

24. Sentenza della Corte di cassazione italiana del 25 giugno 1985 n. 1981 nel caso *Yasser Arafat*.

Il 4 settembre 1984 il giudice istruttore del Tribunale di Venezia aveva emesso un mandato di cattura nei confronti di Yasser Arafat e di Kalaf Salah, rispettivamente in qualità di presidente e di addetto ai servizi di sicurezza dell'Organizzazione per la liberazione della Palestina (O.L.P.), accusati di aver fornito alle Brigate Rosse, un'organizzazione terroristica italiana, un ingente quantitativo di armi e munizioni e di detenere illegalmente in Italia una parte di tali armi da utilizzarsi per compiere attentati in territorio italiano da parte di palestinesi. Nella successiva ordinanza dell'8 ottobre 1984, il Tribunale di Venezia aveva confermato, in sede di riesame, il mandato di cattura nei confronti di entrambi gli imputati. I difensori dei due imputati avevano allora impugnato il suddetto provvedimento proponendo ricorso per cassazione. A loro avviso, il mandato di cattura avrebbe violato la norma internazionale che impone di riconoscere l'immunità giurisdizionale ai Capi di Stato esteri, in particolare l'irrivocabilità personale che spetterebbe a Yasser Arafat quale presidente dell'O.L.P. ovvero di un «ente che ha soggettività di diritto internazionale e "concreta valenza di Stato", essendo riconosciuto dalle Nazioni Unite quale unico e legittimo rappresentante del popolo palestinese ed intrattenendo rapporti con molti Stati, tra i quali quello italiano»¹³.

Nella sentenza del 25 giugno 1985 n. 1981, la Corte di cassazione ha escluso che Yasser Arafat fosse titolare dell'immunità spettante ai Capi di Stato esteri, precisando che esiste sì una «norma consuetudinaria internazionale (immediatamente efficace nel nostro ordinamento per il disposto dell'art. 10, 1° comma, Cost.), che assicura ai capi di Stato esteri l'irrivocabilità personale (ovvero la sottrazione a tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale) e l'immunità dalla giurisdizione penale», ma tale norma postula che «l'ente — a favore del cui capo è invocata la deroga — sia qualificabile come organizzazione sovrana, equivalente per requisiti di struttura, componenti personali e spaziali e per connotati di effettività, al tipo statale». A tale proposito, la Corte di cassazione ha infatti ribadito che «il diritto internazionale riconosce come Stati soltanto quegli enti che, in piena indipendenza, esercitano il proprio potere di governo effettivo nei confronti di una comunità stanziata su di un territorio, onde è da ritenersi principio acquisito che la sintesi statutaria debba essere espressa dalla triade popolo-governo-territorio e che richieda, quindi, necessariamente che la componente della popolazione e l'apparato di governo da essa espresso ricadano su un luogo di esercizio di tale governo e dell'attività dei soggetti» (p. 886).

La Corte ha quindi affermato che l'O.L.P. non potesse essere considerata un'organizzazione sovrana equivalente ad uno Stato, perché «nella stessa dicata il requisito della sovranità territoriale, non surrogato da forme di controllo sui campi, profughi, che si esercitano, pur sempre, con il consenso e sotto la sovranità dello Stato che li ospita», ammettendo tuttavia che «com'è pressoché unanimemente riconosciuto dalla dottrina e come testimoniato dalla prassi degli Stati, i "movimenti di liberazione nazionali" — tra i quali è ricompresa l'O.L.P. — godono di una limitata soggettività internazionale», essendo ad essi «riconosciuto un *locus standi* all'interno della comunità internazionale,

¹³ In *RD1*, 1986, pp. 885-889.

al fine limitato di discutere, su basi di perfetta parità con gli Stati territoriali; i modi ed i tempi dell'autodeterminazione dei popoli da loro politicamente controllati; in applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli, ritenuto norma consuetudinaria a carattere cogente». Il carattere «limitato» della soggettività dell'O.L.P. impediva così, a giudizio della Corte, l'applicabilità nella specie della norma internazionale consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale dei Capi di Stato esteri. Quest'ultima peraltro avrebbe potuto essere riconosciuta «in forza di particolari convenzioni internazionali o di norme liberamente introdotte dallo Stato nel proprio ordinamento interno», ma la Corte ha precisato che riguardo ai capi e ai rappresentanti dell'O.L.P. l'immunità «non risulta assicurata né da convenzioni internazionali vincolanti per lo Stato italiano e rese esecutive all'interno, né da norme autonomamente poste dal nostro legislatore» (pp. 886-888).

La Corte ha comunque annullato, per difetto di un apprezzabile *fumus* di colpevolezza, l'ordinanza del Tribunale di Venezia impugnata e il mandato di cattura emesso dal giudice istruttore nei confronti di Yasser Arafat (p. 888).

25. Sentenza della Divisione provinciale del Capo sudafriicana del 3 novembre 1987 nel caso *S. c. Petane*.

Un membro dell'ala militare dell'*African National Congress* (ANC) era stato accusato di terrorismo e tentato omicidio per aver cercato di far esplodere una bomba in un centro commerciale. Aveva quindi invocato il trattamento di prigioniero di guerra e il diritto ad essere avvisato di un'azione penale in corso nei suoi confronti attraverso una Potenza protettrice nominata ai sensi dell'art. 45, par. 2, del Protocollo I del 1977 addizionale alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 sulle vittime della guerra. Poiché la notifica non aveva avuto luogo egli riteneva che il processo non potesse proseguire. La Divisione provinciale del Capo era quindi chiamata a stabilire, prima di procedere nel merito, se per tale motivo la prosecuzione del processo fosse preclusa.¹⁴

Nella sentenza del 3 novembre 1987, la Corte ha subito premesso che «il Sud Africa è uno di quegli Stati che non hanno aderito al Protocollo I» ma la questione era «se il Protocollo I è diventato parte del diritto internazionale consuetudinario». Se così fosse, «si sostiene che sarebbe stato recepito nel diritto sud-africano» e occorrerebbe allora «dimostrare da una o dall'altra delle parti che il tumulto che si è creato nel momento in cui l'accusato avrebbe commesso i reati era tale da poter essere propriamente qualificato come un "conflitto armato" condotto da "popoli" contro un "regime razzista" nell'esercizio del loro "diritto di autodeterminazione"». Dimostrato tutto ciò «rimarrebbe da dimostrare... che l'accusato si è comportato in modo tale da acquisire il diritto ai benefici conferiti dal Protocollo I ai combattenti, ad esempio perché si è diversificato dai civili al momento di lanciare l'attacco e non ha attaccato obiettivi civili», tutte questioni che la Corte ha ritenuto prive di rilievo nel caso di specie (p. 56).

Passando alla questione centrale, e cioè se il Protocollo I corrispondesse al diritto internazionale consuetudinario, la Corte si è intrattenuta sulla natura e sugli elementi

¹⁴ In <http://www.ictj.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bd7a24125673e00508145150c59239e1b869e4dc1256-b05004901201OpenDocument> (SALR, 1988, pp. 51-67).

del diritto consuetudinario, richiamando « gli autori secondo i quali la prassi statale è da sola sufficiente a creare una norma di diritto internazionale consuetudinario e altri secondo i quali la sola *opinio juris* sarebbe sufficiente ». La Corte ha ammesso che « se tutti gli Stati interessati ritengono che una determinata norma regoli il loro comportamento, tale norma può formarsi anche senza prassi, o con una prassi scarsa, che la supporti ». In tal modo « il diritto internazionale consuetudinario può affermarsi molto velocemente, ma prima di essere considerato... come recepito nel diritto sud africano la consuetudine, sia che si formi attraverso l'*usus* e l'*opinio juris* sia che si formi attraverso quest'ultima soltanto, dovrebbe come minimo essere largamente accettato » (p. 57).

Avendo la difesa dell'imputato sostenuto che il Protocollo I era divenuto diritto consuetudinario grazie alla condanna del Sud Africa da parte « praticamente di tutti gli Stati del mondo » alle Nazioni Unite, la Corte ha precisato che « è dubbio che le risoluzioni adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite possano considerarsi prassi statale... formativa della consuetudine », anche se esse possono « costituire *opinio juris* che, se espressa rispetto ad una norma sufficientemente definita attraverso l'*usus*, può dar luogo ad una norma consuetudinaria di diritto internazionale ». Tuttavia, « se non esiste un *usus* anteriore, la dichiarazione non può far nascere una norma consuetudinaria, a meno che naturalmente la dichiarazione stessa non venga al contempo trattata come *usus* », ma « si forzerebbe troppo il concetto di *usus* se si arrivasse a questa conclusione ». Secondo la Corte infatti « è pericoloso strutturare il fondamento del diritto consuetudinario nella prassi accogliendo un metodo di formazione delle norme che non hanno alcuna base nella prassi stessa » dal momento che « ciò pregiudica la certezza e la chiarezza che le fonti del diritto internazionale devono dare ». Prendendo la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 come esempio la Corte ha proseguito ricordando che « si è sostenuto che nel corso del tempo le sue disposizioni sono diventate norme di diritto consuetudinario » e lo si è fatto richiamando « dichiarazioni astratte da parte di Stati favorevoli alla Dichiarazione oppure riferimenti alla Dichiarazione contenuti in risoluzioni o trattati successivi » e talvolta osservando che « le sue disposizioni sono state recepite nelle Costituzioni statali ». La Corte si è allora chiesta « cosa si debba pensare degli Stati che effettuano dichiarazioni di questo tipo o che redigono le loro Costituzioni in conformità della Dichiarazione universale e al tempo stesso trattano i loro cittadini in un modo che costituisce una violazione flagrante proprio di quelle disposizioni, ad esempio non lottando contro le spazzate su larga scala, o praticando la tortura o imprigionando la gente per lunghi periodi di tempo senza un equo processo ». Secondo la Corte « anche a considerare le dichiarazioni astratte o le disposizioni formali di una Costituzione come prassi statale, esse devono comunque essere viste alla luce degli atti concreti come quelli appena menzionati » (p. 58). Ne derivava che « soltanto gli atti materiali, concreti e/o specifici degli Stati sono rilevanti per l'*usus* ». Perciò « la prassi che condanna il Sud Africa dimostra soltanto uno sfavore generale sulle sue linee di politica interna », ma « non c'è nulla nella condanna da cui possa ricavarsi il contenuto di una norma di diritto internazionale consuetudinaria ». La Corte non è riuscita infatti a vedere « come la condanna del Sud Africa, e la stessa qualificazione dell'*apartheid* come crimine contro l'umanità, possano far inferire che il Protocollo I sia stato accettato come diritto internazionale consuetudinario dagli Stati che hanno espresso quella condanna ». La Corte ha quindi concluso sul punto osservando che « le risoluzioni delle Nazioni Unite non possono considerarsi una prova della prassi statale se si riferiscono, piuttosto che a quanto gli Stati che partecipano alla deliberazione

si impegnano essi stessi a fare, a ciò che loro prescrivono agli altri di fare) e ciò perché « il diritto internazionale si basa sulla prassi e non sul predicare » (p. 59).

A ciò si aggiungeva il fatto che secondo la Corte esistevano ragionevoli motivi per spiegare perché il Protocollo I era poco suscettibile di dar luogo ad una prassi generalizzata corrispondente. A suo avviso « il problema del primo Protocollo a formare una prassi statale è che le sue disposizioni non si sono dimostrate idonee ad essere osservate da molti Stati ». La Corte ha notato che « alla fine del 1977 quando il trattato fu aperto alla ratifica vi erano pochi Stati coinvolti nel dominio coloniale o nell'occupazione di altri Stati e ve ne erano soltanto due, il Sud Africa e Israele, che venivano considerati come rientranti nella terza categoria dei regimi razzisti », sicché « la situazione che il primo Protocollo intendeva regolare riguardava pochi Stati, troppo pochi Stati... per dar luogo ad un uso generale nei conflitti armati del tipo che il Protocollo prevedeva si sviluppasse ». La Corte ha quindi ribadito che « si deve... cercare nella prassi statale ciò che gli Stati hanno fatto sul campo nel difficile clima di un mondo tempestoso, non ciò che i loro rappresentanti professano negli ambienti ideologicamente superinfiammati delle Nazioni Unite dove l'indignazione appare spesso il surrogato dell'azione » (p. 61).

Alla tesi della difesa secondo cui i trattati multilaterali in alcune circostanze possono diventare diritto internazionale consuetudinario, la Corte ha replicato che « è vero che i trattati possono essere considerati come *usus*... ma diverse cose dovrebbero essere tenute presenti al riguardo » e cioè che « il trattato in questione sia concreto e sufficientemente specifico al punto da poter definire il contenuto di una norma consuetudinaria » e, ancor più importante nel caso di specie, che « il trattato è naturalmente vincolante solo nei confronti dello Stato che ne è parte » per cui « la questione della sua idoneità a dar luogo ad una norma internazionale consuetudinaria è rilevante soltanto per gli Stati che non ne sono parti », ma questi ultimi, affinché la norma si formi, « devono esprimere la loro *opinio juris* rispetto ad esso » e « bisogna stare attenti... prima di concludere che lo abbiano fatto davvero », come dimostrerebbe l'asserita norma sull'assistenza allo sviluppo così come « ostializzata in trattati bilaterali e/o regionali ». In breve, « nel caso di un trattato multilaterale aperto alla ratifica di tutti gli Stati, *opinio juris* che valga come « adesione per via consuetudinaria » deve essere priva di ogni ambiguità » dal momento che « la mancata ratifica di un trattato costituisce un forte prova di non approvazione » (pp. 61-62).

La Corte ha quindi ricordato che « non si può dire che il Protocollo I sia stato accolto con acclamazione dagli Stati del mondo » e « la mancanza di entusiasmo è dovuta presumibilmente alla strana mistura di obiettivi politici e umanitari che il Protocollo avrebbe dovuto realizzare ». Sta di fatto che « fino al 1980, 17 Stati avevano ratificato il Protocollo » e « l'anno successivo altri quattro Stati vi hanno aderito », mentre « al mese di febbraio 1982, 21 Stati, fra i quali 7 africani e 5 occidentali, l'avevano ratificato o vi avevano aderito » (p. 64). Inoltre, « ad eccezione della Francia, che ha aderito soltanto al Protocollo II, non una delle maggiori Potenze del mondo ha ratificato o ha aderito a nessuno dei due Protocolli », una situazione da comparare « ai 165 Stati che sono parti alle Convenzioni di Ginevra ». A giudizio della Corte, questo « atteggiamento della comunità mondiale nei confronti del Protocollo I è, in principio, di troppa apatia per giustificare l'inferenza che i suoi principi siano stati così ampiamente accettati da poter essere considerati norme di diritto internazionale consuetudinario ». Le ragioni, secondo la Corte, non sono difficili da discernere se si tiene conto che « per gli Stati che si trovano a fare i conti con "lotte dei popoli" per l'autodeterminazione », l'adozione del Protocollo

può dimostrarsi problematico», mentre «per i movimenti di liberazione, che per raggiungere i loro obiettivi seguono strategie di terrore urbano. Le clausole del Protocollo, con la loro enfasi sulla protezione dei civili, possono dimostrarsi disastrosamente restrittive» (p. 65).

Dopo essersi dichiarata «poco sicura che le disposizioni relative al campo di applicazione del Protocollo I sono idonee a diventare una norma di diritto internazionale consuetudinario», la Corte ha concluso che «le disposizioni del Protocollo I non sono state accettate nel diritto internazionale consuetudinario» e quindi «non fanno parte del diritto sud-africano», ordinando così la prosecuzione del processo (p. 67).

26. *Sentenza arbitrata del 31 luglio 1989 nel caso della Delimitazione della piattaforma continentale fra Guinea-Bissau e Senegal (Guinea-Bissau c. Senegal).*

Il Senegal e la Guinea-Bissau, due Stati limitrofi situati nella parte dell'Africa occidentale affacciata sull'oceano Atlantico, dopo aver acquistato l'indipendenza rispettivamente dalla Francia nel 1960 e dal Portogallo nel 1974, avevano tentato senza successo di raggiungere un accordo sulla determinazione della frontiera marittima comune. La controversia era stata allora sottoposta ad arbitrato sulla base di un compromesso concluso dai due Stati il 12 marzo 1985 a Dakar. La questione era di stabilire se un precedente accordo di delimitazione marittima, concluso il 26 aprile 1960, dalla Francia e dal Portogallo fosse applicabile nei rapporti tra i due Stati controvertenti ed in particolare se fosse stato convalidamente. Secondo la Guinea-Bissau, infatti, l'accordo del 26 aprile 1960 sarebbe stato invalido in quanto concluso dal Portogallo in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli, ritenuto di *jus cogens*, principio che comporterebbe come «collaterale» l'obbligo della Potenza coloniale di non disporre del territorio — in particolare stipulando un accordo di delimitazione marittima, come il Portogallo aveva fatto con la Francia — allorché un movimento di liberazione nazionale abbia ormai preso avvio sullo stesso. Il Senegal, pur d'accordo nel ritenere che una Potenza coloniale non possa più disporre del suo territorio attraverso la conclusione di trattati una volta che si sia avviato nella colonia un processo di liberazione nazionale, negava che un processo del genere avesse effettivamente preso avvio nella Guinea portoghese già nel 1960, all'epoca in cui il Portogallo aveva stipulato l'accordo di delimitazione marittima con la Francia.¹⁵

Nella sentenza arbitrata del 31 luglio 1989, il Tribunale arbitrale ha escluso che la norma internazionale invocata dalla Guinea-Bissau fosse ormai diventata di *jus cogens*. Il Tribunale ha affermato che «la dottrina attuale del diritto internazionale si è abbondantemente occupata dello *jus cogens*, soprattutto a partire dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969» constatando come una parte di essa consideri «lo *jus cogens* come composto da norme gerarchicamente superiori». Tuttavia, ad opinione del Tribunale, «gli studi sulla nozione di *jus cogens* e l'identificazione di norme che abbiano tale carattere sono stati spesso influenzati da concezioni ideologiche e da atteggiamenti politici». A suo avviso, «dal punto di vista del diritto dei trattati, lo *jus cogens* è semplicemente la caratteristica propria di certe norme giuridiche di non essere suscetti-

bili di derogare per mezzo di accordi» (§ 41). Il Tribunale ha poi respinto la tesi sostenuta dalla Guinea-Bissau secondo la quale «lo *jus tractatus* sarebbe colpito da una restrizione a partire dall'inizio del processo di liberazione nazionale come un corollario del principio del diritto dei popoli all'autodeterminazione». Infatti, secondo il Tribunale, si trattava di «una norma giuridica indipendente dal principio di autodeterminazione e che si ricollega piuttosto al principio di effettività e alle norme sulla formazione dello Stato nella sfera internazionale» (§ 43). Il Tribunale ha poi proseguito sostenendo che «uno Stato nato da un processo di liberazione nazionale ha il diritto di accettare o meno i trattati conclusi dallo Stato colonizzatore dopo l'avvio di quel processo» e che «in questo campo, il nuovo Stato gode di una libertà totale e assoluta e non esiste nessuna norma imperativa che lo obblighi a dichiarare nulli i trattati conclusi in questo periodo o a ripudiarli». Pertanto, a giudizio del Tribunale, «la Guinea-Bissau non ha dimostrato nel presente arbitrato che la norma da lei invocata sia divenuta una norma di *jus cogens*, sia per via di consuetudine, sia per la formazione di un principio generale di diritto» (§ 44).

Il Tribunale ha quindi concluso che «la norma sulla quale si basa la Guinea-Bissau esiste nel diritto internazionale, ma... non appartiene allo *jus cogens*» con la conseguenza che «il Senegal aveva dunque la libertà totale e assoluta di accettare o meno l'Accordo del 1960» (§ 45).

Il Tribunale ha altresì escluso che «la norma che limita la capacità dello Stato una volta che un processo di liberazione è avviato» fosse «applicabile alla situazione che esisteva nel 1960 nella Guinea portoghese» (§ 52). Dopo aver precisato che «in un processo di liberazione nazionale vi è sempre all'origine un piccolo gruppo di uomini decisi che si organizzano e che, poco a poco, sviluppa un'attività sul piano intellettuale, politico e militare fino a ottenere l'indipendenza del proprio paese», il Tribunale ha rilevato che «l'azione non è necessariamente condotta sul piano della guerriglia» e che «l'elemento decisivo del successo o del fallimento di un movimento di liberazione è sempre il concorso della volontà popolare» (§ 50). «In tale processo di formazione di un movimento di liberazione nazionale», a giudizio del Tribunale, «la questione giuridica non consiste nell'identificare l'istante preciso in cui esso è nato come tale» poiché «ciò che importa di sapere, è a partire da quando la sua attività ha avuto una portata internazionale». In altre parole, i movimenti di liberazione nazionale rilevano giuridicamente «a partire dal momento in cui costituiscono nella vita istituzionale dello Stato territoriale un avvenimento anormale che lo forza a prendere misure eccezionali, cioè quando, per dominare o tentare di dominare gli avvenimenti» tale Stato «si vede costretto a ricorrere a mezzi che non sono quelli che si impiegano ordinariamente per far fronte a disordini occasionali» (§ 51). Oltretutto, nella specie «non erano state addotte prove», secondo il Tribunale, «che dimostrassero che nel 1960 la vita istituzionale di ciò che era allora la Guinea portoghese fosse teatro di disordini tali che lo Stato abbia dovuto ricorrere a misure straordinarie per assicurare lo svolgimento normale delle attività civili e per garantire la sicurezza pubblica» (§ 51).

La sentenza arbitrata è stata impugnata il 24 agosto 1989 dalla Guinea-Bissau di fronte alla Corte internazionale di giustizia, la quale, con sentenza del 12 novembre 1991, ne ha accertato la validità.¹⁶

¹⁵ In *RDI*, 1991, pp. 638-666.

¹⁶ In *RDI*, 1992, pp. 135-153.