

Introduzione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Brevi cenni sull'evoluzione del concetto di «necessità» nel diritto internazionale generale: dal «diritto di conservazione» dello Stato all'esimente dello «stato di necessità». – 3. La distinzione funzionale fra norme primarie e norme secondarie dell'ordinamento internazionale. – 4. La regolamentazione «frammentata» di situazioni *lato sensu* necessitate. – 5. Il ruolo della necessità nelle situazioni di conflitto armato. – 6. Le ricadute nel diritto internazionale penale della necessità militare nello *ius in bello*. – 7. Scopo e piano dell'indagine.

1. Premessa.

Questo studio si prefigge di individuare la cornice unitaria di riferimento della regola relativa alla necessità militare nel diritto internazionale. Se ne vogliono chiarire la natura giuridica, la struttura e le funzioni in ogni ambito del diritto internazionale in cui essa viene in gioco. D'altra parte, la necessità militare è considerata nei diversi ambiti del diritto internazionale attinenti all'impiego della forza armata in accezioni piuttosto diverse fra loro, e non appare sempre agevole coglierne le peculiarità operative oltre che le correlazioni funzionali con altre regole del diritto internazionale nei diversi ambiti in cui essa opera.

Un aspetto centrale dell'analisi che segue è rappresentato dall'esigenza di un corretto coordinamento fra la necessità militare e la regola relativa alla «necessità» nel diritto internazionale. Quest'ultima categoria giuridica è venuta in gioco fin dalle prime fasi delle relazioni interstatuali ed ha costituito presto l'oggetto dell'elaborazione teorica della dottrina internazionalistica¹.

¹ Cfr. fra i tanti: CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, 1918; CAVARRETTA, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale. Parte generale*, Palermo, 1910; RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, 1928; PILLITU, *Lo stato*

Fra le altre questioni, gli interpreti si sono a lungo interrogati circa la possibilità di esigere dai soggetti internazionali una condotta in circostanze nelle quali si realizzi una situazione di abuso del diritto², ben rappresentata dall'adagio *summum ius, summa iniuria*³.

L'analisi si è tuttavia dimostrata particolarmente insidiosa, anche per via di alcune caratteristiche insite nel concetto stesso di «necessità». Da un lato, la categoria della necessità è considerata, a vari fini, da tutti i sistemi giuridici⁴ ed è accolta dalla maggior parte degli ordinamenti interni⁵. Dall'altro lato, poi, anche nell'ambito del diritto internazionale, la necessità presenta carattere «poliedrico»⁶.

In questo contesto, la necessità è per lo più declinata quale circostanza esimente, generale o speciale, di condotte altrimenti illecite, secondo la definizione delineata nel quadro della responsabilità internazionale. A Stati e organizzazioni internazionali, seppure negli stretti limiti e alle condizioni stringenti delineate dalla disciplina consuetudinaria relativa all'esimente, è in genere riconosciuta la possibilità di non rispondere della violazione di specifici obblighi in situazioni tali da configurare uno «stato di necessità». È dunque ammessa la possibilità di valorizzare determinati interessi dei soggetti internazionali nel rispetto dei parametri predeterminati nella definizione dell'esimente generale⁷.

Vero è che parte della dottrina nega tuttora l'esistenza di una norma consuetudinaria che stabilisca la necessità quale causa di giustificazione dell'il-

di necessità nel diritto internazionale, Perugia, 1981; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988.

² Cfr. Corte permanente di giustizia internazionale, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, (Second Phase), ordinanza del 6 dicembre 1930, in *PCIJ Series A*, n. 24, p. 12 ss.; Corte internazionale di giustizia, *Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza del 13 luglio 2009, in *ICJ Reports*, 2009, p. 213 ss., par. 87. Sulla nozione di abuso del diritto v. Kiss, *L'abus de droit en droit international*, Paris, 1953, p. 179 ss.

³ Per l'espressione cfr. AGO, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1980, vol. 2, n. 1, doc. A/CN.4/318/ADD.5-7, p. 13 ss., p. 51, par. 80.

⁴ *Ibidem*.

⁵ V., ad esempio, il par. 3.02, dell'*US Model Penal Code* del 1962, da ultimo emendato nel 1981; l'art. 122-7, del *Nouveau code pénal* francese, in vigore dal 1° marzo 1994 o, ancora, l'art. 54 c.p.; cfr. sul punto HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, in *RBDI*, 2007, p. 53 ss., p. 63.

⁶ CHRISTAKIS, «*Nécessité n'a pas de loi*»? in *La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*, Paris, 2007, p. 11 ss., attribuisce alla necessità carattere «polisemico».

⁷ AGO, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, cit., par. 6 ss.

lecito internazionale⁸. La nozione è stata tuttavia accolta dalla Commissione del diritto internazionale, che ne ha codificato la relativa disciplina nell'ambito della responsabilità per fatto illecito⁹. La regola, spesso criticata per l'apparente indeterminatezza e ambiguità, si iscrive piuttosto fra le norme di fonte consuetudinaria dell'ordinamento internazionale che contribuiscono alla sua coerenza effettiva.

La nozione di «stato di necessità», quale delineata nel quadro della responsabilità di Stati e organizzazioni internazionali, non esaurisce, tuttavia, le funzioni ascrivibili alla necessità nel contesto del diritto internazionale. Talvolta, infatti, la regola si sostanzia in norme primarie *ad hoc* in grado di «assorbirne» completamente la funzione in particolari contesti in larga parte permeati da interessi a carattere solidale¹⁰. In questa sede, la verifica di simili considerazioni sarà condotta nel diritto internazionale dei conflitti armati¹¹

⁸ La dottrina critica circa l'esistenza di una norma generale in tema di «stato di necessità» si divide fra gli autori che escludono del tutto la formazione di regole consuetudinarie in materia (BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, 1916, p. 170 ss.; CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., p. 25 ss.) e coloro che ritengono invece esistenti singole norme generali o convenzionali riguardanti specifiche situazioni di necessità: cfr. BRIERLY, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, VI ed., Oxford, 1963, p. 403 ss.; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, VII ed., Oxford/New York, 2008, p. 466; CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, p. 370; HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, cit., p. 72 ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Responsibility*, in SØRENSEN (ed.), *Manual of Public International Law*, London/Melbourne/Toronto/New York, 1968, p. 531 ss., p. 543; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, TANZI, *International State Responsibility*, in BEDJAOU (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, 1991, p. 347 ss., p. 355; LAMBERTI ZANARDI, *Necessità (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 898 ss., pp. 905-906; LEANZA, *Fenomeni di contiguità aerea nel diritto internazionale*, Napoli, 1961, p. 142 ss.; QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Palermo, 1968, p. 224 ss.; RAPISARDI MIRABELLI, *Breve nota critica in tema di «stato di necessità» nel diritto internazionale*, in *RISG*, 1919, p. 170 ss.; WALDOCK, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, in *Rec. des cours*, 1952-II, p. 455 ss., p. 461.

⁹ Cfr. la ris. n. 56/83, del 12 dicembre 2001, doc. A/RES/56/83, con cui l'Assemblea generale, in seconda lettura, ha adottato il Progetto di articoli del 2001 (art. 25), *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *YILC*, 2001, vol. 2, n. 2, doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), p. 26 ss.

¹⁰ Sulla questione v. *infra*, cap. II, par. 5 e cap. III, par. 4.

¹¹ Nell'elaborato che segue si è impiegata l'espressione «diritto internazionale dei conflitti armati» invece dell'espressione «diritto internazionale bellico» tradizionalmente accolta dalla dottrina italiana. Il volume si riferisce, infatti, sia al ricorso alla forza armata (*ius ad bellum*) che alla condotta delle ostilità e ai rapporti fra belligeranti e Stati terzi (*ius in bello*). La locuzione «diritto internazionale umanitario» è invece impiegata per indicare l'insieme delle

e nel diritto internazionale penale. Per un verso, infatti, nei due ambiti, le regole sull'impiego della forza assumono un ruolo di centrale importanza; per altro verso, poi, le discipline in questione risultano particolarmente sensibili ad interessi solidali della società internazionale¹². Peraltro, nella giurisprudenza più recente permangono numerose incertezze circa il concreto operare della necessità nel diritto internazionale e continuano a registrarsi esitazioni nel coordinamento fra le diverse regole che ne sono espressione. Emblematici in tal senso sono alcuni pareri della Corte internazionale di giustizia¹³ e le numerose pronunce di altri giudici e arbitri internazionali e interni¹⁴ che hanno contribuito a rianimare il dibattito sul ruolo della necessità nel diritto internazionale contemporaneo¹⁵, spingendo la dottrina ad interrogarsi sull'attualità di un principio che sfugge a facili categorizzazioni. D'altra parte, al pari di altri principi e istituti «classici» del diritto internazionale, la necessità va oggi interpretata alla luce dell'evoluzione complessiva dell'ordinamento internazionale, secondo il paradigma del diritto vivente, riconosciuto anche dall'art. 31, par. 3, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969¹⁶.

norme internazionali (consuetudinarie e pattizie) che regolano la condotta delle ostilità e tutelano le vittime (combattenti e civili) dei conflitti armati.

¹² Sulla questione cfr. PROVOST, *Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law*, in *BYIL*, 1994, p. 383 ss.; WATTS, *Reciprocity and the Law of War*, in *HILJ*, 2009, p. 365 ss.

¹³ V. in particolare: Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere dell'8 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 226 ss. e *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere del 9 luglio 2004, in *ICJ Reports*, 2004, p. 136 ss.

¹⁴ Cfr., fra le altre, Corte suprema di Israele, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, sentenza del 30 giugno 2004 (tutte le sentenze della Corte suprema di Israele sono reperibili all'indirizzo: <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html>); Tribunale arbitrale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, sentenza del 12 maggio 2005, n. ARB/01/8; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, sentenza del 3 ottobre 2006, n. ARB/02/1; *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, sentenza del 22 maggio 2007, n. ARB/01/3; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, sentenza del 28 settembre 2007, n. ARB/02/16.

¹⁵ Cfr. fra le opere monografiche più recenti: CASSELLA, *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden/Boston, 2011; DESIERTO, *Necessity and National Emergency Clauses. Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Leiden/Boston, 2012.

¹⁶ Convenzione di Vienna sui trattati conclusi fra Stati, del 23 maggio 1969, in vigore dal 27 gennaio 1980, in *UNTS*, vol. 1155, p. 331 ss.

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

In ogni ambito giuridico si è spesso assistito al tentativo di richiamare la necessità fra le fonti del diritto¹⁷. Così, ad esempio, già Modestino, in un passo del Digesto, affermava che «*omne ius aut consensus facit aut necessitas constituit aut consuetudo firmavit*»¹⁸. In questa accezione, la necessità integra un principio generale di diritto riconosciuto dagli Stati in *foro domestico*. Peraltro, tali principi sono dotati di funzione integrativa della regolamentazione internazionale ogniqualvolta essa non sia completa¹⁹.

Già a partire dal XVII secolo, la «dottrina del diritto naturale» collegava la nozione di necessità a quella di «conservazione»²⁰: in caso di pericolo per la «sopravvivenza» di un'entità statale veniva giustificato il ricorso da parte sua ad ogni mezzo necessario al fine di preservarne l'esistenza, nonostante i mezzi in questione fossero illegittimi se adottati in assenza di una simile minaccia²¹. Così, ad esempio, Thomas Hobbes affermava che «*ius naturale est libertas quam habet unusquisque potentia sua ad naturae suae conservationem suo arbitrio utendi et per consequens illa omnia quae eo videbuntur tenere faciendi*»²². Su queste basi la dottrina giusnaturalista configurava un

¹⁷ Per un'approfondita ricostruzione storica circa la dottrina della necessità v. ancora DESIERTO, *op. cit.*, p. 63 ss.

¹⁸ MODESTINO, *Digesto, De legibus*, 533, L. 40, Dig. I, p. 3. Analoga concezione è stata peraltro ribadita da una parte della dottrina internazionalistica ancora all'inizio del secolo scorso: v. per tutti NYS, *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au XVIII siècle*, III ed., vol. II, Paris, 1912, p. 153. In senso contrario cfr., però, fra gli altri, PERRASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *RDP*, 1917, p. 5 ss. Per un'ampia ricostruzione storica circa le funzioni attribuite alla nozione v. SPERDUTI, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1943, p. 19 ss., p. 54 ss.

¹⁹ Così SALERNO, *Principi generali di diritto*, in *Digesto*, IV ed., vol. XI, Torino, 1996, p. 533 ss.

²⁰ Ugo Grozio considerava il «diritto di autoconservazione» un principio applicabile alle relazioni interstatuali: GROZIO, *De jure belli ac pacis*, vol. III, Amsterdam, 1646, cap. I, par. XII.

²¹ BOED, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, in *Yale HRDJ*, 2000, p. 1 ss., p. 4.

²² HOBBS, *Leviathan, Sive De Materia, Forma & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, 1660, cap. XIV.

vero e proprio «diritto di necessità» che, nel contesto della guerra, consentiva l'occupazione del territorio di uno Stato neutrale²³. L'esercizio di tale diritto, ad ogni modo, veniva ricondotto in maglie piuttosto strette²⁴ tramite la previsione di una serie di limiti al suo esercizio da parte dello Stato²⁵: i c.d. «temperamenta in bello»²⁶.

L'originaria concezione giusnaturalista della necessità nel diritto internazionale²⁷ ha certamente influenzato la dottrina del XIX secolo, che propugnava la teoria dei «diritti fondamentali» degli Stati, fra i quali veniva ricompreso il «diritto di conservazione» e il conseguente «diritto di autotutela»²⁸. Così, per Travers Twiss: «[o]f the Primary and Absolute Rights of a nation the most essential, and as it were the Cardinal Right, upon which all others hinge, is that of Self-Preservation. This Right necessarily involves, as subordinate Rights, all other Rights which are essential as means to secure this principal end»²⁹. Questo assunto portava a giustificare talune condotte degli Stati che, pur contrarie a specifici obblighi internazionali, fossero finalizzate a preservarne interessi essenziali quali la sicurezza, l'integrità territo-

²³ GROZIO, *op. cit.*, cap. II, par. X.

²⁴ RODICK, *op. cit.*, p. 5.

²⁵ A proposito dei diritti delle potenze neutrali nel corso di un conflitto, ad esempio, Grozio sottolineava: «supervacuum videri posset, agere nos de his qui extra bellum sunt positi, quando in hos satis constet nullum esse ius bellicum. Sed quia occasione belli multa in eos, finitimos, praesertim patrari solent praetexta necessitate, repetendum hic breviter quod diximus alibi, necessitatem ut ius aliquod det in rem alienam, summam esse debere: requiri praetera ut in ipso dominio par necessitas non subsit: etiam ubi de necessitate constat, non ultra sumendum quam exigit: id est si custodia sufficiat non sumendum usum: si usus, non sumendum abusum: si abusu fit opus, restituendum tamen rei pretium»: v. GROZIO, *op. cit.*, cap. XVII, par. 1; cfr. sul punto DESIERTO, *op. cit.*, pp. 81-86 e RODICK, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ Cfr. GREPPI, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 801 ss., p. 803. L'obbligo del rispetto dello *ius in bello* era in questo contesto comunque collegato alla conformità del conflitto alla nozione di *bellum iustum*: cfr. SASSÖLI, BOUVIER, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents, and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, vol. I, Geneva, 2011, p. 139 ss.

²⁷ Cfr. HOBBS, *Elementorum philosophiae sectio tertia de cive*, Parigi, 1642, sez. II, cap. VI, par. X.

²⁸ V. per tutti: KLUBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, II ed., Paris, 1874, pp. 75-76. Sulla questione v., fra gli altri, BOED, *op. cit.*, p. 6 e SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, in MAKARCZYK (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Lachs*, The Hague/Boston/Lancaster, 1984, p. 235 ss., p. 238.

²⁹ TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, II ed., Oxford, 1884, p. 178 ss.

riale e l'incolumità dei cittadini³⁰. L'idea che sia configurabile un «diritto di conservazione» per gli Stati campeggia anche nella prima parte del XX secolo. Secondo Amos Shartle Hershey, ad esempio, «[i]n order to protect and preserve this right [to self-preservation], [a State] may in extreme cases of necessity commit what would ordinarily be an infraction of the Law of Nations and violate the territorial sovereignty or international right of another State (...)»³¹.

Invero, all'inizio del XX secolo, la necessità è stata di frequente invocata dagli Stati nelle diverse accezioni di «doctrine of necessity» o «right of necessity», al fine di giustificare, in modo anche strumentale, la violazione di specifici obblighi internazionali, tanto che, secondo alcuni, «[t]he enumeration of situations where the doctrine of necessity has been invoked forms either a catalogue of serious breaches of international law or of cases susceptible of being explained without an appeal to the doctrine of necessity»³². Da un lato, infatti, la nozione è stata per lungo tempo «agganciata» ad un preteso «diritto di conservazione» dello Stato; dall'altro lato, e in particolare prima dell'affermazione del divieto dell'uso della forza nelle relazioni interstatuali, lo stato di necessità è stato spesso invocato dagli Stati in relazione a situazioni di ricorso alla forza armata in territorio straniero³³.

Simili concezioni presentavano tuttavia due profili problematici³⁴. Da un lato, la nozione di necessità così intesa finisce inevitabilmente per confondersi con la disciplina relativa all'uso della forza nelle relazioni internazionali³⁵. Il

³⁰ Cfr. PILLITU, *op. cit.*, p. 114.

³¹ HERSHEY, *The Essentials of International Public Law and Organization*, II ed., New York, 1927, pp. 231-232. Secondo FENWICK, *International Law*, London, 1924: «[t]he right of existence, or of self-preservation, is recognized by international law as the primary right of States, being the necessary postulate of the possession of all other rights» (*ivi*, p. 142 ss.).

³² Cfr. sul punto JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 542.

³³ Nel periodo precedente al primo conflitto mondiale, sia pure in assenza di disposizioni concernenti il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, il ricorso da parte degli Stati alla violenza armata al di fuori del contesto bellico richiedeva un'apposita circostanza autorizzatrice laddove fossero violate anche altre norme internazionali e, in particolare, l'obbligo di astenersi dall'interferire nell'ambito della sovranità di altri Stati: cfr. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, cit., pp. 5-9, e i riferimenti ivi presenti. Sulla questione si dirà *infra*, par. 6.

³⁴ Per una critica alla «commistione» fra i concetti di «necessity» e «self-preservation» negli scritti giuridici del XIX secolo e in quelli risalenti alla prima metà del XX secolo v., fra gli altri, BROWNIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, p. 46 ss. e LAMBERTI ZANARDI, *Necessità (diritto internazionale)*, cit., pp. 898-899.

³⁵ Nella dottrina francese dell'inizio del XX secolo, ad esempio, vi è la tendenza a richiamare la necessità per giustificare «le droit, à défaut d'autre moyen, d'employer la force pour se défendre contre une agression injuste»: così LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le*

celebre caso del *Caroline*³⁶ del 1837 illustra bene l'asserita equivalenza dell'epoca fra i concetti di conservazione («self-preservation»), di autodifesa («self-defense») e di necessità («necessity»)³⁷; invero, il rapporto fra questi concetti è variabile nel tempo a seconda del ruolo rivestito dalla disciplina del ricorso alla forza nelle relazioni internazionali. Nel 1837 le forze armate britanniche penetravano in acque territoriali statunitensi e attaccavano la nave statunitense *Caroline*, imbarcazione privata battente bandiera statunitense, che si stava armando ed equipaggiando per portare aiuto agli insorti canadesi. In risposta alle contestazioni degli Stati Uniti, il Regno Unito invocava la «necessity of self-defence and self-preservation», ma il Governo statunitense non riconosceva la giustificazione offerta, dal momento che, a suo avviso, «nothing less than a clear and absolute necessity can offer ground of justification for the commission of hostile acts within the territory of Power at Peace» e chiedeva la prova, successivamente chiamata *Caroline test*, che l'azione fosse stata causata dalla «necessity of self-defence, instant, overwhelming and leaving no choice of means, and no moment for deliberation»³⁸. A ben guardare, però, nel caso di specie è ravvisabile un'applicazione dell'esimente della necessità piuttosto che un'ipotesi di autodifesa (preventiva)³⁹. D'altra parte,

XVIII siècle et la doctrine moderne, in *Rec. des cours*, 1927-III, p. 263 ss., p. 430. Per alcuni esempi nella prassi degli Stati v. HAZAN, *L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international*, Paris, 1949, p. 110.

³⁶ Sul caso *Caroline* v., fra gli altri, CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, cit., pp. 76-77; DE MARTENS, *Causes célèbres du droit des gens*, Leipzig/Paris, 1827, pp. 389-391; MCNAIR (ed.), *International Law Opinions*, vol. II, Cambridge, 1956, p. 221 ss.; JENNINGS, *The Caroline and McLeod Cases*, in *AJIL*, 1938, p. 82 ss.; POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, 1974, pp. 87-93.

³⁷ Spesso, infatti, le tre categorie giuridiche venivano invocate alternativamente o cumulativamente e risultava difficile separare le nozioni. Per l'analisi della prassi rilevante dell'epoca cfr. LEANZA, *Legittima difesa, autopreservazione e stato di necessità*, in *Foro pen.*, 1963, p. 276 ss.; MOORE, *A Digest of International Law*, vol. II, Washington, 1906, p. 402 ss., p. 418 ss.; STOWELL, *Intervention in International Law*, Washington, 1921, p. 392 ss. Sul-l'argomento v., fra gli altri, BRIERLY, *op. cit.*, p. 404; BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, cit., p. 42 e pp. 46-47.

³⁸ Cfr. la nota del Segretario di Stato americano Webster al ministro inglese a Washington Fox, del 24 aprile 1841: WEBSTER, *The Diplomatic and Official Papers of Daniel Webster, while Secretary of State*, New York, 1848, p. 110. Cfr. poi BARBOZA, *Necessity (Revisited) in International Law*, in MAKARCZYK (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Lachs*, cit., p. 27 ss., p. 39 ss.; MOORE, *A Digest of International Law*, cit., p. 422.

³⁹ BARBOZA, *op. cit.*, p. 39; nel medesimo senso v. AGIUS, *The Invocation of Necessity in International Law*, in *NILR*, 2009, p. 95 ss., p. 99. Per una diversa opinione v., però, HEATHCOTE, *Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?*, cit.,

all'epoca dei fatti, l'intervento a sostegno dei ribelli non era illecito⁴⁰.

Vi è poi un secondo profilo problematico: ricollegare l'invocazione della necessità ad un preteso «diritto di conservazione» dello Stato crea serie difficoltà pratiche nel bilanciamento degli interessi in gioco⁴¹. Si tratterebbe, infatti, di effettuare una valutazione circa la prevalenza di uno fra i due diritti coinvolti: il diritto di uno Stato a veder onorato un obbligo internazionale posto nei propri confronti e il diritto di un diverso Stato a lasciare inadempiti gli obblighi internazionalmente assunti, nell'esercizio del diritto di conservazione⁴². Charles Fenwick coglieva l'incertezza sottesa alla nozione osservando: «[t]he conflict of international rights thus resulting is governed by a few general principles of law, which are, however, so vague as to leave it an open question in many cases whether the right of one has justified a breach of the right of the other»⁴³. L'eventuale configurabilità di un «diritto di conservazione» dello Stato implicherebbe poi un corrispettivo obbligo per gli altri soggetti internazionali di sopportare ogni violazione attribuibile allo Stato che invocasse tale diritto⁴⁴. Legando la necessità ad un preteso «diritto

p. 86 e, soprattutto, SALMON, *op. cit.*, p. 238, il quale, sul presupposto dell'illiceità del comportamento del *Caroline*, esclude che l'episodio possa iscriversi nella prassi relativa allo «stato di necessità», ritenendo piuttosto ravvisabile un'ipotesi di autodifesa. Cfr. poi *YILC*, 2001, vol. 2, n. 2, p. 81, par. 5.

⁴⁰ GREEN, *Le statut des forces rebelles en droit international*, in *RGDIP*, 1962, p. 5 ss. V. *infra*, cap. I, par. 8.

⁴¹ La tesi, ancora diffusa alla fine del XIX secolo, è oramai contestata dalla maggior parte della dottrina: v., fra gli altri, BARBOZA, *op. cit.*, p. 28; BOWETT, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958, p. 10; OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, vol. I, in LAUTERPACHT (ed.), *Peace*, VIII ed., London, 1955, p. 207; SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, in *Rec. des cours*, 1955-I, p. 195 ss., secondo il quale: «if self-preservation were an absolute and overriding right, the rest of international law would become optional, and its observance would depend on a self-denying ordinance, revocable at will by each State, not to invoke this formidable super-right» (*ivi*, p. 344).

⁴² BOED, *op. cit.*, p. 6.

⁴³ Cfr. FENWICK, *op. cit.*, pp. 142-143; si osservava poi che, in assenza di un'autorità internazionale competente a sanzionare le violazioni del diritto internazionale, la contrapposizione fra i confliggenti diritti degli Stati avrebbe reso del tutto precario lo stesso diritto di conservazione degli Stati più piccoli (*ivi*, p. 143).

⁴⁴ AGO, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, cit., p. 18, par. 9. In particolare, Ago rileva: «[t]he theory of "fundamental rights" of States (...) was the product of pure abstract speculation with no basis in international legal reality, and has since become outdated; in particular, the idea of a right of "self-preservation" has been completely abandoned» (*ivi*, p. 16, par. 6); ancora: «the idea of a subjective right of necessity, which may have been marginally acceptable in times when the science of law had not yet refined its concepts, is absolute nonsense today» (*ivi*, p. 18, par. 9).

di conservazione» dello Stato, si finiva per giustificare, ad esempio, la conquista e l'espansione territoriale a danno di altri Stati⁴⁵.

Il diritto internazionale contemporaneo ha «sganciato» la nozione di necessità da quella di conservazione intesa quale diritto soggettivo⁴⁶, configurandola piuttosto come norma internazionale di natura secondaria.

La distinzione fra norme primarie e norme secondarie dell'ordinamento internazionale si è delineata nel corso dei lavori relativi alla responsabilità internazionale degli Stati⁴⁷, sfociati nel Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale del 2001⁴⁸, che per lo più codifica regole generali in materia⁴⁹. L'approccio metodologico seguito dalla Commissione del diritto internazionale, su proposta del relatore speciale Ago, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, ha appunto portato all'individuazione delle regole relative alla responsabilità internazionale degli Stati, applicabili ad ogni ambito normativo⁵⁰. Non si trattava di elaborare regole sostanziali in grado di configurare obblighi particolari in capo agli Stati, ma piuttosto di delineare la struttura delle regole in virtù delle quali individuare la sussistenza di illeciti internazionali di Stati, nonché le conseguenze discendenti da tali violazioni⁵¹.

⁴⁵ Cfr. CONFORTI, *op. cit.*, p. 369.

⁴⁶ BOED, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁷ Cfr. in particolare AGO, *Second Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1970, vol. 2, doc. A/CN.4/233, p. 177 ss., p. 179, par. 11. Sulla questione si dirà *infra*, par. 3.

⁴⁸ Per una dettagliata ricostruzione storica della codificazione del diritto della responsabilità internazionale degli Stati v. ROSENNE, *The Perplexities of Modern International Law*, in *Rec. des cours*, 2002, p. 13 ss., p. 382 ss.

⁴⁹ V., ad esempio, Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, (*Merits*), sentenza del 26 febbraio 2007, in *ICJ Reports*, 2007, p. 2 ss., par. 401.

⁵⁰ AGO, *Report Approved by the Sub-Committee*, in *YILC*, 1963, vol. 2, doc. A/CN.4/152, p. 227 ss., pp. 227-228, par. 4-5; cfr. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, p. 2.

⁵¹ AGO, *First Report on State Responsibility*, in *YILC*, 1969, vol. 2, doc. A/CN.4/217, p. 125 ss., p. 127: «[a]t some stage, however, it unquestionably became essential to isolate the subject of responsibility *stricto sensu*, together with the relevant principles, and to divorce it from any other body of substantive rules of international law» (*ivi*, par. 6). Cfr. GIANELLI, *Conseguenze di violazioni di norme imperative*, in SPINEDI, GIANELLI, ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, p. 245 ss., p. 246. Per alcuni dubbi circa la portata della distinzione cfr. TAMS, *All's Well That Ends Well, Comments on the ILC's Articles on State Responsibility*, in *ZAÖRV*, 2002, p. 759 ss.