulation of the international trade in conventional arms;
- Prevent and eradicate the illicit trade in conventional arms and prevent their diversion”.

¹⁹⁹⁹ Art. 10.

²⁰⁰⁰ Si veda la dottrina *supra* citata.

²⁰⁰¹ United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA), *Arms Trade Treaty Implementation Toolkit - Module 9: Brokering*, p. 2, disponibile all'URL www.un.org/disarmament/ATT. Tale interpretazione deve essere fatta anche alla luce dell'art. 5 del Trattato medesimo, il cui § 5 stabilisce che “Each State Party shall take measures necessary to implement the provisions of this Treaty and shall designate competent national authorities in order to have an effective and transparent national control system regulating the transfer of conventional arms covered under Article 2 (1) and of items covered under Article 3 and Article 4”.

²⁰⁰² In dottrina, si veda R. YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux des armes de guerre*, Pedone, Parigi, 1980, pp. 14 ss.

dell'attività d'intermediazione e la *manca*za di autorizzazione all'esportazione od allo svolgimento dell'attività. Per quanto riguarda il primo requisito, il primo riferimento normativo è fornito proprio dall'art. 10 dell'ATT, il quale stabilisce che le misure di regolazione che gli Stati parte devono adottare riguardano le attività d'intermediazione “*taking place under its jurisdiction*”. L'espressione normativa ex art. 10 dovrebbe far intendere che l'attività può iniziare all'interno della giurisdizione di uno Stato, ma può perfezionarsi anche al di fuori di essa. Inoltre, il trasferimento di armi può anche non coinvolgere direttamente lo Stato di residenza o registrazione del *broker* e non necessariamente quest'ultimo può prendere possesso del carico da consegnare. In altre parole, l'attività di *brokering* può anche prescindere da un collegamento materiale con lo Stato in cui il *broker* vive od opera regolarmente²⁰⁰³.

Laddove, però, il *broker* avvii la propria attività in Stati parte dell'ATT, questi possono regolare l'attività d'intermediazione per tutte le fasi del servizio d'intermediazione prestato, quindi potendo comprendere anche le fasi che si svolgono al di fuori della propria giurisdizione. Infatti, il testo della disposizione dell'art. 10 parla genericamente di misure che devono essere adottate dagli Stati per *regolare* i servizi di intermediazione²⁰⁰⁴. Seguendo anche quanto prescritto dall'art. 5, § 5 dell'ATT, è logico considerare che l'attività da regolare potrà essere anche quella in cui il *broker* operi in uno Stato terzo, ma abbia un collegamento con uno Stato parte dell'ATT²⁰⁰⁵.

Oltre a ciò, nel caso l'attività d'intermediazione sia svolta fuori dall'ambito di applicazione della giurisdizione nazionale, sarà necessario regolare tale attività per il tramite di specifiche norme di diritto interno che ammettano l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione su *brokers* basandosi su criteri di connessione *ratione materiae* o *ratione loci*²⁰⁰⁶. In base all'ATT, tali criteri di connessione sembrano essere compatibili con l'oggetto del Trattato, ovvero la regolazione più ampia possibile delle attività di trasferimento di armi²⁰⁰⁷. Questa constatazione emerge anche nella prassi statale, laddove vi sono esempi (soprattutto statunitensi) in cui il contrasto di certe attività criminali viene operata anche a livello extraterritoriale, in base a determinati criteri di connessione tra il privato e lo Stato²⁰⁰⁸. Il requisito principale perché si possa operare in tal maniera è anzitutto a carattere *legislativo*, ovvero è necessaria una specifica disposizione di diritto

²⁰⁰³ *Brokering* citato, *ib.*

²⁰⁰⁴ *Brokering* citato, p. 4.

²⁰⁰⁵ *Brokering* citato, p. 5.

²⁰⁰⁶ *Brokering* citato, p. 6.

²⁰⁰⁷ Questo il significato da attribuire all'espressione “*Establish the highest possible common international standards for regulatin or improving the regulation...*”.

²⁰⁰⁸ Questo è il caso della sez. 127.1(b) dell'*International Traffic in Arms Regulation* (ITAR), la quale stabilisce espressamente che “*All persons abroad subject to U.S. jurisdiction who obtain temporary or permanent custody of a defense article exported from the United States or produced under an agreement described in part 124 of this subchapter, and irrespective of the number of intermediate transfers, are bound by the regulations of this subchapter in the same manner and to the same extent as the original owner or transferor*”. Secondo BIANCHI, *op. cit.*, p. 237 ss., tale modo di intendere l'esercizio della giurisdizione non sarebbe incompatibile con i principi di diritto internazionale sulla giurisdizione degli Stati. Anche nella prassi giurisprudenziale, tale forma di esercizio della giurisdizione ha sempre riscontrato il parere positivo della giurisprudenza nazionale statunitense, ad esempio nei casi *US. v. Evans* (1987) e *US. v. Hendron* (820 F. Suppl. 715, E.D.N.Y. 1993, 17 May 1993). L'applicazione extraterritoriale è sicuramente ammissibile quando l'azione serva a fermare condotte criminali di intermediazione a favore di gruppi armati e di terroristi che possano colpire le truppe statunitensi di stanza all'estero: questi i casi *US. v. Vintila et al.* e *US. v. Georgescu* (14-CR-799 (RA) S.D.N.Y., 7 December 2015, caso in cui fu coinvolto anche l'ex on. Massimo Romagnoli) e dal caso del noto trafficante di armi Viktor Bout (*US. v. Bout*, 12-1487-cr, S.D.N.Y., 27 September 2013).

interno che ammetta come lecita tale impostazione; in secondo luogo, è necessario rilevare con certezza il *criterio di connessione*, se oggettivo o soggettivo²⁰⁰⁹; infine, a titolo di completezza, si dovrà ritenere che tale esercizio possa essere ammissibile qualora vi sia il consenso da parte dello Stato territoriale ad operare²⁰¹⁰ ed il generale rispetto delle libertà fondamentali del sospettato od arrestato, come la possibilità di avere un contraddittorio ed essere giudicato in maniera imparziale.

Il secondo requisito per identificare un'attività di *brokering* illecito è dato dalla mancanza di autorizzazione o licenza a svolgere la propria attività. Per quanto tale attività economica privata non differisca da altre iniziative private per l'esportazione o la vendita di beni a livello internazionale, la natura sensibile del bene esportato richiede, come visto, un'attività di controllo necessariamente pervasiva, poiché sono posti ostacoli di natura giuridica all'attività del privato. Per poter rimuovere tali ostacoli, il privato necessita di entrare in contatto con le autorità nazionali attraverso la proposizione di un'istanza, con la quale chiede di essere autorizzato a prestare la propria attività d'intermediazione. L'autorizzazione, quindi, funge anche da mezzo di controllo effettivo dello Stato sulle operazioni di trasferimento operate dal privato²⁰¹¹. In molti ordinamenti statali, affinché il *broker* possa operare liberamente non solo dovrà richiedere una specifica autorizzazione per il trasferimento, ma dovrà anche essere iscritto in appositi registri, debitamente tenuti dalle autorità nazionali. Questa iscrizione, quindi, ha valore *costitutivo* dell'attività medesima, a differenza dell'autorizzazione, che ha solo valore *dichiarativo* dell'attività svolta dal privato nell'ottica di rimuovere gli ostacoli²⁰¹². Così è vero per l'ordinamento italiano, in cui l'art. 01 della l. 185/1990²⁰¹³ prescrive che si devono intendere per attività d'intermediazione:

“attività poste in essere esclusivamente da soggetti iscritti al registro nazionale delle imprese di cui all'articolo 3 della presente legge che:

- 1) negoziano o organizzano transazioni che possono comportare il trasferimento di beni figuranti nell'elenco comune dei materiali d'armamento da uno Stato membro o da uno Stato terzo verso un qualsiasi altro Stato;
- 2) acquistano, vendono o dispongono il trasferimento di tali beni in loro possesso da un Stato membro o terzo verso un qualsiasi altro Stato membro o terzo”.

Inoltre, l'art. 1, c. 4 della medesima legge prescrive che le attività d'intermediazione sono consentite solo se poste in essere con altri governi esteri o con imprese autorizzate del medesimo. Quindi, l'attività d'intermediazione sarà considerata ammissibile, e perciò autorizzata, solo in presenza di questi due requisiti.

Anche l'ordinamento statunitense prevede una forma di registrazione del *broker* ai fini dell'espletamento della propria attività economica. In particolare, la sez. 129.3(a) dell'ITAR, che riprende quanto stabilito dalla sez. 38(b)(1)(a)(ii) dell'*Arms Export Control Act*²⁰¹⁴, stabilisce che:

²⁰⁰⁹ BIANCHI, *ib.*

²⁰¹⁰ In base all'art. 20 del Progetto di articoli sulla responsabilità del 2001. In giurisprudenza, Corte internazionale di giustizia, *Military Activities in the Territory of Congo (Congo v Uganda)*, 2005, in *I.C.J. Reports*, 2005.

²⁰¹¹ Si veda §§ 1.1 e 1.3, in particolare per quanto riguarda il controllo esercitato (e dovuto) da parte dello stato, nonché per quanto riguarda la valutazione preventiva all'esportazione.

²⁰¹² FRACCHIA, *op. cit.*, p. 599.

²⁰¹³ L. 9 luglio 1990, n. 185 relativa alle *Nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento*. L'articolo è stato introdotto dall'art. 1, c. 1, lett. a) del d.lgs. 22 giugno 2012, n. 105.

²⁰¹⁴ 22 U.S.C. 2778.

“Any U.S. person, wherever located, and any foreign person located in the United States or otherwise subject to the jurisdiction of the United States (notwithstanding §120.1(c)), who engages in the business of brokering activities (as defined in this part) with respect to the manufacture, export, import, or transfer of any defense article or defense service subject to the controls of this sub-chapter (see part 121) or any “foreign defense article or defense service” (as defined in §129.2) is required to register with the Directorate of Defense Trade Controls”.

In aggiunta alla registrazione, è richiesto anche il rilascio di una specifica autorizzazione o licenza per l'esportazione²⁰¹⁵. Sia che manchi la registrazione o manchi l'autorizzazione specifica, l'ITAR prevede la responsabilità penale di chi svolga le attività di intermediazione senza i suddetti requisiti²⁰¹⁶.

È possibile ritenere, dunque, che la previsione ed il possesso di questi requisiti può essere considerata, nel diritto internazionale, un obbligo per gli Stati. Nell'ATT, l'art. 10 stabilisce chiaramente che, tra le misure che devono essere adottate dagli Stati parte per regolare il *brokering*, vi sono anche l'iscrizione in appositi registri o l'ottenimento da parte del privato di apposita e preventiva autorizzazione scritta²⁰¹⁷. Quindi, la mancanza dei medesimi requisiti non solo renderà *nullo* il contratto concluso tra il privato e lo Stato d'importazione o l'impresa dello Stato, ma renderà anche perseguibile, normalmente a livello penale, la condotta posta in essere dall'individuo o dall'industria non registrata o non autorizzata²⁰¹⁸.

Per quanto riguarda invece la *diversion*, essa si sostanzia, normalmente, in una condotta atta a deviare il carico di armi rispetto alla destinazione originaria, documentata ed autorizzata. L'ATT non definisce in termini giuridici tale attività. Questa mancanza è relativamente compensata dal fatto che il rilascio dell'autorizzazione deve avvenire, in tutti i casi, dietro presentazione di appositi certificati *end-use* o *end-user*, che permettano quindi di stabilire con certezza il destinatario o la destinazione. Quindi, la *diversion* potrà verificarsi in tutti quei casi in cui il trasferimento delle armi sia deviato da un soggetto autorizzato verso un soggetto non autorizzato, ovvero quando la destinazione effettiva sia diversa da quella certificata in origine²⁰¹⁹. Tale fattispecie può configurarsi anche nei casi in cui si operi una ri-esportazione del carico di armi, poiché normalmente la *diversion* è il metodo per ottenerle utilizzato da Stati sottoposti ad *arms embargoes*, da organizzazioni terroristiche e criminali ed altri soggetti che possono commettere violazioni del diritto internazionale²⁰²⁰.

Come per il *brokering*, la *diversion* necessita di un presupposto lecito, ovvero l'autorizzazione all'esportazione del carico di armi. Se è vero che essa può intervenire in qualsiasi fase della negoziazione e della vendita, sicuramente la fase in cui tale condotta si perfeziona è quella del trasporto del carico²⁰²¹. È possibile, dunque, ritenere che, più

²⁰¹⁵ § 129.6.

²⁰¹⁶ § 126.4(c) ss.

²⁰¹⁷ Art. 10, ultimo periodo.

²⁰¹⁸ Si vedano l'art. 12 della l. 185/1990 e la sez. 126 dell'ITAR.

²⁰¹⁹ UNODA, *Arms Trade Treaty Implementation Toolkit – Module 10: Preventing Diversion*, p. 2, consultato all'URL www.un.org/disarmament/ATT.

²⁰²⁰ *Preventing* citato, ib.

²⁰²¹ Dubbi però possono sorgere circa la *diversion* compiuta durante la fase di produzione. A meno che le armi non siano ancora state assemblate (facendo, quindi, propendere più per un furto di componenti), si deve ritenere che solo in occasione dei trasporti di armi o componenti sia possibile la configurazione di tale fattispecie criminosa. In verità, a norma della Convenzione Interamericana e del Protocollo ONU sulle armi da fuoco, la *diversion* può essere compiuta sugli esplosivi che ancora non siano stati marcati e numerati dalle industrie. In tal caso, la norma avrebbe un carattere di pericolo astratto, in quanto la

dell'*illicit brokering*, la *diversion* si possa configurare solo quando il trasferimento del bene-arma sia stato autorizzato, poiché il trasporto verso la destinazione, effettuato dopo la produzione, avviene solo quando le autorità statali ritengano che non sussistano impedimenti dirimenti per lo stesso²⁰²².

Non definendo la condotta di *diversion*, l'ATT impone solo obblighi di *due diligence* in capo agli Stati per prevenire la sua commissione attraverso l'adozione di idonee misure da parte di tutti gli Stati coinvolti nei trasferimenti²⁰²³. Più in particolare, gli obblighi di prevenzione vengono distinti a seconda che si tratti di Stato di esportazione o si tratti di altro Stato:

a) per quanto riguarda lo Stato di esportazione, l'ATT prescrive che la prevenzione deve avvenire per il tramite della valutazione di rischi di *diversion*. Oltre che attraverso lo strumento sopra esposto²⁰²⁴, la prevenzione avviene anche per il tramite di *confidence and security-building measures* e programmi stabiliti e sviluppati di comune accordo con gli Stati d'importazione. Tuttavia, la *diversion* può essere prevenuta anche per il tramite di altre misure, laddove ritenute appropriate. In particolare, l'ATT prescrive una valutazione dei soggetti coinvolti nell'esportazione di armi, nella richiesta di distinta ed addizionale documentazione relativa ai rischi di *diversion*, nella predisposizione di certificati di *end-use* o *end-user* e di garanzie di prevenzione da parte del privato²⁰²⁵;

b) laddove si tratti di altro Stato (sia esso di importazione o di transito), l'obbligo prescritto di prevenzione riguarda solo la cooperazione e lo scambio di informazioni per mitigare i rischi connessi.

Ovviamente, anche secondo la lettera dell'art. 11, il principale obbligo sarà imposto in capo allo Stato di esportazione, affinché la prevenzione possa essere *anticipata*. Tuttavia, stante tale vincolo e la predisposizione dell'unico strumento utile in tal senso, ovvero la valutazione di rischi ai fini del rilascio dell'autorizzazione, l'obbligo si completa solo con il vaglio delle informazioni necessarie. Come per la valutazione del rischio preponderante o prevalente, anche in questo caso lo Stato d'importazione fornirà tutte le informazioni necessarie²⁰²⁶.

Laddove uno Stato parte dell'ATT ravvisi un qualche rischio di *diversion* in trasferimenti che coinvolgano direttamente od indirettamente il proprio territorio, questi ha il dovere di segnalare eventuali rischi o violazioni agli Stati coinvolti. Inoltre, potrà adottare le misure necessarie “*secondo il proprio diritto e conformemente agli obblighi internazionali*”²⁰²⁷.

Questa situazione potrebbe generalmente verificarsi nel momento in cui il carico di armi sia entrato nella giurisdizione dello Stato in questione, senza che questi abbia avuto la possibilità di autorizzare preventivamente tale trasferimento. Laddove, ad esempio, vi sia stato un approdo e le autorità statali sospettino una *diversion*, lo Stato può ricorrere

marchiatura e la numerazione assolvono al compito di rendere tale arma lecita nel suo impiego.

²⁰²² Sul trasporto si veda la discussione sugli INCOTERMS al Cap. II, § 4.2. In particolare, le assicurazioni di trasporto di cui si è parlato sono principalmente rivolte ad evitare le varie forme di *diversion*, e rimangono attive fino a che il carico non è arrivato alla destinazione individuata.

²⁰²³ Art. 11, § 1.

²⁰²⁴ § 1.3.

²⁰²⁵ Art. 11, § 2.

²⁰²⁶ Art. 11, § 3. Sembra che ci sia una differente considerazione della *diversion* rispetto a rischi di altre violazioni, poiché la necessità di stabilire che questa attività criminale sia contrastata dagli Stati fa intendere che il rischio previsto dall'art. 11 sia più specifico rispetto ad altri rischi che si possano generare a seguito di trasferimenti illeciti o non autorizzati.

²⁰²⁷ Art. 11, § 4.

all'istituto della visita a bordo di navi²⁰²⁸ o di aeromobili²⁰²⁹. Ciò è conforme sia alle norme internazionali che regolano tali istituti, sia sulla base dei principi di diritto internazionale che permettono di agire in tal maniera. Di conseguenza, laddove lo Stato abbia agito a tal fine, la notizia che il carico di *diversion* è approdato nella propria giurisdizione potrà essere legittimamente diffusa alle altre autorità statali²⁰³⁰.

Dunque, la *diversion*, oltre che essere prevenuta, può anche essere *perseguitabile*. Le azioni degli Stati parte dell'ATT devono, però, essere conformi ai principi di diritto internazionale sulla libertà di transito marittimo ed aereo. Laddove, inoltre, misure nazionali siano state adottate per prevenire e contrastare la *diversion*, tutti gli Stati sono invitati, ma non tenuti, a diffondere le notizie tramite *reports* su tali misure. In tale ottica, si deve leggere anche il riferimento alla conformità alle “*proprie legislazioni nazionali in materia*”.

Alcuni dubbi possono palesarsi in merito ad una condotta di *diversion* attribuibile ad uno Stato. Questa considerazione si basa sul caso discusso nell'ambito dell'OAS²⁰³¹ avvenuto nel 2001, quando fu operata una deviazione di un carico di armi semi-automatiche della polizia nicaraguense, originariamente destinato alle autorità di polizia panamensi, in favore dei ribelli delle *Fuerzas Armadas de Revolución Colombiana* (FARC). Il gruppo di esperti chiamato a vagliare le responsabilità accertò che, a seguito delle operazioni di tre *brokers* (due individui di nazionalità israeliana, operanti in Guatemala e Panama, ed una società iscritta in Messico, la *Otterloo*) per lo smaltimento di armi semi-automatiche da parte della polizia nicaraguense, le autorità del Nicaragua erano responsabili per il mancato esperimento delle corrette procedure, previste dalla Convenzione Interamericana del 1997, relative all'accertamento del rilascio di un'autorizzazione da parte delle autorità panamensi, destinatarie del carico di armi²⁰³². Tale mancato esperimento sarebbe stato giustificato in base all'applicazione della normativa interna nicaraguense, la quale non prevedeva il vaglio di alcuna certificazione sulla destinazione finale: questa inefficienza è stata ritenuta la causa della deviazione verso la Colombia. Il ricorso alla sola normativa interna è stato ritenuto in violazione degli artt. IX e XIII della Convenzione, relativi alla richiesta di informazioni alle autorità dello Stato di destinazione ed alla procedura di rilascio delle autorizzazioni per l'esportazione. Secondo il *panel* di esperti, la mancata prova che tale comunicazione fosse arrivata alle autorità panamensi avrebbe determinato che, al contrario, la *diversion* sarebbe stata assolutamente prevedibile²⁰³³.

Questo caso, dunque, è interessante poiché permette di comprendere eventuali responsabilità dello Stato per la mancata prevenzione e determinare così l'attribuzione delle condotte illecite secondo i criteri prescritti dal Progetto di articoli sulla

²⁰²⁸ Art. 30 della Convenzione ONU per il diritto del mare del 1982.

²⁰²⁹ Art. 16 della Convenzione sulla aviazione civile, siglata a Chicago il 7 dicembre 1944.

²⁰³⁰ In tal senso, devono essere letti anche i §§ 5 e 6 dell'art. 11, relativi agli inviti alla diffusione di informazioni sulle misure adottate, quali le statistiche circa la corruzione, le rotte commerciali dei trafficanti, gli intermediari non autorizzati, fonti di fornitura illecita e destinazioni conosciute della criminalità organizzata, e le informazioni per il rapporto circa il contrasto alla *diversion*.

²⁰³¹ *Report of the General Secretariat of the Organization of American States on the Diversion of Nicaraguan Arms to the United Defence Forces of Colombia*, OEA/Ser.G, CP/doc. 3687/03, 29 January 2003, disponibile all'URL http://fas.org/asmp/campaigns/smallarms/OAS_Otterloo.htm. Il caso è documentato anche in M. SCHRÖDER, *Small Arms, Terrorism and the OAS Firearms Convention*, Federation of American Scientists, Occasional Paper n. 1, March 2004, disponibile su sito www.fas.org.

²⁰³² *Report* citato, §§ V-VI; SHROEDER, *op. cit.*, p. 28-29.

²⁰³³ SCHROEDER, *op. cit.*, p. 28.

responsabilità²⁰³⁴. Essendovi un obbligo di *due diligence* di rispettare una procedura per il rilascio dell'autorizzazione all'esportazione²⁰³⁵, lo Stato, anche secondo l'art. 32 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, sarà ritenuto responsabile per mancato adempimento, poiché la normativa interna non può essere invocata nel momento in cui è compiuta una violazione di un obbligo internazionale. In tal senso, quindi, solo attraverso un puntuale adeguamento alla norma internazionale lo Stato andrà esente da responsabilità; in caso contrario, oltre alle responsabilità individuali per la *diversion*, sarà possibile invocare la responsabilità dello Stato.

3.1.2 - La responsabilità degli individui per illeciti trasferimenti di armi

Laddove gli Stati decidano di adottare misure di natura penale per reprimere le condotte di cui si è detto *supra*, è opportuno valutare le forme di attribuzione dell'illecito in capo agli individui. Considerando l'*illicit brokering* e la *diversion* come due fattispecie di *treaty crimes*²⁰³⁶, può essere utile valutare la responsabilità individuale alla luce dei principi generali del diritto internazionale penale²⁰³⁷.

Per quanto riguarda l'intermediazione illecita nei trasferimenti di armi, la comune forma di responsabilità individuale è sicuramente l'*autoria diretta* o *immediata*²⁰³⁸, la quale prevede che il soggetto che commette il crimine è personalmente responsabile²⁰³⁹. In tal senso, il crimine può essere commesso anche da un solo individuo che abbia predisposto

²⁰³⁴ In particolare, come visto, la responsabilità sorgerà in capo allo Stato per la mancata adozione di misure volte ad evitare la commissione di un illecito da parte di privati, come prescritto dall'art. 11 del Progetto.

²⁰³⁵ Come visto in precedenza, l'art. IX della Convenzione stabilisce una procedura più articolata e dettagliata sul rilascio delle previste autorizzazioni: solo laddove lo Stato d'importazione o lo Stato di transito confermino la destinazione od il passaggio del carico di armi, allora lo Stato d'esportazione potrà rilasciare l'autorizzazione.

²⁰³⁶ B. BROOMHALL, *Article 22 - Nullum Crimen Sine Lege*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, Monaco di Baviera, II° ed., 2008, pp. 713-729, a p. 727 ss., sostiene come sia ben difficile individuare nuove fattispecie penali in accordi e convenzioni internazionali. Difatti, nella maggior parte dei casi, le disposizioni rilevanti si limitano a prevedere l'obbligo in capo agli Stati parte di adottare misure, anche a livello penale, per reprimere certe condotte, genericamente individuate. Questa affermazione è vera anche in relazione alle due fattispecie qui rilevate. Tuttavia, se nell'ATT si stabilisce solo che le condotte ivi previste debbano essere considerate penalmente illecite, è anche vero che si individuano i presupposti di tale illiceità, ovvero per l'*illicit brokering* si stabilisce che l'attività, di per sé lecita, debba essere considerata illecita nel momento in cui il privato stia agendo in difetto di dovuta registrazione o di rilascio di specifica autorizzazione; tale previsione è riscontrabile anche nel Protocollo ONU citato (art. 15, letto in combinato disposto con l'art. 1) e nella Convenzione ECOWAS citata (art. 20, § 4), oltre a diversi altri atti di soft law in cui emerge chiaramente la necessità di regolare tale attività e di considerare illeciti i trasferimenti di armi che avvengano in mancanza di registrazione e/o di autorizzazione. Per la *diversion*, invece, si richiede che gli Stati puniscano quelle condotte il cui fine sia deviare il carico di armi rispetto alla destinazione legittima originaria, per rifornire soggetti o destinatari non autorizzati. In questo senso, si stabiliscono, rispettivamente, obblighi di prevedere i presupposti del *actus reus* e la *mens rea* delle due fattispecie, con ciò identificando pienamente due fattispecie *in nuce* di diritto internazionale penale.

²⁰³⁷ Per quanto riguarda l'*aiding and abetting* nella commissione di crimini internazionali tramite trasferimenti di armi, si veda il § 2.2. Per la descrizione di tali forme, ci si rifarà anche a quanto stabilito negli Statuti del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia e per il Ruanda, oltre a quanto previsto, in generale, nello Statuto della Corte penale internazionale.

²⁰³⁸ Art. 25, lett. a) dello Statuto della CPI; art. 7, § 1 dello Statuto del TPJ

²⁰³⁹ E. AMATI - M. COSTI, *Autoria e forme di compartecipazione criminosa*, in E. AMATI - V. CACCAMO - M. COSTI - E. FRONZA - A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto internazionale penale*, Giuffrè editore, Milano, 2016, III° ed., p. 100; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, III° ed., p. 96 ss.

una propria organizzazione di risorse e contatti e stia fornendo le prestazioni dei servizi in maniera illecita. Non sembra indispensabile che il soggetto abbia agito in concorso con altri soggetti; si richiede soltanto che il soggetto stia operando mentre versa in situazione di illecito, ovvero avendo omesso di registrarsi debitamente (laddove previsto dall'ordinamento interno) e di non aver ottenuto l'autorizzazione a prestare i servizi d'intermediazione per i trasferimenti di armi. Tuttavia, stante anche quanto vedremo di seguito²⁰⁴⁰, può sussistere una forma di responsabilità individuale anche in capo alle persone giuridiche, nel momento in cui la decisione di agire in situazione di illecito provenga dai vertici societari e sia volta a usare lo strumento societario per perseguire il fine criminoso²⁰⁴¹.

Diversamente dall'*illicit brokering*, la *diversion* non sembrerebbe potersi configurare in maniera solo individuale. La predisposizione di un piano per deviare il carico di armi e la sua attuazione difficilmente possono essere attuati solo in maniera autonoma da un individuo, ma potrebbe essere necessaria l'attuazione in maniera partecipata da almeno due soggetti. Se pensiamo per un momento al caso in cui sia necessario deviare il carico rispetto alla sua originaria e legittima destinazione e tale deviazione venga operata tramite assalto al convoglio di trasporto, è logico supporre che l'operazione possa essere attuata da più individui, i quali, quindi opereranno in concorso tra loro, seppur con differenziate forme di partecipazione. Sarà, dunque, necessario valutare la commissione del crimine alla luce del principio della *joint criminal enterprise*, di cui subito appresso.

Altro modello di responsabilità individuale consiste nella autoria mediata (*indirect perpetration*). Secondo l'art. 25 lett. a) dello Statuto di Roma, un soggetto può essere considerato responsabile personalmente nel momento in cui abbia commesso il crimine tramite o per mezzo di altra persona, ritenuta un *innocent agent*, ovvero un soggetto non imputabile²⁰⁴². Perché l'autore mediato possa essere considerato responsabile, è necessario che sia dimostrato il collegamento tra i due soggetti e che al contempo vi sia stato l'esercizio di un'influenza sul soggetto agente materialmente. Il modello è sicuramente adatto per strutture militari o politiche, ma può anche dar luogo a problemi interpretativi circa la distinzione con la coautoria²⁰⁴³.

Per quanto riguarda l'*illicit brokering*, tale modello sembra difficilmente applicabile: anzitutto, anche laddove si volesse ipotizzare il coinvolgimento di più di una persona nell'espletamento dei servizi di intermediazione, è necessario valutare la struttura gerarchica che vi è tra i due soggetti. Sembra difficile ammettere che, al di fuori di un contesto societario²⁰⁴⁴, si possa configurare un rapporto gerarchico tipico di organizzazioni paramilitari: nell'ambito del *brokering*, infatti, l'eventuale rapporto tra dipendente e datore non sembrerebbe identificarsi in un vero e proprio rapporto gerarchico rilevante per il diritto internazionale penale²⁰⁴⁵. Inoltre, l'autore materiale del crimine deve essere considerato un soggetto non imputabile, secondo i principi del diritto internazionale penale, ovvero si deve trattare di inferiore gerarchico nell'adempimento di un dovere²⁰⁴⁶.

²⁰⁴⁰ § 2.1.3.

²⁰⁴¹ Si veda § 3.

²⁰⁴² Si vedano gli artt. 26 (minori di anni 18), 27 (irrilevanza della qualifica di pubblico ufficiale), 31 (basi per escludere la responsabilità individuale) e 33 (ordine del superiore e dovere secondo diritto).

²⁰⁴³ AMATI-COSTI, *op. cit.*, p. 101-102; CASSESE, *op. cit.*, p. 99 ss.

²⁰⁴⁴ International Commission of Jurists, *Corporate Complicity and Legal Accountability*, vol. II - *Criminal Law and International Crimes*, p. 12 ss., reperito sul sito www.icj.org.

²⁰⁴⁵ Anche se rimane attivo il principio civilistico della responsabilità padronale (prevista, ad es., nell'art. 2041 c.c.) e del datore di lavoro per illeciti commessi dal dipendente o dal sottoposto.

²⁰⁴⁶ Le altre due situazioni di soggetto non imputabile si riscontrano in persona in stato di alterazione psicofisica o di minore di anni 18, a norma dell'art. 31 dello Statuto CPI.

Infine, è necessario anche che tale soggetto abbia agito in una situazione di materiale incapacità di rendersi conto delle conseguenze delle sue azioni²⁰⁴⁷. In definitiva, questa forma di autoria potrà essere considerata solo laddove il *broker* sia inserito all'interno di un'organizzazione militare o politica²⁰⁴⁸.

Non è invece da escludere *a priori* la configurazione del modello di autoria mediata per quanto riguarda la deviazione del carico di armi. Essendo tale crimine astrattamente commissibile da parte di gruppi armati, la condotta materiale si configura anche tramite un autore mediato che impartisce un ordine all'autore materiale, ad es. nel caso di un comandante paramilitare ad un suo sottoposto gerarchico, od ancora nel caso del *leader* di un gruppo di terroristi o di criminali nei confronti degli altri consociati²⁰⁴⁹.

Entrambe le fattispecie possono essere commesse anche in forma di coautoria o *joint criminal enterprise*²⁰⁵⁰. In particolare, sarà possibile determinare la commissione tramite JCE I e JCE III²⁰⁵¹. Infatti, per quanto riguarda l'*illicit brokering*, la JCE I, ovvero la condivisione del medesimo disegno criminoso e intento da parte di tutti i partecipanti alla condotta²⁰⁵², si manifesterà quando tutti gli appartenenti ad un accordo per trasferire armi tramite fornitura dei servizi di intermediazione attueranno le proprie condotte senza procedere alla registrazione dell'impresa, oppure senza dover chiedere la specifica autorizzazione²⁰⁵³. Ugualmente accadrà con riferimento alla *diversion* del carico di armi, che è fattispecie a *necessaria coautoria*, come visto: laddove tutti gli elementi del gruppo criminale decidano di agire per deviare tale carico, divideranno il medesimo intento criminoso²⁰⁵⁴.

Più difficoltoso, ma ugualmente configurabile, appare essere il terzo modello di JCE, relativo alla condivisione del rischio che un altro crimine possa essere commesso durante la condotta del crimine principale. Secondo questa forma di responsabilità, i coautori risponderanno del crimine diverso da quello per il quale era stato concluso l'accordo criminoso solo se abbiano avuto tutti la possibilità di prevedere le conseguenze del secondo crimine²⁰⁵⁵. Secondo la giurisprudenza del Tribunale per la ex Jugoslavia, perché si

²⁰⁴⁷ Si esclude, quindi, che il soggetto possa essere imputabile per errore di fatto (art. 32 dello Statuto), ma senza che tale soggetto abbia condiviso il medesimo disegno criminoso del mandante.

²⁰⁴⁸ La qual cosa, pur se non immediatamente riscontrabile nella prassi, non è escludibile in astratto. Siccome, però, l'attività di *brokering* è attività economica privata, bisognerà dimostrare concretamente che il soggetto intermediario stesse agendo su indicazione o istruzione dell'offerente o dell'acquirente. Il mero rapporto contrattuale con uno di questi soggetti non può essere considerato quale rapporto di autoria mediata.

²⁰⁴⁹ Come visto in precedenza nel caso *Otterloo*, laddove la responsabilità sia imputabile ad organi dello Stato, anche solo per aver omesso i dovuti controlli, facilitando quindi la condotta di *diversion*, la responsabilità sarà imputabile direttamente in capo al superiore gerarchico, a norma dell'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale.

²⁰⁵⁰ AMATI-COSTI, *op. cit.*, p.102 ss.; CASSESE, *op. cit.*, p. 163 ss.

²⁰⁵¹ Non sembra possibile la configurazione della JCE II per queste due fattispecie: infatti, tale forma di responsabilità si manifesta all'interno di quadri situazionali, quali i campi di detenzione o concentramento (AMATI-COSTI, *op. cit.*, pp. 107-109; CASSESE, *op. cit.*, pp. 165-168). È difficile pensare in astratto che tali fattispecie possano avvenire in simili contesti situazionali. Al di là di voler ipotizzare che il *broker* o il *diverter* agiscano all'interno di un quadro situazionale più ampio e che risponda alle caratteristiche della JCE II, non si è ancora palesato nella prassi tale modello di responsabilità, né sembrerebbe altrimenti ammissibile.

²⁰⁵² AMATI-COSTI, *op. cit.*, p. 106-107; CASSESE, *op. cit.*, p. 163. In giurisprudenza, *Tadic* citato, § 196.

²⁰⁵³ K. ORLOVSKY, *International Criminal Law: Towards New Solutions in the Fight against Illicit Arms Brokers*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2006, vol., 29, p. 343 ss., a p. 363 ss.

²⁰⁵⁴ O. GREEN- E. KIRKHAM, *Preventing Diversion of Small Arms and Light Weapons: Strengthening Border Management under the UN Program of Action*, Saferworld, Londra, 2010, p. 10 ss.

²⁰⁵⁵ AMATI-COSTI, *op. cit.*, p. 109 ss.; CASSESE, *op. cit.*, p. 168 ss.

configuri tale forma deve necessariamente esserci uno *standard di possibilità*, il quale non potrà tener conto solo dell'implausibilità dello scenario futuro quale conseguenza del crimine secondario, poiché il rischio di commissione deve essere "*sufficiently substantial*" per permettere all'accusato di prevedere il crimine²⁰⁵⁶. Anche secondo la dogmatica di *civil law*, tale forma di coautoria permetterebbe la condivisione del c.d. *dolo eventuale*, ovvero l'accettazione del rischio che una più grave violazione si possa manifestare²⁰⁵⁷. Tuttavia, perché questa forma si possa manifestare, oltre ad un disegno criminoso comune (quale è quello della JCE I), vi dovrà anche essere la possibilità per i diversi coautori non responsabili del crimine secondario di poter prevedere le conseguenze di tale azione, di aver condiviso tale disegno e di non aver impedito il verificarsi dell'evento diverso da quello cercato.

Applicando tale forma di coautoria anche alle fattispecie qui in esame, è possibile sostenere quanto segue:

a) con riferimento all'intermediazione vietata, tale forma di responsabilità si paleserà solo nel caso in cui i partecipanti abbiano delineato un primo accordo criminoso (fornire servizi senza registrazione o autorizzazione) e abbiano avuto la possibilità di prevedere che le proprie azioni potevano essere indirizzate anche per fornire un aiuto od un supporto nella commissione di crimini internazionali²⁰⁵⁸. Tale situazione si verifica soprattutto nel momento in cui uno dei coautori, avendo avuto notizia della destinazione e del possibile uso delle armi trasferite, si sia rappresentato lo scenario conseguente e abbia accettato il rischio della sua commissione²⁰⁵⁹. Nella prassi, tale manifestazione si è avuta con riferimento ai casi *Kouvenhoven* e *Van Haaran*²⁰⁶⁰, nei quali è stata contestata la fornitura di armi tramite *illicit brokering*, la quale ha contribuito sostanzialmente alla commissione dei crimini in Sierra Leone e Iraq. In entrambi i casi, i giudici nazionali hanno contestato agli imputati non solo l'aver trasferito armi in mancanza di qualsiasi autorizzazione, bensì anche di averle fornite avendo previsto che sarebbero state utilizzate per commettere crimini internazionali.

b) con riferimento alla *diversion*, tale forma di responsabilità può manifestarsi solo nel caso in cui la deviazione sia funzionale o strumentale alla commissione di ulteriori crimini internazionali. Se, ad esempio, il carico di armi viene deviato rispetto alla destinazione originaria e le armi vengano successivamente utilizzate per commettere attentati terroristici o crimini internazionali di altro tipo, potrà configurarsi la JCE III nel caso in cui uno dei coautori abbia deciso di trasferire le armi deviate per commettere tali crimini, mentre gli altri partecipanti, pur prevedendo la possibilità, non hanno fatto nulla per impedire tale condotta, accettando così il rischio derivato. Tale constatazione è stata sostenuta nell'inchiesta del caso *Otterloo*²⁰⁶¹.

La responsabilità individuale per *illicit brokering* e *diversion* può manifestarsi anche nel tentativo di commettere un crimine internazionale. Come precisato anche da autorevole dottrina, i crimini tentati sono tali in quanto si tratta di atti che: a) sono preparatori ad atti criminali punibili; b) non si siano completati, e perciò non abbiano

²⁰⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Karadzic (Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability)*, AC, 25 June 2009, § 18.

²⁰⁵⁷ AMATI-COSTI, *ib.*

²⁰⁵⁸ ORLOVSKY, *op. cit.*, p. 359 ss.

²⁰⁵⁹ Si veda più in generale *infra*, § 2.2.

²⁰⁶⁰ Si veda più *infra*, § 2.2 e 2.3.

²⁰⁶¹ Si veda *supra*, § 2.1.

causato alcun danno o pericolo; e c) sono punibili di per sé²⁰⁶². Nelle fattispecie in esame, queste caratteristiche sono egualmente rinvenibili:

a) sia per il *brokering* che per la *diversion*, la possibilità di agire secondo le condotte appena viste può portare anche alla commissione di crimini internazionali; in questo senso, entrambe le fattispecie possono essere considerate preparatorie alla commissione di crimini²⁰⁶³,

b) è possibile ritenere che entrambe le fattispecie non giungano a perfezionamento per l'intervento di cause ulteriori ed ostacolanti; ciò può accadere, per il *brokering*, nel caso in cui ci si stia avviando ad effettuare i servizi versando in situazione di illecito (mancando la registrazione o l'autorizzazione), ma si venga bloccati dalle autorità di polizia²⁰⁶⁴; mentre per la *diversion*, l'atto non si perfezionerebbe nel momento in cui la condotta venisse arrestata prima dell'avvio delle operazioni, ad es. per intervento delle forze di polizia o per desistenza volontaria di uno dei perpetratori²⁰⁶⁵; in entrambi i casi, solo un atto di contrasto preventivo determinerebbe una dequalificazione del reato verso il tentativo.

c) la punibilità di tali fattispecie è evidente, non solo perché diverse convenzioni internazionali, quindi l'*opinio juris* generale, pongono obblighi in capo agli Stati di prevenire la commissione di tali condotte, ma anche poiché diversi ordinamenti statali puniscono le due fattispecie nella forma tentata.

È infine possibile ammettere anche che alcune delle circostanze escludenti l'illiceità o cause di giustificazione tipiche del diritto internazionale penale siano applicabili alle fattispecie in esame²⁰⁶⁶.

Tra le cause di giustificazione, sicuramente applicabile è lo *stato di necessità*²⁰⁶⁷, in base al quale l'agente commetterà un atto penalmente illecito quando ritenga che sia

²⁰⁶² CASSESE, *op. cit.*, p. 199. Si veda anche A. VALLINI, *Il tentativo*, in AMATI COSTI, *op. cit.*, p. 181 ss.

²⁰⁶³ Di qui anche la previsione dell'obbligo in capo agli Stati di prevenire le condotte di queste due fattispecie. Si vedano gli artt. 10 e 11 dell'ATT.

²⁰⁶⁴ Si vedano, in questo senso, i casi *US v. Evans*, *US v. Hendron*, *US v. Vintila et al.* e *US v. Bout*. Nei primi due casi, il giudice nazionale dovette assolvere da tutti i capi di imputazione gli imputati, in quanto l'arresto sarebbe avvenuto con l'inganno della polizia. Nei altri due, invece, il giudice fece prevalere l'eccezione relativa al terrorismo, in quanto gli imputati avrebbero fornito servizi di *brokering* allo scopo di facilitare la commissione di illeciti nei confronti delle truppe statunitensi stanziate all'estero.

²⁰⁶⁵ Diverso il discorso della pianificazione di commettere crimini internazionali, e segnatamente di commettere *illicit brokering* e *diversion*. Laddove si intendano queste due fattispecie come *strumentali* alla commissione di altri crimini internazionali, entrambe rientrano nel più generale ambito di punibilità della pianificazione quale tentativo di commettere crimini internazionali (ad es., si veda l'art. 6, § 1, dello statuto del Tribunale per il Ruanda, che prevede come la pianificazione faccia parte della responsabilità individuale in quanto implica la preparazione del crimine medesimo). Secondo autorevole dottrina (CASSESE, *op. cit.*, p. 204-205), la gravità dei crimini internazionali che si intendono commettere comporta un'azione preventiva nella repressione delle pianificazioni; indi per cui, la necessità di prevenire condotte di *illicit brokering* e *diversion* permette la prevenzione anche della pianificazione dei successivi crimini internazionali che si intendono commettere con le armi trasferite. Nel caso, invece, in cui si ritenga le due fattispecie come *autonome* figure delittuose, si può pensare che la pianificazione stia addirittura all'origine delle condotte illecite medesime, ovvero si dovrebbe dimostrare che la condotta era preparatoria alla commissione di questi due crimini. Ciò renderebbe arduo l'onere della prova in capo all'accusa, in quanto, oltre a dimostrare che vi era un evidente *intent* di commettere *illicit brokering* e *diversion* (quindi, sulla mera base di prove indiziarie), si dovrebbe dimostrare anche che gli atti preparatori alla commissione di tali crimini erano la base per la pianificazione dei medesimi. Si vedano, in proposito, i casi di giurisprudenza statunitense citata.

²⁰⁶⁶ CASSESE, *op. cit.*, p. 209 ss.

²⁰⁶⁷ CASSESE, *op. cit.*, p. 213 s.

necessario per evitare un pericolo per sé o per altri²⁰⁶⁸. Sulla base di tale formulazione, è possibile ritenere che tale causa sia applicabile astrattamente nei casi di *diversion* di armi: se, infatti, la deviazione viene attuata da privati al fine di impedire che un carico di armi possa giungere ad un Governo che le potrebbe impiegare per scopi illeciti o a gruppi armati o di terroristi, la causa di giustificazione verrebbe azionata nel momento in cui, sulla base dei riscontri probatori, sia accertato che “il fine aveva giustificato i mezzi”. Non sembrerebbe, invece, possibile applicare tale causa di giustificazione all'*illicit brokering*, in quanto la fattispecie prevede che l'agente versi già in una situazione di illecito.

Meno problematica sembrerebbe l'applicazione di cause escludenti l'illiceità, quali l'errore di diritto²⁰⁶⁹ e l'errore di fatto²⁰⁷⁰.

Con riferimento al primo, in generale l'ignoranza o la non conoscenza di norme giuridiche non può essere scusata (*ignorantia legis non excusat*), anche se vi sono delle limitate eccezioni: ad es., quando l'errore non poteva essere evitabile²⁰⁷¹, oppure quando la norma non è stata pubblicata o altrimenti resa disponibile²⁰⁷². In altre parole, solo nei casi in cui vi è stata una obiettiva impossibilità di accedere alla normativa potrà essere invocata tale causa escludente. Con riferimento ad entrambe le fattispecie, appare difficile sostenere che la normativa, penale od amministrativa, di riferimento non possa essere conoscibile al momento della commissione del fatto: per quanto riguarda la *diversion*, già solo l'attuazione della condotta è *per se* considerata illecita; con riferimento all'intermediazione illecita, oltre ad avere a che fare con un reato proprio, ci si aspetta anche un modello di agente diverso dall'uomo comune, che dovrebbe essere a conoscenza di tutte le normative applicabili alla propria attività. È, però, possibile ammettere l'applicazione di tale causa nel momento in cui il *broker* non abbia rilevato, senza colpa, la finalità militare del bene civile esportato, oppure non abbia potuto conoscere dell'inserimento dei propri prodotti in una lista di beni *dual-use*²⁰⁷³. In tal senso, la tecnicità della normativa potrebbe fungere da causa escludente l'illiceità solo se fosse dimostrata l'*obiettiva incapacità* di poter conoscere la finalità o l'iscrizione in una lista.

Per quanto riguarda l'errore di fatto, invece, si ritiene comunemente che riguardi una erronea percezione dei fatti che hanno impedito di percepire come penalmente rilevante la condotta commessa²⁰⁷⁴. L'applicazione di tale circostanza sembrerebbe, quindi, negare *ab origine* la *mens rea* del soggetto agente. Questa situazione sicuramente può occorrere nel momento in cui sia la *diversion* sia l'*illicit brokering* siano stati posti in essere per fornire armi ad un determinato destinatario, ma non vi sia stata una *sufficiente consapevolezza* del futuro impiego di tali armi. In questo senso, l'errore di fatto va ad incidere anche sul requisito della *knowledge*, tipico della responsabilità per *aiding and abetting*, allorché il soggetto non sia stato in grado di rappresentarsi le future conseguenze delle proprie condotte. Tuttavia, questa causa prevede che l'onere della prova spetti necessariamente all'accusato, il quale dovrà dimostrare esattamente le circostanze in cui si è trovato ad agire

²⁰⁶⁸ Questa formulazione è presente in molti codici penali nazionali: *U.S. Model Penal Code*, sez. 3.02(1)(a); *Code pénal français*, art. 122-7; *Strafgesetzbuch*, sez. 34; *Codice penale italiano*, art. 54.

²⁰⁶⁹ CASSESE, *op. cit.*, p. 219 ss.

²⁰⁷⁰ CASSESE, *op. cit.*, p. 222 ss.

²⁰⁷¹ CASSESE, *op. cit.*, p. 220, che menziona il *Strafgesetzbuch* svizzero, art. 21, e quello tedesco, sez. 17, oltre al *Code pénal français*, art. 122-3.

²⁰⁷² *U.S. Model Penal Code*, sez. 2-04(3).

²⁰⁷³ Si veda, in tal senso, quanto prescritto dall'art. 9 del reg. 2009/428/CE visto nel Cap. IV.

²⁰⁷⁴ CASSESE, *op. cit.*, p. 222.

e la completa ignoranza delle situazioni di fatto che si erano create, o che si sarebbero create, al momento del perfezionamento del trasferimento di armi²⁰⁷⁵.

3.1.3 – La responsabilità delle industrie della difesa

La responsabilità individuale per *illicit brokering* e *diversion* può altresì configurarsi nei casi in cui ad agire siano persone giuridiche o multinazionali²⁰⁷⁶.

Tale constatazione si rende necessaria sulla base di due presupposti, più volte affermati: da un lato, il mercato delle armi convenzionali ha “ritrovato” attori privati sulla propria scena; dall'altro, la natura di questi soggetti è di tipo associativo, dove più persone che agiscono per il comune obiettivo di ricavare profitto dalle proprie attività imprenditoriali²⁰⁷⁷.

Dunque, la presenza nel mercato delle armi di soggetti sub-statali di tipo giuridico assume, in questo contesto, un valore intrinseco che caratterizza la responsabilità per le condotte di vendita illecita di armi²⁰⁷⁸.

La forte privatizzazione dell'economia industriale della difesa ha fatto sorgere problemi circa la qualificazione di tali imprese come soggetti di diritto internazionale. Secondo parte della dottrina, la classificazione delle persone giuridiche nel diritto internazionale distingue tra le *imprese transnazionali* e le *multinazionali*: le prime esperiscono la propria attività in più Stati, pur mantenendo l'unità giuridica della propria

²⁰⁷⁵ CASSESE, *op. cit.*, p. 222-223.

²⁰⁷⁶ S. TULLY, *Introduction*, in S. TULLY (a cura di), *International Corporate Legal Responsibility*, Wolters-Kluwer, New York 2006, p. 3.

²⁰⁷⁷ TULLY, *ib.*, che identifica le società anche per il tramite di altre classificazioni, quali a) un' *associazione di individui* volta al perseguimento di un comune scopo, b) un *nesso o serie di contratti* tra diversi soggetti interni (azionisti, dirigenti, creditori e finanche lo Stato), c) una *creazione giuridica (persona ficta)*, secondo la tradizionale dogmatica tedesca di Von Savigny) oppure d) un' *entità organica* capace di porre in essere negozi giuridici ed essere titolare di diritti ed obblighi.

²⁰⁷⁸ Il ritorno sulla scena di questi attori risale, come più volte detto, alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, quando un progressivo movimento di liberalizzazione dei settori industriali di diversi Stati cominciò a generarsi. Tale fenomeno, ovviamente, toccò anche il settore dell'industria della difesa, dove molte aziende erano interamente di proprietà dello Stato ed esercitavano un vero e proprio monopolio (segnatamente, si registrano in quel periodo industrie statali in Italia, Unione Sovietica, India, Cina, Brasile, Argentina, Francia e Regno Unito, con la sola BAE Industries), mentre altre aziende interamente private erano riuscite a collocarsi in regimi di mercato caratterizzati prevalentemente dalla forma dell'oligopolio (segnatamente, questi sono i casi, ancora attuali, di Stati Uniti, Canada, Germania, Australia e Nuova Zelanda). Dagli anni '90, la fine della Guerra Fredda e la crisi del *Welfare State* portarono il mercato delle armi verso una “rotta” più concorrenziale. Ciò perché si riteneva, in generale, che l'apertura dei diversi mercati, compresi quelli dei servizi pubblici, avrebbe garantito uno sviluppo della competitività, del progresso tecnologico ed una contemporanea riduzione della presenza dello Stato nell'economia (F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 1 ss.). In Italia, il fenomeno delle privatizzazioni ha assunto due profili: il primo a carattere formale, dove si è registrata la trasformazione dell'assetto giuridico di enti pubblici economici in società per azioni (p. 4 ss.); il secondo, che è una diretta conseguenza del primo, a carattere sostanziale, che ha registrato (e ancora registra) la trasformazione dell'assetto societario di detti enti, dove la maggior parte delle azioni vengono cedute a soggetti privati, permettendo al contempo allo Stato di mantenere la quota di maggioranza (p. 8 ss.). Questo fenomeno è stato registrato anche nell'ambito del mercato delle armi convenzionali, con la privatizzazione di Finmeccanica e Fincantieri. Tale progressivo cambiamento si è registrato anche in altri Stati: in Russia, ad esempio, le leggi di privatizzazione del 1992 hanno portato molte industrie della difesa ad assumere una forma privatizzata, anche se in quel caso è stato fissato il limite alla vendita di quote azionarie a non più del 30% dell'intero pacchetto azionario; nel Regno Unito, invece, la privatizzazione è avvenuta *a contrario*, ovvero svendendo *solo* l'intero pacchetto azionario a privati, ma permettendo il possesso di un'unica azione in capo al Governo.

persona²⁰⁷⁹; le seconde, invece, rappresentano una delle principali risposte alla globalizzazione del mercato internazionale e si contraddistinguono per essere imprese composte da società costituite ed operanti in Stati diversi, ognuna delle quali apporta il proprio patrimonio (materiale ed immateriale) alla *società-madre*²⁰⁸⁰. Tali soggetti possiedono comunque una *capacità limitata* o *funzionale* nel diritto internazionale, che in alcuni casi è considerata *derivata* rispetto al potere giurisdizionale dello Stato, che ha facoltà di stabilire tramite il proprio diritto interno quali soggetti sono meritevoli di tutela giuridica²⁰⁸¹; più spesso, le multinazionali godranno del diritto di adire istanze giurisdizionali solo attraverso specifiche previsioni nei contratti stipulati con gli Stati (*contrats d'État*)²⁰⁸².

Nell'ambito del commercio di armi, queste sono le principali forme societarie e di impresa che si rinvergono: accanto ad imprese singole con più settori e Stati d'operazione (come la Lockheed-Martin) vi sono multinazionali composte da *asset* societari collocati in diversi ordinamenti giuridici (come la Augusta-Westland italo-britannica, o la Airbus francese)²⁰⁸³.

Se si ammette che le industrie, e le persone giuridiche in generale, possano godere di personalità autonoma e distinta, ma limitata, rispetto allo Stato, è facile ritenere che le stesse, oltre che godere di diritti, saranno soggette anche ad alcuni, ma rilevanti, obblighi di diritto internazionale²⁰⁸⁴.

Stabilendo tale forma di responsabilità, è necessario individuare i parametri fondamentali attraverso cui questa possa trovare esplicitazione, ed in particolare si farà riferimento a:

a) la mancanza di misure, adottate dalla medesima società o impresa, per prevenire violazioni dei diritti fondamentali, che prescindono da eventuali collegamenti con lo Stato

²⁰⁷⁹ F. PERRINI, *La protezione diplomatica delle società*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 25.

²⁰⁸⁰ PERRINI, *op. cit.*, p. 26 ss.

²⁰⁸¹ PERRINI, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁰⁸² Secondo PERRINI, *ib.*, la stipulazione di questi contratti tra Stati e imprese private farebbe sì che queste ultime assumano soggettività internazionale solo nel momento in cui l'accordo contrattuale preveda il ricorso a giurisdizioni internazionali. In tal senso, l'atto di stipulazione verrebbe visto come un *potere concessorio* da parte dello Stato di disciplinare la materia oggetto del contratto anche alla luce del diritto internazionale. Si veda in proposito anche I. MARBOE – A. REINISCH, voce *Contracts between States and Foreign Private Law Persons*, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, maggio 2011, § 3.

²⁰⁸³ Problema separato, ma strettamente connesso, riguarda il collegamento tra le imprese partecipate e lo Stato controllante. Nel caso in cui sia stato commesso un illecito da parte di una società partecipata, l'immunità che si genera è di tipo *gestionale* od *economico* (*iure gestionis*), ma si stabilisce al contempo che la personalità della società e dello Stato sono separate. Ciò anche in base alla teoria della separazione delle personalità tra impresa e azionisti, secondo TULLY, *op. cit.*, p. 8 s. Tale principio è ora espresso anche dall'art. 10 della Convenzione di New York del 2004 sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione di altri Stati. In giurisprudenza si veda anche ICSID, *Al Tamimi supra* citata, § 1.1. Nel caso in cui, invece, l'impresa avesse natura di ente totalmente privato, il collegamento con lo Stato avverrebbe sulla base della nazionalità dell'impresa medesima, determinata dal diritto interno e senza che il diritto internazionale possa intervenire direttamente. P. ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, CEDAM, Padova, 2002, p. 1 ss., che sottolinea anche come, per le persone giuridiche, l'individuazione della nazionalità avviene in concreto ed in sede giudiziale, non invece *a priori* tramite legge *ad hoc* (p. 13 ss.). Si veda anche TULLY, *op. cit.*, p. 6 s., che individua altri criteri di nazionalità delle imprese, come il luogo di affari, la sede legale ed i criteri di nazionalità connessa con gli azionisti e con coloro che hanno il controllo della società. In giurisprudenza, si veda Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Advisory Opinion (Tunisia and French Morocco)*, 1923, Series B, n. 4, p. 24 ss.; Corte Internazionale di Giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1970, p. 3 ss., alle pp. 26 ss.

²⁰⁸⁴ TULLY, *op. cit.*, p. 13.

che autorizza le attività dell'impresa stessa, determinerà la responsabilità individuale, o meglio *societaria*;

b) nel momento in cui non sia possibile individuare alcun legame stringente tra l'impresa e la vittima, potrà essere invocata la responsabilità *per complicità* con lo Stato, qualora venga dimostrato l'obbligo incombente su quest'ultimo di controllo o direzione o finanche prevenzione di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani²⁰⁸⁵.

Sono poi diverse le teorie relative all'attribuzione di responsabilità in capo alle società ed alle persone giuridiche in generale:

a) una prima forma di responsabilità delle imprese può essere assimilabile a quella *del vicario* nel diritto civile²⁰⁸⁶: l'impresa è responsabile per ogni danno provocato dai propri dipendenti o quando il danno è provocato ai dipendenti stessi (ad esempio, nel caso della mancata predisposizione di un impianto di sicurezza per gli infortuni sul lavoro); tuttavia, questa forma di responsabilità sarà applicabile solo in un numero ristretto di casi, quali quelli di procurato pericolo²⁰⁸⁷; inoltre, si rivela inefficace con riferimento alla responsabilità individuale nel diritto penale, dove le ipotesi di responsabilità oggettiva sono estremamente contenute;

b) più articolata, ma non meno interessante, è la *teoria dell'alter ego*, formulata nell'ambito dell'ordinamento britannico²⁰⁸⁸. Tale teoria si fonda sul presupposto che, pur non essendo riscontrabile immediatamente l'elemento soggettivo e la *mens rea* negli illeciti penali commessi dalle società, queste agiscono come un "corpo organico": i dipendenti della società sarebbero considerati gli "arti", mentre i dirigenti impersonerebbero il "cervello" o la "mente" della società. Nell'ambito penalistico, questa teoria permetterebbe di identificare la *mens rea* societaria quando ad agire siano stati gli alti vertici decisionali, in quanto costoro hanno il potere di esprimere al di fuori la volontà dell'ente. Questa teoria sembra essere stata congegnata per ipotesi di crimini particolarmente gravi, come l'omicidio o la frode ai danni dello Stato, oltre alle ipotesi di corruzione²⁰⁸⁹;

c) meno convincente, invece, è la teoria *olistica*, che vuole la società responsabile solo quando non sia possibile imputare l'illecito in capo al singolo dipendente, in quanto, pur avendo questi agito per attuare la volontà della società stessa, diviene estremamente oneroso dimostrare che in realtà questi abbia agito *al di là* delle mere competenze attribuite e delle istruzioni impartite dalla medesima società. Ugualmente, non appare convincente la teoria *dell'aggregazione*, secondo la quale sia che il dipendente si fosse rappresentato, sia che avesse conoscenza (per impiegare il concetto anglosassone di *knowledge*) di una determinata situazione, la società sarà sempre responsabile per l'illecito commesso; tale teoria, oltre che sembrare una riproposizione della teoria del vicariato, è assolutamente incompleta, poiché non comprende anche l'idea di società, in cui più dipendenti agiscono ed in cui ognuno avrà una sua rappresentazione della situazione illecita che si viene a delineare;

²⁰⁸⁵ TULLY, *op. cit.*, p. 17, che ritiene vi sia anche una responsabilità *politica* dello Stato, quando questi abbia notevolmente influenzato le proprie autorità, facilitando la commissione dell'illecito penale da parte della persona giuridica.

²⁰⁸⁶ Art. 2054 c.c. italiano.

²⁰⁸⁷ C. WELLS, *Corporate Criminal Responsibility*, in S. TULLY (a cura di), *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2006, pp. 147-158, a p. 150.

²⁰⁸⁸ WELLS, *op. cit.*, p. 152.

²⁰⁸⁹ WELLS, *op.cit.*, pp. 151-152.

d) sicuramente più attuale, anche alla luce delle recenti innovazioni legislative nazionali²⁰⁹⁰, appare essere la *teoria sistemica* di Peter French²⁰⁹¹, che vuole tenere in considerazione i tre elementi fondamentali di un assetto societario: la responsabilità di base della società, le regole procedurali e di condotta della stessa e le politiche societarie²⁰⁹². Combinando questi tre elementi, è possibile determinare sia il grado di responsabilità della società stessa, sia l'eventuale regola interna violata, la quale a sua volta permetterà di individuare esattamente l'ufficio responsabile della società (collegandosi, quindi, al precedente requisito della graduazione), sia infine permette di capire se l'azione costituisca un sintomo patologico o fisiologico del sistema delineato, od addirittura sia attribuibile ad un comportamento illecito e recidivo della medesima società²⁰⁹³. Questa teoria è utile anche per spiegare la creazione, in alcuni ordinamenti di *civil law*, della previsione dei modelli organizzativi, gestionali e di controllo (MOG)²⁰⁹⁴, che permetterebbero proprio di individuare l'esatto ufficio responsabile dell'illecito o di valutare la violazione delle procedure interne; nell'ambito di *common law*, tale ipotesi si tradurrebbe nella predisposizione dei *codes of conduct* (CoC), di valore più etico e meno vincolante, i quali raccomandano solo di agire secondo determinati principi²⁰⁹⁵.

È in tale quadro teorico che deve essere collocata la responsabilità penale delle persone giuridiche che operano nel mercato delle armi convenzionali. Tale quadro, però, si scontra anche con l'assetto normativo attuale del diritto internazionale penale. Come è noto, in tale ambito normativo è prevista la sola responsabilità delle persone fisiche o naturali. Questo principio emerge chiaramente dal disposto dell'art. 25 dello Statuto CPI, il quale stabilisce che “*The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute*”²⁰⁹⁶.

²⁰⁹⁰ Quali, ad esempio, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sulla responsabilità delle persone giuridiche nel nostro ordinamento.

²⁰⁹¹ P. FRENCH, *The Corporation as a Moral Person*, in *American Philosophical Quarterly*, 1979, vol. 16, n. 3, pp. 207-215.

²⁰⁹² WELLS, *op. cit.*, p. 153.

²⁰⁹³ Questo è il caso della recente pronuncia della Corte di Appello di Milano nel caso *AgustaWestland* e della trattativa di vendita di elicotteri in India: l'ipotesi di corruzione di pubblico ufficiale straniero sarebbe stata confermata in secondo grado sulla base del fatto che la società avrebbe predisposto un fondo sociale non iscritto a bilancio, in cui sarebbero affluiti fondi destinati alla corruzione. Questa ipotesi potrebbe essere vista anche come una recidiva nell'illecito medesimo, nel caso in cui si dimostrasse che anche in altri casi oggetto di vaglio giudiziale (primo fra tutti, quello del *broker* svizzero Guido Ralph Haschke) tale fondo sarebbe stato comunque attivato per predisporre più condotte differenziate di corruzione. Una ricostruzione della vicenda sulla base delle sentenze di merito è offerta da Reuters (“*Elicotteri AW a India, motivazioni sentenza: no riscontri a corruzione*”, 2 gennaio 2015, disponibile all'URL <http://it.reuters.com/articlePrint?articleId=ITL6NOUH1W220150102>.; “*Processo appello elicotteri India, condannati ex Ad Finmeccanica e AgustaWestland*”, disponibile all'URL <http://it.reuters.com/articlePrint?articleId=ITKCN0X425U>. Entrambi i resoconti sono a cura di Emilio Parodi).

²⁰⁹⁴ Nel nostro ordinamento, si veda l'art. 5 del d.lgs. 231/2001 citato. In dottrina, A. MARRA, *L'etica aziendale come motore di progresso e di successo. Modelli di organizzazione, gestione, controllo: verso la responsabilità sociale delle imprese*, Franco Angeli editore, Milano, 2002, pp. 81 ss.

²⁰⁹⁵ Si pensi al Documento di Montreux per le società militari private del 2006, od addirittura al Model Law dell'OCSE sulla *governance* delle società da parte degli Stati. O ancora, si pensi anche ad un modello indirizzato agli Stati, come il Code of Conduct dell'UE per l'esportazione di SALW (trasposto nella pos. Com. 2008/928/PESC) od ancora al Code of Conduct sugli offset agreements del 2006.

²⁰⁹⁶ Art. 25, § 1 dello Statuto CPI. Questa scelta normativa fu ampiamente discussa durante i negoziati di Roma. La delegazione francese, per superare queste difficoltà negoziali, propose uno schema di responsabilità penale internazionale che potesse applicarsi anche alle condotte poste in essere da società e multinazionali. In dottrina, si veda International Commission of Jurist, *Corporate Complicity and Legal Accountability. Report of the International Commission of Jurist Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes*, 2008, vol. II, p. 52 ss.; K. AMBOS, *Article 25 - Individual Criminal*

La proposta normativa iniziale fu quella di ritenere responsabili le industrie private (mentre si escludevano le industrie di Stato e privatizzate, per questioni legate al controllo da parte dello Stato ed alla separazione delle personalità, come *supra* visto²⁰⁹⁷), ed in particolare ritenerle responsabili nel momento in cui l'illecito fosse stato compiuto per ordine di un vertice decisionale e dotato di poteri propri²⁰⁹⁸. La Conferenza degli Stati redattori dello Statuto rigettò tale ipotesi per tre motivi fondamentali: a) l'inclusione nella giurisdizione *ratione personae* di persone giuridiche non sarebbe stato compatibile con l'assetto normativo consuetudinario sulla responsabilità individuale per crimini internazionali; b) il problema maggiore sarebbe derivato dalle difficoltà probatorie di dimostrare una precisa *mens rea* e quindi una volontà della medesima società, separandola dalla mera volontà dell'organo di vertice; c) infine, allo stato attuale, non era presente un principio di diritto largamente diffuso tra gli Stati che prevedesse la responsabilità delle persone giuridiche a livello penale²⁰⁹⁹.

Queste ragioni sono, al momento, state sopravanzate da un'*opinio juris* ed una prassi successiva. Il primo dato a favore di questa prassi successiva riguarda proprio la giurisdizione della Corte penale internazionale. Se è vero che tale giurisdizione è anzitutto obbligatoria solo per gli Stati parte dello Statuto di Roma²¹⁰⁰, salvo i casi di *referral* da parte del Consiglio di Sicurezza²¹⁰¹ o da uno Stato parte²¹⁰², e che la Corte opera prevalentemente in regime di complementarietà²¹⁰³, è da sostenere come il diritto

Responsibility, in O. TRIFFTERER, *Commentary* citato, p.p. 743 ss., alle pp. 747 ss.

²⁰⁹⁷ § 1.1.

²⁰⁹⁸ Così impostata, la proposta francese sembrava accogliere la teoria dell'*alter ego*. Tale teoria fu effettivamente ripresa nel *Code pénal* francese, art. 121-4. Una disamina della proposta è offerta in H. VAN DER WILT, *Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities*, in *Chinese Journal of International Law*, 2013, vol. 12, n. 1, pp. 43-77, alle pp. 47-48. Si veda anche A. CLAPHAM, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in M.T. KAMMINGA-S. ZIA-ZARIFI (a cura di), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 139-195, a p. 143 ss.

²⁰⁹⁹ International Commission of Jurist citato, p. 54.

²¹⁰⁰ Art. 12 dello Statuto CPI: "A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5".

²¹⁰¹ Art. 13 dello Statuto CPI: "The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if: [...] (b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations".

²¹⁰² Art. 14: "1. A State Party may refer to the Prosecutor a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the Court appear to have been committed requesting the Prosecutor to investigate the situation for the purpose of determining whether one or more specific persons should be charged with the commission of such crimes. 2. As far as possible, a referral shall specify the relevant circumstances and be accompanied by such supporting documentation as is available to the State referring the situation".

²¹⁰³ Art. 17 dello Statuto CPI:

"1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

(b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;

(c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;

(d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.

2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard

applicabile, pur essendo espressione di norme di natura consuetudinaria, è comunque limitato nel tempo e nello spazio²¹⁰⁴: la norma così cristallizzata nello Statuto non riesce a tener conto dell'evoluzione normativa e legislativa registrata negli ultimi anni nei diversi Stati²¹⁰⁵: in Italia, come anticipato, il d.lgs. 231/2001 ha finalmente previsto una responsabilità di tipo penale per le persone e gli enti giuridici, anche se limitata a certe fattispecie di delitti di natura economica²¹⁰⁶; nel Regno Unito, il *Corporate Manslaughter and Homicide Act* del 2007²¹⁰⁷ ha recepito quanto già enunciato dalla giurisprudenza nazionale²¹⁰⁸, prevedendo che potessero essere imputati alle società anche crimini particolarmente gravi come l'omicidio; negli Stati Uniti è da tempo in vigore una legislazione relativa alla responsabilità penale degli enti, dove si prevede espressamente il concetto di *corporate liability* nel momento in cui vi siano delle mancanze strutturali o procedurali²¹⁰⁹; in Francia, la responsabilità è sempre stata direttamente prevista nel *Code Pénal*²¹¹⁰ in capo alle società, distinguendo tale responsabilità penale da quella dei singoli soggetti che le compongono. In generale, quindi, la previsione normativa di una responsabilità penale delle persone giuridiche è ormai ammissibile quale principio di diritto penale nazionale, cui la Corte dovrà far ricorso, a norma dell'art. 21 del suo Statuto, nel momento in cui non vi siano adeguati riferimenti normativi²¹¹¹.

Per quanto riguarda la *mens rea*, oltre ad un generale rifacimento alla teoria sistemica *supra* menzionata, è possibile valutare anche un'ulteriore ipotesi, ovvero quella della responsabilità "solidale" tra agente-dipendente e società. La dottrina, in proposito, sembra pensare proprio che questa ipotesi permetta di comprendere le attività illecite compiute dai dipendenti di una impresa o multinazionale²¹¹². I principali requisiti perché

to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

(a) *The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;*

(b) *There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;*

(c) *The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*

3. *In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings".*

²¹⁰⁴ Questa caratteristica è tipica di tutti i tribunali e corti penali internazionali, i quali operano in base ad un diritto fissato nel proprio Statuto al momento della creazione e solo in relazione a determinati ambiti territoriali e temporali. Si vedano in proposito: R. MACKENZIE - C. ROMANO - Y SHANY - P. SANDS (a cura di), *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010, II° ed., pp. 167 ss., 195 ss., 224; G. METTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 4.

²¹⁰⁵ In generale, in dottrina si veda G. FORNASARI - A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, CEDAM, Padova, 2012, III° ed., pp. 216 ss.

²¹⁰⁶ Si vedano gli art. 24 ss. del d.lgs. 231/2001 citato, che prevedono la responsabilità amministrativa da reato per alcune fattispecie tipiche.

²¹⁰⁷ *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (2007 ch. 19), 27 July 2007.

²¹⁰⁸ Alcuni esempi di giurisprudenza possono essere rinvenuti in WELLS, *op. cit.*, p. 150 ss.

²¹⁰⁹ Si veda il *Model Penal Code* del 1962, sez. 207 ss.

²¹¹⁰ Art. 121-2 ss.

²¹¹¹ ICJ, *op. cit.*, p. 57.

²¹¹² VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 48; C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1993, II° ed., pp.118 ss. Gli autori, peraltro, sottolineano che la responsabilità

tale responsabilità possa sorgere sono rinvenuti nella commissione di attività illecite all'interno dello *scopo del rapporto d'impiego* e nell'intento di arrecare un *beneficio all'attività* della società medesima²¹¹³. Questi due requisiti cumulativi costituirebbero la *mens rea* fondamentale della responsabilità penale d'impresa, che devono essere collegati con la *raison d'être* dell'impresa medesima, ovvero la generazione di profitto dalla propria attività commerciale²¹¹⁴. Infine, proprio perché si possa generare una *mens rea* che abbia almeno natura dolosa, è necessario anche che l'impresa sia stata *consapevole* dell'azione del dipendente, e che di conseguenza abbia *accettato volontariamente* l'azione commessa²¹¹⁵.

Sull'ultimo profilo evolutivo, ovvero la formazione di un principio giuridico di natura consuetudinaria nel diritto internazionale penale, è da tenere anzitutto in considerazione il fatto che lo Statuto di Roma del 1998 è evidentemente un trattato. Questo sarà soggetto ai più tradizionali sistemi di rilevazione delle norme consuetudinarie, le quali possano anche formarsi in deroga alle norme pattizie. Il principio di legalità, cui è sottoposto lo stesso Statuto²¹¹⁶, può essere interpretato anche alla luce della sua "clausola di salvaguardia", prevista dall'art. 21 § 3: se, infatti, si stabilisce che la giurisdizione della Corte si esercita solo nei casi in cui lo Statuto preveda la condotta posta in essere come criminalmente rilevante²¹¹⁷, è vero anche che lo stesso Statuto riconosce come ammissibile la qualificazione di una condotta come criminale in base al diritto internazionale, indipendentemente dallo Statuto stesso²¹¹⁸; ciò significa che, al di là della giurisdizione della Corte medesima, è possibile ritenere che si possano formare nuove ipotesi e fattispecie di crimini internazionali.

Indizi della formazione di un principio di natura consuetudinaria si ritrovano, peraltro, agli albori del diritto internazionale penale, allorché il Tribunale Militare di Norimberga decise diversi casi relativi alle attività di supporto compiute da alcune industrie tedesche in crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal regime nazionalsocialista. In base all'Atto n. 10 del *Control Council*²¹¹⁹, si indicarono le modalità di attribuzione delle condotte²¹²⁰. In tale atto, furono indicate non solo gli *acta rea* rilevanti, ma anche i criteri di attribuzione dell'illecito penalmente rilevante, cui spicca

della società sorgerà solo in relazione agli atti compiuti durante l'esercizio dei doveri lavorativi del dipendente, evitando l'attribuzione di atti *ultra vires*.

²¹¹³ WELLS, *op. da ult. cit., ib.*

²¹¹⁴ VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 49. Al contrario, V. NERLICH, *Core Crimes and Transnational Business Corporations*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, n. 3, pp. 895-908, a p. 900, sostiene che non debba essere compreso il solo interesse commerciale, in quanto è necessario valutare anche se le attività di supporto alla commissione di crimini internazionali abbia o meno anche una valenza economica. Ciò potrebbe proprio essere il caso dell'*illicit brokering* nei trasferimenti di armi. Si vedano anche la giurisprudenza nazionale citata nel paragrafo successivo.

²¹¹⁵ VAN DER WILT, *ib.*

²¹¹⁶ M. CAIANIELLO - E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Indice Penale*, 2002, vol. V, n. 2, p. 307-334 ss.

²¹¹⁷ Art. 22, § 1: "A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court".

²¹¹⁸ Art. 22, § 3: "This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute".

²¹¹⁹ *Control Council Law No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity*, 20 December 1945, disponibile all'URL <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>.

²¹²⁰ Article II, § 2(b).

la scelta normativa di considerare anche le industrie come suscettibili di essere imputate di condotte illecite. Tale qualificazione è rinvenibile nei casi *Farber*²¹²¹ e *Zyklon B*²¹²².

Pur non essendo possibile imputare a queste industrie la complicità nei crimini contro la pace, in base all'assunto che i piani di riarmo ed aggressione rimasero entro la stretta cerchia del governo tedesco²¹²³, i giudici stabilirono la complicità delle industrie nella commissione di crimini di guerra e contro l'umanità. In particolare, nel caso *Farber*, i giudici del Tribunale ritennero che l'industria in questione potesse essere trattata come “*a legal entity (juristic person) capable of violating the laws of war*”²¹²⁴ e che la responsabilità penale nasceva anche dal c.d. motivo di profitto (la *raison d'être* supra citata)²¹²⁵. Nel caso *Zyklon*, invece, venne considerata una prima forma di fornitura di materiali bellici e chimici da parte dell'industria (segnatamente, gas e acido prussico utilizzati per commettere crimini contro l'umanità nei campi di sterminio)²¹²⁶. Malgrado l'approccio seguito dalla Procura militare della Marina americana (*Judge Advocate General*) che non considerava “[...] *the individual direct evidence, but the general atmosphere and conditions of the firm itself*”²¹²⁷, il caso è rilevante sia per la stretta connessione esistente tra l'attività economica commerciale di un'industria e la commissione di crimini internazionali, sia anche per la *mens rea* rilevante, ovvero la *knowledge* (intesa come *consapevolezza*) che la propria attività stesse facilitando la commissione di crimini internazionali²¹²⁸. Questa forma di *aiding and abetting* è stata ripresa anche dalla giurisprudenza nazionale più recente nei casi *Van Araant* e *Van Kouwenhoven*, dove i giudici olandesi hanno ritenuto, in entrambi i casi, che la fornitura di armi e materiale militare, successivamente utilizzati per commettere crimini contro l'umanità e crimini di guerra potesse costituire una forma di complicità nei medesimi crimini²¹²⁹. Nel caso *Van Araant*, i giudici della Corte di Appello dell'Aia hanno ritenuto che l'imprenditore olandese fosse in realtà consapevole che i propri prodotti sarebbero stati utilizzati da Saddam Hussein in Iraq per compiere crimini di guerra contro le popolazioni curde del Nord Iraq²¹³⁰. Nel caso *Van Kouwenhoven*, invece, non solo fu dimostrata²¹³¹ la *mens rea* individuale (e per converso, societaria), ovvero aver avuto conoscenza che le armi fornite sarebbero state utilizzate per commettere crimini internazionali in Sierra Leone, bensì si

²¹²¹ United States Military Tribunal, Nuremberg, *Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others (I.G. Farben Trial)*, 14th August 1947-29th July 1948, in *Law Reports of Trials of War Criminals (UNWCC)*, Volume X, His Majesty's Stationary Office, 1949, p. 52 ss.

²¹²² British Military Court Hamburg, *Trial of Bruno Tesch and Two Others (Zyklon B Case)*, 1-8 March 1946, in *Law Reports of Trials of War Criminals (UNWCC)*, Vol. I (His Majesty's Stationary Office, 1949), pp. 93-102.

²¹²³ *I.G. Farber* citato, § 34.

²¹²⁴ *Trials of War Criminal before the Nuremberg Military tribunals*, vol. VIII: “*The I. G. Farben Case*”, pp. 1132-1133; la citazione è in CLAPHAM, *op. cit.*, p. 167.

²¹²⁵ CLAPHAM, *op. cit.*, p. 169.

²¹²⁶ *Zyklon B* citata, § 93.

²¹²⁷ *Zyklon B* citata, § 102. La citazione è rinvenibile in VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 60.

²¹²⁸ VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 61.

²¹²⁹ Si veda meglio il paragrafo successivo.

²¹³⁰ *Van Araant*, §§ 11.6-11.13, dove la Corte d'Appello sostenne come il comportamento dell'imprenditore, sia prima della consegna del materiale chimico, sia successivamente a questa avrebbe fornito indizi di colpevolezza circa la sua conoscenza e consapevolezza che i materiali non sarebbero stati utilizzati per scopi pacifici. Inoltre, secondo VAN DER WILT, *op. cit.*, p. 62, non sarebbe stato difficile estendere tale colpevolezza anche in capo all'industria cui Van Araant era a capo, poiché la *raison d'être* era pienamente soddisfatta.

²¹³¹ Seppur in terzo grado, dato che lo stesso imprenditore olandese fu assolto in secondo grado dall'accusa di complicità in crimini di guerra in Sierra Leone.

dimostrò anche che tale fornitura di armi sarebbe avvenuta in violazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che imponevano *embargoes* sia sulla Liberia²¹³² sia sulla Sierra Leone²¹³³.

Come appena anticipato, la responsabilità delle industrie potrà essere ritenuta rilevante anche quando queste, tramite le proprie condotte di *illicit brokering* o *diversion*, possano violare limiti imposti dal diritto internazionale. Tale responsabilità, e la conseguente personalità di diritto internazionale che ne deriva, riguarda anche i casi in cui siano previste sanzioni a livello internazionale, che possano applicarsi o che si applichino direttamente in capo agli enti giuridici.

Sul punto, sono due i casi che qui possono essere utili per spiegare tale fenomeno: il primo è riferito alla vicenda, occorsa in regime di applicazione del CoCom, relativa alle industrie Toshiba e Kongsberg; il secondo, invece, riguarda le *targeting sanctions* del Consiglio di Sicurezza su soggetti responsabili di aver finanziato o supportato gruppi terroristici.

Il caso *Toshiba/Kongsberg* presenta alcuni aspetti di anomalia. Si trattò di un caso in cui due società, rispettivamente di nazionalità giapponese e norvegese²¹³⁴, avevano esportato in Unione Sovietica materiale tecnologico e d'armamento per sottomarini²¹³⁵, la cui esportazione verso il blocco comunista era stata vietata in base al CoCom²¹³⁶. La contestazione circa il comportamento illecito delle due società fu sollevata dagli Stati Uniti all'interno del CoCom stesso²¹³⁷. Tale contestazione ebbe l'effetto di imporre a Giappone e Norvegia l'accertamento penale delle condotte delle due società: in Giappone, la Toshiba fu ritenuta responsabile di aver aggirato i divieti imposti dalla normativa nazionale che recepiva le liste del CoCom²¹³⁸, e la sanzione irrogata fu il divieto di esportazione di materiale tecnologico verso Stati a regime comunista per un anno²¹³⁹; in Norvegia, la Kongsberg non solo fu ritenuta responsabile dell'aggiramento di tali divieti, bensì fu avviato anche un procedimento penale nei confronti del presidente della società, mentre fu imposto il divieto di impiego in tale società delle persone coinvolte nell'esportazione vietata²¹⁴⁰. Alle sanzioni di entrambe le giurisdizioni nazionali si aggiunsero anche le sanzioni imposte dalla normativa statunitense dell'*Omnibus Trade and Competitiveness*

²¹³² Dato che le armi furono inviate a Charles Taylor: *Kouwenhoven* citata, § 6.

²¹³³ Come accertato dalla *Special Chamber for Sierra Leone* nel caso *Charles Taylor* (§ 5821 ss.), che evidenziò come le forniture di armi provenissero da più bastimenti commissionati a privati e di diverse provenienze geografiche.

²¹³⁴ Entrambi gli Stati erano parte del CoCom: si veda Cap. III, § 1.2 ss.

²¹³⁵ L. MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1993, p. 198 ss.

²¹³⁶ W. A. WRUBEL, *The Toshiba-Kongsberg Incident: Shortcomings of Cocom, and Recommendations for Increased Effectiveness of Export Controls to the East Bloc*, in *American University International Law Review*, 1989, vol. 24, n. 4, pp. 241-273, a p. 243 ss.

²¹³⁷ Un resoconto dettagliato della discussione del 26-27 novembre 1987 si ha in House of Representatives, *Enforcement of Multilateral Export Controls, Hearing before the Subcommittee on International Economic Policy on Trade of the Committee on Foreign Affairs*, 100th Congress, First Session, November 3rd, 1987, p. 35 ss. In dottrina si vedano: MIGLIORINO, *op. cit.*, pp. 197 ss.; WRUBEL, *op. cit.*, p. 255 s.

²¹³⁸ Tale caso è stato visto come una forma di *diversion*, in quanto l'aggiramento dei divieti sarebbe avvenuto tramite la falsificazione delle documentazioni di esportazione. Sul punto: MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 199; J. W. MOREHEAD, *Controlling Diversion: How Can We Convert the Toshiba/Kongsberg Controversy into a Victory for the West?*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1988, vol. 9, n. 2, pp. 277-295, in particolare a p. 283 ss., dove sottolineano la "pericolosità" dell'esportazione per gli Stati Uniti, considerando tale condotta come penalmente perseguibile.

²¹³⁹ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 200.

²¹⁴⁰ MIGLIORINO, *ib.*

Act del 1988²¹⁴¹, la cui sez. 2443 stabiliva il divieto per le amministrazioni statunitensi di acquistare tecnologia dalle due società per un periodo di tre anni, salvo le eccezioni ivi espressamente previste²¹⁴².

Sono due i punti di rilevanza giuridica che vengono sollevati dalla vicenda in esame. Il primo punto riguarda l'effettiva applicazione di una normativa internazionale non vincolante all'interno degli Stati. Nel momento in cui le componenti elettroniche e tecnologiche esportate dalle due società erano previste nelle liste CoCom, non sarebbe sorto alcun dubbio circa l'inefficacia delle medesime liste: ciò in quanto, come già visto in precedenza²¹⁴³, l'accordo costitutivo del CoCom (ammesso che ve ne fosse traccia) era ritenuto non vincolante per la maggior parte degli Stati che vi facevano parte; solo gli Stati Uniti ritenevano di adeguarsi a quanto deciso nelle sedute del CoCom. Tuttavia, nel momento in cui gli Stati di nazionalità delle due società avevano recepito le decisioni, trasformandole in legislazione interna a carattere penale, le due società erano sottoposte ad obblighi di diritto interno circa l'esportazione²¹⁴⁴. Diverso il discorso che si deve fare circa la previsione di sanzioni *ad hoc* successive alle condotte ritenute illecite, come adottate dagli Stati Uniti con una disposizione specifica dell'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* supra citato²¹⁴⁵: in questo caso, mancando ogni possibile collegamento con le due società da parte della giurisdizione statunitense, il problema della retroattività delle sanzioni era notevole²¹⁴⁶. Tuttavia, nessuna contestazione ufficiale, né da parte di Giappone e Norvegia, né da parte delle due società venne sollevata: per quanto riguardava gli Stati, questi ritennero che le misure sanzionatorie adottate fossero lecite in base al diritto internazionale²¹⁴⁷.

I casi citati non solo risultano interessanti in merito alle condotte di *diversion* di tecnologia *dual-use*, ma si focalizzano su un'impostazione necessaria di questo argomento: la personalità delle società e di altre enti giuridici può essere evinta anche dall'adozione di sanzioni internazionali che espressamente si possano applicare anche a tali enti. Malgrado il fatto che la personalità, e la conseguente responsabilità, fossero state effettivamente vagliate a livello interno (e sulla base di leggi nazionali che proibivano l'esportazione), è da notare come l'indiretta efficacia delle decisioni internazionali (segnatamente, liste di beni

²¹⁴¹ H. R. 4848, in *Public Law*, 100-418, 23 August 1988.

²¹⁴² Sez. 2443(c).

²¹⁴³ Cap. III, § 1.2.

²¹⁴⁴ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 199-200.

²¹⁴⁵ Introdotta con *Executive Order 12661 of december 27, 1988, Implementing the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 and related International Trade Matters*, 54 FR 779, 3 CFR, 1988 Comp., p. 618 ss. Le sanzioni prevedevano il divieto di acquisto di materiale tecnologico dalle due società per un periodo di tre anni, corrispondendo anche ad una interdizione di contrattare con le Pubbliche Amministrazioni nazionali.

²¹⁴⁶ Un ricorso fu avviato davanti la *United States Court of International Trade* da parte di tutte le società americane danneggiate dalla normativa *ad hoc*. La Corte si limitò a rigettare l'istanza, ritenendo che le uniche parti legittimate a stare in giudizio fossero le due società colpite, in quanto espressamente richiamate nella sanzione, mentre le altre società indirettamente colpite non avrebbero avuto alcuna legittimazione sulla base dei meri risvolti di natura economica. La decisione è stata confermata dalla *U.S. Court of Appeal for Federal Circuit* il 7 dicembre 1989, in *International Trade Reporter*, 1989, vol. 6, pp. 1655 ss.

²¹⁴⁷ MIGLIORINO, *op. cit.*, pp. 202-203, ritiene che le misure sanzionatorie siano conformi sia al diritto internazionale generale (mancando uno specifico obbligo di avere un *partner* commerciale), sia in relazione al diritto pattizio multilaterale (in quanto l'art. XI GATT sui divieti di restrizioni all'importazione riguarda solo le merci, e non anche la scelta dei *partners* commerciali) e a quello bilaterale (gli accordi FCN con Giappone e Norvegia impongono, al pari del GATT, divieti di restrizioni all'importazione, ma nulla viene specificato circa il divieto di discriminare una certa società rispetto ad un'altra).

tecnologici per i quali si ritenesse vietata l'esportazione verso certi destinatari) faccia sì che gli Stati non abbiano margine di apprezzamento sul tipo di misura da adottare, né nella scelta dei destinatari cui applicarla. Inoltre, laddove tale misura non sia adottata o manchi la volontà di agire a livello penale, sono possibili fenomeni di *enforcement* della cooperazione internazionale²¹⁴⁸, tipici anche del diritto sul controllo degli armamenti²¹⁴⁹. Tale modalità di attuazione farebbe sì, infine, che l'efficacia della sanzione sia piena e che possa esplicare i suoi effetti anche su altri soggetti.

In questo contesto è possibile inserire l'altro fenomeno giuridico circa la responsabilità penale delle industrie, ovvero le sanzioni mirate del Consiglio di Sicurezza²¹⁵⁰. Come visto in precedenza, questo fenomeno relativamente nuovo è stato adottato anzitutto nei confronti di gruppi armati e gruppi di terroristi, allorché il Consiglio avesse accertato che l'attività di tali gruppi aveva leso la pace e stabilità internazionale²¹⁵¹. Con l'avvento del fenomeno del terrorismo internazionale di Al-Qaeda prima e dell'ISIS poi, le sanzioni del Consiglio hanno teso a colpire non solo e non tanto direttamente tali gruppi, bensì l'intento principale che si è voluto seguire è stato quello di colpire coloro che forniscano aiuto o supporto ai terroristi²¹⁵². La *ratio* di tale strumento sanzionatorio deriva dall'esigenza di non amplificare gli effetti collaterali delle sanzioni comunemente adottate nei confronti degli Stati²¹⁵³.

A partire dalla ris. 1267 del 1999, il Consiglio ha, quindi, impostato un nuovo modo di procedere per colpire comportamenti individuali considerati lesivi della pace e sicurezza internazionali. L'evoluzione più significativa si ha con riguardo alla possibilità di procedere a sanzionare non solo soggetti fisici, individualmente responsabili di supportare (soprattutto finanziariamente) il terrorismo internazionale, bensì anche gruppi o enti che siano affiliati o associati ai gruppi terroristici.

Questa evoluzione è perfettamente riscontrabile nell'ambito delle recenti sanzioni adottate nei confronti dei membri dell'ISIS. Con la ris. 2253 del 17 dicembre 2015, il Consiglio ha stabilito, con particolare riferimento ai trasferimenti di armi, che gli Stati membri avrebbero dovuto:

“Prevent the direct or indirect supply, sale, or transfer to these individuals, groups, undertakings and entities from their territories or by their nationals outside their territories, or using their flag vessels or aircraft, of arms and related materiel of all types including weapons and ammunition, military

²¹⁴⁸ MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 209 ss.

²¹⁴⁹ In dottrina, G. DEN DEKKER, *The Law of Arms Control: International Supervision and Enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, pp. 334 ss.; E. WEISS BROWN, *Rethinking Compliance with International Law*, in E. BENVENISTI - M. HIRSCH (a cura di), *The Impact of International Law on International Cooperation. Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 134-165, alle pp. 161 ss., dove peraltro sostiene come in tale settore divenga importante anche la strategia di attuazione ed adempimento degli accordi stipulati in materia.

²¹⁵⁰ In dottrina, si vedano: A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio* citato, p. 15 ss.; F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Cedam, Padova, 2010; M. IOVANE, *L'attività normativa del Consiglio di Sicurezza nei confronti dei privati e il problema della legittimità delle sanzioni individuali*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico: il contributo di Luigi Sico agli studi di diritto internazionale et di diritto dell'Unione europea*, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 23 aprile 2010, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; C. MICHAELSEN, *The Competence of the Security Council Under the UN Charter to Adopt Sanctions Targeting Private Individuals*, in A. BYRNES - M. HAYASHI - C. MICHAELSEN (a cura di), *International Law in the New Age of Globalization*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2013, pp. 11-40.

²¹⁵¹ Si veda Cap. V, § 2.1.

²¹⁵² CIAMPI, *op. cit.*, p. 42 ss.

²¹⁵³ CIAMPI, *op. cit.*, p. 46 ss.

*vehicles and equipment, paramilitary equipment, and spare parts for the aforementioned, and technical advice, assistance or training related to military activities*²¹⁵⁴.

La forma di supporto alle attività terroristiche viene individuata alla stregua del modello di responsabilità per *aiding and abetting*, ovvero il Consiglio:

“Decides that acts or activities indicating that an individual, group, undertaking or entity is associated with ISIL or Al-Qaida and therefore eligible for inclusion in the ISIL (Da’esh) & Al-Qaida Sanctions List include:

(a) Participating in the financing, planning, facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of;

(b) Supplying, selling or transferring arms and related materiel to;

*(c) Recruiting for; or otherwise supporting acts or activities of Al-Qaida, ISIL, or any cell, affiliate, splinter group or derivative thereof*²¹⁵⁵.

Se il Consiglio individua i soggetti, fisici o giuridici, responsabili di supportare il fenomeno terroristico, devono essere gli Stati a prevedere espressamente che tali condotte siano effettivamente punite con misure penali. Tale assunto deriva da quanto previsto nella ris. 1373 del 28 settembre 2001, con al quale il Consiglio ha stabilito che gli Stati:

“[...] shall:

*(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts*²¹⁵⁶.

Quel che, però, viene considerato in tali misure è solo l'*actus reus*, ovvero le condotte penalmente rilevanti. Nulla viene specificato circa la *mens rea* rilevante. Sotto questo punto di vista, tenendo in considerazione quanto detto finora circa la *mens rea* societaria e prendendo in considerazione anche la *mens rea* di natura consuetudinaria sull'*aiding and abetting* (sul quale tali condotte sembrano essere ricalcate), è possibile sostenere che sia necessario solo che l'ente giuridico abbia agito tramite decisione del proprio vertice societario, che lo abbia fatto con conoscenza che il proprio contributo possa facilitare e supportare la commissione di atti di terrorismo (ma non anche di altri crimini internazionali) e che il contributo fornito abbia avuto un effetto sostanziale nella commissione di tali atti.

3.2 - La configurazione della responsabilità per *aiding and abetting*

Sicuramente, l'ipotesi più diffusa di responsabilità individuale per trasferimenti illeciti di armi è la complicità nella commissione di crimini internazionali, così come enucleata dalla giurisprudenza internazionale penale²¹⁵⁷. Tale configurazione della

²¹⁵⁴ Ris. 2253 (2015), § 2, lett. b).

²¹⁵⁵ Ris. 2253 (2015), § 3.

²¹⁵⁶ Ris. 1373 (2001), § 2. Circa l'applicazione effettiva delle sanzioni individuali, deve essere qui ribadito quanto espresso dalla dottrina internazionalistica e dalla sentenza *Kadi I*: al di là dei meccanismi procedurali previsti dalla ris. 1267 del 1999, è necessario anche che gli Stati assicurino idonei meccanismi giurisdizionali per assicurare il contraddittorio ed il giusto processo ai soggetti imputati e coinvolti; inoltre, devono sempre essere garantiti i diritti fondamentali minimi nel momento in cui sia possibile procedere contro questi.

²¹⁵⁷ C. PONTI, *Trasferimenti di armi, diritti umani e diritto umanitario. Spunti di riflessione dopo l'adozione del Trattato sul commercio delle armi convenzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, vol. 7, n. 3, pp. 643-667, a p. 662.

responsabilità ha permesso di individuare come responsabili coloro che avessero fornito una qualche forma di supporto materiale nella commissione di tali crimini.

Sulla base della cospicua giurisprudenza (ed in particolare quella del Tribunale per la ex Jugoslavia), è possibile ricostruire questa forma di complicità nei crimini internazionali.

La prima constatazione necessaria è che tutti i crimini internazionali, astrattamente di competenza della Corte penale internazionale, sono suscettibili di essere supportati tramite trasferimento illecito di armi. L'*actus reus* di tale forma di responsabilità si sostanzia normalmente in “[...] *aid[ing], abett[ing] or otherwise assist[ing] in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission*”²¹⁵⁸. Per quanto riguarda in particolare il crimine di genocidio, la sentenza *Akayesu*²¹⁵⁹ del Tribunale per il Ruanda ha stabilito che:

“For the purposes of interpreting Article 2(3)e) of the Statute, which does not define the concept of complicity, the Chamber is of the opinion that it is necessary to define complicity as per the Rwandan Penal Code, and to consider the first three forms of criminal participation referred to in Article 91 of the Rwandan Penal Code as being the elements of complicity in genocide, thus:
· complicity by procuring means, such as weapons, instruments or any other means, used to commit genocide, with the accomplice knowing that such means would be used for such a purpose; [...]”²¹⁶⁰.

In particolare, il Tribunale ha individuato nella *knowledge*²¹⁶¹ la *mens rea* fondamentale dell'*aider*, affinché questi comprenda che sta fornendo aiuto o supporto nella commissione di un crimine internazionale, quale il genocidio²¹⁶², ma non è necessario che vi sia stata la condivisione della medesima *mens rea*, ovvero l'aiuto non sia stato fornito nell'intento di far commettere genocidio²¹⁶³.

Con riferimento ad altre ipotesi di crimine internazionale, assumono rilievo, come anticipato, le pronunce del Tribunale penale per la ex Jugoslavia, il quale ha stabilito i parametri perché si possa configurare l'*aiding and abetting* in tali crimini. La giurisprudenza ha ritenuto che l'assistenza fornita fosse caratterizzata dalla mera consapevolezza (“*knowledge*”) che il proprio contributo avrebbe portato alla commissione di crimini internazionali. Così, nel caso *Furundzja*²¹⁶⁴, il Tribunale ha stabilito che:

“The *mens rea* required is the knowledge that these acts assist the commission of the offence. This notion of aiding and abetting is to be distinguished from the notion of common design, where the *actus reus* consists of participation in a joint criminal enterprise and the *mens rea* required is intent to participate”²¹⁶⁵.

Tale elemento soggettivo comporta, dunque, che l'*aider* si sia meramente rappresentato le conseguenze della sua azione. In tal senso, il requisito della *knowledge* comporta che vi sia stata una letterale “conoscenza” delle conseguenze potenziali e che i soggetti cui si sia fornito l'aiuto avessero intenzione di commettere crimini internazionali.

²¹⁵⁸ K. AMBOS, voce *Criminal Responsibility, Modes of*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, §§ 13 ss.

²¹⁵⁹ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, sentenza del 1° giugno 2001.

²¹⁶⁰ *Akayesu* citata, § 537.

²¹⁶¹ PONTI, *op. cit.*, p. 664, ritiene che tale termine possa essere tradotto con il termine italiano “consapevolezza”, dato che, a seguito di conoscenza delle conseguenze derivanti dal proprio aiuto, il soggetto agente diviene consapevole della propria condotta.

²¹⁶² *Akayesu* citata, § 538.

²¹⁶³ *Akayesu* citata, § 540.

²¹⁶⁴ *Prosecutor v. Anto Furundzja*, AC, IT-95-17/1-A, 21 July 2000.

²¹⁶⁵ *Furundzja* citata, § 249.

Tuttavia, la giurisprudenza non sembrerebbe essere concorde sull'effetto che tale supporto deve avere avuto nella commissione del crimine, ed in particolare per quanto riguarda l'elemento psicologico dell'*aiding and abetting*. Si notano, dunque, due filoni interpretativi principali: da un lato, vi è una maggioranza considerevole della giurisprudenza che stabilisce come l'aiuto od il supporto debbano essere stati forniti solo con *knowledge* e che abbiano finito per costituire un effetto sostanziale (*substantial effect*) nella commissione del crimine. In tal senso, si colloca la sentenza *Furundzija* citata, cui si associa anche la sentenza del caso *Blaskic*²¹⁶⁶ e quella del caso *Blagojevic-Jokic*²¹⁶⁷. Da ultimo, anche la sentenza nel caso *Taylor* ha adottato e confermato tale orientamento.

In particolare, nella sentenza *Blaskic*, l'ICTY ha stabilito che:

*“In this case, the Trial Chamber, following the standard set out in Furundžija, held that the actus reus of aiding and abetting “consists of practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime”. It further stated that the mens rea required is “the knowledge that these acts assist the commission of the offense”. The Appeals Chamber considers that the Trial Chamber was correct in so holding”*²¹⁶⁸.

Inoltre, i giudici hanno riconosciuto anche che l'effetto causale, tra l'assistenza prestata e la commissione del crimine, non è necessario al fine di dimostrare la *mens rea* di chi abbia fornito l'aiuto necessario:

*“The Appeals Chamber reiterates that one of the requirements of the actus reus of aiding and abetting is that the support of the aider and abettor has a substantial effect upon the perpetration of the crime. In this regard, it agrees with the Trial Chamber that proof of a cause-effect relationship between the conduct of the aider and abettor and the commission of the crime, or proof that such conduct served as a condition precedent to the commission of the crime, is not required. It further agrees that the actus reus of aiding and abetting a crime may occur before, during, or after the principal crime has been perpetrated, and that the location at which the actus reus takes place may be removed from the location of the principal crime”*²¹⁶⁹.

Nella sentenza *Blagojevic-Jokic*, invece, i giudici si sono confrontati con un'impostazione della responsabilità per *aiding and abetting* quando questa possa configurare un aiuto o supporto orientato verso una direzione specifica. I giudici hanno rilevato come, implicitamente, la direzione specifica fosse parte dell'*actus reus*, ma in realtà fosse determinata solo dall'effetto sostanziale dell'aiuto fornito:

*“The Appeals Chamber observes that while the Tadic definition has not been explicitly departed from, specific direction has not always been included as an element of the actus reus of aiding and abetting. This may be explained by the fact that such a finding will often be implicit in the finding that the accused has provided practical assistance to the principal perpetrator which had a substantial effect on the commission of the crime”*²¹⁷⁰.

Questa impostazione è stata, infine, accolta anche nella sentenza *Taylor*, nella quale

²¹⁶⁶ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, AC, IT-95-14-A, 29 July 2004.

²¹⁶⁷ *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, AC, IT-02-60-A, 9 May 2007.

²¹⁶⁸ *Blaskic* citata, § 46.

²¹⁶⁹ *Blaskic* citata, § 48. In tale sentenza, i giudici hanno sostenuto (§ 286) come fosse possibile ammettere anche che il complice possa fornire assistenza nella commissione del crimine (*intent*), ma anche che l'assistenza fosse considerata quale conseguenza possibile e prevedibile della condotta (*recklessness*). In tal maniera, si apre anche alla possibilità che l'*aidor* non avesse realmente voluto fornire la sua assistenza per commettere quel crimine. Tale impostazione è stata ripresa anche nella sentenza *Taylor* (§§ 2604, 2647-2652).

²¹⁷⁰ *Blagojevic-Jokic* citata, § 189.

la Camera Speciale per la Sierra Leone ha stabilito che la fornitura di armi ai ribelli del *Rebel United Front* (RUF) fosse stata la *condicio sine qua non* per la commissione di crimini, ma che avesse avuto solo l'effetto sostanziale di facilitare tale commissione:

*“In order to find the Accused criminally responsible pursuant to Article 6.1 of the Statute for aiding and abetting the planning, preparation or execution of the crimes charged in Counts 1 to 11 of the Indictment, the Trial Chamber must be satisfied beyond reasonable doubt that the Accused provided practical assistance, encouragement, or moral support which had a substantial effect upon the commission of the crimes (actus reus). Furthermore, the Trial Chamber must be satisfied beyond reasonable doubt that the Accused knew that his acts or omissions would assist the commission of the crime, or that he was aware of the substantial likelihood that his acts would assist the commission of the crime, and that the Accused was aware of the “essential elements” of the crime committed by the principal offender, including the state of mind of the principal offender (mens rea)”*²¹⁷¹.

Questa ipotesi, dunque, sembra aprire a tutti i casi in cui un soggetto fornisca il proprio aiuto nella commissione di crimini internazionali ed abbia anche la possibilità di rappresentarsi le conseguenze della propria condotta. Nell'ambito del commercio di armi, questo requisito, oltre che dalla giurisprudenza appena citata, è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza nazionale. Nel caso *Prosecutor v. Van Haarrant*²¹⁷², la Corte distrettuale dell'Aia ha sostenuto come:

*“By supplying large quantities of TDG to SEORGI [...], the accused has knowingly and willfully accepted the reasonable chance that this TDG, as a component of poison gas, would be used for chemical attacks (mentioned in the judicial finding of fact). Needless to say, the court considers that the conditional intent of the accused already results from his knowledge stated under 1., 2. and 3. After all, a person who supplies chemicals of which he knows that they will be used for the production of poison gas by a country that is engaged in a long lasting war that was also started by that same country, justifies the conclusion that he consciously accepted the chance that the poison gas to be produced would also end up on the battle field”*²¹⁷³.

Tale concetto fu ripreso anche nella sentenza d'appello del caso *Prosecutor v. Kouwenhoven*.

Si è sostenuto, sia da parte della dottrina²¹⁷⁴ e della giurisprudenza²¹⁷⁵, che tale criterio appartenga oramai al diritto consuetudinario. Pertanto, la *mens rea* rilevante, anche ai fini della rilevazione di un crimine autonomo di natura consuetudinaria, sarà la conoscenza di fornire un contributo sostanziale nella commissione del crimine, senza dover condividere la medesima *mens rea* di chi compie materialmente il crimine principale.

Se da un lato, come visto, vi è un orientamento inclusivo ed ampio che considera la fornitura di armi quale assistenza sostanziale nella commissione di crimini internazionali, dall'altro lato vi è un orientamento minoritario e restrittivo di segno opposto. Nella

²¹⁷¹ *Charles Taylor* citata, § 6904.

²¹⁷² District Court of The Hague, Criminal Law Section, Judgement of 23 December 2005, 09/751003-04, disponibile all'URL <http://zoeken.rechtspraak.nl/Default.aspx>.

²¹⁷³ § 11.

²¹⁷⁴ PONTI, *op. cit.*, p. 662; A. LEANDRO, *Arms Transfer and Complicity in War Crimes*, in F. POCAR-M. PEDRAZZI-M. FRULLI (eds.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities*, 2013, Cheltenham, Northampton, p. 225 ss.; E. VAN SLIEDREGHT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 112 e ss.

²¹⁷⁵ Oltre alle sentenza *supra* citate, si vedano quelle successive.

sentenza d'appello del caso *Perisic*²¹⁷⁶, infatti, i giudici dell'ICTY hanno sostenuto che l'assistenza nella commissione di un crimine non solo dovesse essere fatta con consapevolezza della propria azione, ma anche che fosse necessario fornire assistenza per la commissione *specific* di quel crimine internazionale²¹⁷⁷. La Camera d'Appello, dunque, “[...] *considers that specific direction remains an element of the actus reus of aiding and abetting liability*”²¹⁷⁸.

Questa statuizione tre origine, secondo i giudici, dalla constatazione del fatto che, per poter dimostrare che il soggetto abbia fornito assistenza nella commissione di un crimine, sia necessario dimostrare il nesso di colpevolezza (*culpable link*) tra l'assistenza prestata e tale commissione²¹⁷⁹; non sarebbe, però, necessario dimostrare che la direzione specifica dell'aiuto derivi dagli atti prossimi o collegati alla condotta imputata²¹⁸⁰.

Questa impostazione sembrerebbe adattarsi a contesti geografici, temporali o di altro tipo in cui non vi sia prossimità o vicinanza, poiché in tali casi mancherebbe una reale percezione della propria assistenza e dovrebbe essere necessario dimostrare in maniera stringente che l'*aidor* abbia voluto facilitare la commissione di quel crimine²¹⁸¹. Perciò, occorre dimostrare che l'aiuto con specifica direzione sia stato fornito, “*beyond any reasonable doubt*”, con la condivisione della medesima *mens rea* e l'invio di aiuti per facilitare la commissione di quello specifico crimine²¹⁸². In questo caso, l'elemento psicologico che viene preso in considerazione sarà il dolo specifico, e non anche la semplice *knowledge*²¹⁸³.

Quanto riferito nella sentenza *Perisic* è stato ripreso, e successivamente riformato, nel caso *Stanisic-Simatovic*²¹⁸⁴. In quell'occasione, la *Trial Chamber I* ha ripreso quanto espresso nella sentenza *Perisic* circa la *specific direction*, tentando anche di operare una ricostruzione ordinata del principio ivi espresso²¹⁸⁵. In particolare, i giudici di primo grado furono concordi nel considerare che, nel valutare la responsabilità dell'*aider*, non sia solo necessario che venga dimostrato l'effetto sostanziale nella commissione del crimine, ma che vi sia anche una direzione specifica data a tale assistenza:

“*When assessing whether the acts carried out by the aider and abettor have a substantial effect on the perpetration of a crime, the Trial Chamber must find that they are specifically directed to assist, encourage, or lend moral support to the perpetration of that crime. The element of specific direction may be considered explicitly or implicitly in the context of analyzing the substantial effect. However, specific direction must be analyzed explicitly in cases where the person is remote from the crimes he or she is alleged to have aided and abetted. Factors defining remoteness in this respect include temporal or geographic distance*”.

La prova di tale direzione può essere fornita solo con un collegamento diretto tra chi fornisce assistenza e chi commette il crimine; nel caso in cui vi siano prove relative alla

²¹⁷⁶ *Prosecutor v. Momcilo Perisic*, AC, IT-04-81-A, 28 February 2013.

²¹⁷⁷ Secondo PONTI, op. cit., p. 665, il ricorso alla *specific direction* introduce “una finalità specifica nella definizione dell'elemento oggettivo”, ma anche che tale impostazione giurisprudenziale “è in evidente contrasto con l'elemento psicologico del crimine, il quale, come conferma la medesima camera d'Appello, è rappresentato dalla knowledge”.

²¹⁷⁸ *Perisic* citata, § 36.

²¹⁷⁹ *Perisic* citata, § 37.

²¹⁸⁰ *Perisic* citata, n. 98.

²¹⁸¹ *Perisic* citata, §§ 39-41.

²¹⁸² *Perisic* citata, § 36; § 53.

²¹⁸³ *Perisic* citata, § 48.

²¹⁸⁴ *Prosecutor v. Jovica Stanisic and Franko Simatovic*, TC I, IT-03-69-T, 30 May 2013.

²¹⁸⁵ *Stanisic-Simatovic*, *Trial Chamber* citata, § 1264.

mens rea del soggetto assistente, queste andranno valutate come circostanziali:

“*Proof of specific direction in such circumstances requires evidence establishing a direct link between the aid provided by an accused and the relevant crimes committed by principal perpetrators. Specific direction may involve considerations that are closely related to questions of mens rea and evidence regarding an individual’s state of mind may serve as circumstantial evidence that assistance he or she facilitated was specifically directed towards charged crimes*”.

Ciò in quanto la *mens rea* specifica consiste nella conoscenza di prestare il proprio contributo alla commissione del crimine, ma anche nella consapevolezza di quale sarà il crimine commesso:

“*The aider and abettor must have knowledge that his or her acts or omissions assist in the commission of the crime of the principal perpetrator. The aider and abettor must also be aware of the principal perpetrator’s criminal acts, although not their legal characterization, and his or her criminal state of mind. This includes the specific intent of the principal perpetrator, if the crime requires such intent*”.

La precisazione che si sottolinea in questo caso è che non sia necessario che l'*aider* abbia fornito la propria assistenza al fine di facilitare quello specifico crimine, bensì è sufficiente la sola consapevolezza che verranno commessi dei crimini:

“*The aider and abettor does not, however, need to know either the precise crime that was intended or the one that was actually committed; it is sufficient that he or she be aware that one of a number of crimes will probably be committed, if one of those crimes is in fact committed*”.

Nella sentenza d'appello²¹⁸⁶, invece, la *Appeals Chamber* ha rovesciato l'impostazione offerta dai giudici del primo grado e dalla sentenza *Perisic*. I giudici del gravame, infatti, hanno fatto ricorso anche alle sentenze successive alla *Perisic* per dimostrare che la *specific direction*, così intesa, non era da considerarsi come elemento di natura consuetudinaria della norma sull'*aiding and abetting*. Citando i casi *Sainovic* e *Popovic*, i giudici del secondo grado di giudizio hanno rigettato l'interpretazione della *Perisic* sostenendo come

“*this approach was in direct and material conflict with the prevailing jurisprudence on the actus reus of aiding and abetting liability and with customary international law*”²¹⁸⁷.

Affermando ciò, la Camera d'Appello ha ribadito quanto sostenuto nella precedente giurisprudenza citata, la quale sottolinea come la responsabilità per *aiding and abetting* “*consists of practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime*”. Quindi, i giudici hanno sostenuto che la *mens rea* richiesta dovesse identificarsi nella *knowledge* per cui gli atti di supporto abbiano fornito assistenza nella commissione del crimine²¹⁸⁸. Di conseguenza, hanno ulteriormente ritenuto che la *specific direction* non costituisca in alcun modo un elemento di tale responsabilità secondo il diritto consuetudinario²¹⁸⁹.

Dunque, quanto emerge dall'analisi delle pronunce qui citate sembra assumere i connotati di un contrasto di giurisprudenza sulla qualificazione dell'*aiding and abetting*. Anche la dottrina ha sottolineato tale contrasto, facendo intendere che fosse in atto una “*frammentazione del diritto internazionale penale*”, finanche all'interno del medesimo quadro giurisdizionale²¹⁹⁰. In tal senso, accanto a profili problematici come l'*insicurezza*

²¹⁸⁶ *Prosecutor v. Jovica Stanisic and Franko Simatovic*, AC, IT-03-69-A, 9 December 2015.

²¹⁸⁷ *Stanisic-Simatovic, Appeals Chamber* citata, § 104. La citazione è ripresa da *Sainovic* citata, § 1640.

²¹⁸⁸ *Stanisic-Simatovic, Appeals Chamber* citata, *ib.*; *Sainovic* citata, § 1649.

²¹⁸⁹ *Stanisic-Simatovic, Appeals Chamber* citata, § 105; *Popovic* citata, § 1758.

²¹⁹⁰ Sul punto, G. ACQUAVIVA, *Aiding and abetting international crimes and the value of judicial*

giuridica e l'incapacità del diritto internazionale di essere prevedibile²¹⁹¹, si colloca anche la questione del precedente giurisprudenziale²¹⁹², che può portare anche ad *auto-frammentazione* dell'istituto²¹⁹³. Tuttavia, vista la generale propensione di dottrina e giurisprudenza a considerare il criterio del *substantial effect* di natura consuetudinaria e perciò prevalente, è possibile constatare come quanto espresso nella sentenza *Perisic* sia stato superato dalle seguenti *Sainovic*, *Popovic* e *Stanisic-Simatovic*, dove non si è riconosciuta la specialità della *specific direction* ai fini della configurazione dell'*aiding and abetting* in crimini internazionali e si è risanata la precedente frattura giurisprudenziale²¹⁹⁴.

Nel commercio di armi è possibile, dunque, sostenere come la responsabilità per *aiding and abetting* si configuri solo attraverso un effetto sostanziale nella commissione di crimini internazionali e che vi deve essere solo la consapevolezza che il proprio contributo in armi andrà a facilitare tale commissione. Non sembra che ulteriori requisiti siano necessari per determinare la responsabilità di quegli individui o persone giuridiche che effettuino trasferimenti illeciti di armi, i quali andranno ad incidere sensibilmente nella commissione di crimini internazionali.

consistency: reflections prompted by the Perisic, Taylor and Sainovic verdicts, in *Questions of International Law, Zoom-In 3* (2014), pp. 3-21; D. JAKOBS, *The mythical unities of International Criminal Law: some thoughts on Perisic, Taylor and Sainovic*, in ID., pp. 23-39.

²¹⁹¹ Report sulla frammentazione citato, §§ 53-54; ACQUAVIVA, *op. cit.*, p. 4 ss.

²¹⁹² In tal senso, si veda la sentenza *Prosecutor v. Zlatko Aleksovsky, Appeals Chamber*, IT-95-14/1-A, 24 marzo 2000, §§ 107-113, 123.

²¹⁹³ ACQUAVIVA, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁹⁴ È possibile ritenere, in questo caso, che la caratteristica di specialità della *Perisic* abbia dovuto soccombere alla prevalenza dell'opinione generale dei giudici del Tribunale relativamente alla natura consuetudinaria del *substantial effect*. Tuttavia, data anche la mancanza di una funzione nomofilattica dei tribunali internazionali, non sembrerebbe escludersi che, in ragione di una differenziazione delle situazioni in concreto che possono verificarsi, ci si possa trovare di fronte anche all'opzione della *specific direction*, laddove si ritenga che i requisiti tradizionali possano portare a risultati irragionevoli, sulla base delle prove offerte. Ciò sembrerebbe anche essere dimostrato dalla prassi costante dell'ICTY di ricorrere ad un potere "quasi legislativo", caratterizzato dalla decisione di implementare, anche per il tramite di principi generali del diritto, le norme statutarie laddove si palesi una lacuna giuridica in relazione ad un singolo caso concreto. Sul punto, si veda G. BOAS - J. L. BISCHOFF - N. L. REID - B. D. TAYLOR III, *International Criminal Procedure*, in ID., *International Criminal Law Practitioner*, vol. III, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 30 ss.

**CONCLUSIONI:
LA RILEVAZIONE DI REGOLE MINIME APPLICABILI
AI TRASFERIMENTI DI ARMI**

INDICE SOMMARIO

1. L'interazione tra le varie discipline relative al controllo sul commercio di armi convenzionali

1.1 - Il superamento della frammentazione normativa sui trasferimenti di armi convenzionali

1.2 - La natura consuetudinaria delle regole applicabili al mercato delle armi

2. Le regole minime applicabili al commercio di armi

2.1 - I limiti normativi all'attività contrattuale

2.2 - Obblighi inerenti l'individuazione di un possibile impiego militare delle tecnologie esportate

2.3 - Obblighi e responsabilità: valutazione preventiva dei rischi, complicità nelle violazioni commesse e criminalizzazione dei trasferimenti illeciti di armi

1. L'interazione tra le varie discipline relative al controllo sul commercio di armi convenzionali

1.1 - Il superamento della frammentazione normativa sui trasferimenti di armi convenzionali

Come visto²¹⁹⁵, la disciplina relativa al controllo sul “commercio” di armi convenzionali si presenta come frammentata. Tale frammentazione, però, rimane *solo apparente*, tenendo a mente quanto già espresso da autorevole dottrina in proposito²¹⁹⁶. Se, da un lato, abbiamo un sistema normativo, come quello del diritto internazionale generale, che si presenta solo apparentemente frammentato, dall'altro c'è ragione di ritenere che questa apparente frammentazione si riscontri anche nella disciplina del mercato delle armi convenzionali.

Anzitutto, è possibile ritenere che, come sostenuto da Koskenniemi, anche in questo settore si operano diversi metodi di risoluzione dei contrasti normativi, e segnatamente, come visto in precedenza²¹⁹⁷, sono presenti metodi di *armonizzazione* degli obblighi internazionali: allorquando un contrasto normativo sorga, gli Stati ricorreranno a strumenti di risoluzione diplomatica delle controversie, e principalmente alle consultazioni ed al negoziato²¹⁹⁸. Questa constatazione è evidente anche nei casi in cui il contrasto sia di natura interpretativa circa la portata degli obblighi di controllo sui trasferimenti di armi: così, ad es., nel Protocollo ONU del 2001 è presente la clausola di risoluzione delle controversie²¹⁹⁹, che stabilisce in via principale il ricorso alle consultazioni ed al negoziato, e solo in via secondaria o supplementare sarà esperibile la via del ricorso a strumenti di natura giudiziale, e sempre che tutte le parti siano concordi.

²¹⁹⁵ Introduzione, § 1.1; Cap. VI, Premessa.

²¹⁹⁶ Ci si riferisce, qui, al fondamentale lavoro del Relatore speciale Martii Koskenniemi del 2006, citato in precedenza.

²¹⁹⁷ Cap. IV, § 1.1 ss.; Cap. VI, Premessa e § 1.2.2.

²¹⁹⁸ Cap. VI, Premessa.

²¹⁹⁹ Art. 21 del Protocollo. Inoltre, deve valere quanto espresso all'art. 1 del medesimo accordo, sulla base del quale gli obblighi da questo derivanti saranno interpretati in base a quanto previsto dalla Convenzione sul crimine organizzato transnazionale del 2001.

Tuttavia, come sottolineato anche da Koskenniemi²²⁰⁰, tale procedimento permetterà di risolvere il conflitto generatosi, ma non in maniera *genuina*. Ciò in quanto l'“accomodamento” delle controversie circa gli obblighi internazionali non fa altro che generare singoli accordi *inter se* tra gli Stati parte²²⁰¹, ma non risolve in maniera definitiva il contrasto normativo, né chiarisce la portata degli obblighi controversi. In tali situazioni, dovrebbe rendersi obbligatorio, o quanto meno vivamente consigliato, il ricorso a strumenti giudiziali, come l'arbitrato²²⁰². Ciò è stato visto anche nell'ambito dell'OMC, dove ora il regime applicabile è quello del DSU. Inoltre, malgrado l'insistenza di una scelta orientata a strumenti di risoluzione diplomatica da parte degli Stati, il ricorso a mezzi giudiziali rimane sempre disponibile, nel momento in cui una parte della controversia ne faccia richiesta, od addirittura l'accordo raggiunto possa incidere su obblighi non disponibili dalle parti.

Per quanto riguarda la materia oggetto di questa tesi, sarà possibile ricorrere, come indicato nel *Report*²²⁰³, sia alle tradizionali regole di interpretazione degli accordi internazionali, contenute nella Convenzione di Vienna del 1969 (ovvero, l'interpretazione sulla base della prassi e dei trattati successivi e la prevalenza dell'accordo successivo), sia anche al diritto internazionale generale, il cui ricorso sarà spiegato nel paragrafo successivo.

Per quanto riguarda il primo dei due metodi, è facile intuire come ogni Convenzione relativa a trasferimenti di armi, applicabile agli stessi Stati parte di due o più di queste, avrà prevalenza se *successiva* e *specificata*. Ad esempio, gli obblighi che si evidenziano sulla Convenzione Interamericana del 1997 saranno superati da quelli successivi e più specifici del Protocollo ONU: questo è il caso di diversi obblighi di prevenzione, come la cooperazione tra gli Stati e la previsione dell'*illicit brokering* e della *diversion* quali attività di trasferimento di armi da contrastare. Laddove, però, la norma successiva non riesca ad essere anche specifica, tornerà ad applicarsi la norma precedente: questo è vero nel caso delle procedure per il rilascio delle autorizzazioni a proseguire il tragitto del carico previste dalla Convenzione Interamericana.

Nel momento in cui la norma successiva non riesca anche ad essere specifica, ma rimanga generale, è possibile ritenere che vi sia un rapporto di integrazione sistemica: nel momento in cui uno Stato sarà vincolato ad entrambi, non solo e non tanto dovrà decidere quale obbligo osservare, ma dovrà tener conto del grado di completezza dell'obbligo medesimo, facendo riferimento ad entrambi gli obblighi. In altre parole, l'obbligo che si viene a determinare non sarà letto alla luce del solo testo convenzionale, ma dovrà essere letto *in maniera integrata*.

Se questo sembra essere uno strumento valido per risolvere in maniera genuina i contrasti normativi “inter-convenzionali”, ben diverso è il discorso circa la possibilità di costruire una disciplina compiuta dei trasferimenti di armi convenzionali facendo riferimento a diversi tipi di normativa e richiamandole tutte espressamente quali “*obblighi rilevanti degli Stati*”. Ci stiamo qui riferendo al nuovo Trattato sul commercio di armi (ATT), che stabilisce come gli Stati debbano proibire i trasferimenti quando siano in violazione di *altri obblighi internazionali* degli Stati medesimi²²⁰⁴; facendo espresso riferimento agli obblighi in materia di controllo sui trasferimenti e di contrasto al traffico illecito di armi, il Trattato pone un *rinvio* alle norme precedenti od ultronee. Questo

²²⁰⁰ *Report* citato, § 42.

²²⁰¹ *Report* citato, §§ 295 ss.

²²⁰² *Report* citato, § 43; più in generale, Cap. IV, § 2.1 ss. e Conclusioni, § 2.4.

²²⁰³ *Report* citato, § 491 ss.

²²⁰⁴ Art. 6, § 2.

rinvio permette di capire che il Trattato medesimo funge da “*parametro interpretativo*” alla luce del principio di *lex posterior*²²⁰⁵, ovvero sarà ritenuto come accordo successivo che predispone un'interpretazione comune degli accordi precedenti in materia.

Questa constatazione è importante per definire anche il rapporto *intra-sistemico*: non solo si dovrà fare riferimento alle clausole sui conflitti normativi; non solo si potrà leggere l'accordo alla luce del quadro convenzionale in cui viene inserito; ma si dovrà anche fare riferimento al parametro interpretativo successivo, che “concilia” definitivamente gli obblighi internazionali degli Stati ed impone uno strumento comune per l'esportazione di armi.

Infine, l'ATT ha assunto anche un ulteriore ruolo. Negli accordi precedenti la specificità non era data solo dal tipo di obbligo imposto allo Stato, ma vi era anche una *specificità dell'oggetto* della regolamentazione, quali erano i singoli tipi di arma; il nuovo Trattato permette un *superamento* di tale specificità, stabilendo che gli obblighi da questo imposti saranno applicati a tutte le categorie di arma convenzionale previste all'art. 1, § 1, le quali ricalcano le categorie più generali stabilite dal Registro ONU sulle armi convenzionali. Ciò è importante per due ordini di motivi: da un lato, si capisce che la specificità dell'oggetto in realtà non sia determinante ai fini della regolamentazione del mercato delle armi medesime; dall'altro, gli obblighi così stabiliti divengono rilevanti per l'intera macro-categoria, permettendo di integrare anche le discipline previgenti che non prevedano obblighi, come quello della valutazione preventiva di rischi, anche in relazione a certe specifiche armi convenzionali.

1.2 - La natura consuetudinaria delle regole applicabili al mercato delle armi

Proprio perché possiamo ritenere che l'apparente frammentazione della disciplina circa i trasferimenti di armi è stata superata, possiamo ritenere altrettanto valido il presupposto che le regole minime applicabili al mercato delle armi convenzionali abbiano natura consuetudinaria, e perciò permettono il definitivo superamento della specificità di ogni disciplina.

Anzitutto, deve rilevarsi come, in uno specifico ambito di disciplina, la natura consuetudinaria delle norme permette di valicare i confini stabiliti dalle norme pattizie. Koskenniemi, nel suo *Report*, riferiva come il ricorso al diritto internazionale generale (da intendersi, in maniera ampia, come comprendente le consuetudini internazionali ed i principi generali di diritto²²⁰⁶) fosse un utile strumento di integrazione sistemica. Per dirlo con le parole di Max Huber²²⁰⁷, è come se ci trovassimo di fronte a cerchi concentrici, in cui è facile passare da un livello all'altro in maniera consequenziale. Il ricorso al diritto consuetudinario farà sì, dunque, che le eventuali lacune o silenzi dei trattati possano essere colmati o superati²²⁰⁸, fungendo a sua volta come “ponte” metaforico tra le discipline pattizie.

Tale constatazione deve essere fatta anche con riferimento alla disciplina del mercato delle armi convenzionali: nel momento in cui non è più apparente una frammentazione tra le discipline, è logico supporre che vi saranno norme di natura consuetudinaria che si formano a completamento generale. In questo senso, tali norme devono essere identificate nei *limiti all'attività contrattuale* dei privati e degli Stati, negli obblighi relativi all'*individuazione di un possibile impiego militare* di beni tecnologici, nella *valutazione*

²²⁰⁵ Art. 31, § 3, lett. a) della Convenzione di Vienna del 1969.

²²⁰⁶ *Report* citato, § 462.

²²⁰⁷ In *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1952, tomo I, p. 200 s.

²²⁰⁸ *Report* citato, § 465.

preventiva di eventuali rischi derivanti dall'esportazione di armi e nel *contrasto ad alcune forme di complicità* nei crimini internazionali, quali l'*illicit brokering* e la *diversion*.

Come è possibile determinare la natura consuetudinaria di tali obblighi? La risposta a questa domanda può essere evinta attraverso lo studio degli elementi che compongono la consuetudine, secondo quanto indicato nelle *Draft Conclusions* della Commissione di diritto internazionale sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario del 2016²²⁰⁹. In tale documento, la Commissione di diritto internazionale prescrive che la prassi si ricava dalle condotte degli Stati (siano esse fisiche o verbali²²¹⁰) e da altri strumenti di diritto internazionale, come i trattati²²¹¹.

Con riferimento alla prassi generale degli Stati, la Commissione spiega che può essere rilevata in diverse maniere²²¹², ma che sono fondamentali solo gli atti promanati nell'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva, giudiziaria od altre funzioni rilevanti²²¹³. In questo senso, sia l'imposizione di limiti relativi alla stipulazione di contratti di vendita di armi, sia la generale convinzione sulla criminalizzazione di *illicit brokering* e *diversion* possono essere ritenuti quali prassi generali, dato che entrambi sono previsti in atti legislativi od esecutivi e che molto spesso sono adottati in ottemperanza ad un obbligo internazionale. Peraltro sull'obbligatorietà di tali obblighi di criminalizzazione non sembrano essersi registrate opposizioni particolari in sede di formazione della norma nelle conferenze intergovernative o nelle organizzazioni internazionali di provenienza²²¹⁴.

È possibile ritenere, secondo la Commissione, che anche le decisioni di tribunali e corti internazionali possano essere rilevanti quali mezzi sussidiari per l'identificazione del contenuto giuridico di una norma consuetudinaria²²¹⁵. In questo senso, si deve assumere che le pronunce *supra* esaminate circa la responsabilità per *aiding and abetting* in crimini internazionali che si delinea a seguito di trasferimenti illeciti di armi possano essere considerate quale mezzo supplementare di rilevazione di una norma consuetudinaria, che prevede il requisito della *knowledge* dell'*aider* e l'effetto sostanziale del contributo in armi alla commissione dei crimini.

In definitiva, data l'ampia categoria di prassi generale presente nell'ambito dei trasferimenti di armi e la convinzione giuridica relativa alla medesima, si deve ritenere che i limiti giuridici, qui di seguito illustrati, sono da considerare come aventi natura consuetudinaria.

²²⁰⁹ International Law Commission, *Identification of Customary International Law. Text of the Drafting Conclusion Provisionally adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.872, 30 maggio 2016. Si veda, altresì, in dottrina il n. 1 del *Chinese Journal of International Law*, 2016, vol. 15, in cui sono contenuti diversi contributi di studiosi, tra cui quello del Relatore speciale della Commissione di Diritto Internazionale Michael Wood.

²²¹⁰ *Draft Conclusion* 4 [5] e ss.

²²¹¹ *Draft Conclusion* 11 [12].

²²¹² *Draft Conclusion* 6 [7], § 2.

²²¹³ *Draft Conclusion* 5 [6]. Questo è il caso degli atti compiuti da organi *de facto* e degli atti *ultra vires*, i quali, ancor prima di costituire un elemento soggettivo di illecito internazionale, laddove non vi sia un'espressa opposizione, possono fondare la prassi di uno o più Stati.

²²¹⁴ In questo senso, si vedano i pareri espressi durante la Conferenza di negoziazione dell'ATT (*Compilation of Views on the Elements of an Arms Trade Treaty. Background Document prepared by the Secretariat*, A/CONF.217/2, 10 May 2012) dalla Mauritania (per conto della Lega Araba, p. 61, § 2(i)), dall'Australia (p. 9, § IV-11), dall'Austria (p. 11), da Cuba (p. 25, § II). In maniera più elastica, l'opinione espressa dalla Francia (p. 33, § II: "*Legislation must focus primarily on the regulation of legal trade while including provisions that criminalize certain illicit activities*"), ma soprattutto del Canada (p. 17: "*Concerning brokering, Canada believes that controls on brokering in an arms trade treaty should be limited to a requirement that States parties introduce legislation to criminalize the brokering of illicit transactions*").

²²¹⁵ *Draft Conclusion* 13[14], § 1.

2. Le regole minime applicabili al commercio di armi

2.1 - I limiti normativi all'attività contrattuale circa la vendita di armi

Uno dei limiti normativi valutati riguarda la stipulazione di accordi di natura contrattuale per la vendita di armi. Come visto in precedenza²²¹⁶, tale forma di stipulazione generalmente non trova limiti specifici in quanto si dà rilevanza all'autonomia delle parti nella determinazione di forma e contenuto dell'accordo contrattuale. Vi sono, però, limiti *a carattere generale* ed *intrinseci* da applicare, ovvero i limiti derivanti dalle norme imperative per il contratto²²¹⁷. Come visto²²¹⁸, queste si sostanziano in obblighi internazionali ratificati o comunque accettati e fatti propri dallo Stato, sia esso di esportazione o di importazione, e che derivano dal diritto pattizio rilevante (ovvero le convenzioni ed i trattati relativi ai divieti di trasferimento di armi) e dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che impongono *arms embargoes*²²¹⁹. Infine, un limite è possibile rinvenirlo anche nel diritto internazionale generale, laddove si prevede che le esportazioni di armi non possono avvenire qualora possano contribuire alle violazioni dei diritti umani, del diritto umanitario e di certi altri principi fondamentali del diritto internazionale²²²⁰.

L'effetto derivante da tali norme imperative sarà quello di rendere nullo, od in alcuni casi annullabile, il contratto stipulato²²²¹. I limiti internazionali, quindi, avranno efficacia anche nei confronti dei privati, ma solo se lo Stato di nazionalità dell'esportatore o quello di importazione abbiano recepito tali norme internazionali e si siano adeguati a queste²²²². Mancando una tale forma di adeguamento, gli effetti della norma internazionale saranno limitati, salvo che gli Stati terzi non decidano di intervenire per richiamare ai propri obblighi gli Stati coinvolti. Ciò, ad esempio, è avvenuto nell'ambito del caso *Toshiba/Kongsberg* del 1987, allorché gli Stati Uniti hanno chiesto espressamente a Giappone e Norvegia (gli Stati di nazionalità delle due industrie) di procedere con il sanzionamento delle condotte dei privati.

Da ultimo, si segnala un limite *estrinseco* alla stipulazione dell'accordo, ovvero successivo. Si tratta della compilazione di certificati *end-use* o *end-user* che permettono di indicare con precisione quale sia la destinazione del carico di armi, quale sia l'entità e la quantità dello stesso e, infine, di comprendere se vi siano rischi di violazione delle norme internazionali a seguito dell'esportazione di armi o rischi di commissione di gravi o serie

²²¹⁶ Cap. II, §§ 1.2, 2.1 e 2.2.

²²¹⁷ Art. 1.4 dei principi UNIDROIT sui contratti commerciali.

²²¹⁸ Cap. II, § 2.1.

²²¹⁹ Poiché la forza normativa di queste si rinviene non solo nella base giuridica del Cap. VII della Carta ONU, bensì anche nell'art. 25, relativo all'ottemperanza alle decisioni del Consiglio medesimo, e nell'art. 103, relativo alla prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta su tutti gli altri obblighi internazionali degli Stati.

²²²⁰ Art. 6, § 3 dell'ATT. Si veda l'*opinione* espressa dal Belgio (*Compilation* citata, p. 12) dalla Germania (p. 35, §§ 4 e 8), dall'Irlanda (p. 42 e ss.), dal Liechtenstein e dalla Svizzera (rispettivamente, p. 50 e 90, poi trasfusa nelle riserve citate nel Cap. II, § 3), dal Malawi (p. 54), dalla Norvegia (p. 72), dal Togo (p. 98), dal Regno Unito (p. 108, § V-2), dallo Zambia (p. 115, § V), dall'Unione Europea (p. 115).

²²²¹ Art. 3.3.1 dei Principi UNIDROIT citati.

²²²² Ciò può avvenire anche in maniera automatica, come accade per le norme consuetudinarie recepite nel nostro ordinamento attraverso il "trasformatore permanente" dell'art. 10, c. 1 della Costituzione (T. PERASSI, *La Costituzione e l'Ordinamento Internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 1952).

violazioni²²²³. Tali certificati consentono di avere una chiara rappresentazione dello scenario in cui si colloca l'attività di esportazione, permettendo inoltre di intervenire per bloccarle all'origine e quindi di prevenire eventuali violazioni.

La precisione con cui questi vengono redatti permette anche di individuare eventuali falsificazioni dei medesimi, facendo entrare l'esportatore non solo nella situazione di vedersi invalidare il contratto per il contrasto di norme imperative, bensì anche di entrare in una situazione di illecito, penale od amministrativo²²²⁴, circa l'esportazione vietata, ovvero il privato verrà ritenuto responsabile di intermediazione illecita o vietata (*illicit brokering*) o finanche di deviazione del carico (*diversion*)²²²⁵.

L'importanza di rilevare tali limiti è notevole: non solo permettono di capire, una volta per tutte, che l'attuale mercato delle armi è un luogo in cui operano attori statali e non, ma anche permettono di comprendere come questi ultimi siano vincolati direttamente dalla normativa internazionale rilevante. Tale previsione, dunque, permetterà di delineare una prima forma di responsabilizzazione degli attori privati in fase di stipulazione dell'accordo contrattuale²²²⁶.

2.2 - Obblighi inerenti l'individuazione di un possibile impiego militare delle tecnologie esportate

Nel momento in cui uno Stato decide di autorizzare l'esportazione di armi, diviene consapevole che sta rimuovendo gli ostacoli a favore di un'attività che è particolarmente sensibile e che può provocare alti tassi di instabilità nel mondo. Se ciò è vero con riferimento a quei beni che possono essere immediatamente classificati come armi, ciò non appare scontato con riferimento a quei beni che abbiano una principale finalità civile, od addirittura siano suscettibili di duplice applicazione. L'individuazione della finalità militare, sia essa esclusiva o complementare a quella pacifica, deve essere determinata sulla base di *elementi di natura oggettiva*. Come visto in precedenza²²²⁷, tale procedimento si attua in due distinte forme. La prima, che si riscontra nella disciplina dell'Intesa di Wassenaar, riguarda l'aggiornamento delle Liste di beni *dual-use* e di beni classificati come *Sensitive* o *Very Sensitive*. Nel primo caso, gli Stati determineranno le opportune modifiche delle Liste sulla base dell'avanzamento delle conoscenze tecnologiche circa l'impiego di materiali nella produzione di tecnologie civili, i quali materiali possano anche essere impiegati come essenziali nella produzione di beni con finalità principale o esclusiva militare²²²⁸. Nel caso dei beni *Sensitive* o *Very Sensitive*, l'individuazione della finalità si riscontra nel momento in cui l'essenzialità del bene impiegato superi la soglia di esclusione quale bene commerciabile. In altre parole, laddove il bene sia ritenuto essenziale per la produzione di armi, verrà dichiarato come sottoposto a regimi di autorizzazione specifica²²²⁹.

Diverso il discorso circa i beni non listati. Qui la differenza tra le discipline di Wassenaar e dell'UE è soprattutto a carattere procedurale e basato su un *principio di discrezionalità nazionale*: nell'ambito della disciplina di Wassenaar, il bene non listato può

²²²³ Cap. II, § 2.2.

²²²⁴ A seconda di come venga considerato dallo Stato di esportazione.

²²²⁵ Cap. III, § 1.2.3; Cap. VI, § 2.1 ss.

²²²⁶ Si vedano, in tal senso, le *Linee-guida OCSE destinate alle imprese multinazionali*, 2011, p. 12 ss.

²²²⁷ Cap. III, § 1.2.2.

²²²⁸ Reg. 2009/428/UE, art. 4 ss.

²²²⁹ Questo è quanto si evince dalla Lista di Wassenaar sui beni a duplice utilizzo, che deve essere letta alla luce del reg. 2009/428, ed in particolare del suo art. 5.

essere inserito in apposite liste nazionali, attraverso le quali si riconosce la natura militare del medesimo bene. Tale elencazione deve essere notificata all'esportatore e determinerà una conseguente discrezionalità amministrativa nel decidere se autorizzare o meno l'esportazione; nell'ambito UE, invece, oltre all'inserimento in liste nazionali ed alla notifica anzidetta, si può ritenere che anche il riferimento alle apparecchiature di produzione del bene e l'utilizzazione di certi prodotti, entrambi inseriti nelle liste anzidette, determinerà la conseguente finalità militare²²³⁰. Rimarrà sottoposto a discrezionalità amministrativa il rilascio del provvedimento di autorizzazione.

Dunque, non sarà solo importante cosa la normativa internazionale esplicherà circa l'individuazione della finalità militare di un dato bene, ma si determinerà come necessario che gli Stati esercitino il proprio potere discrezionale nel dichiarare un bene come duale e, conseguentemente, impedirne l'esportazione se non è stata presentata apposita istanza, o non si è proceduto al rilascio di apposita autorizzazione. Non essendo specificato il limite a tale potere discrezionale, sono solo due le alternative possibili: da un lato, vi dovrà essere un'invocazione della responsabilità internazionale dello Stato da parte di altri Stati (ed in particolare, quello di importazione) con la quale si chiede di parametrare la propria discrezionalità agli obblighi internazionali sul punto; dall'altro, l'esportatore potrà rivolgersi al giudice interno, al quale è demandato²²³¹ il compito di operare un bilanciamento tra le esigenze relative al diritto di iniziativa economica del privato e quelle appartenenti alla Comunità internazionale. Tale bilanciamento dovrà avvenire sulla base delle motivazioni stringenti offerte dallo Stato giuridicamente fondate, a pena di annullamento del provvedimento restrittivo²²³².

2.3 - Obblighi e responsabilità: valutazione preventiva dei rischi e complicità in crimini internazionali

Anche la valutazione di rischi connessi all'esportazione di armi è da considerare un obbligo internazionale per gli Stati²²³³. Se l'obiettivo, fissato nella maggior parte delle discipline viste in precedenza è assicurare la stabilità e la sicurezza regionale e internazionale, attraverso la promozione della trasparenza applicata alle esportazioni e la responsabilità nei trasferimenti, diviene logico ritenere che non si possa trattare di un mero *standard*, ma dovrà considerarsi quale *obbligo* internazionale a tutti gli effetti²²³⁴.

In ottemperanza a tali fini, gli Stati ricorrono alla valutazione con una *finalità impeditiva* dello sviluppo indiscriminato delle capacità militari di uno Stato, al di là delle mere esigenze di ricorrere alla legittima difesa quando sia necessario²²³⁵; inoltre, la valutazione avrà anche una *finalità preventiva* di potenziali violazioni, gravi o meno, del diritto internazionale.

Perché tale prevenzione sia attuata, la valutazione sarà operata con *ponderazione*, ovvero con *precauzione*: l'accertamento delle esigenze economiche e commerciali del privato verranno valutate alla luce delle informazioni fornite da questo e da quelle rilevanti provenienti dallo Stato d'importazione; successivamente, verranno poste in bilanciamento con gli interessi della collettività, che in questo caso è identificata con la

²²³⁰ Art. 4, §§ 5-6, che costituiscono la c.d. clausola "Catch More".

²²³¹ Questa è anche la fondamentale posizione della Corte di Giustizia UE: si veda Cap. III, § 1.3.

²²³² Cap. III, § 1.3 e la giurisprudenza ivi citata, in particolare i casi *Werner e Leifer*.

²²³³ Cap VI, § 1.3.

²²³⁴ Sul punto, si rinvia al § 1.2 di queste Conclusioni.

²²³⁵ Intesa di Wassenaar, *Initial Elements*, sez. 1.2. Si veda anche il Preambolo all'ATT, V° considerando e Principi I° e VII°.

Comunità Internazionale. Nel momento in cui tali informazioni non palesino alcun rischio, lo Stato può autorizzare l'esportazione; ma laddove tale rischio sia anche solo *potenziale*, lo Stato deve bloccare l'esportazione. Nel caso in cui le esigenze del privato esportatore abbiano un proprio peso specifico e coincidano con interessi (essenziali) dello Stato (ad es., garantire l'incremento del PIL nazionale, oppure garantire il regime di libera concorrenza), è doveroso per lo Stato d'esportazione adottare misure di contenimento del rischio che possano mitigare le conseguenze derivanti²²³⁶.

Quello che viene compiuto dallo Stato, tramite tale valutazione, è un *bilanciamento degli interessi* del privato e della collettività. Diviene anche qui logico ritenere che lo Stato eserciti un proprio potere giurisdizionale, sia nel rilasciare l'autorizzazione, ovvero rimuovendo gli ostacoli giuridici all'attività del privato, sia nell'apporre misure restrittive all'esportazione od all'importazione. L'attività, però, non è *assoluta* da limiti giuridici: il bilanciamento, pur essendo caratterizzato dalla *discrezionalità amministrativa*, sarà sempre contenuto (o meglio, delimitato²²³⁷) da norme internazionali che individuino i parametri di valutazione che permettano l'esportazione, ovvero assicurino l'esercizio della legittima difesa degli Stati tramite acquisizioni di nuovi armi ed armamenti e garantiscano²²³⁸ l'esercizio dell'iniziativa economica. La valutazione, quindi, è la "chiave di volta" dell'intera struttura del mercato delle armi convenzionali, che assolve alla duplice funzione di "porre un filtro" ai traffici commerciali di armi e di "incanalare" correttamente gli stessi.

Diviene rilevante, però, capire anche quali siano i rischi da accertare. Pur essendo qualificati in maniera differente dalle varie discipline internazionali²²³⁹, tali rischi sembrano comunque avere elementi in comune:

a) saranno ritenuti rischi cui applicare un controllo più rigido quelli pertinenti le *violazioni dei diritti umani, del diritto umanitario e della sicurezza e stabilità degli Stati*;

b) il controllo sarà più formale per i rischi di *violazioni di obblighi internazionali degli Stati*, siano essi convenzionali o derivanti da fonti di terzo grado, come gli *arms embargoes* stabiliti da Consiglio di Sicurezza e UE;

c) infine, nella misura in cui possano costituire *fattori rilevanti* per la valutazione, vengono considerati altri obblighi internazionali, anche di natura consuetudinaria,

Ovviamente, le discipline internazionali che predispongono la valutazione di tali rischi lasceranno ampio margine di apprezzamento e discrezionalità agli Stati nel determinare anche rischi maggiori, oltre che predisporre le dovute ed idonee misure di contenimento. Tuttavia, laddove lo strumento internazionale disponga circa un rischio *prevalente, evidente* o altamente *potenziale*, l'esperimento di una valutazione sarà considerato più stringente. Ciò avviene nel caso dell'ATT e del suo "*overriding risk*". Come visto, non sembrerebbe doversi tradurre tale rischio solo come "preponderante" o "prevalente", bensì dovrebbe intendersi, anche in base alla riserva di Svizzera e Liechtenstein, come *potenziale*. La potenzialità del rischio permetterebbe di attivare un procedimento di valutazione in cui *tutte* le informazioni e le esigenze sono prese in considerazione. Non vi sarebbe solo una preponderanza di alcune esigenze su altre, bensì verrebbe valutata anche la *ragionevolezza* dei dubbi che si palesano circa l'esportazione. Se

²²³⁶ Art. 7, § 4 dell'ATT.

²²³⁷ D. J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Giuffrè editore, Milano, 1999, pp. 146 ss., 233 ss.

²²³⁸ Anche se tale esigenza sembrerebbe essere stata palesata più chiaramente nell'ambito UE. Si veda la Comunicazione della Commissione Europea del 27 luglio 2013 citata in precedenza.

²²³⁹ Accanto all'*overriding risk* dell'ATT, si collocano i rischi evidenti della posizione comune 2008/944/PESC, i rischi per le violazioni dei diritti dell'uomo e per la sicurezza nazionale nel reg. 2009/428/CE ed i rischi di instabilità internazionale dell'Intesa di Wassenaar.

lo Stato è maggiormente propenso a rilasciare l'autorizzazione, allora deve adottare misure di contenimento del rischio. Laddove tali misure non siano esperibili, non producano (a seguito di proiezione delle conseguenze) il risultato sperato o non vengano accettate dal privato, lo Stato *deve* bloccare l'esportazione.

L'intento di prevenire, quindi, si rinviene soprattutto nel momento in cui, con ponderazione, lo Stato attua la libertà di commercio anche per le armi convenzionali e cerca di "responsabilizzare" sé stesso e gli esportatori privati. La valutazione, dunque, opera come filtro rispetto alle iniziative dei privati medesimi, aprendo la via del mercato solo a coloro che offrono adeguate garanzie che le armi saranno impiegate per scopi legittimi.

Nell'ambito degli obblighi internazionali relativi alla responsabilità per trasferimenti illeciti di armi, una menzione deve essere fatta anche alla responsabilità individuale. Come visto²²⁴⁰, la responsabilità per *aiding and abetting* tramite fornitura di armi è il principale modello di responsabilità, riconosciuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza internazionali. Esso si sostanzia nella fornitura di armi per commettere crimini internazionali. Come visto, sia la giurisprudenza che la dottrina sono concordi nel ritenere che tale forma di responsabilità si realizzi tramite un qualsiasi tipo di contributo pratico (dove si comprende, ovviamente, la fornitura di armi), fatto con *knowledge* (ovvero con conoscenza e consapevolezza) che chi riceve tale contributo lo utilizzi per commettere crimini internazionali. Perché possa delinarsi la responsabilità individuale, è necessario anche che tale contributo abbia prodotto un effetto sostanziale (*substantial effect*) nella commissione dei crimini, ovvero abbia facilitato tale commissione.

Non sarà, però, necessario che il contributo sia stato fornito anche con l'intenzione specifica (*specific direction*) di far commettere il crimine internazionale specifico, ovvero non sarà necessario aver condiviso la medesima *mens rea* dell'agente materiale. Tale ultimo elemento, riscontrato in giurisprudenza nella sentenza *Perisic*²²⁴¹, non fa parte della norma consuetudinaria relativa a tale forma di responsabilità. Quindi, si dovrà ritenere che chi fornisce l'aiuto avrà meramente rappresentato lo scenario futuro dato dal proprio contributo, senza per questo averlo veramente voluto. Mancando una forma di condivisione della *mens rea*, non solo sarà più facile provare l'effetto sostanziale del crimine internazionale, ma astrattamente l'aiuto fornito in relazione ad ogni crimine internazionale verrà giudicato penalmente rilevante.

Quest'ultima asserzione ci permette, inoltre, di accennare qui brevemente alla possibilità che si stia evolvendo una norma consuetudinaria circa la formazione di un nuovo crimine internazionale. Nel momento in cui i trasferimenti di armi sono considerati quali forma di *aiding and abetting* e hanno una *mens rea* delimitata, diviene logico supporre che anche la condotta rilevante sarà determinata. Se, come visto in precedenza²²⁴², i trasferimenti di armi, che principalmente denotano una responsabilità individuale, sono attuati tramite intermediazione vietata (*illicit brokering*) e deviazione del carico di armi (*diversion*), è possibile sostenere come queste due fattispecie, presenti in diversi ordinamenti giuridici nazionali, costituiscano quell'*actus reus* rilevante per il crimine internazionale consuetudinario²²⁴³.

²²⁴⁰ Cap. VI, § 3.2.

²²⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Appeal Judgement, 28 February 2013.

²²⁴² Cap. VI, §§ 2.1 ss.

²²⁴³ Si vedano le *opinio* espresse in precedenza relativamente alla criminalizzazione di *illicit brokering* e *diversion*. C'è da notare, inoltre, che nella maggior parte degli ordinamenti nazionali (come supra visto, Cap. VI, § 3.1 ss.) queste due fattispecie oramai trovano una forma di regolamentazione, e nella maggior parte dei casi l'attività posta in essere senza i requisiti viene sanzionata con una misura a carattere penale

Di conseguenza, sia che il trasferimento sia attuato per il tramite di una vendita non autorizzata, o avvenga violentemente deviando il carico di armi dalla propria rotta legittima, si avrà quella condotta necessaria per qualificare il trasferimento di armi come illecito; associando tale condotta a quanto esplicito circa l'*aiding and abetting* e la *mens rea* di questo, diviene agevole comprendere che anche la *mens rea*, identificata nella *knowledge* di cui *supra*, sarà determinata.

(come nell'ordinamento statunitense, ad esempio) o con una sanzione pecuniaria (affiancata magari alla sanzione della reclusione, come nell'ordinamento italiano). È, quindi, pensabile che, se non l'*opinio*, almeno la prassi ha manifestato questa esigenza di criminalizzare le condotte. A livello internazionale, pertanto, la complicità nei crimini internazionali avverrà anche tramite queste due condotte.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

AALTO, *Towards a Common Defence? Legal Foundations after Lisbon Treaty*, in TRYBUS, *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012

ABEL, *Immunity of Foreign States Engaged in Commercial Operations: Hoffmann v. Jiri Draelle, Narodni Sprava Podmokly, Czechoslovakia*, in *American Journal of International Law*, 1951, vol. 45, n. 2, pp. 354-357

ABI-SAAB, *The Concept of "International Crimes" and its Place in Contemporary International Law*, in WEILER-M. SPINEDI-CASSESE (a cura di), *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, de Gruyter, Berlin/NewYork, 1989, pp. 141-150

ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, CEDAM, Padova, 2002

ACQUAVIVA, *Aiding and abetting international crimes and the value of judicial consistency: reflections prompted by the Perisic, Taylor and Sainovic verdicts*, in *Questions of International Law, Zoom-In 3* (2014), pp. 3-21

ADAM-TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, III° ed.

ADLER-KARLSSON, *Western Economic Warfare*, Stoccolma, Almqvist and Wiksell, 1968

AHLSTRÖM, *The Status of Multilateral Export Control Regimes: An Examination of Legal and Non-Legal Agreements in International Cooperation*, Iustus Forlag, Uppsala, 1999

AKANDE-WILLIAMS, *International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?*, in *Virginia Journal of International Law*, 2003, vol. 43, Winter, pp. 365-404

ALEXANDROFF-SHARMA, *The National Security Provisions: GATT Article XXI*, in MACRORY-APPLETON-PLUMMER (a cura di), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Springer, Berlin, 2005, vol. II, pp. 1571-1579

ALIMENTO (a cura di), *War, Trade and Neutrality: Europe and the Mediterranean in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Franco Angeli Editore, Milano, 2011

ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012

ÁLVAREZ ORTEGA, *The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State*, in *Revista para análisis del derecho*, gennaio 2015, disponibile sul sito www.indret.com

AMATI-CACCAMO-COSTI-FRONZA-VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto internazionale penale*, Giuffrè editore, Milano, 2016, III° ed.

AMBOS, *Article 25 - Individual Criminal Responsibility*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden Baden, 2008, III° ed., p. 743 e ss.

AMBOS, voce *Criminal Responsibility, Modes of*, in *Max Planck Encyclopedia of Public*

International Law, 2013

ANDENAS-ORTINO (a cura di), *WTO: Law and Process*, The British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2006

ANGELET, voce *Fair and Equitable Treatment*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, marzo 2011

ANTHONY-HOLLAND, *The Global Governance of Autonomous Weapon Systems*, in *SIPRI Yearbook*, 2014, p. 423 e ss.

ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, F. Lumachi Libraio-Editore, 1902

ANZILOTTI, *Le questioni giuridiche sollevate dagli incidenti del "Carthage" e del "Manouba"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1913, vol. II, pp. 200 ss.

ÄPPEL, *The Evolution of Multilateral Export Controls: A Critical Study of the CoCom Regime*, in *The Fletcher Forum*, 1985, vol. 9, n. 1, pp. 105-124

ARANGIO-RUIZ, voce *Stati ed altri enti*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVIII, 1971, pp. 132 ss.

ARROWSMITH (a cura di), *Public Procurement Regulations*, 2010, disponibile all'URL <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>

ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulations in EU and UK*, Sweet&Maxwell, New York, 2014

BAKKER-SOSSAI, *Multilevel Regulations of Military and Security Contractors: The Interplay between International, European and Domestic Norms*, Hart Publishing, Portland, 2012

BARTOLINI, *Il concetto di "controllo" sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La codificazione della responsabilità degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 25-52

BASSIOUNI, *Extraterritorial Jurisdiction: Applications to "Terrorism"*, in JACKSON-TILLERS (a cura di), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of professor Mirjan Damaska*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, pp. 201-219

BASTID-BURDEAU, *Le commerce international des armes: de la sécurité à la défense de l'éthique et des droits de l'homme?*, in *Journal du droit international*, 2007, vol. 2, n. 4 (Avril)

BAXTER, *The Law of International Waterways*, Harvard University Press, Cambridge (MA-USA), 1964

BELLAL, CASEY-MASLEN, GIACCA, *Implications of International Law for a Future Arms Trade Treaty*, in *UNIDIR Resources*, 2012

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Torino, III° ristampa della II° ed., 1960

BERGEN, *Resolving Treaty Conflicts*, in *George Washington International Law Review*, 2005, vol. 37, p. 640 ss.

- BEVAN, *Connecting Paradigms: MANPADS in the National Security Debate*, in *Disarmament Forum*, Febbraio 2007, n. 1, p. 43 e s.
- BIANCHI, *Esportazione e transito di materiali di armamento: profili di diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1992, vol. LXXV, n. 1, pp. 65-90
- BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione. Contributo allo studio dei fenomeni di extraterritorialità nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1995
- BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law*, in BIANCHI-PETERS, *Transparency in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1-19
- BINGHAM, voce *Alabama Arbitration*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2006
- BISCOTTINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Vol. I: la teoria dell'organizzazione*, I° ed., CEDAM, Padova, 1971
- BLANDINI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in PATRONI GRIFFI, *Manuale di Diritto Commerciale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2012
- BOAS-BISCHOFF-REID-TAYLOR III, *International Criminal Procedure*, in ID., *International Criminal Law Practitioner*, vol. III, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- BONAFÉ, *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La codificazione della responsabilità degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 501-517
- BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Giuffrè Editore, Milano, 2008
- BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2009, Oxford University Press, Oxford
- BOTHE, voce *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011
- BOYLE, *Determining U.S. Responsibility for Contra Operations under International Law*, in *American Journal of International Law*, 1987, vol. LXXXI, n. 1, pp. 86-93
- BRANDES, "All's well that ends well" or "Much Ado about Nothing"? A Commentary on the Arms Trade Treaty, in *Goettingen Journal of International Law*, 2013, vol. 5, n. 2, pp. 399-429
- BRANDON, *The Validity of Non-Registered Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1952, vol. XXIX, pp. 186-204
- BROMLEY-DUCHÂTEL-HOLTOM, *China's Exports of Small Arms and Light Weapons*, SIPRI Policy Paper, n. 38, novembre 2013
- BROOKFIELD, *Immunities of Foreign States Engaged in Private Transactions*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1938, vol. 20, n. 1, pp. 1-15
- BROOMHALL, *Article 22 - Nullum Crimen Sine Lege*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, Monaco di Baviera,

II° ed., 2008, pp. 713-729

BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, VII° ed.

CADDELL, voce *Treaties, Secret*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2006

CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di Sicurezza nell'articolo 39 della Carta delle Nazioni Unite*, Giuffrè editore, Milano, 2008

CAIANIELLO-FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Indice Penale*, 2002, vol. V, n. 2, p. 307-334

Camera di Commercio Internazionale, *INCOTERMS® 2010*. Una breve introduzione è disponibile all'URL <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/>

CANIN, *Supplying Kurdish Fighters: An Overview*, 9 settembre 2014, <http://www.sldinfo.com/supplying-kurdish-fighters-an-overview/>

CANNIZZARO-PALCHETTI-WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2012

CARON, *State Crimes: Looking at Municipal Experience with Organizational Crime*, in RAGAZZI, *International Responsibility Today. Essay in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 23-30

CARREAU-MARRELLA, *Diritto Internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 2016

CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2014, XVI° ed.

CASEY-MASLEN, *The Convention on The prohibition of the use, stockpiling, production, and transfer of anti-personnel mines and on their destruction*, Oxford University Press, Oxford, 2005

CASEY-MASLEN, NYSTUEN, *The Convention on Cluster Munitions*, Oxford University Press, Oxford, 2008

CASSESE, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n. 4, pp.649-668

CASSESE, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, pp. 875-887

CASSESE, *The Character of the Violated Obligation*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 415-426

CASSESE-GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, III° ed.

CASSIMATIS-GREENWOOD, voce *Arms, Traffic in*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2009

CASTIELLO, *I ricorsi amministrativi*, Maggioli editore, Rimini, 2007

CHADWICK, *Traditional Neutrality Revisited: Law, Theory and Case Studies*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002

CHESTERMAN, *The Privatization of Intelligence*, in *EJIL Talk!*, 2009, disponibile all'URL http://www.ejiltalk.org/privatization_of_intel/

CHINKIN, *Jus Cogens, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, vol. 17, pp. 63-82

CHWIADKOWSKA-MASZTALERZ, *Defence Procurement: The ECJ Keeps its Ground on "Dual-Use" Products*, in *European Procurement and Public-Private Partnership Law Review*, 2012, n. 4, pp. 289-292

CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2007

CLAPHAM, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in KAMMINGA, ZIAZARIFI (a cura di), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 139-195

CLAPHAM, *Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, n. 5, pp. 899-926

CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Organized Armed Groups*, in M. ODELLO-G. BERUTO, *Non-state Actors and International Humanitarian Law - Organized Armed Groups: A Challenge for the 21st century. 32nd Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, Sanremo, 11-13 September 2009*, Franco Angeli, Milano, 2010, pp. 102-108

CLAPHAM, *Human Rights and Non-State Actors*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2013, II° ed., p. 271 ss.

CLAPHAM, *Arms Trade Treaty: A Call for Awakening*, in *Antonio Cassese Initiative - Letter*, maggio 2013, n.1

CLAPHAM, *Focusing on Armed Non-State Actors*, in CLAPHAM-GAETA, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 766 e ss.

COCO, *I divieti di trasferimento ai sensi degli articoli 6 e 7 del Trattato sul commercio delle armi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, vol. XCVI, n. 4, pp. 1221-1243

COLLINS - WHITE, *Between Independence and Accountability: Exploring the Legal Autonomy of International Organizations*, in REINALDA (a cura di), *Routledge Handbook of International Organizations*, Routledge, Londra, 2013, pp. 119-132

CONFORTI, *Diritto Internazionale*, X° ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2014

CONFORTI-FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, CEDAM, Padova, 2015, X° ed.

COSNARD, *Sovereign Equality: "The Wimbledon Sails on"*, in BYERS-NOLTE (a cura di), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, pp. 117-134

COWSHISH, *Defence Procurement Procedure 2013 - A Ringside View*, in *Institute for Defence Studies & Analysis Issue Brief*, 11 giugno 2013, disponibile all'URL http://www.idsa.in/issuebrief/DefenceProcurementProcedure2013_acowshish_110513.html

CRAIK, *Principle 17: Environmental Impact Assessment*, in J. VINUALES (a cura di), *The Rio Declaration on Environment and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 451-470

CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, II° ed.

CRAWFORD, *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n. 1, pp. 3-24

CRAWFORD, *International Crimes of the State*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, pp. 405-414

CZAPLINSKY, *An Extraterritorial Jurisdiction in case of Illegal Arms Trade - a Polish American Dispute*, in *Revue belge de Droit International*, 1993, vol. XXVI, n. 1, pp. 140-146

DALLA-LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, II° ed., 2001

DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, IV° ed., 2010

DAVEY, *Dispute Settlement in GATT*, in *Fordham International Law Journal*, 1987, vol. 11, n. 1, pp. 51-109

DAVID, *Les armes nouvelles à la lumière du jus in bello*, in *Revue belge de droit international*, 1993, n. 1, p. 165 e ss.

DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, IV° ed., 2008

DE FROUVILLE, *Attribution of the Conduct to the State: Private Individuals*, in CRAWFORD - PELLET - OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 257-280

DE KIEFFER, *GATT Dispute Settlements: A New Beginning in International and U.S. Trade Law*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1980, vol. 2, n. 2, pp. 317-333

DEKKEK-WESSEL, *Governance by International Organizations: Rethinking the Normative Force of International Organizations*, in DEKKER-WESSEL., *Governance and International Legal Theory*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 215-236

DEL BOCA, *Gli Italiani in Africa orientale*, vol. 1, Mondadori, Milano, 1992

DELBRÜCK, *International Traffic in Arms - Legal and Political Aspects of a Long Neglected Problem of Arms Control and Disarmament*, in *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. 33, pp. 114-143

DEL GIUDICE, *Dizionario giuridico romano*, Simone, Napoli, V° ed., 2010

DELPHINE, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies: technique juridique ou instrument symbolique?*, in *Revue belge de droit international*, 2011, vol. 44, nn. 1-2, pp. 125-169

DEN DEKKER, *The Law of Arms Control. International Supervision and Enforcement*, Martinus

Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001

DICKERSON, voce *Minimum Standards*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2010

DI COMITE, *Il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio e l'esecuzione delle decisioni del Dispute Settlement Body*, in CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Cacucci editore, Bari, 2007, pp. 159-176

DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffr , Milano, 2015, V° ed.

DÖRMAN, *Adoption on a Global Arms Trade Treaty: Challenges Ahead*, in *Chatam House - International Law Summary*, 16 aprile 2013

DÖRR-SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2014

DOSWALD-BECK, *Human Rights in Time of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, Oxford, 2011

DREYFUSS-STRANDBURG (a cura di), *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publisher, Cheltenham, 2009

DUNAY-KRASZNAY-SPITZER-WIEMKER-WYNNE (a cura di), *Open Skies: A Cooperative Approach to Military Transparency and Confidence Building*, United Nations Office for Disarmament Affairs, 2004

DURSHST, *From Containment to Cooperation: Collective Action and the Wassenaar Arrangement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, vol. 19, p. 1079-1123

EISENHUT, *Sovereignty, National Security and International Treaty Law The Standard of Review of International Courts and Tribunals with regard to 'Security Exceptions'*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2010, vol. 48, pp. 431-466

EISENHUT, *Offset in Defence Procurement: A Strange Animal - At the Brink of the Extinction?*, in *European Law Review*, 2013, vol. 38, n. 3, p. 393 e ss.

ESPIELL, *International Responsibility of the State and Individual Criminal Responsibility in the International Protection of Human Rights*, in RAGAZZI, *International Responsibility Today. Essay in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 151-160

FARER, *Political and Economic Coercion in Contemporary International Law*, in *American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, n. 2, p. 406 ss.

FASOLI, *La riparazione dei danni immateriali nei rapporti tra Stati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012

FAVARO, *Tecniche e procedure di commercio internazionale: il trasferimento fisico delle merci, il visto uscire, l'origine delle merci, la legge 286 e i nuovi Incoterms® edizione 2010*, IPSOA, Milano, 2011

FEINÄUGLE, voce *The Wimbledon*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Marzo 2013

- FENWICK, *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge, London, 2008
- FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, 2012, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht
- FINARDI-DANSSÄRT, *Transparency and Accountability. Monitoring and Reporting Methods under an Arms Trade Treaty*, International Peace Information Service and TransArms-R, Febbraio 2012
- FLECK, *Arms control and Disarmament Law: Its Role in Addressing New Security Threats*, in *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, 2013, vol. 52, n. 1, p. 61 ss.
- FLEUREANT, PERLO-FREEMAN, WEZEMAN, WEZEMAN, KELLY, *The SIPRI Top-100 Arms-Producing and Military Services Companies, 2014*, SIPRI Fact Sheet, December 2015, disponibile all'URL <http://www.sipri.org/research/armaments/production/Top100>
- FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, CEDAM, Padova, 2012, III° ed.
- FOX, *The Exception to State Immunity: The Concept of Commerciality*, in FOX-WEBB, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2013, III° ed., pp. 502-532
- FRYDMAN-RAPACZYNSKI-EARLE, *The Privatization Process in Russia, Ukraine and the Baltic States*, Central European University Press, Budapest-New York-Londra, 1993
- FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Giuffré, Milano, 1996
- FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in CASSESE (a cura di), *Enciclopedia del diritto pubblico*, 2006, vol. II, p. 598 ss.
- FRENCH, *The Corporation as a Moral Person*, in *American Philosophical Quarterly*, 1979, vol. 16, n. 3, pp. 207-215
- FROWEIN, voce *Non Recognition*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011
- GAJA, *Do States have a Duty to Ensure Compliance with Obligation Erga Omnes?*, in RAGAZZI, *International Responsibility Today. Essay in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 31-36
- GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Giuffré editore, Milano, 1999
- GASPARI, *Recenti sviluppi in materia di regolazione multi-livello del commercio di armi: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, n. 2, p. 423 ss.
- GASPARRI, voce *Autorizzazione (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, vol. IV, p. 509 ss.
- Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *What Amount to 'A Serious Violation of International Human Rights Law'? An Analysis of Practice and Expert Opinion for the Purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Academy Briefing n. 6/2014, agosto 2014
- GEORGOPOULOS, *Legislative Comment: The New Defence Procurement Directive Enters into Force*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, vol. 19, NA1-3

- GIANNINI, voce *Autorizzazione*, in *Enciclopedia italiana*, Appendice II, 1948
- GILL, *Trilateral Commission*, in *Encyclopedia Britannica*, consultato all'URL <http://www.britannica.com/topic/Trilateral-Commission>
- GIULIANO, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, in BALLADORE PALLIERI-MORELLI-QUADRI, *Trattato di diritto internazionale*, Sez. I, Vol. III, Tomo I, Cedam, Padova, 1956, p. 27 ss.
- GOH, *Precaution, Science and Sovereignty: Protecting Life and Health under WTO Agreements*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 2003, vol. 6, n. 4, pp. 441-471
- GORI, Art. 223, in QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *Trattato che istituisce la Comunità economica europea: commentario*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1965, p. 1627 ss.
- GOVÄRE-EECKHOUT, *On Dual-Use Goods and Dualist Case Law: The Aimé Richardt Judgement on Export Controls*, in *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, pp. 941-965
- GRADONI, *Regime Failure nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2009
- GRAMOLA, *La tutela del contraente privato nell'applicazione delle sanzioni economiche contro l'Iraq*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, vol. 21, n. 1, pp. 163-203
- GREEN (a cura di), *The Scope and Implications of a Tracing Mechanism for Small Arms and Light Weapons*, UNIDIR Publication, 2003
- GREENE-KIRKHAM, *Preventing Diversion of Small Arms and Light Weapons: Strengthening Border Management Under the UN Programme of Action*, Saferworld, Londra, 2010
- GREGORY, *Controlling the Transfer of Militarily Significant Technology: COCOM after Toshiba*, in *Fordham International Law Journal*, 1987, vol. 11, n. 4, pp. 863-882
- GRIMMET, *Military Technology and Conventional Weapons Export Controls: The Wassenaar Arrangement*, CRS Report of Congress, RS20517, 29 September 2006, consultato all'URL <http://www.fas.org/sgp/crs/weapons/RS20517.pdf>
- GROS, *Observations sur une enquête internationale: L'affaire du "Tavignano"*, in IBLER (a cura di), *Mélanges offerts à Juray Andrassy*, Martinus Nijhoff Publishers, 1968, pp. 99-110
- GUPTA-DE MELLO-SHARAN, *Corruption and Military Spending*, International Monetary Found Working Paper, febbraio 2000
- HAFNER, *The Emancipation of the Individual from the State in International Legal Order*, in *Recueil des cours*, 2013, vol. 358, pp. 299-314
- HAGELIN, *International Armament Embargoes and the Need for End-use Documents*, in WALLENSTEEN-STAIANO, *International Sanctions: Between Words and Wars in the Global System*, Routledge, London, 2005, pp. 75-91
- HAHN, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, in *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. 12, Spring, pp. 558-620
- HALL-DANIELS-GOREN, *U.S. Regulations of the Use and Export of Unmanned Aerial Systems*, 16 marzo 2015, consultato sul sito www.terrallex.org

HARKAVY, *Arms Trade and International Systems*, Ballinger Publishing Company, Cambridge, MT-USA, 1975

HAYES *et al.*, *U.S. Policy on Export of Unmanned Aerial Systems (UAS): A Detailed Look and Analysis*, 7 aprile 2015, consultato all'URL <http://www.steptoec.com/publications-10371.html>

HENCKAERTS-DOSWALD BECK, *Customary international Humanitarian Law*, 2009

HEUNINCKX, *The EU Defence and Security Procurement Directive: Trick or Threat?*, In *Public Procurement Law Review*, 2011, vol. 20, n. 1, pp. 14 ss.

HUBER, Intervento, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1952, tomo I, p. 200 s.

HULL, *Commercial Secrecy: Law and Practice*. Sweet&Maxwell, Londra, 1998

HUNNINGS, *Legal Aspects of Technology Transfer to Eastern Europe and Soviet Union*, in SCHAFFER (a cura di), *Technology Transfer and East-West Relations*, 1985, p. 157

INNAMORATI, *L'esportazione di prodotti strategici: il ruolo del CoCom*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, vol. LXXXV, n. 1, p. 91- 119

Institut de Droit International, Risoluzione IV/1971, adottata nella sessione di Zagabria il 3 settembre 1971, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1971, vol. 54, pp. 520 e ss.

Institut de Droit International, *La loi du contract dans les accords entre un Etat et un personne privée étrangère*, sessione di Atene, 11 settembre 1979, XXI° Commissione, relatore speciale M. Georges Van Hecke

International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, *Corporate Complicity and Legal Accountability*, 2008, vol. 2

International Committee of the Red Cross, *Arms Availability, and the Situation of Civilians in Armed Conflict: A study Presented by the ICRC*, in *ICRC Publications*, 1999, n. 0734

International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Method of Warfare. Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Ginevra, 2006

International Institute for the Unification of Private International Law - UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2010, disponibile all'URL <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

International Law Association, *Final Report of the Committee - International And National legal regulation for Arms Control and Disarmament*, Berlino, 2004

IOVANE, *È possibile codificare la responsabilità dello Stato per violazione di norme internazionali particolarmente gravi?*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO, *La codificazione della responsabilità degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 341-384

JACOB, voce *Investment, Bilateral Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2011

- JAKOBS, *The mythical unities of International Criminal Law: some thoughts on Perisic*, Taylor and Sainovic, in *Questions of International Law, Zoom-In 3* (2014), pp. 23-39
- JOYNER, *International law and the proliferation of weapons of mass destruction*, Oxford University Press, New York, 2009
- KIRKHAM-OKECHUKWU, *Controlling the Transfer of Man-Portable Air Defence Systems: A Guide to Best Practice*, Saferworld, Londra, 2010
- KISS, voce *Abuse of Rights*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, dicembre 2006
- KELLMANN, *Controlling Arms Trade: One Important Stride for Humankind*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, vol. 37, pp. 687-731
- KELLMANN, *Exporting Armed Drones - The United States Sets Policy*, in *ASIL Insight*, vol. 19, n. 17, 24 luglio 2015
- KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1946, I° ed. trad.
- KELSEN, *Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law*, in *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, vol. 26, pp. 226-239
- KEPPLER, *Preventing Human Rights Abuses by Regulating Arms Brokers: The US. Brokering Amendment to the Arms Export Control Act*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2001, vol. 19, n. 2, pp. 381-411
- KLABBERS, *Clinching the Concept of Sovereignty: Wimbledon Redux*, in *Austrian Review of International and European Law*, 1998, n. 3, pp. 345-367
- KÖBELE, voce *World Trade Organization, Enforcement System*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011
- KOHEN, *The Principle of Non-Intervention 25 years after the Nicaragua Judgement*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n. 1, pp. 157-164
- KOLB, *Théorie du jus cogens international. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaire de France, Parigi, 2001
- KOLB, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, in *Recueil des Cours*, vol. 367, 2014
- KOLB, *La détermination du concept de "jus cogens"*, in *Revue generale de droit international public*, 2014, vol. 118, n. 1, pp. 5-29
- KOUTRAKOS, *Exports of Dual-Use Goods under the Law of the European Union*, in *European Law Review*, 1998, n. 3, pp. 235-251
- KOUTRAKOS, *The Non-Proliferation Policy of the European Union*, in EVANS-KOUTRAKOS (a cura di), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, pp. 249-272
- KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015, II° ed.

KUNIG voce *Intervention, Prohibition of*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008

KYTÖMÄKY, *How Joining the Arms Trade Treaty Can Help Advance Development Goals*, Chatam House Research Paper, December 2014, disponibile all'URL https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20141215ArmsTradeTreatyDevelopmentKytomakiUpdate.pdf

LACHOWSKI, Voce *Confidence-Building Measures*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2006

LADEUR, *The Introduction of the Precautionary Principle into the EU Law: A Pyrrhic Victory for Environmental and Public Health Law?*, in *Common Market Law Review*, 2003, vol. 40, n. 6, pp. 1455-1479

Latham&Watkin's International Arbitration Newsletter, giugno 2014, p. 5, disponibile all'URL <https://www.lw.com/thoughtLeadership/lw-international-arbitration-newsletter-june-2014>

LAUTERPACHT, *Neutrality and Collective Security*, in E. LAUTERPACHT, *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, vol. 5 - *Disputes, War and Neutrality*, pp. 611-631

LEANDRO, *Arms Transfer and Complicity in War Crimes*, in POCAR-PEDRAZZI-FRULLI (eds.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities*, 2013, Cheltenham, Northampton, p. 225 ss.

LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University press, Oxford, 2012

LIETZAU, *Checks and Balances and Elements of Proof:: Structural Pillars for the International Criminal Court*, in *Cornell Journal of International Law*, 1999, vol. 32, p. 477 ss.

LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 1996

LINDSAY, *The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?*, in *Duke Law Journal*, 2003, vol. 52, pp. 1277-1313

LOWE, *US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D'Amato Act*, in EVANS - CAPPS, *International Law*, Ashgate, Farnham, 2009, vol. 2

LUSTGARTEN-LEIGH, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, Clarendon Press, 1994

LUNN, *UK Arms Export Control Policy*, in *House of Common Library Research Papers*, SN02729, 21 novembre 2014

MACKENZIE-ROMANO-SHANY-SANDS (a cura di), *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010, II° ed.

MAGI, *Il commercio di beni utilizzati per praticare la pena di morte, la tortura e altri trattamenti disumani e recenti misure comunitarie di contrasto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. XC, n. 2, pp. 387-413

- MARAHUN, *Dispute Resolution, Compliance Control and Enforcement of International Arms Control Law*, in ULFSTEIN-MARAHUN-ZIMMERMANN (a cura di), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment, Arms Control*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 243 ss.
- MARBÖ-REINISCH, voce *Contracts between States and Foreign Private Law Persons*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2011
- MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato. Contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Giuffrè editore, Milano, 2003
- MARION, *Mitigating COTS Obsolescence in Military Test*, in *AUTOTESTCON Proceedings, 200: IEEE Systems Readiness Technology Conference*, 2001, pp. 746-756
- MARRA, *L'etica aziendale come motore di progresso e di successo. Modelli di organizzazione, gestione, controllo: verso la responsabilità sociale delle imprese*, Franco Angeli editore, Milano, 2002
- MARRONE-NONES, *Gli elicotteri duali nel campo della sicurezza e difesa*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2014
- MARTINO-LANGELLA-RISI, *Il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: Attuazione e prospettive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, vol. XXXVIII, n. 3, pp. 425-446
- MATSUSHITA-SCHÖNBAUM-MAVROIDIS, *The World Trade Organization Law: Practice and Policy*, Oxford University Press, Oxford, II° ed., 2006
- MATZ-LÜCK, *Treaties, Conflict Clauses*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2006
- MAYAMA, *The Influence of the Straits Transit Regime on the Law of Neutrality at Sea*, in *Ocean Development and International Law*, 1995, vol. 26, n. 1, pp. 1 ss.
- McCAFFREY, *The International Law Commission and Its Efforts to Codify the Law of International Waterways*, in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1991, vol. 47, pp. 32-55
- McLEAN-CRAIG-PATTERSON, *Risk Assessment, Policy-making and the Limits of Knowledge: The Precautionary Principle and International Relations*, in *International Relations*, 2009, vol. 23, n. 4, pp. 548-566
- McWHINNEY, *The Illegal Diversion of Aircraft and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975
- MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, V° ed., 2011
- METTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005
- MICARA, *Current Features of the European Union Regime for Export Control of Dual-use Goods*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, n. 4, pp. 578-593
- MICHAELSEN, *The Competence of the Security Council Under the UN Charter to Adopt Sanctions Targeting Private Individuals*, in BYRNES-HAYASHI-MICHAELSEN (a cura di), *International Law in the New Age of Globalization*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2013, pp. 11-40

- MICHIE, *The Provisional Application of Arms Control Treaties*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2005, vol. 10, n. 3, pp. 345-377
- MIGLIORINO, *Iniziative internazionali relative ai trasferimenti di tecnologia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, pp. 376-433
- MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1993
- MILANO, *Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non Statali*, in LANCIOTTI-TANZI, *Usa della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 105-116
- MILLER, *Is It Time to Reform Reciprocal Defence Procurement?*, in *Public Contract Law Journal*, 2009, vol. 39, n. 1, pp. 93-111
- MILDE, *Essential Air and Space Law*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008
- MOMTAZ, *Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 237-247
- MOREHEAD, *Controlling Diversion: How Can We Convert the Toshiba/Kongsberg Controversy into a Victory for the West?*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1988, vol. 9, n. 2, pp. 277-295
- MORELLO, *U.S. And Cuba Agree to Normalize Relations*, in *International Law in Brief*, disponibile all'URL <http://www.asil.org/blogs/us-and-cuba-agree-normalize-relations-december-17-2014>
- MURRAY-HOLLOWAY-TIMSON HUNT, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, XI° ed., Thomson-Sweet&Maxwell, Londra, 2007
- MUSSINGTON, *The international control of the arms trade*, in *Revue belge de droit international*, 1993, n. 1, pp. 43-57
- NERLICH, *Core Crimes and Transnational Business Corporations*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, n. 3, pp. 895-908
- NICHOLAS, *The 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, vol. 21, n. 3, pp. NA111-123
- NOËL, *L'agression allemande contre la Pologne*, Flammarion, Parigi, 1946
- NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- O'CONNELL, *The International Law of Drones*, in *ASIL Insights*, 12 novembre 2010, vol. 14, n. 36
- ODA, *CoCom: Its Past, Present and Future*, in ID., *Law and Politics of West-East Technology Transfers*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 3 e ss.
- OLIVER (a cura di), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2010, V° ed.

- ORAKHELASHVILI, *Collective Security*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo in Europa, *Accountability and Transparency. A Guide for State Ownership*, 2010
- Organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa, *Linee-guida destinate alle imprese multinazionali*, 2011
- ORLOVSKY, *International Criminal Law: Towards New Solutions in the Fight against Illicit Arms Brokers*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2006, vol., 29, p. 343 ss.
- ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1987, p. 60 ss.
- OSTENDORF, *International Sales Terms*, C. H. Beck-Hart-Nomos, Monaco di Baviera, 2010
- Oxfam International, *Practical Guide: Applying Sustainable Development to Arms-Transfer Decision*, Oxfam International Technical Brief, April 2009, disponibile all'URL <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/tb-practical-guide-arms-trade-decisions-apr09.pdf>
- PALANDRI, Art. 346, in POCAR-BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2014, p. 1546 ss.
- PALCHETTI, *Comportamento di organi di fatto ed illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 3-24
- PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 2007
- PAULUS, *From Dualism to Pluralism: The Relationship between International Law, European Law and Domestic Law*, in BEKKER-DOLZER-WAIBEL (a cura di), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 132-153
- PAULUS, voce *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, marzo 2011
- PELLET, *Article 38*, in ZIMMERMANN-TOMUSCHAT-ÖLLERS-FRAHM-TAMS, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed., p. 731 ss.
- PERASSI, *La Costituzione e l'Ordinamento Internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 1952
- PERRINI, *La protezione diplomatica delle società*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009
- PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, Londra, 1997
- PETROV, *Non-State Actors and Law of Armed Conflict*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2014, vol. 19, n. 2, pp. 279 ss.
- PICCHIO FORLATI, *The Legal Core of International Economic Sanctions*, in PICCHIO

- FORLATI-SICILIANOS (a cura di), *Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004
- PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, vol. LXXXVI, n. 2, pp. 329-393
- PICONE, *Unilateralismo e guerra contro l'ISIS*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, vol. CXVIII, n. 1, pp. 5 ss.
- PICONE, *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, vol. XCVIII, n. 4, pp. 1081-1108
- PICONE-LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione del Commercio Internazionale*, CEDAM, Padova, 2002
- PIETROBON, *I mercati delle armi in Europa: una sfida al diritto dell'Unione*, CEDAM, Padova, 2009
- PIETROBON, *Da Kimberley a Wassenaar: il rilievo del soft law internazionale attraverso il diritto dell'Unione europea*, in ROSSI-BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Pierpaolo Mengozzi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 381 ss.
- PIETROBON, *L'efficacia delle misure di embargo sulle armi: luci e ombre dopo Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, vol. 28, n. 3, pp. 783-807
- PINESCHI, *Esportazione, importazione e transito di materiale di armamento: un'ambigua liberalizzazione del mercato delle armi nei rapporti tra l'Italia e gli Stati membri dell'Unione Europea e della NATO*, in *La Comunità internazionale*, 2003, vol. LVIII, n. 4, pp. 601-618
- PISILLO MAZZESCHI, *"Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffrè editore, Milano, 1989
- PISILLO-MAZZESCHI, *Il ruolo marginale dell'individuo nel Progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in SPINEDI-GIANNELLI-ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 415-430
- POLAKAS, *Economic Sanctions. An Effective Alternative to Military Coercion?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1980, vol. 6, Summer, p. 289 ss.
- POLITAKIS, *Variations on a Myth: Neutrality and the Arms Trade*, in *German Yearbook of International Law*, 1993, vol. 35, pp. 435-506
- POLITAKIS-McNEILL-DALLMEYER, *Arms Trade and Neutrality*, in American Society of International Law, Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, *Contemporary International Law Issues: Opportunities at a Time of Momentous Change : Proceedings of the Second Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 22-23, 1993*, 1994, Martinus Nijhoff Publisher, Nijmegen, pp. 151-157
- PONTI, *Trasferimenti di armi, diritti umani e diritto umanitario. Spunti di riflessione dopo l'adozione del Trattato sul commercio delle armi convenzionali*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, vol. 7, n. 3, pp. 643-667

- PUSTORINO, *Coordinamento e conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale*, in *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche. Atti del XIX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Courmayeur, 26-28 giugno 2014*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 201 ss.
- PYMAN, *Addressing Corruption and Building Integrity in Defence Establishments*, Transparency International Working Paper 02/2007
- QUADRI, voce *Stato (dir. Internaz.)*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XII, 1940, p. 815 ss.
- RACCA-YUKINS, *Introduction. Steps for Integrity in Public Contracts*, in RACCA (a cura di), *Integrity and Efficiency in Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 1-22
- RAGNI, *The Contribution of Special Tribunal for Lebanon to the Notion of Terrorism: Judicial Creativity or Progressive Development of International Law*, in BOSCHIERO-SCOVAZZI-PITEA-RAGNI, *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, T.M.C. Asser Press-Springer, The Hague, 2013, pp. 671 e ss.
- RAO, *International Crimes and State Responsibility*, in RAGAZZI, *International Responsibility Today. Essay in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 63-80
- REITERER, *Article XXI GATT - Does the National Security Exception Permit "Anything under the Sun"?*, in *Austrian of International and European Law*, 1997, vol. 2, pp. 191-211
- Research in International Law. Under the Auspices of the Faculty of the Harvard School of Law*, in *Supplement Section of American Journal of International Law*, vol. 33, 1939, p. 283 ss.
- RILEY, *Legal English and the Common Law*, Kluwer, Londra, 2012
- RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, V° ed., CEDAM, Padova, 2014
- RONZITTI-FRANCIONI, *War by Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- RUTTAN, *Is War Necessary for Economic Growth? Military Procurement and Technology Development*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- SANTINI, *Disciplina delle esportazioni di beni a duplice uso: misure nazionali e regolamentazione comunitaria*, in *Rivista Comunitaria e degli Scambi Internazionali*, 1996, vol. 3, pp. 509-520
- SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni. Contributo allo studio della tutela giuridica internazionale della potestà di governo*, Giuffrè, Milano, 1990
- SAVARESE, *Fatti di privati e responsabilità dello Stato tra organo "di fatto" e complicità alla luce di recenti tendenze della prassi internazionale*, in M. SPINEDI - A. GIANNELLI - M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 51-66
- SBOLCI, *L'invalidità degli atti dell'Unione Europea per violazione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, n. 3, pp. 988-1011
- SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Cacucci editore, Bari, 1986

SCHALLER, voce *Contraband*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, settembre 2015

SCHARF, voce *Aut dedere aut iudicare*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2008

SCHLÖMANN-OHLHOFF, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence, in *American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, n. 2, pp. 424-451

SCHREUER, voce *Investment, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, giugno 2013

SCHRÖDER, *Small Arms, Terrorism and the OAS Firearms Convention*, Federation of American Scientists, Occasional Paper n. 1, March 2004, disponibile su sito www.fas.org

SCHRÖDER, voce *Treaties, Validity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, dicembre 2010

SEIDEL, *The Carthage and the Manouba*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 1992, vol. I, pp. 538 ss.

SEIDEL-HOHENVELDERN, *Hierarchy of Treaties*, in KLABBERS-LEFEBER, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, p. 7 s.

SUCHARITKUL, *Immunities of Foreign States before National Authorities*, in *Recueil des Cours*, 1976, vol. 149, p. 95 ss.

SIMMA, voce *Reciprocity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2008

SIMMA, *The UN Charter: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, II° ed.

SINGER, *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflicts in 21st Century*, Penguin Press, 2009

Small Arms Survey, *South-East European Surplus Arms*, Issue Briefs, n. 1, novembre 2010, p. 4 e ss., disponibile all'URL <http://www.smallarmssurvey.org>

SMITH, *UK Arms Transfer to the Peshmerga in Iraqi Kurdistan*, SNIA 6963, 18 agosto 2014, consultato all'URL <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmdfence/690/690.pdf>

SONNENFELD, *Resolutions of the United Nations Security Council*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988

SPANOGLE, *Can Helms-Burton be Challenged under the WTO?*, in *Stetson Law Review*, 1998, vol. 27, pp. 1313 e ss.

STEIN, voce *Conventional Armed Forces in Europe (CFE) Regime*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2010

STOHL, *Exercising Restraint? The New U.S. Rules of Drones Transfers*, in *Arms Control Today*,

- maggio 2015, § 2, disponibile all'URL <http://www.armscontrol.org/taxonomy/term/69>
- STOLL, voce *World Trade Organization, Dispute Settlement*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2014
- STRUYKEN, *Arbitration and State Contracts*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2015, vol. 374, pp. 9-52
- Support for Improvement in Governance and Management - SIGMA, *Defence Procurement, Public Procurement Brief*, n. 23, Settembre 2011, disponibile sul sito www.sigmaxweb.org
- TANZI-CRISTANI (a cura di), *International Investment Law and Arbitration. An Introductory Casebook*, Cedam, Padova, 2013
- TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, V° ed., CEDAM, Padova, 2016
- TELLARINI-TORSELLO (a cura di), *Gli INCOTERMS® 2010 della Camera di commercio internazionale*, Aracne, Roma, 2012
- THAI, *International Public Procurement: Concepts and Practices*, in THAI (a cura di), *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press, Londra, 2009
- THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- TOMUSCHAT, *Universal Jurisdiction and Terrorism*, in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales* (a cura della Société Française de Droit International), Pedone, Parigi, 2004, pp. 257-270
- TOMUSCHAT, *The Responsibility of Other Entities: Private Individuals*, in CRAWFORD-PELLET-OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 317-329
- TRABALLESI, *Il controllo dei trasferimenti di equipaggiamenti e tecnologie di interesse militare in Italia*, Supplemento all'Osservatorio Strategico CEMISS n. 12-2004, Dicembre 2004
- TRIMBLE, *Beyond Verification: The Next Step in Arms Control*, in *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, pp. 885-912
- TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006
- TRYBUS, *EU Law and Defence Integration*, Oxford University Press, 2005
- TRYBUS, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014
- TRYBUS, *On the Application of the E.C. Treaty to Armaments*, in *European Law Review*, 2000, vol. 25, n. 6, pp. 663-668
- TRYBUS, *The Taylor-Made EU Defence and Security Procurement Directive: Limitations, Flexibility, Descriptiveness, and Substitution*, in *European Law Review*, 2013, vol. 38, n. 1, pp. 3-29
- TULLY (a cura di), *International Corporate Legal Responsibility*, Wolters-Kluwer, New York 2006
- TUZMUKHAMEDOV, voce *Disarmament*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2011

TZEVELEKOS, *Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility*, in *Michigan Journal of International Law*, 2014, vol. 36, pp. 129 ss.

UBERTAZZI, *Contributo alla teoria della conciliazione delle controversie internazionali davanti al Consiglio di Sicurezza*, Giuffr  editore, Milano, 1958

United Nations Commission on International Trade Law, *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 2012, disponibile all'URL <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-e.pdf>

United Nations Legislative Series, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, ST/LEG/SER B/25, 2012

United Nations Office for Disarmament Affairs, *Assessing the United Nations Register of Conventional Arms - Occasional Paper n. 16*, Aprile 2009

United Nations Office for Disarmament Affairs, *Arms Trade Treaty Implementation Toolkits*, disponibile all'URL www.un.org/disarmament/ATT

 RPMANN-WITZACK, voce *Mavrommatis Concessions Cases*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Marzo 2013

VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2006

VAN DEN HOVEN-VAN GENDEREN, *Cooperation on Export Control between United States and Europe: A Cradle of Conflict in Technology Transfer*, in *North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulation*, 1989, pp. 391-424

VAN DER WILT, *Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities*, in *Chinese Journal of International Law*, 2013, vol. 12, n. 1, pp. 43-77

VAN SLIEDREGHT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012

VAN SLIEDREGHT, *Pluralism in International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n. 4, pp. 847-855

VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués   la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Blanche-Rey-Gravier, Parigi, 1802, III  ed., vol. III 

VINCINEAU, *Exportations des armes et droit des peuples*, Bruylant, Bruxelles, 1984

VINUESA, voce *National Treatment, Principle*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011

VIRZO, *Gli atti delle organizzazioni internazionali*, in DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 122 e ss.

WAGNER, *Taking Interdependence Seriously: The Need for a Reassessment of the Precautionary Principle in International Trade Law*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*,

2012, vol. 20, n. 3, pp. 713-770

WAGNER, voce *Unmanned Aerial Vehicle*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2014

WALTER, voce *Subjects of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, maggio 2007

WEBSTER, *CoCom: Limitations on the Effectiveness of Multilateral Export Controls*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1983, p. 106 e ss.

WEIGEND, *Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, n. 5, pp. 927-945

WEINBERGERER, *The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts between Conventional and Customary International Law*, in *Emory International Law Review*, 1996, vol. 10, n. 1, pp. 397 ss.

WEISS BROWN, *Rethinking Compliance with International Law*, in BENVENISTI-HIRSCH (a cura di), *The Impact of International Law on International Cooperation. Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 134-165

WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1993, II° ed.

WELLS, *Corporate Criminal Responsibility*, in TULLY (a cura di), *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2006, pp. 147-158

WESSEL, *Decisions of International Institutions: Explaining the Informality Turn in International Institutional Law - Draft Paper presented at the Conference "The Political Economy of International Law", Department of Legal Sciences, Faculty of Law, La Sapienza University, Rome, May 16-17, 2014*, disponibile sul sito <http://doc.utwente.nl/92110/1/wesselconf12.pdf>

WETTER, *Enforcing European Union Law on Exports of Dual-Use Goods*, SIPRI Research Paper no. 24, Oxford University Press, Oxford, 2009

WIENER, *Precaution in a Multi-Risk World*, in PAUSTENBACH (a cura di), *Human and Ecological Risk Assessment. Theory and Practice*, John Wiley&sons Publishers, Hoboken-NJ, 2002, pp. 1509-1531

WILLIAMSON, Jr., *Is International Law relevant to Arms Control? Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, vol. 4, Spring, p. 59 e ss.

WILSON-SCOTT-PYMAN, *The Extent of Single Sourcing and Attendant Corruption Risk in Defence Procurement: A First Look*, presentato al seminario "Public Procurement III" tenutosi all'Università di Nottingham dal 19 al 20 giugno 2006

WITKOWSKY-GARNETT-McCAUSLAND, *Salvaging the Conventional Armed Forces in Europe Treaty Regime: Options for Washington*, in *Foreign Policy at Brookings-Arms Control Series*, Paper no. 2, Marzo 2010

WOOD-DANSSÄRT, *Study on the Development of a Framework for Improving End-use and End-user Certificate Systems*, UNODA Occasional Paper n. 21, dicembre 2011, disponibile sul sito www.un.org/disarmament

WOOD-PETTERD, *Australia*, in DAVEY-FALLE (a cura di), *The Government Procurement Law Review*, 2014, Law Business Research, Londra, II° ed.

WOOD, *International Initiatives to Prevent Illicit Brokering of Arms and Related Materials*, in *Disarmament Forum*, 2009, n. 3, pp. 5-16

WOOD, M., *The Interpretation of Security Council Resolutions*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, vol. 2, pp. 73-98

WOUTERS-VAN EECKHOUTTE, *Giving Effect to Customary International Law through European Community Law*, Institute of International Law, Katholieke Universiteit Leuven, Working Paper n. 25, Giugno 2002

WOUTERS-ODERMATT, *Norms Emanating from International Bodies and Their Role in the Legal Order of the European Union*, pp. 47-68, in WESSEL - BLOCKMANS (a cura di), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations*, Springer, Bruxelles, 2013

WOLFRUM, *State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance*, in RAGAZZI, *International Responsibility Today. Essay in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 423-434

WOLFRUM-STOLL-KAISER (a cura di), *WTO - Institutions and Dispute Settlement*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006

WRUBEL, *The Toshiba-Kongsberg Incident: Shortcomings of Cocom, and Recommendations for Increased Effectiveness of Export Control to the East Bloc*, in *American University International Law Review*, 2011, vol. 4, n. 1, pp. 241-273

YAKEMTCHOUK, *Le transit des armes de guerre. Extrait de la Revue Générale de Droit International Public, Avril-Juin 1979 - n.2*, Pedone, Parigi, 1979

YAKEMTCHOUK, *Les transferts internationaux d'armes de guerre*, Pedone, Parigi, 1980

YIHDEGO, *Arms Trade and Public Controls: The Right to Information Perspective*, in *Northern Ireland Law Quarterly*, 2008, vol. 59, n. 4, pp. 379-394

YIHDEGO, *The Arms Trade and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007

YIHDEGO, *The Role of Security Council Arms Embargoes in Stemming Destabilizing Transfers of Small Arms and Light Weapons (SALW): Recent Developments and Challenges*, in *Netherlands International Law Review*, 2007, vol. 54, n. 1, pp. 115-132

YUSUF, *The Notion of 'Armed Attack' in the Nicaragua Judgement and its Influence on Subsequent Case Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n. 2, pp. 461-470

ZENKO-KREPS, *Limiting Armed Drone Proliferation*, Council on Foreign Relations, Council Special Report n. 69, June 2014

ZIMMERMANN, voce *Cash and Carry Clause*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2009

ZIMMERMANN, voce *Molotov-Ribbentrop Pact*, in *Max Plack Encyclopedia of Public*

International Law, luglio 2009

ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, Jovene Editore, Napoli, 2013

ELENCO DELLE NORMATIVE INTERNAZIONALI CITATE

- Convenzioni internazionali

Treaty between Her Majesty and the United States of America, for the Amicable Settlement of all Causes of Difference between the Two Countries ("Alabama Claims; Fisheries; Claims of Corporations, Companies or Private Individuals; Navigation of Rivers and Lakes; San Juan Water Boundary; and Rules Defining Duties of a Neutral Government during War"), firmato a Washington l'8 maggio 1871

Convention Relative to the Slave Trade and Importation into Africa of Firearms, Ammunition, and Spirituous Liquors, 2 luglio 1890

Convention (V) respecting the Rights and Duties of Neutral Powers in case of War on Land, stipulata all'Aia il 18 ottobre 1907

Convenzione di Barcellona del 20 aprile 1921, in *League of the Nations Treaty Series*, vol. VII, 1921-22, n. 1, p. 11 e ss.

Trattato di Saint Germain-en-Laye del 10 settembre 1919, in *League of the Nations Treaty Series*, n. 202, 1922

Atti della Conferenza per il controllo internazionale delle armi e munizioni e dei materiali di guerra, Ginevra, 4 maggio - 17 giugno 1925

Convention for the Supervision of Trade in Arms and Ammunition and in Implements of War, stipulata a Ginevra il 17 giugno 1925, A.30.1931.V

International Air Transit Service Agreement, siglato a Chicago il 7 novembre 1944, disponibile all'URL <http://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944b.pdf>

Convention on International Civil Aviation, firmata a Chicago il 7 dicembre 1944

Economic and Social Council, Second Session of Preparatory Commission of UN Conference on trade and employment - Process verbal of the XXXIIIth meeting of Commission A, E/PC/T/A/PV/33, 24 July 1947, consultato sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm

General Agreement on Tariffs and Trade, 61 Stat. A-11, firmato a Ginevra il 30 ottobre 1947

Convenzioni di Ginevra, 12 agosto 1949, in *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. I, Federal Political Department, Bern pp. 205-224

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between U.S. And Nicaragua, 21 January 1956, 9 U.S.T. 465

Convenzione sul diritto dei trattati, firmata a Vienna il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331

I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione

- delle vittime di conflitti armati internazionali, 8 giugno 1977, *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*, Bern, Federal Department of Foreign Affairs, 1978
- Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, L/4907, adottato il 29 novembre 1979, disponibile sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, stipulata a Vienna l'11 aprile 1980, in *United Nations Treaty Series*, 1988, vol. 1489, n. 25567, p. 59 e ss.
- UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, siglata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, in *UN Treaty Series*, vol. 1833, 1994, p. 3 e ss
- Convention against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment*, siglata a New York il 10 dicembre 1984, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1465, n. 24841, p. 113 e ss.
- Treaty on Conventional Armed Forces in Europe*, firmato a Parigi il 9 settembre 1990, in *United Nations Treaty Series*, 2007, vol. 2441, pp. 285 e ss.
- Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection*, siglata a Montreal il 1° marzo 1991, in *United Nations Treaty Series*, 2003, vol. 2122, n. 36984, pp. 359 e ss.
- Trattato "Open Skies", siglato a Vienna il 27 marzo 1992, disponibile all'URL <http://www.osce.org/it/library/14130?download=true> (in lingua italiana)
- Convenzione sulla proibizione dello sviluppo, produzione, immagazzinamento e uso di armi chimiche e sulla loro distruzione, siglata a Parigi il 13 gennaio 1993, in *United Nations Treaty Series*, 1997, vol. 1975, n. 33757, p. 470 e ss.
- Wassenaar Arrangements on Export Control for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies*, 12 dicembre 1995
- Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*, siglata a Oslo il 18 settembre 1997, in *United Nations Treaty Series*, vol. 2056, p. 211
- Inter-American Convention against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Ammunition, Explosives, and other Related Materials*, A-63, firmata a Washington (D.C.) il 14 novembre 1997
- Statuto della Corte Penale Internazionale, siglato a Roma il 17 luglio 1998, in *UN Treaty Series*, vol. 2187, p. 3
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adottata con ris. A/CONF.55/25 del 15 novembre 2000
- Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/Res/55/255 del 8 giugno 2001
- ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons, their Ammunition and other Related Materials*, firmata a Abuja il 14 giugno 2006
- Convention on Cluster Munitions*, siglata a Dublino il 30 maggio 2008, in *U.N. Treaty Series*,

2010, vol. 2688, n. 47713, p. 1 e ss.

Memorandum of Understanding on reciprocal defence procurement, concluso tra Italia e Stati Uniti il 3 aprile 2009, disponibile all'URL <http://www.difesa.it/SGD-DNA/Staff/Reparti/III/Documents/MoUITUSAReciprocoProcurementperlaDifesa2.pdf>

Arms Trade Treaty, A/CONF.217/2013/L.3, adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale ONU n. 67/234 B, LXXVII sessione, 2 aprile 2013

- Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza

Ris. 181 (1963) del 7 agosto; Ris. 232 (1966) del 16 dicembre; Ris. 282 (1970) del 23 luglio; Ris. 418 (1977) del 4 novembre; Ris. 460 (1979) del 21 dicembre; Ris. 853 (1993) del 29 luglio; Ris. 864 (1993) del 15 settembre; Ris. 918 (1994) del 24 maggio; Ris. 919 (1994) del 25 maggio; Ris. 997 (1995) del 9 giugno; Ris. 1076 (1996) del 22 ottobre; Ris. 1171 (1998) del 5 giugno; Ris. 1267 (1999) del 15 ottobre; Ris. 1333 (2000) del 19 dicembre; Ris. 1363 (2001) del 12 settembre; Ris. 1390 (2002) del 28 gennaio; Ris. 1448 (2002) del 9 dicembre; Ris. 1493 (2003) del 28 luglio; Ris. 1519 (2003) del 16 dicembre; Ris. 1521 (2003) del 22 dicembre; Ris. 1556 (2004) del 30 luglio; Ris. 1596 (2005) del 18 aprile; Ris. 1903 (2009) del 17 dicembre; Ris. 1940 (2010) del 29 settembre; Ris. 1988 (2011) del 17 giugno; Ris. 2117 (2013) del 26 settembre; Ris. 2140 (2014) del 26 febbraio; Ris. 2170 (2014) del 15 agosto; Ris. 2171 (2014) del 16 agosto; Ris. 2199 (2015) del 12 febbraio; Ris. 2216 (2015) del 14 aprile; Ris. 2224 (2015) del 9 giugno; Ris. 2237 (2015) del 2 settembre; Ris. 2253 (2015) del 17 dicembre; Ris. 2255 (2015) del 21 dicembre

- Altri organi ONU:

Consiglio ICAO, Doc 7278-C/841: *Definition of Scheduled International Air Service*, 25 marzo 1952

Ris. Dell'Assemblea Generale 2131 (XX) del 21 dicembre 1965 sull'inammissibilità dell'intervento negli affari interni degli Stati, la protezione della loro indipendenza e sovranità

Ris. Dell'Assemblea Generale 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970, *Declaration on Principles of International law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*

Assemblea Generale, Atti della X° Sessione Speciale sul Disarmo (23 maggio-30 giugno 1978, A/S-10/4)

Ris. 36/103 del 9 dicembre 1981 concernente l'inammissibilità dell'intervento e dell'ingerenza negli affari interni degli Stati

GATT Council, *Minutes of the Meeting Held at May 7, 1982*, GATT Doc. C/M/157, 22 giugno 1982

Decision of 30 november 1982 Concerning Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade, L/5426, 2 dicembre 1982, disponibile sul sito https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm

Ris. dell'Assemblea Generale “*International Arms Transfers*” 7 dicembre 1988, A/RES/43/75 I

Report of Secretary General's Panel of Expert - *Study on Ways and Means of Promoting Transparency in International Transfers of Conventional Arms*”, A/46/301, 9 September 1991

Ris. dell'Assemblea Generale n. 36 (XLVI), A/RES/46/36 L del 9 dicembre 1991

Report of Secretary General, *Study on Ways and Means of Promoting Transparency in International Transfers of Conventional Arms*, A/46/301, 1992

UN Report of Disarmament Commission, General Assembly, Official Records – Fifty-first Session, Supplement n. 42, A/51/42, 1996

United Nations Department for Disarmament Affairs, *Report of the Panel of Governmental Experts on Small Arms*, A/52/298, 7 August 1997

United Nations Department for Disarmament Affairs, *Report of the Group of Experts on the Problem of Ammunition and Explosives*, A/54/155, 5 June 1999

Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects, A/CONF.192/15, sottoscritto a New York il 20 luglio 2001

Prevention of human rights violations committed with small arms and light weapons. Final report submitted by Barbara Frey, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 2002/25, A/HRC/Sub.1/58/27, 27 July 2006

Report of the Special Rapporteur, Philipp Alston, on Extrajudiciary, Summary or Arbitrary Executions, A/HRC/14/24/Add.6, 28 maggio 2010

Consiglio dei diritti umani – Ufficio dell'Alto Commissario, *Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Preventing” Framework*, HR/PUB/11/04, aprile 2011

United Nations Commission on International Trade Law, *Model Law on Public Procurement*, adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale 66/95 del 9 novembre 2011

ICRC Statement on IHL criteria in Arms Trade Treaty, New York, 20 luglio 2010, disponibile sul sito <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/arms-trade-treaty-standards-statement-200710.htm>; Arms Trade Treaty Preparatory Committee, *Compilation of Views on the Elements of an Arms Trade Treaty*, A/CONF.217/2, 10 maggio 2012

Report of Secretary General on Small Arms and Light Weapons, (S/2013/503), 22 August 2013

Ris. dell'Assemblea Generale 68/48 del 10 dicembre 2013 (A/RES/68/48)

International Civil Aviation Organization, *Technical Instructions for the Safe Transport of Dangerous Goods by Air*, disponibili all'URL <http://www.icao.int/safety/DangerousGoods/Pages/technical-instructions.aspx>

- Unione Europea:

Regolamento (CEE) n. 2603/69 del Consiglio, del 20 dicembre 1969, relativo all'instaurazione di un regime comune applicabile alle esportazioni

Reg. del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222, relativo al transito intracomunitario di merci, in GUUE, 1977, L 38, n. 1

Reg. n. 2913/92 del Consiglio del 12 ottobre 1992 che istituisce un codice doganale comunitario,

in GU L 302 del 19.10.1992, pag. 1 ss.

Regolamento 94/3381/CE del Consiglio del 19 dicembre 1994, in GUUE, L 367 del 31.12.1994, p. 1

Regolamento 2000/1334/CE del Consiglio del 22 giugno 2000, in GUUE, L 159 del 30.6.2000, p. 1, successivamente integrato dal regolamento n. 2889/2000 del 22 dicembre 2000 sulle esportazioni e trasferimenti intracomunitari di tecnologia *dual-use*

Reg. 2005/1236/CE del Consiglio del 27 giugno 2005 relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, in GUUE, L 200/1 del 30 luglio 2005

Direttiva 2009/81/CE del 13 luglio 2009 relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, in GUUE, L 216/76 del 20 agosto 2009,

Regolamento 2009/428/CE del Consiglio del 5 maggio 2009 che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso (rifusione), in GUUE, L/134, del 29 maggio 2009, p. 1 ss.

Commissione Europea, *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente*, 24 luglio 2013, COM (2013) 542 final

Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in GUUE, L 94/65 del 28 marzo 2014

- Altre organizzazioni regionali:

Principi regolanti le cessioni di armamenti convenzionali, adottati nella 49a Seduta Plenaria del Comitato Speciale del Foro CSCE di Cooperazione per la Sicurezza a Vienna il 25 novembre 1993, DOC.FSC/3/96/Rev.1

Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, *Standard Elements of End-use Certificates and Verification Procedures for SALW Exports*, dec. FSC.Dec/5/04 del 17 novembre 2004, disponibile all'URL <http://www.osce.org/fsc/16941?download=true>

Elements for Export Controls of Man-Portable Air Defence Systems (MANPADS), adottato dall'Assemblea Plenaria nel 2007 a sostituzione di quelle precedenti del 2003, disponibili all'URL <http://www.wassenaar.org/publicdocuments/2007/docs/Elements%20for%20Export%20Controls%20of%20Manpads.pdf>

Criteria for the Selection of Dual-Use Items, Dicembre 2005, consultato all'URL http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/06/Criteria_as_updated_at_the_December_2005_PLM.pdf

Best Practice Guidelines for the Licensing of Items on the Basic List and Sensitive List of Dual-Use Goods and Technologies, adottato nell'Adunanza plenaria del 2006, consultato all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2016/01/09Best-Practice-Guidelines-for-the-Licensing-of-Items-on-the-Basic-List-and-Sensitive-List-of-Dual-Use-Goods-and-Technologies.pdf>

Statement of Understandings on Implementation of End-Use Controls for Dual-Use Items, adottato dall'Adunanza plenaria del 2007, consultato all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2016/01/09Statement-of-Understandings-on-Implementation-of-End-Use-Controls-for-Dual-Use-Items.pdf>

[content/uploads/2016/01/10Statement-of-Understanding-on-Implementation-of-End-Use-Controls-for-Dual-Use-Items.pdf](http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2016/01/10Statement-of-Understanding-on-Implementation-of-End-Use-Controls-for-Dual-Use-Items.pdf)

Statement of Understandings on Control on Non-Listed Dual-Use Items, adottato dall'Adunanza plenaria del 2003, consultato all'URL [http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/07/Non-listed Dual Use Items.pdf](http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/07/Non-listed-Dual-Use-Items.pdf)

Best Practice Guidelines on Internal Compliance Programmes for Dual-Use Goods and Technologies, adottato dall'Adunanza plenaria del 2011, reperito all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/06/2-Internal-Compliance-Programmes.pdf>

Introduction to End-user/End-use Controls for Exports of Military-list Equipment, documento emesso dall'Assemblea Plenaria il 3 luglio 2014, disponibile all'URL <http://www.wassenaar.org/guidelines/docs/End%20User-%20Use%20Controls%20-%20Export%20ML%20Equipment.pdf>

List of Dual-Use Goods and Technologies and Munition List, WA-LIST (15) 1, versione del 3 dicembre 2015, consultata all'URL <http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2015/08/WA-LIST-15-1-2015-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List.pdf>

Report of the General Secretariat of the Organization of American States on the Diversion of Nicaraguan Arms to the United Defence Forces of Colombia, OEA/Ser.G, CP/doc. 3687/03, 29 January 2003, disponibile all'URL [http://fas.org/asmp/campaigns/smallarms/OAS Otterloo.htm](http://fas.org/asmp/campaigns/smallarms/OAS_Otterloo.htm)

International Small Arms Control Standard - ISACS, v. 1.2 del 30 giugno 2015, disponibile all'URL <http://www.smallarmsstandards.org/isacs/0120-en.pdf>

- Commissione di Diritto Internazionale:

Seventh report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur-The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility, in *Yearbook of International Law Commission*, 1978, vol. II, Part one, p. 31 ss.

Third Report on State Responsibility, by Mr. Riphagen, in *Yearbook of International Law Commission*, 1982, vol. II, Part one, p. 28 ss.

Third Report on State Responsibility, by Mr. Arangio-Ruiz, in *Yearbook of International Law Commission*, 1996, vol. II, Part one, p. 25

Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, A/56/10, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol II, part. II, p. 31 e ss.

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martii Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006

Guide-Lines applicable to unilateral declarations of States capable to create legal obligations, 9 settembre 2006, in *Yearbook of International Law Commission*, 2006, Vol. II, Part II, p. 369 e ss.

Guide to Practice on Reservations to Treaties, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part, II

Identification of Customary International Law. Text of the Drafting Conclusion Provisionally

adopted by the Drafting Committee, A/CN.4/L.872, 30 maggio 2016

ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

- Arbitrati:

Alabama Claims of the United States of America against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, in Reports of International Arbitral Award, 2012, vol. XXIX, pp. 125-134

Arbitral award relating to the dispute between Great Britain and France, given by Baron Lambert in Brussels on 15 July 1902, and concerning the case of Sergent Malamine, 1902, in Reports of International Arbitral Awards, 2012, vol. XXIX, pp. 356-363

Corte Permanente di Arbitrato, *Affaire du Carthage (France, Italie)*, lodo del 16 maggio 1913, in *Reports of International Arbitral Awards, 2006, vol. XI, pp. 449-461*

Opinion No 8 of the Arbitration Commission of the Peace Conference on Yugoslavia, 4 luglio 1992, in *International Legal Materials*, 1992, vol. 31, p. 1521 e s.

Russian Maritime Commission, arbitration proceeding 1/1998, lodo del 18 dicembre 1998, testo tradotto disponibile all'URL <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981218r1.html>

ICSID, *Genin v. Estonia*, ARB/99/2, lodo del 25 gennaio 2001, para. 367, in *ICSID Report*, 2004, n. 6, p. 241 e ss.

ICSID, *Loewen Group, Inc and Raymond L. Loewen v. USA*, lodo del 26 giugno 2003, in *ICSID Reports*, 2005, vol. 7. p. 442 e ss.

ICSID, *Archer Daniels Midland Company v. Mexico*, ARB(AF)/04/5, lodo del 21 novembre 2007
Corte Permanente di Arbitrato, *Methanex Corp v. USA*, lodo del 3 agosto 2005

Corte Permanente di Arbitrato, *Saluka Investments BV v. Repubblica Ceca*, lodo parziale del 17 marzo 2006

ICSID, *El Paso Energy International v. Argentina*, ARB/03/15, lodo del 31 ottobre 2011

ICSID, *Abdel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award of 27 October 2015

- Corte Permanente di Giustizia Internazionale/Corte Internazionale di Giustizia/Tribunale Internazionale del Mare:

Decrees on nationality in Tunisia and Morocco (Tunisia v. Morocco), Serie B, n. 4 (1921), pp. 23 ss.

The "SS Wimbledon" (France and United Kingdom v. Germany), Judgement of 17 August 1923, Serie A01, p. 22 e ss.

Mavrommatis Concessions in Palestine (Greece v. United Kingdom), Judgement of 30 August 1924, Serie A02,, p. 34 ss.

The "Lotus" (Francia c. Turchia), , Judgement of 7 September 1927, Serie A, n. 10 (1927), p. 10 ss.

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, Judgement of 12 July 1929, Serie A-20

Case Concerning the Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Issued in France, Judgement of 12 July 1929, Serie A-21

The Corfù Channel Affair (Albania v. United Kingdom), Judgement of 9 April 1949, in *I.C.J. Reports*, 1949, p. 4 e ss.

Case of Certain Norwegian Loans, Judgement of 6 July 1957, in *I.C. J. Reports* 1957, p. 9 ss.

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgement, 5 February 1970, in *I.C.J. Reports*, 1970, p. 3 ss.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971, in *I.C.J. Reports*, 1971, p. 16 ss.

United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran), Judgement, 24 May 1980, in *I.C.J. Reports*, 1980, p. 3

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States) Merits, judgement of 19 June 1986, in *I.C.J. Reports*, n. 14, 1986

Elektronika Sicula (ELSI), Stati Uniti c. Italia, sentenza del 20 luglio 1989, in *I.C.J. Reports*, 1989, p. 15 e ss.

Maritime Delimitation and Territorial Questions, Qatar v. Bahrain , in *I.C.J. Reports*, 1994, p 122

Oil Platforms in Persian Gulf (Iran v. United States), Judgement of 6 November 2003, in *I.C.J. Reports*, 2003, p. 161 ss.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, 9 luglio 2004, in *I.C.J. Reports*, 2004, p. 136

Military Activities in the Territory of Congo (Congo v Uganda), 2005, in *I.C.J. Reports*, 2005

Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia-Montenegro), Judgement, 26 February 2007, in *I.C.J. Reports*, 2007, p. 43 ss.

Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 April 2010, in *I.C.J. Reports*, 2010, p. 14

Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, in *ITLOS Reports*, 2011, p. 10 ss.

- GATT Council/Dispute Settlement Body:

United States - Restrictions on Exports to Czechoslovakia, Summary Record of GATT Twenty-Second Meeting, CP.3/SR22 - II/28, 8 June 1949, in *GATT Analytical Index*, p. 599 ss.

Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear, L/4250, 17 novembre 1975, in *GATT Analytical Index*, p. 599 ss.

EC - Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, L/5319, 5 maggio 1982

US - Trade Restrictions Affecting Nicaragua, L/5803, 9 maggio 1985

Thailand - Restrictions on the Importation of and Internal taxes on Cigarettes, 7 novembre 1990, BISD 37S/200

Trade Measures Taken by the European Community Against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, L/6948, 2 dicembre 1991

US - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, WT/DS 38/1, 13 maggio 1996

Japan - Alcoholic Beverages II, WT/DS10/AB/R, 4 ottobre 1996

Chile - Price Band System, WT/DS207/AB/R, 23 settembre 2002

United States - Restrictions on the Importation of Tuna, report non adottati, BISD 39S/155 e BISD DS29/R

- Corte di Giustizia UE:

International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit, cause riunite C-21/72 a 24/72, sentenza del 12 dicembre 1972, in *Racc. della giur.*, 1972 01219

Simmenthal c. Italia, Causa C-106/77, sentenza del 9 marzo 1978, in *Racc. Gen.*, 1978, p. 62

Campus Oil, causa C-72/83, sentenza del 10 luglio 1984, § 32 e 37, in *Racc. gen.*, 1984, p. 2727

Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/1984, sentenza del 15 maggio 1986, in *Racc. Gen.*, 1986

Aimé Richardt et Les Accessoires Scientifiques snc, C-367/89, sentenza del 4 ottobre 1991, in *Raccolta Generale*, 1991, I-4645 ss.

Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c. Repubblica federale tedesca, C-70/94, sentenza del 17 ottobre 1995, in *Raccolta Generale*, 1995, I-3218 ss.

Procedimento penale a carico di Peter Leifer et al., C-83/94, sentenza del 17 ottobre 1995, in *Raccolta Generale*, 1995, I-3235 ss.

Amministrazione delle Finanze c. Chiquita Italia, C-469/93, sentenza del 12 dicembre 1995, in *Racc. Gen.*, 1995 I-04533

Commissione c. Repubblica Ellenica, C.120/94, ordinanza del 16 marzo 1996, in *Racc. Gen.*, 1996

A. Racke GmbH&Co. v Hauptzollamt Mainz, C-162/96, sentenza del 18 giugno 1998, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 1998, I-3655 ss.

Commissione c. Spagna, C-414/97, sentenza del 16 dicembre 1999, in *Raccolta Generale*, 1999

Fiocchi Munizioni s.p.a. c. Commissione, T-26/01, sentenza del 30 settembre 2003, in *Racc. Gen.*, 2003

Corte di Giustizia dell'UE, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, in *Rep. Gen.*, 2008 I-06351, § 282 ss.

Commissione c. Repubblica Italiana, C-337/05, sentenza del 8 aprile 2008, in *Racc. Gen.*, 2008

Commissione c. Repubblica federale di Germania, C-372/05, sentenza del 15 dicembre 2009, in *Racc. Gen.*, 2010

Insinöörtoimisto InsTiimi Oy, C-615/10, decisione del 7 giugno 2012, in *Raccolta Generale*, 2012

- Giurisprudenza penale internazionale:

ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4, Trial Chamber, 2 September 1998

ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, sentenza del 1° giugno 2001

ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1.T, Trial Chamber, 10 December 1998

ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-I, Trial Chamber, Judgement of 15 July 1999

ICTY, *Prosecutor v. Blaškić* IT-95-14, 1.T, Trial Chamber, 3 March 2000

ICTY, *Prosecutor v. Aleksovsky*, Appeals Chamber, IT-95-14/1-A, 24 marzo 2000

ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, AC, IT-95-14-A, 29 July 2004

ICTY, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, AC, IT-02-60-A, 9 May 2007

ICTY, *Prosecutor v. Karadzic (Decision on Prosecution's Motion Appealing trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability)*, AC, 25 June 2009

ICTY, *Prosecutor v. Perisic*, AC, IT-04-81-A, 28 February 2013

ICTY, *Prosecutor v. Stanisic and Simatovic*, TC I, IT-03-69-T, 30 May 2013

SCSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01, Trial Chamber, 18 May 2012

STL, *Prosecutor v. Ayyash et al., Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, Appeal Chamber, 16 February 2011, STL-11-01/I

STL, *Al Jadeed [Co.] s.a.l./ New T.V. s.a.l. [N.T.V.] Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, STL-14-05/T/CJ, Judgement, 18 September 2015

- Giurisprudenza penale nazionale:

United States Military Tribunal, Nuremberg, *Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others (I.G. Farben Trial)*, 14th August 1947–29th July 1948, in *Law Reports of Trials of War Criminals (UNWCC)*, Volume X, His Majesty's Stationary Office, 1949, p. 52 ss.

British Military Court Hamburg, *Trial of Bruno Tesch and Two Others (Zyklon B Case)*, 1–8 March 1946, in *Law Reports of Trials of War Criminals (UNWCC)*, Vol. I (His Majesty's Stationary Office, 1949), pp. 93–102

US. v. Hendron (820 F. Suppl. 715, E.D.N.Y. 1993, 17 May 1993)

US. v. Bout, 12-1487-cr, S.D.N.Y., 27 September 2013

Prosecutor v. Kouwenhoven, District Court of The Hague, Criminal Law Section, Judgement of 23 December 2005, 09/751003-04, disponibile all'URL <http://zoeken.rechtspraak.nl/Default.aspx>

US. v. Georgescu (14-CR-799 (RA) S.D.N.Y., 7 December 2015

ELENCO DELLE NORMATIVE DI DIRITTO INTERNO CITATE

- Italia:

d.P.R. 24 novembre 1971 e successive modifiche, relativo alle procedure dei ricorsi amministrativi

L. 1° luglio 1990, n. 185 relativa ai trasferimenti di materiale di armamento

Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche)

D.lgs. 3 agosto 2007, n. 124 relativo alle modifiche della disciplina del segreto di Stato e dei servizi di informazione e sicurezza nazionali

Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104

D.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 relativo agli appalti per la difesa

- Regno Unito:

Report of the Inquiry into the Exports of Defence Equipment and Dual-Use Goods to Iraq and related Prosecutions, HC 115, 1995-96, section K8 (vol IV, pp 1799-1806), February 1996

Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (2007 ch. 19), 27 July 2007

- Stati Uniti d'America:

U.S. Neutrality Act, 31 August 1935, 49 stat. 1081; 22 U.S.C. 441 note

U.S. Neutrality Act del 1939

Control Council Law No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, 20 December 1945, disponibile all'URL <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

U.S. Export Control Act del 1949 (26 febbraio, *Public Law* 111, in *United States Statutes at Large*, vol 40, p. 411)

Military Defence Assistance Control Act del 1951 (*Public Law* 213, in *United States Statutes at Large*, vol. 65, p. 644 e ss.)

U.S. Foreign Military Sales Act, in *Public Law*, 90-629, HR-15681, 22 October 1968

Arms Export Control Act, 1976, 22 U.S.C. 2778, in *Public Law*, 114-38

Export Administration Act, 1977, in *International Legal Materials*, 1977, p. 909 ss.

U.S. Export Administration Regulations (15 C.F.R. Pts 730-774), ultima versione consolidata del 4 gennaio 2017, consultate all'URL <https://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear>

CoCom text proposal, in *Congressional Record*, vol. 129, 19 ottobre 1983, H8346, consultato all'URL <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRI-1983/html/CRI-1983-COURTER-JIM-F44D67.htm>

United States Continuing Appropriations Act, 1985

House of Representatives, *Enforcement of Multilateral Export Controls, Hearing before the Subcommittee on International Economic Policy on Trade of the Committee on Foreign Affairs*, 100th Congress, First Session, November 3rd, 1987, p. 35 ss.

Executive Order 12661 of december 27, 1988, Implementing the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 and related International Trade Matters, 54 FR 779, 3 CFR, 1988 Comp., p. 618 ss.

U.S. Department of State, *Autonomy in Weapon System*, Directive n. 3000-09, 21 November 2012

U.S. Department of State, *Presidential Policy Directive No. 27: United States Conventional Arms Transfer Policy*, 15 January 2014, disponibile all'URL <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/01/15/presidential-policy-directive-united-states-conventional-arms-transfer-p>

U.S. Department of State, *U.S. Export Policy for Military Unmanned Aerial Systems*, 17 febbraio 2015, consultato all'URL <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2015/02/237541.htm>