



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

in cotutela con UNIVERSITY OF EDINBURGH

DOTTORATO DI RICERCA IN
BENI CULTURALI E AMBIENTALI

Ciclo 36

Settore Concorsuale: 12/E1 – DIRITTO INTERNAZIONALE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/13 – DIRITTO INTERNAZIONALE

LA DISTRUZIONE INTENZIONALE DEL PATRIMONIO CULTURALE NEL
DIRITTO INTERNAZIONALE

Presentata da: Francesco Paolo Cunsolo

Coordinatore Dottorato

Donatella Restani

Supervisore

Elisa Baroncini

Co-supervisore

Filippo Fontanelli

Esame finale anno 2024

Ringraziamenti

Il mio più profondo ringraziamento va, innanzitutto, alla Professoressa Elisa Baroncini. Da quando mi seguì nel mio percorso di laurea (ormai, ahimè, diversi anni fa) fino ad oggi, mi ha sempre spronato e offerto tante opportunità per misurarmi con me stesso e migliorarmi, oltre al piacere di essere suo collaboratore e assisterla in tanti e stimolanti progetti. Se sono arrivato fin qui e ho combinato qualcosa di decente con il diritto internazionale, lo devo soprattutto a lei e alla fiducia che ha riposto in me.

Un grazie speciale anche al Prof. Filippo Fontanelli, per il tempo, l'amicizia e l'enorme disponibilità che mi ha dimostrato in questi ultimi anni.

Ringrazio inoltre tutti i colleghi e le colleghe della cattedra di Diritto internazionale del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna, soprattutto il mio amico Niccolò.

Un grazie di cuore va alle presenze fisse della mia vita: i miei amici, sia la vecchia e immortale guardia (Alessandro, Giacomo, Matteo e Claudio), sia quelli nuovi, con una menzione speciale ai ragazzi della *Law School* dell'Università di Edimburgo, in particolare Aytaç, Yunqing e Anna. L'esperienza trascorsa a Edimburgo è stata indimenticabile soprattutto per merito loro.

Alla mia famiglia devo praticamente tutto, e ci tengo a ricordarlo soprattutto in questa sede. Perciò grazie a mia madre Pilar, a mia sorella Elisabetta, a mio cognato Giacomo e a mia nipote Costanza, per il continuo supporto in questi anni difficili e la forza che mi danno.

E a proposito di forza, dal profondo del mio cuore, grazie a Isola Clara. Con lei sto trascorrendo il periodo più bello della mia vita.

*Da dove verrà il vento?
Dicono che sia il respiro di Dio.*

A mio padre

INDICE

INTRODUZIONE.....	15
-------------------	----

CAPITOLO 1 – UNO SGUARDO SULLE ORIGINI STORICHE DELLA PROTEZIONE DEI BENI CULTURALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Introduzione.....	25
2. I primi passi: dal mondo classico al pensiero di Ugo Grozio.....	27
3. L'epoca dei Lumi e il Congresso di Vienna.....	32
4. Il Codice Lieber (1863).....	39
5. La Dichiarazione di Bruxelles del 1874 e l' <i>Oxford Manual</i> del 1880.....	42
6. Il periodo tra il XIX e il XX secolo: le Conferenze dell'Aja del 1899 e del 1907 e la codificazione del diritto internazionale umanitario.....	49
6.1 La tutela dei beni culturali e l'assenza di una loro definizione nelle Convenzioni dell'Aja del 1907 e nei Regolamenti annessi.....	52
7. La distruzione culturale ai tempi della Prima Guerra Mondiale e il problema della necessità militare. L'esperimento de "La Croix d'Or".....	63
8. Il periodo tra le due Guerre: le <i>Hague Rules</i> del 1922.....	69
8.1 La cooperazione intellettuale nella Società delle Nazioni e la Conferenza di Atene del 1931.....	72
8.2 Il Patto Roerich (1935).....	75
8.3 La <i>Preliminary Draft International Convention for the Protection of Historic Building and Works of Art in Time of War</i> del 1936.....	80
9. La Seconda Guerra Mondiale e la fine della tutela internazionale dei beni culturali.....	84

9.1 L'olocausto culturale: la distruzione dell'Europa ad opera delle Forze dell'Asse e delle Forze Alleate.....	86
9.2 Il grande saccheggio di beni culturali da parte della Germania nazista. <i>L'Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg</i>	91
9.3 L'azione degli Alleati per limitare i danni al patrimonio culturale: la Dichiarazione di Londra del 1943 e il contributo dei <i>Monuments Men</i>	96
9.4 Alcuni cenni sul contributo del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e la condanna di Alfred Rosenberg per il saccheggio di beni culturali.....	99
10. Considerazioni conclusive.....	101

CAPITOLO 2 – L'ERA UNESCO E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI BENI CULTURALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Introduzione.....	103
2. Una breve riflessione sul passaggio di consegne dall'ICO all'UNESCO.....	105
3. "È nello spirito degli uomini che devono essere poste le difese della pace": la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO).....	107
3.1 La struttura dell'UNESCO: organi, funzioni e competenze.....	112
3.2 Il settore "Cultura".....	119
4. La Convenzione dell'Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali nei conflitti armati: origini e ambito di applicazione.....	129
4.1 La nozione di "bene culturale".....	136
4.2 Gli obblighi previsti dalla Convenzione: la protezione generale e la protezione speciale.....	142
4.3 Il Secondo Protocollo.....	155
5. Verso la nozione di "patrimonio culturale".....	160

6. Cenni introduttivi sulla Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972.....	164
6.1 Le origini storico-giuridiche della Convenzione.....	166
6.2 La nozione di “patrimonio dell’umanità” e l’evoluzione del concetto di “patrimonio culturale”.....	175
6.2.1 I “paesaggi culturali”.....	179
6.2.2 Segue: il requisito di “eccezionale valore universale”.....	182
6.3 Il sistema di protezione previsto dalla Convenzione.....	188
6.4 La cancellazione di un bene dalla WHL.....	199
6.5 L’impatto della Convenzione del 1972 sull’evoluzione della protezione internazionale dei beni culturali: alcuni spunti critici e considerazioni conclusive.....	204
7. Dal patrimonio monumentale alle tradizioni orali: la Convenzione UNESCO del 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale.....	211
8. La protezione della cultura nell’epoca della globalizzazione, tra “eccezione culturale” e “diversità culturale”.....	216
8.1 La Convenzione UNESCO del 2005 per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali.....	222
8.2 Il rapporto tra la diversità culturale e la tutela dei diritti fondamentali.....	233
9. Conclusioni.....	235

CAPITOLO 3 – LA NOZIONE DELLA CONSUETUDINE INTERNAZIONALE. RECENTI SVILUPPI

1. Introduzione. Il valore della consuetudine nell’evoluzione dinamica del diritto internazionale.....	237
2. Alcune considerazioni introduttive sulla nozione di consuetudine internazionale e le teorie relative alla sua formazione.....	239

3. La definizione di consuetudine nell'articolo 38, par. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.....	246
4. La concezione dualistica e gli elementi costitutivi della consuetudine: la prassi (<i>usus</i> o <i>diuturnitas</i>) e l' <i>opinio juris sive necessitatis</i>	252
4.1 Le conclusioni della Commissione del diritto internazionale (CDI) sugli elementi costitutivi della consuetudine.....	260
5. La prassi (<i>diuturnitas</i>) e i suoi requisiti. Il fattore temporale.....	267
5.1 La generalità della prassi.....	274
5.2 Sempre in tema di generalità: la posizione della CDI.....	278
5.3 Le manifestazioni della prassi e il ruolo degli Stati e delle Organizzazioni internazionali nella sua formazione.....	282
6. L'elemento psicologico: l' <i>opinio juris sive necessitatis</i>	292
7. Il valore dei trattati e delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali nell'identificazione delle norme consuetudinarie.....	300
8. Il ruolo della giurisprudenza dei tribunali nazionali e internazionali e della dottrina.....	309
9. La regola del <i>persistent objector</i> nelle Conclusioni della CDI.....	314
10. Il fattore temporale nella formazione della consuetudine. La teoria dei " <i>Grotian Moments</i> ".....	319
11. Riflessioni conclusive.....	328

CAPITOLO 4 – IL PROGRESSIVO RICONOSCIMENTO DEL VALORE FONDAMENTALE DEL PATRIMONIO CULTURALE PER LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Introduzione: il nuovo approccio della Comunità internazionale nella prevenzione e repressione delle minacce al patrimonio culturale.....	332
---	-----

SEZIONE 1 – IL SUPPORTO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED INTERNAZIONALE NELL’AFFERMAZIONE DELLA PROTEZIONE DEI BENI CULTURALI

1. Introduzione.....	336
2. La tutela del patrimonio culturale nazionale e il rispetto della sua integrità nella giurisprudenza dei tribunali nazionali: il caso <i>Barakat</i> davanti alla Corte d’Appello di Londra (2007).....	343
2.1 La sentenza 3154 del 2008 da parte del Consiglio di Stato sul caso della <i>Venere di Cirene</i> e l’obbligo di restituzione dei beni culturali trafugati nel corso di un conflitto armato.....	352
3. Il contributo della giurisprudenza internazionale nel riconoscimento del patrimonio culturale come valore fondamentale dei popoli.....	366
3.1 L’evoluzione della tutela giurisdizionale del patrimonio culturale nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale e della Corte internazionale di giustizia.....	368
3.2 Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla liceità della minaccia o dell’uso delle armi nucleari (1996) e la <i>dissenting opinion</i> del giudice Weeramantry: la protezione del patrimonio culturale nell’interesse delle generazioni future.....	375
3.3 Il caso del <i>Tempio di Preah Vihear</i> davanti alla Corte internazionale di giustizia. Le Convenzioni UNESCO come nuovo <i>jus gentium</i> nella <i>separate opinion</i> del giudice Cançado Trindade.....	383
3.4 La protezione dei beni culturali e l’ambigua posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo: il caso <i>Ahunbay et al c. Turchia</i> (2019).....	397
3.5 L’esempio virtuoso della giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti.....	413

SEZIONE 2 - PATRIMONIO CULTURALE E DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE: IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA E IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA DELL’ONU

1. Introduzione.....	426
2. La distruzione dei beni culturali e il suo inquadramento tra i crimini internazionali. Percorso storico e caratteristiche di questa fattispecie criminosa.....	427
2.1 Il quadro normativo internazionale in materia di distruzione intenzionale del patrimonio culturale.....	434
2.2 La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come crimine di guerra. 437	
2.2.1 Il contributo della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia.....	440
2.2.2 Un altro caso di scuola in materia di distruzione dei beni culturali come crimine di guerra: la sentenza <i>Al Mahdi</i> della Corte penale internazionale.....	445
2.3 La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come crimine contro l'umanità nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia.....	450
2.3.1 Alcune considerazioni critiche sulla sentenza <i>Al Mahdi</i>	458
2.4 La distruzione del patrimonio culturale come prova del crimine di genocidio. Il dibattito sul “genocidio culturale”, dalla Convenzione del 1948 alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia e della Corte internazionale di giustizia.....	460
3. La distruzione dei <i>Buddha di Bamiyan</i> nel 2001 da parte del regime talibano. Alcuni cenni introduttivi.....	468
3.1 La cornice storica.....	470
3.2 I profili giuridici.....	473
3.3 La Dichiarazione UNESCO del 2003 e la decisione della Commissione Reclami Eritrea-Etiopia sulla <i>Stele di Matara</i>	480
4. I danni deliberati al patrimonio culturale come minaccia alla pace: il ruolo del Consiglio di sicurezza dell'ONU.....	487
5. Alcune riflessioni conclusive.....	495

CONCLUSIONI

1. La distruzione intenzionale del patrimonio culturale, tra violazione dei diritti umani e offesa contro l'intera umanità.....	499
2. Il divieto di distruzione intenzionale del patrimonio culturale quale norma di diritto internazionale generale.....	507
3. Riflessioni conclusive.....	515

BIBLIOGRAFIA DI CONSULTAZIONE E DI RIFERIMENTO

Articoli e monografie.....	519
Giurisprudenza – Indice dei casi.....	554
Convenzioni internazionali.....	561
Atti di <i>soft law</i>	562
Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU.....	565
Altri documenti.....	565
ABSTRACT	567

INTRODUZIONE

La protezione dei beni culturali rappresenta una delle grandi sfide del mondo contemporaneo, a causa delle immense implicazioni che la cultura, in tutte le sue innumerevoli manifestazioni tangibili e intangibili, ha sul piano politico, economico e sociale. La difesa e la sopravvivenza del patrimonio culturale, oggi più che mai, sono al centro del dibattito internazionale, soprattutto alla luce delle continue minacce alle quali questi beni sono esposti. La guerra, in particolare, costituisce ancora oggi la situazione di maggiore emergenza e pericolo, nonché il contesto di attacchi precisi e intenzionali, dettati dalla lucida volontà di colpire i beni culturali nei valori che essi incarnano, poiché rappresentano l'anima e l'identità di un popolo. La pratica della distruzione intenzionale dei beni culturali, che letti nella prospettiva di veicoli di valori acquistano un significato che trascende la loro dimensione materiale, ha radici storiche molto profonde, pur essendo ancora così attuale. Già nell'antichità, la distruzione di una città e dei simboli di una civiltà nemica era una pratica molto diffusa, a causa del suo potere di annientamento e sottomissione. Esempi noti sono la conquista e la distruzione di Cartagine nel 146 a. C. da parte di Scipione l'Africano, che con il suo esercito fece scempio della città punica allo scopo di cancellare qualsiasi traccia della sua memoria e della civiltà che vi era vissuta; e così pure la distruzione del tempio di Serapide, ad Alessandria d'Egitto, ordinata dall'imperatore romano Teodosio nel 391 d. C. per eliminare le ultime manifestazioni di paganesimo di fronte al dominio incontrastato del Cristianesimo, ormai divenuto la religione ufficiale dell'Impero.

Sul valore della distruzione dei simboli culturali come strumento per l'annientamento e la mortificazione di una civiltà si è soffermato anche NICCOLÒ MACCHIAVELLI, che nella sua opera più famosa, *Il Principe* (1513), scriveva: «Perché, in verità, non ci è modo sicuro a possederle altro che la rovina. E chi diviene padrone di una città consueta a vivere libera, e non la disfaccia, aspetti di essere disfatto da quella». Il Novecento, inoltre, con l'immenso carico di tragedie umanitarie che, come un cavo elettrico, l'hanno attraversato, è stato il palcoscenico di numerosi atti di distruzione del patrimonio culturale, nonché anticamera per le nuove forme di vandalismo e barbarie che attualmente affliggono le regioni del Medio Oriente e non solo. Oggi la

cultura è il vero campo di battaglia, oltre ad essere uno strumento potentissimo per la garanzia dei diritti fondamentali dei popoli: come del resto notava il politologo SAMUEL P. HUNTINGTON, nel suo celebre *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, con il tramonto delle grandi ideologie a seguito della caduta del Muro di Berlino, il contrasto tra culture diverse sarebbe diventato la principale causa dei conflitti del XXI secolo¹.

Nonostante già nel XVI e XVII secolo il danno e, soprattutto, la sottrazione dei beni culturali durante un conflitto armato venissero percepiti come condotte riprovevoli, grazie all'opera di eminenti giuristi come UGO GROZIO e ALBERICO GENTILI, il diritto internazionale pubblico ha iniziato a mostrare concreto interesse per la loro tutela solo a cavallo tra il XIX e il XX secolo, anche se con una portata circoscritta ai conflitti armati internazionali. Si è trattato, tuttavia, di un primo segnale che ha condotto a numerose conquiste sia con riguardo alla tutela garantita ai beni culturali, quest'ultima estesa anche al tempo di pace; sia a un'evoluzione dello stesso concetto di "bene" e, successivamente, di "patrimonio", sempre più elaborato e ricco di sfumature. Ciò ha reso il diritto internazionale relativo alla protezione dei beni culturali un settore, per quanto recente, particolarmente dinamico, grazie soprattutto all'istituzione nel 1945 dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – UNESCO) e al suo ruolo di coordinatrice della cooperazione internazionale relativa alla protezione di ogni forma di cultura.

Nonostante l'intenso processo evolutivo che ha caratterizzato la disciplina internazionale in materia, segnato in particolare dall'adozione di alcune importanti convenzioni UNESCO, restano numerose le sfide che la comunità degli Stati è chiamata ancora ad affrontare, soprattutto a fronte dello sciagurato fenomeno della distruzione deliberata dei beni culturali, che rappresenta un attentato all'identità e ai valori fondamentali incarnati nel concetto stesso di patrimonio culturale. Minacce di questo tipo, che spesso si traducono in gravi violazioni dei diritti fondamentali, rendono necessaria una rilettura della normativa internazionale riguardante la protezione del patrimonio culturale, capace di aprirsi a nuove prospettive di tutela

¹ S. P. Huntington, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale. Il futuro geopolitico del pianeta*, Garzanti, Milano, 2000, p. 17: «In questo nuovo mondo i conflitti più profondi, laceranti e pericolosi non saranno quelli tra classi sociali, tra ricchi e poveri o tra altri gruppi caratterizzati in senso economico, bensì tra gruppi appartenenti ad entità culturali diverse».

che non siano limitate al bene in quanto tale, ma che guardino ad altri settori del diritto internazionale, *in primis* quello dei diritti fondamentali. E non è un caso che nel Preambolo dello Statuto di Roma, con il quale è stata istituita la Corte penale internazionale, la necessità di proteggere la cultura di ogni popolo venga messa in primo piano; divenendo, in questo modo, uno dei supremi obiettivi ad ispirare la repressione dei crimini internazionali che la Corte è chiamata a giudicare².

L'ultimo ventennio ha visto una crescente attenzione, da parte della Comunità internazionale, verso la protezione del patrimonio culturale, frutto di una maturata consapevolezza della sua importanza nel quadro della tutela dei diritti fondamentali, in particolare delle minoranze e dei popoli indigeni. Tuttavia, nonostante la Comunità internazionale disponga oggi di un massiccio e solido *corpus* di norme scritte, costituito da un numero non indifferente di convenzioni internazionali e atti di *soft law* dedicati alla tutela del patrimonio culturale in tutte le sue manifestazioni, rimane ancora poco chiara l'esistenza e la portata di una regola consuetudinaria che protegga questo patrimonio culturale in ogni circostanza, sia in tempo di pace che in tempo di guerra, in particolare dalle forme più odiose di distruzione intenzionale.

L'obiettivo del presente lavoro è inquadrare e valutare, in maniera critica, tutti gli strumenti di cui il diritto internazionale pubblico dispone per far fronte al fenomeno della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, allo scopo di verificare la presenza, o l'eventuale stato di formazione, di una norma consuetudinaria che proibisca tali azioni distruttive, sia all'interno di un conflitto armato che in tempo di pace.

Partendo dalle convenzioni internazionali in materia, gli strumenti di *soft law* e il contributo della giurisprudenza e della dottrina, ed esaminando l'applicazione di questo sistema di tutela agli episodi concreti di distruzione, si intende dimostrare come il diritto internazionale dei beni culturali non costituisca un "mondo a sé", ma vada urgentemente e in maniera costante riletto alla luce della disciplina dei diritti umani; allo scopo di sottolineare i profondi legami che sussistono tra il patrimonio culturale, soprattutto nei suoi significati intangibili, e l'identità culturale e spirituale, ossia i valori fondamentali che esso incarna. Tale cambio di prospettiva permetterebbe di inquadrare, in maniera più congeniale, la reale entità del danno

² Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (17 luglio 1998), Preambolo: «[...] Consapevoli che tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto [...]».

deliberato e animato da spinte discriminatorie verso i beni culturali, riconoscendo in esso, prima di tutto, una violazione della dignità e dei diritti umani, dunque un crimine contro l'umanità. L'analisi poggerà sostanzialmente su tre pilastri fondamentali: il passaggio dal concetto di "bene culturale" alla nozione più ampia e dinamica di "patrimonio culturale"; il progressivo riconoscimento e consolidamento del suo valore fondamentale per la Comunità internazionale; l'inquadramento della distruzione intenzionale dei beni culturali tra i *crimina juris gentium*, in particolare grazie al prezioso contributo della giurisprudenza penale internazionale.

L'indagine avrà la seguente struttura. Il Capitolo Primo propone una ricognizione dell'origine e dello sviluppo della protezione dei beni culturali attraverso le diverse fasi della Storia, a partire dal mondo classico fino al secondo dopoguerra. Questa analisi è volta a illustrare il difficile cammino giuridico della tutela dei beni culturali, in particolare dagli effetti disastrosi dei conflitti armati, per secoli afflitti dall'applicazione indiscriminata dello *ius predae*. Questo serve a mostrare le asperità del processo di affermazione giuridica dei beni culturali all'interno dell'ordinamento internazionale, a partire dalle prime codificazioni del diritto internazionale umanitario (le Conferenze dell'Aja del 1899 e del 1907) e i deboli tentativi di proteggere i beni culturali dalla furia di conflitti armati che non avevano più nulla di umano. Il Capitolo ripercorre gli anni delle devastazioni avvenute durante la Prima Guerra Mondiale e l'olocausto culturale fatto di saccheggi e distruzione messo in atto dalla macchina nazista durante il Secondo Conflitto, che ha portato alle storiche condanne del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. Questa esposizione serve a contestualizzare la cornice storica in cui si insediò l'UNESCO, con la quale si inaugura il sistema giuridico internazionale per la protezione dei beni culturali.

Il Capitolo Secondo esamina l'origine e lo sviluppo del diritto internazionale in materia, attraverso lo studio del concetto giuridico di "bene culturale" e le diverse fasi della sua evoluzione. Un ruolo centrale in questa prima analisi sarà dedicato all'UNESCO, la cui istituzione ha appunto rappresentato un rivoluzionario momento di svolta, inaugurando la stagione delle grandi convenzioni dedicate ai beni culturali. Tra queste ne vanno segnalate due in particolare, che ancora oggi costituiscono i cardini di questa disciplina: la Convenzione de L'Aja del 1954, ossia il primo strumento normativo internazionale specificamente dedicato alla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, che oltre a introdurre una precisa regolamentazione sul rispetto e la salvaguardia di questi beni durante le operazioni

belliche, ha aperto la strada a un nuovo modo di percepire il bene culturale appartenente a qualsiasi popolo come elemento di un patrimonio comune dell'umanità; assegnando in tal modo un valore universale, non solo locale, al danno arrecato. Questo momento di consapevolezza dell'importanza universale dei beni culturali, reso con forza nel Preambolo della Convenzione del 1954, rappresenta il vero esordio della tutela della cultura, pur nella sua forma ancora solo tangibile, come tema di interesse da parte del diritto internazionale. La drammatica esperienza della guerra nei Balcani all'inizio degli anni Novanta ha reso necessaria una revisione della disciplina vigente, culminata nell'approvazione nel 1999 del Secondo Protocollo alla Convenzione de L'Aja, che ha introdotto provvedimenti più rigorosi, soprattutto in materia penale.

Il secondo cardine di questa disciplina è la Convenzione UNESCO del 1972 sul patrimonio culturale e naturale mondiale. Questa convenzione ha segnato un nuovo punto di rottura con il passato e l'ingresso di questa branca del diritto internazionale nella sua fase della maturità, aprendo la strada a nuove prospettive di sviluppo del concetto di "cultura", oltre all'introduzione di un sistema di protezione in tempo di pace. Con l'Accordo del 1972 si assiste al passaggio dalla nozione di "bene culturale" (*cultural property*) alla nuova nozione di "patrimonio culturale" (*cultural heritage*), dove il rispetto di complesse prerogative che vanno a definire *l'outstanding universal value* di un bene consentono a quest'ultimo di essere riconosciuto "patrimonio dell'umanità"; dunque non più appannaggio esclusivo degli ordinamenti nazionali, ma questione essenziale che coinvolge l'intera comunità umana; riducendo in questo modo la distanza tra specifici interessi nazionali ed esigenze di tutela internazionale, sempre nel rispetto dei delicati equilibri garantiti dal principio della sovranità degli Stati. L'estensione delle funzioni dell'UNESCO al settore ambientale, attraverso l'inserimento del "patrimonio naturale" tra le tipologie di patrimonio dell'umanità, ha significato un'ulteriore conquista della Convenzione del 1972, suggerendo la volontà di avvicinare la protezione del patrimonio culturale alla tutela dell'ambiente, in vista di un approccio più organico e meno settoriale alla materia. Tale intenzione è inoltre pienamente espressa dalla presenza di alcuni significativi riferimenti alle componenti intangibili del patrimonio, che saranno fonte di ispirazione e di adeguato approfondimento in due successive convenzioni UNESCO: la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (2003), e la Convenzione per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni

culturali (2005). Queste rappresentano attualmente l'apice raggiunto dalla disciplina internazionale in materia. Grazie ad esse il concetto di patrimonio culturale si arricchisce di ulteriori significati, riguardanti perlopiù le sue caratteristiche intangibili, consentendone dunque una lettura che, libera dalla stretta della dimensione prettamente materiale del bene, sfuma nella sfera dei diritti fondamentali.

Con il Capitolo Terzo la ricerca si sposta sulla nozione di consuetudine internazionale e i più recenti sviluppi in tema di identificazione delle regole consuetudinarie, sulla base delle *Draft conclusions on identification of customary international law* del 2018 della Commissione del diritto internazionale (CDI).

L'indagine, in questo caso, si sofferma prevalentemente sull'accertamento dei due tradizionali elementi costitutivi di una norma consuetudinaria e i loro requisiti: una prassi generale (*usus*), vale a dire la condotta degli Stati e delle organizzazioni internazionali, e l'*opinio juris sive necessitatis*, ossia la consapevolezza della sua obbligatorietà giuridica. Prendendo spunto dalle Conclusioni della CDI, l'analisi del processo di accertamento di una regola consuetudinaria ha l'obiettivo di indicare gli strumenti idonei per individuare ed eventualmente ricostruire il contenuto di tale regola, sulla base delle diverse manifestazioni della prassi e con il prezioso supporto dei mezzi sussidiari per la determinazione delle consuetudini, che comprendono le pronunce dei tribunali internazionali e i contributi della dottrina. Questo passaggio metodologico si rivela indispensabile per accertare l'esistenza di norme consuetudinarie in materia di protezione del patrimonio culturale.

Il Quarto Capitolo è dedicato all'analisi della prassi giurisprudenziale, sia nazionale che internazionale, che nel corso degli anni ha fornito un grande contributo nell'applicazione delle norme internazionali sui beni culturali, offrendo in certi casi preziosi spunti per l'individuazione di regole consuetudinarie. Proprio la varietà di casi in cui sono state sollevate questioni culturali ha messo in luce le numerose intersezioni che la disciplina sul patrimonio culturale riesce ad avere con altri settori del diritto internazionale, che comprendono il diritto internazionale umanitario, il diritto internazionale penale, il settore degli investimenti e la protezione dei diritti umani. Questa capacità di interagire trasversalmente con le altre discipline internazionalistiche è il segnale più potente dei benefici che un'applicazione più organica delle norme internazionali sui beni culturali apporterebbero a questo settore, anche a fronte degli episodi di violenza contro il patrimonio culturale che continuano a ripetersi nella nostra epoca.

La prassi degli ultimi decenni, infatti, ha fatto registrare diversi casi di distruzione di beni culturali provocati intenzionalmente, guidati da una mentalità discriminatoria che ha portato, talvolta, alla configurazione del crimine definito di “persecuzione culturale”. In tali circostanze, la giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, a cominciare da quello istituito per giudicare i crimini commessi nel territorio dell'ex-Jugoslavia, ha riscontrato che il vero obiettivo di queste condotte non è il bene in quanto tale, ma le comunità umane per le quali il bene colpito possiede un profondo significato simbolico ed identitario. Gli esempi più significativi di queste condotte sono la distruzione del ponte di Mostar, nonché di numerosi edifici storici e religiosi, durante la guerra nei Balcani; la demolizione dei Buddha di Bamiyan ad opera del regime talibano in Afghanistan nel 2001. Tra gli episodi più recenti vanno ricordati la distruzione dei mausolei a Timbuctù nel 2012, ordinata dal gruppo fondamentalista Ansar Dine per imporre la *sharia* nel territorio del Mali; la distruzione del sito archeologico di Palmira, della quale si sono resi responsabili i fondamentalisti dell'Isis.

A fronte di questi episodi di distruzione, la Comunità internazionale ha reagito con vigore e in maniera compatta, attraverso dichiarazioni ufficiali di condanna, l'adozione di risoluzioni *ad hoc* da parte dell'Assemblea generale dell'ONU e degli organi dell'UNESCO, l'avvio di procedimenti penali per punire i responsabili di questi atti, e l'intervento anche del Consiglio di Sicurezza nel momento in cui queste condotte, spesso riconducibili ad azioni terroristiche, finiscono per configurare una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.

Tra gli episodi richiamati, ai fini della presente indagine, la distruzione deliberata e pianificata dei Buddha di Bamiyan rimane emblematica, poiché ha rappresentato il momento in cui la comunità degli Stati ha assistito ad un esempio clamoroso di attacco al patrimonio culturale quale strumento per colpire e mortificare l'identità e le tradizioni di una determinata comunità, con violazione di diritti fondamentali quali il divieto di non discriminazione e il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti. Nonostante non siano stati presi provvedimenti sanzionatori specifici, né per quanto riguarda i profili di responsabilità internazionale del governo afghano, né sotto il profilo della responsabilità penale in capo agli autori materiali della distruzione, questo episodio, rimasto tragicamente impunito, ha offerto diversi spunti di approfondimento e riflessione alla dottrina internazionale, che ha sollevato numerose considerazioni relative all'entità delle violazioni commesse.

Lo stretto legame tra la salvaguardia del patrimonio culturale tangibile, rispetto dei diritti umani e promozione dell'identità culturale delle minoranze ha avuto inoltre una parte fondamentale nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul caso del *Tempio di Preah Vihear* del novembre 2013, grazie soprattutto al prezioso contributo del giudice ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. Questi, nella sua *separate opinion*, ha messo in evidenza come la salvaguardia del patrimonio culturale non possa prescindere dalla considerazione di alcuni elementi essenziali, riassumibili in "territory, people and human values"; solo tenendo conto dei molteplici aspetti in discussione, riguardanti i diritti umani sia individuali che collettivi, è possibile cogliere la vera essenza della distruzione di un bene culturale ricco di valori simbolici e il grave pregiudizio arrecato a quelli che vengono definiti gli *spiritual needs* delle comunità direttamente lese. Motivo per cui il valore fondamentale del patrimonio culturale, intorno al quale la Comunità internazionale sembrerebbe ormai consolidarsi, lo rendono, in molti casi, uno strumento per la salvaguardia degli interessi della persona umana.

Sempre il Quarto Capitolo, infine, analizza la progressiva affermazione della distruzione del patrimonio culturale come crimine internazionale, e come questa sia un tassello fondamentale della complessa trasformazione del concetto di "bene culturale". Partendo dalla giurisprudenza penale internazionale in materia, e sulla base degli episodi precedentemente richiamati, si ripercorrono le tappe dell'evoluzione di questa fattispecie criminosa, mettendone in luce le lacune e le criticità. In particolare, vengono esaminati due momenti topici dell'argomento in questione: l'esperienza della guerra nei Balcani e il contributo del Tribunale Speciale per l'ex-Jugoslavia, che per primo ha condannato le devastazioni occorse durante il conflitto come crimini di guerra; e la sentenza sul caso *Al Mahdi* da parte della Corte Penale Internazionale per le sciagurate distruzioni dei mausolei a Timbuctù. Dall'analisi condotta si vuole rilevare come il riconoscimento della deliberata distruzione del patrimonio culturale tra le fattispecie dei crimini di guerra sia un'indubbia conquista del diritto internazionale, che però ancora mal si adegua alla *ratio* sempre più diffusa tra gli episodi di minaccia ai beni culturali, consistente nell'intento discriminatorio rappresentato dalla volontà di mortificare le comunità che si riflettono nel patrimonio distrutto.

A tal proposito, le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza riguardanti l'esatta natura del crimine in questione hanno ravvisato, in presenza di determinate

condizioni, elementi che avvicinano la distruzione intenzionale di beni culturali alla categoria dei crimini contro l'umanità; possibilità questa che meglio risponde alle caratteristiche attuali del fenomeno in questione, ponendo in rilievo il tema centrale di questo lavoro, ossia il legame indissolubile tra patrimonio culturale e diritti fondamentali, su cui si concentrano le conclusioni dell'indagine svolta.

CAPITOLO PRIMO

UNO SGUARDO SULLE ORIGINI STORICHE DELLA PROTEZIONE DEI BENI CULTURALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I primi passi: dal mondo classico al pensiero di Ugo Grozio – 3. L'epoca dei Lumi e il Congresso di Vienna – 4. Il Codice Lieber (1863) – 5. La Dichiarazione di Bruxelles del 1874 e l'*Oxford Manual* del 1880 – 6. Il periodo tra il XIX e il XX secolo: le Conferenze dell'Aja del 1899 e del 1907 e la codificazione del diritto internazionale umanitario – 6.1 La tutela dei beni culturali e l'assenza di una loro definizione nelle Convenzioni dell'Aja del 1907 e nei Regolamenti annessi – 7. La distruzione culturale ai tempi della Prima Guerra Mondiale e il problema della necessità militare. L'esperimento de "La Croix d'Or" – 8. Il periodo tra le due Guerre: le *Hague Rules* del 1922 – 8.1 La cooperazione intellettuale nella Società delle Nazioni e la Conferenza di Atene del 1931 – 8.2 Il Patto Roerich (1935) – 8.3 La *Preliminary Draft International Convention for the Protection of Historic Building and Works of Art in Time of War* del 1936 – 9. La Seconda Guerra Mondiale e la fine della tutela internazionale dei beni culturali – 9.1 L'olocausto culturale: la distruzione dell'Europa ad opera delle Forze dell'Asse e delle Forze Alleate – 9.2 Il grande saccheggio di beni culturali da parte della Germania nazista. L'*Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg* – 9.3 L'azione degli Alleati per limitare i danni al patrimonio culturale: la Dichiarazione di Londra del 1943 e il contributo dei *Monuments Men* – 9.4 Alcuni cenni sul contributo del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e la condanna di Alfred Rosenberg per il saccheggio di beni culturali – 10. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Lo studio del fenomeno della distruzione dei beni culturali e dell'impatto che esso produce sulla vita degli individui e delle comunità presuppone un punto di partenza imprescindibile. Se si vuole comprendere l'effettiva portata delle azioni criminose dirette contro la cultura, e il loro attuale inquadramento all'interno del diritto internazionale, è necessario (o meglio inevitabile) prendere le mosse dall'oggetto di queste condotte, ossia il bene culturale, identificandone il significato e il valore che oggi detiene all'interno della Comunità internazionale. Ciò risulta indispensabile anche per conoscere il percorso storico e normativo della tutela del patrimonio

culturale nel diritto internazionale. La nozione di “bene culturale” è, in altre parole, la chiave per capire questa particolare, ed estremamente articolata e affascinante, disciplina internazionalistica.

Esistono davvero pochi esempi, nella storia del diritto internazionale contemporaneo, paragonabili alla progressiva evoluzione del concetto giuridico di “bene culturale” e al corrispondente sviluppo delle norme internazionali dedicate alla sua tutela. Il processo evolutivo di questo concetto, soprattutto nel passaggio da “bene culturale” a “patrimonio culturale”, come vedremo, ha letteralmente scandito le principali tappe normative relative alla sua identificazione e protezione, trasformando le regole per la sua tutela in un settore del diritto internazionale complesso, articolato e in costante evoluzione, nel tentativo di adeguarle ai continui mutamenti sociali, storici e politici e soprattutto ai fenomeni che minacciano la sopravvivenza di questo “patrimonio culturale” in tutte le sue varietà e manifestazioni, a cominciare dai conflitti armati. Tuttavia, ed è bene specificarlo fin da ora, l’idea che i beni di interesse artistico, storico o culturale richiedano una tutela speciale da parte del diritto internazionale, sia in tempo di pace che in tempo di guerra, è relativamente recente. Anzi, fino a metà del XVIII secolo gli atti stessi di distruzione e saccheggio di beni culturali durante i conflitti armati, o nel corso di un’occupazione militare, erano generalmente tollerati dalla teoria e dalla pratica internazionale.

Solo a partire dalla seconda metà del XIX secolo iniziarono a fare la loro comparsa le prime norme internazionali dedicate alla protezione dei beni culturali, in particolare all’interno delle prime convenzioni di diritto internazionale umanitario. Non è sbagliato affermare, a questo proposito, che la tutela internazionale dei beni culturali e le regole per contenere la violenza distruttiva dei conflitti armati sono, in buona sostanza, nate insieme. Purtroppo questi primi tentativi di proteggere monumenti, musei e altri siti di interesse culturale dai conflitti armati si rivelarono del tutto inadeguati, anche a causa della genericità di un dispositivo fin troppo approssimativo, soprattutto di fronte alla spaventosa furia di due guerre mondiali. Ma se da un lato i conflitti che piegarono il mondo nella prima metà del Novecento furono il *ground zero* della distruzione del patrimonio monumentale e architettonico su larga scala, dall’altro rappresentarono anche un nuovo ed unico punto di partenza per la Comunità internazionale, costretta a reinventarsi e ripensarsi come sistema complesso di Stati sovrani chiamati a cooperare per il perseguimento di interessi universali, tra cui la protezione dei beni culturali.

Il presente capitolo intende ricostruire l'evoluzione storica della tutela internazionale dei beni culturali, ripercorrendo le fasi più significative di questo processo, dal mondo antico fino alla fine della Seconda Guerra Mondiale. Si tratta di un'analisi necessaria per comprendere, oltre all'evoluzione della nozione di "bene culturale", anche le condizioni storiche che hanno portato all'attuale disciplina giuridica internazionale in materia di cultura, e che trova il proprio epicentro nel sistema UNESCO.

2. I primi passi: dal mondo classico al pensiero di Ugo Grozio

Nei tempi antichi, non esistevano norme di diritto internazionale umanitario che riconoscessero una qualche tutela per i beni culturali, o che perlomeno ne proibissero la distruzione e il saccheggio. Al contrario, le proprietà dei territori occupati erano considerate un legittimo bottino che spettava alle potenze vincitrici, e la distruzione dei beni culturali era vista come un'inevitabile conseguenza della guerra (si pensi alle condotte dei Romani e dei Goti, nonché alla celebre frase di MARCO PORCIO CATONE «*ceterum censeo Carthaginem esse delendam*», con la quale si proclamava la necessità di distruggere Cartagine)¹. Questo diffuso atteggiamento permissivo incontrava l'opposizione di alcune autorevoli voci che, per quanto isolate, spingevano a riflettere sul significato etico di questi atti: già nell'antica Grecia, queste particolari condotte distruttive, soprattutto quando erano rivolte contro i templi e altri luoghi sacri e di culto, erano denunciate come riprovevoli da alcuni filosofi, tra cui lo storico POLIBIO di Megalopoli (206–124 a. C.), il quale fu tra i primi teorizzatori dell'esistenza di un diritto bellico e testimone, contemporaneamente, della sua infrazione².

¹ Si veda Plutarco, *Vita di Catone*, in Plutarco, *Focione e Catone, Dione e Bruto, Emilio e Timoleonte, Sertorio e Eumene* (a cura di M. L. Amerio e D. P. Orsi), vol. 3, UTET, Torino, 2010.

² Nelle sue *Storie* egli scrive: «a far sottrarre ai nemici e a distruggere fortezze, porti, città, uomini, navi, raccolti e altre cose del genere attraverso cui si possono rendere più deboli i nemici e più forti le proprie condizioni e i propri progetti, a questo costringono le leggi e il diritto di guerra; ma come non si può dire che sia opera di un carattere e di un animo rabbioso la rovina inutile di templi, e oltre a ciò di statue e di tutte le opere del genere, senza che per la guerra in corso sia possibile procurare alcun vantaggio per la propria situazione né alcuna perdita per i nemici? Bisogna infatti che gli uomini retti facciano la guerra a coloro che hanno sbagliato non per distruggerli ed annientarli, ma per correggerne e ripararne gli errori, e che non uccidano insieme a coloro che hanno compiuto ingiustizia anche coloro che non ne hanno commesso affatto, ma piuttosto salvino e liberino insieme a quelli innocenti anche coloro che sembrano colpevoli». Pol. V 11, 3-5, in *Le Storie di Polibio da Megalopoli, volgarizzate sul testo greco dello Schweighauser e corredate di note dal dottore I. Kohen*, Vol. III, Torino, 1834, p. 19. Anche i membri delle forze armate percepivano, in certi casi, la necessità di proteggere il patrimonio culturale e sottrarlo alle violenze inutili della guerra: resta celebre, a tal proposito, l'episodio della lettera inviata da Belisario, generale dell'imperatore bizantino Giustiniano,

Il fenomeno della distruzione e del saccheggio di beni culturali è rimasto particolarmente diffuso anche nel Medioevo, benché mitigato dai primi timidi segnali di interesse verso la protezione di oggetti e luoghi sacri. Gli atti di distruzione di città, villaggi, castelli e luoghi di culto condotti dai crociati durante la conquista del Medio Oriente spinsero la Chiesa Cattolica a intervenire sul tema, nel tentativo di contenere gli effetti devastanti della guerra, soprattutto a danno dei luoghi sacri. A tal proposito, nel 989 d. C. si tenne il Concilio di Charroux, durante il quale venne proclamata la protezione dei luoghi di culto, in virtù della loro sacra natura, e la minaccia di scomunica per chiunque danneggiasse o rubasse beni ecclesiastici. Tuttavia, le continue ruberie e i sistematici episodi di distruzione ai danni di monumenti, chiese, palazzi e altri beni di valore storico e artistico che caratterizzarono gli anni successivi al sinodo ne decretarono lo scarso successo.

Probabilmente il primo, vero momento di svolta, anche se solo in termini ideologici, può essere individuato nell'epoca del Rinascimento (XVI secolo): la riscoperta del mondo antico e della tradizione classica non fu solo fonte di ispirazione per alcuni dei più grandi artisti della storia, ma portò ad una maggiore comprensione del ruolo dell'arte e della bellezza come strumenti di identità collettiva. A tal proposito, vale la pena ricordare la celebre lettera scritta nel 1519 da RAFFAELLO SANZIO (1483–1520), insieme a Baldassar Castiglione, e indirizzata a papa Leone X, che ancora oggi costituisce un documento eccezionale, e straordinariamente moderno, sull'importanza della salvaguardia del patrimonio artistico, l'osservazione e lo studio dell'arte classica come modello da contrapporre alla modernità e la chiamata al senso di responsabilità per la sua difesa e protezione, in nome della trasmissione della memoria e del passaggio di testimone all'età nuova³. Nella lettera, il maestro urbinato esprime al pontefice il suo rammarico per lo stato di degrado in cui versano a Roma i monumenti antichi, individuandone le cause non solo nelle invasioni delle popolazioni barbariche, ma anche nell'incuria e nella condotta scellerata degli uomini del Medioevo, i quali, insensibili al valore dei resti monumentali, ne hanno fatto scempio smantellando le rovine architettoniche e riducendo in calce le statue per

al re ostrogoto Totila durante l'assedio di Roma del 546 d. C., con la quale cercava di dissuadere quest'ultimo dall'intenzione di dare alle fiamme la Città Eterna, distruggendone così l'immenso patrimonio artistico. L'episodio è ricordato da P. Verri, *Le destin des biens culturels dans les conflits armés. De l'Antiquité à la deuxième guerre mondiale*, in *International Review of the Red Cross*, 1985, vol. 67, n. 753, pp. 127-139.

³ V. Terraroli, *Raffaello. Lettera a papa Leone X*, Skira, Milano, 2020, p. 11.

farne materiale da costruzione, grazie anche alla complicità dei numerosi pontefici che hanno permesso questo disastro⁴. Il rammarico espresso dall'artista diventa poi l'occasione per celebrare il ruolo del pontefice come "protettore delle arti", sotto la cui protezione si può, e si deve, intraprendere l'opera di restauro e ricostruzione della perfezione classica, alla quale l'epoca moderna, superando la barbarie dei secoli oscuri, deve guardare con nostalgia e spirito di imitazione: «Perché come dalla calamità della guerra nasce la distruzione e ruina di tutte le discipline e arti, così dalla pace e concordia nasce la felicità a' popoli, e il laudabile ozio per lo quale ad esse si può dar opera e farci arrivare al colmo dell'eccellenza, dove per lo divino consiglio di Vostra Santità sperano tutti che si abbia da pervenire al secolo nostro»⁵. Questo nuovo umanesimo, costruito sull'assunzione di responsabilità da parte del mondo dell'arte per la salvaguardia di un patrimonio monumentale unico, frammentario e minacciato, ebbe il merito di risvegliare il dibattito sull'argomento, che da lì in poi conobbe un progressivo sviluppo, anche nei secoli successivi. Tra i numerosi studiosi contemporanei di Raffaello che si interessarono al tema della distruzione dei beni culturali, bisogna sicuramente ricordare NICCOLÒ MACHIAVELLI (1469–1527), considerato il precursore della scienza politica moderna, il quale difendeva la pratica della distruzione delle città conquistate proprio perché era un forte sostenitore dell'idea, molto diffusa durante il Rinascimento, che l'arte e la cultura fossero un simbolo efficace di prestigio e potere. Nella sua opera più celebre, *Il Principe*, egli richiama l'esempio dei Romani, che per tenere sotto il proprio potere Capua, Cartagine e Numanzia, le dovettero distruggere: «Perché in verità non ci è modo a possederle altro che la rovina. E chi diviene padrone di una città consueta a vivere libera, e non la disfaccia, aspetti di essere disfatto da quella»⁶.

⁴ «Onde quelle famose opere che oggidì più che mai sarebbero floride e belle, furono dalla scellerata rabbia e crudele impeto de' malvagi uomini, anzi fiere, arse e distrutte: sebbene non tanto che non vi restasse quasi la macchina del tutto, ma senza ornamenti, e, per dir così, l'ossa del corpo senza carne. Ma perché ci doleremo noi de' Goti, Vandali e d'altri tali perfidi nemici, se quelli li quali come padri e tutori dovevano difendere queste povere reliquie di Roma, essi medesimi hanno lungamente atteso a distruggerle? Quanti Pontefici, Padre Santissimo, li quali avevano il medesimo officio che ha Vostra Santità, ma non già il medesimo sapere, né il medesimo valore e grandezza d'animo, né quella clemenza che la fa simile a Dio: quanti, dico, Pontefici hanno atteso a ruinare templi antichi, statue, archi e altri edifici religiosi! Quanti hanno comportato che solamente per pigliar terra pozzolana si sieno scavati dei fondamenti, onde in poco tempo poi gli edifici sono venuti a terra! Quanta calce si è fatta di statue e d'altri ornamenti antichi!». Brano riprodotto in V. Terraroli, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁶ N. Machiavelli, *Il Principe*, Cap. V, *Quomodo Administrandae Sunt Civitates vel Principatus, qui, Antequam Occuparentur, suis legibus Vivebant*.

L'ammonimento rivolto da Machiavelli al "Principe" nasce proprio dalla consapevolezza che la città è la manifestazione dell'identità culturale del popolo che la abita, dunque un elemento strategico decisivo per le sorti di una guerra; motivo per cui, affermando la necessità di distruggere le città nemiche e ciò che rappresentano, egli non fa altro che confermare il valore della cultura di un popolo come condizione essenziale per la sua sopravvivenza.

In linea con il pensiero di Machiavelli, lo stesso ALBERICO GENTILI (1552–1608), uno dei padri del diritto internazionale, legittimava la pratica della distruzione e del saccheggio di beni artistici in tempo di guerra, pur introducendo importanti distinzioni. Egli apre il Capitolo VI del *De iure belli libri tres* (1598) con un'immagine fortemente suggestiva, che non lascia spazio a molti dubbi: «*victos praetera ornamentis spoliare licet*» («d'altro canto, è consentito saccheggiare le opere d'arte degli sconfitti»)⁷. Nonostante questa apertura lapidaria, nelle pagine successive dello stesso capitolo Gentili invita alla moderazione, lodando l'esempio dei capitani dell'antichità che si astenevano dal compiere distruzioni sistematiche del patrimonio artistico e religioso delle città conquistate. Tuttavia, questo suo invito a limitare le azioni distruttive si sviluppa attraverso considerazioni relative a templi, statue ed immagini sacre; mentre per quanto riguarda i beni artistici in senso letterale, la sua posizione rimane alquanto decisa, come risulta dalla dura ripresa del Capitolo VII: «*de aliis rebus non sacris nulla dubitatio est quin rapi a victore possint*». Ad ogni modo, la capacità di Gentili di distinguere tra beni culturali in senso proprio e beni di interesse religioso rappresenta una delle sue più importanti intuizioni in materia, che secoli dopo diverrà un tema centrale, e ancora dibattuto, all'interno della disciplina internazionale per la protezione dei beni culturali⁸.

A partire dalla seconda metà del XVII secolo si iniziano a intravedere alcune importanti novità, che testimoniano una maggiore sensibilità verso la protezione dei beni culturali nei contesti bellici, attraverso la formazione di una prassi consuetudinaria che spinge le parti belligeranti a delegittimare gradualmente la pratica del diritto di preda⁹. Il rispetto e l'eventuale restituzione dei beni di proprietà

⁷ A. Gentili, *De iure belli libri tres*, Libro III, Cap. VI.

⁸ L. Zagato, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati: il rapporto tra diritto generale e accordo nel solco del secondo Protocollo 1999*, in *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Atti del Convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana (San Ginesio, 22-23 settembre 2006)*, Milano, 2008, p. 342.

⁹ T. Tampieri, *La vendita di opere d'arte, fra tutela e mercato*, CLUEB, Bologna, 2006, p. 28.

degli Stati, come gli archivi, le biblioteche nazionali e le collezioni d'arte, divennero infatti oggetto di disposizioni specifiche all'interno di alcuni trattati di pace, come i celebri trattati di Münster e Osnabrück, che sancirono la c.d. "Pace di Westfalia" e la fine della sanguinosa guerra dei Trent'anni (24 ottobre 1648), ma anche il Trattato di Oliva tra Svezia e Polonia del 1660, che prevedeva la restituzione, da parte della Svezia, non solo degli archivi ma anche della biblioteca reale polacca¹⁰, e il Trattato di Whitehall tra Inghilterra e Paesi Bassi (1662), dove si menzionavano apertamente le opere d'arte appartenenti alla collezione degli Stuart. Nonostante queste disposizioni rappresentino un primo tentativo importante di contenere i danni ai beni culturali, introducendo finalmente dei limiti a quelle condotte sfrenate che per secoli erano state tollerate, tuttavia il loro valore è puramente storico, piuttosto che giuridico: siamo ancora ben lontani dall'aver una nozione organica e complessa di "bene culturale". Inoltre, la scelta di ricomprendere le biblioteche e gli archivi tra i beni oggetto di protezione non derivava tanto dal riconoscimento del loro intrinseco valore culturale, quanto dal fatto che erano considerati proprietà dello Stato ed espressione della sua sovranità¹¹.

Al di là di queste considerazioni, si stava facendo strada, anche tra i giuristi, l'idea che certe categorie di beni andassero risparmiate e sottratte alle violenze della guerra: tra i più autorevoli sostenitori di questa idea c'era UGO GROZIO (1583–1645), giurista e filosofo olandese, nonché figura fondamentale nella storia del diritto internazionale, il quale assistette agli orrori delle guerre di religione che avevano devastato l'Europa per trent'anni, e che inevitabilmente ne ispirarono il pensiero. Gli studi di Grozio si ponevano in continuità con le teorie sviluppate da Alberico Gentili¹², dal quale riprendeva l'idea che la pratica dello spoglio, per quanto giuridicamente lecita, andasse considerata moralmente riprovevole, soprattutto quando condotta in maniera eccessiva, senza alcun collegamento con le operazioni di guerra e in palese contrasto con i limiti posti dallo *ius naturale*. In particolare, Grozio affermava con vigore che i beni di culto come le chiese, ma anche i monumenti commemorativi e i

¹⁰ Artt. VIII e IX. Cfr. S. E. Nahlik, *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, in *Recueil des Cours*, 1967, vol. II, pp. 77-78.

¹¹ F. Francioni, *A Dynamic Evolution of Concept and Scope: From Cultural Property to Cultural Heritage*, in A. Y. Abdulqawi (a cura di), *Standard-Setting at UNESCO. Normative Action in Education Science and Culture – Volume 1*, Martinus Nijhoff Publishers, Leida/Boston, 2007, p. 223.

¹² Il giurista internazionale Thomas Erskine Holland (1835-1926), nel suo libro *The Laws of War on Land* (Oxford, The Clarendon Press, 1908), sostiene che, per la composizione della sua opera più celebre (*De iure belli ac pacis*, 1625), Grozio si sia fortemente ispirato alla dottrina di Alberico Gentili.

memoriali¹³, dovessero essere risparmiati dalle azioni distruttive dei conflitti armati, a condizione (e su questo aspetto poneva una certa enfasi) che non rappresentassero una minaccia per le parti belligeranti¹⁴.

3. *L'epoca dei Lumi e il Congresso di Vienna*

Il vero momento di svolta nell'evoluzione del diritto internazionale è stato il XVIII secolo, grazie soprattutto alla crescente diffusione delle teorie giusnaturalistiche e all'influenza del pensiero illuministico, che ebbero un impatto fondamentale in tutti i settori del diritto, tra cui il riconoscimento del valore dei beni culturali e la necessità giuridica di proteggerli. Nella sua opera più famosa, *Le droit des gens. Ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains* (1754), il giurista e filosofo svizzero EMMERICH DE VATTEL (1714–1767) sviluppò ulteriormente il pensiero di Grozio, ribadendo la necessità di condannare la distruzione di monumenti pubblici, luoghi di culto e tombe, poiché essa non comporta in nessuna circostanza un vantaggio militare. Secondo De Vattel, condotte di questo tipo sono in palese contrasto con il diritto naturale, rendendo ogni ingiustificata lesione o danneggiamento ai beni artistici e culturali un danno all'umanità intesa nel suo complesso. Egli arrivò addirittura ad affermare che chi si rende responsabile di questi atti di gratuita distruzione, totalmente avulsi da qualsiasi logica militare, va considerato un "nemico dell'umanità": «For whatever cause a country is ravaged, we ought to spare those edifices which do honour to human society, and do not contribute to increase the enemy's strength, - such as temples, tombs, public buildings, and all works of remarkable beauty. What advantage is obtained by destroying them? It is declaring one's self *an enemy to mankind*, thus wantonly to deprive them of these monuments of art and models of taste; and in that light Belisarius represented the matter to Tottila, king of the Goths. We still detest those barbarians who destroyed so many wonders of art, when they over-ran the Roman empire. However just the resentment with which the great Gustavus was animated against Maximilian duke of Bavaria, he rejected with indignation the advice

¹³ U. Grozio, *De iure belli ac pacis*, Libro III, Cap. XII, par. 7.

¹⁴ *Ibid.*, par. 6.

of those who wished him to demolish the stately palace of Munich, and took particular care to preserve that admirable structure»¹⁵.

Benché De Vattel affermasse con chiarezza che la distruzione indiscriminata di monumenti e luoghi di culto va sempre condannata, in quanto estranea a qualunque principio di giustizia che regola i conflitti armati («Thus the wanton destruction of public monuments, temples, tombs, statues, paintings [...] is absolutely condemned, even by the voluntary law of nations, as never being conducive to the lawful object of war»)¹⁶, tuttavia non esitava a riconoscere l'esistenza di un diritto alla distruzione di questi edifici, qualora fosse funzionale al raggiungimento di un obiettivo militare: «Nevertheless, if we find it necessary to destroy edifices of that nature in order to carry on the operations of war or to advance the works in a siege, we have an undoubted right to take such a step»¹⁷. L'esigenza di risparmiare gli edifici dedicati al culto e all'arte veniva subordinata, dunque, ai potenziali vantaggi militari che potevano derivare dalla loro distruzione; in questo modo De Vattel introduceva nel suo discorso il concetto di necessità militare, un principio basilare del diritto internazionale umanitario che segna lo spartiacque tra la violenza inevitabile della guerra, accettata come un fatto radicato nella storia dell'uomo, e qualunque azione distruttiva condotta in maniera arbitraria, in contrasto con quei principi di umanità che devono essere sempre osservati durante un conflitto armato¹⁸. A tal proposito, De Vattel scriveva: «The lawfulness of the end does not give us a real right to any thing further than barely the means necessary for the attainment of that end. Whatever we do beyond that, is reprobated by the law of nature, is faulty, and condemnable at the tribunal of conscience»¹⁹; e in maniera molto simile si esprimeva anche Jean-Jacques Rousseau, quando affermava che «[l]a guerre ne donne aucun droit qui ne soit nécessaire à sa fin»²⁰.

Sul principio della necessità militare vale la pena spendere alcune parole introduttive, rinviando alle sezioni successive l'analisi approfondita del suo contenuto. Il giurista tedesco LASSA OPPENHEIM (1858–1919) è stato tra i primi a

¹⁵ E. De Vattel, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and Luxury*, Indianapolis, 2008, Cap. IX, par. 168. Corsivo aggiunto.

¹⁶ *Ibid.*, par. 173.

¹⁷ *Ibid.*, par. 168.

¹⁸ Cfr. D. Thürer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, Brill, Leida, 2011, p. 69.

¹⁹ E. De Vattel, *op. cit.*, Cap. VIII, par. 137.

²⁰ J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762.

fornire una definizione di “necessità militare”, riconoscendo in essa la condizione che rende un atto di distruzione pienamente legittimo, indicando diversi esempi in cui questo può aver luogo: «All destruction and damage to enemy property for the purpose of offence and defence is *necessary* destruction and damage, and therefore lawful. It is not only permissible to destroy and damage all kinds of property on the battlefield during battle, but also in preparation for battle or siege. To strengthen a defensive position a house may be destroyed or damaged. To cover the retreat of an army a village on the battlefield may be fired. The district around an enemy fortress held by a belligerent may be razed, and, therefore, all private and public buildings [...] may be destroyed, and all bridges blown up within a certain area. If a farm, a village, or even a town is not to be abandoned but prepared for defence, it may be necessary to damage in many ways or entirely destroy private or public property»²¹. La definizione contenuta nel *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* è ancora più precisa e riconduce al cuore del diritto internazionale umanitario, il cui fine ultimo è individuare il punto di equilibrio tra le esigenze militari e i principi umanitari: «The principle of military necessity is [...] an essential component of the law of armed conflict. In its wider sense, military necessity means doing what is necessary to achieve war aims. It is the justification of any recourse to violence, within the limits of the general principle of proportionality. [...] Military necessity generally runs counter to humanitarian exigencies. Consequently the purpose of humanitarian law is to strike a balance between military necessity and humanitarian exigencies»²². Già da queste poche definizioni emerge l'importanza del principio della necessità militare: esso serve a tracciare i confini (talvolta controversi) all'interno dei quali la violenza distruttiva della guerra, comprendente anche gli atti di aggressione contro il patrimonio culturale, è consentita. Nei paragrafi successivi analizzeremo come questo principio venga applicato in materia di tutela dei beni culturali, soprattutto alla luce delle norme internazionali che attualmente proteggono questi beni durante i conflitti armati.

Tornando alla cornice storica, il pensiero di De Vattel fu di grande ispirazione per gli studiosi successivi, ed ebbe anche il merito di guidare le coscienze, se non proprio

²¹ L. Oppenheim, *International Law. A Treatise. Vol. II War and Neutrality*, Longmans, Green & Co., Londra, 1906, par. 150.

²² P. Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, International Committee of the Red Cross, Ginevra, 1992, p. 75.

ad un cambiamento radicale nelle condotte, perlomeno verso una nuova sensibilità e una maggiore attenzione sul valore universale dei beni culturali e la tragedia della loro distruzione e dispersione. Le conseguenze devastanti, in termini di furia distruttiva, prodotte dalla Rivoluzione Francese (1789–1799), che non risparmiò la cancellazione materiale delle vestigia e dei simboli dell'*Ancien Régime*, furono mitigate grazie all'appello di alcuni illuminati pensatori, che impedirono così la totale distruzione dei monumenti, delle opere d'arte e degli edifici storici. Tra questi bisogna senza dubbio ricordare HENRI GRÉGOIRE (1750–1831), più comunemente conosciuto come l'Abbé Grégoire: figura straordinaria della Francia rivoluzionaria e grande ammiratore del mondo classico, egli è celebre per le sue invettive contro gli atti di distruzione iconoclasta (per i quali coniò la parola "vandalismo") condotti dai rivoluzionari. Secondo Grégoire, distruggendo il patrimonio materiale francese, essi colpivano al cuore la nazione stessa, e per questo meritavano l'appellativo di barbari²³. E fu grazie al suo contributo che iniziò a diffondersi l'idea che i monumenti storici e le opere d'arte e della scienza costituissero un "*patrimoine*" del popolo (ossia della Nazione), piuttosto che una proprietà di una specifica classe sociale. Per questo motivo, essi andavano preservati come un bene pubblico, da trasmettere di generazione in generazione²⁴.

Come già detto, alla fine del XVIII secolo, grazie anche alla diffusione e all'impatto del pensiero illuminista, iniziava a respirarsi un'aria di profondi cambiamenti, e l'affermazione dei diritti fondamentali dell'uomo e della sua capacità di autodeterminarsi si accompagnava al riconoscimento di valori universali, tra cui la necessità di proteggere i luoghi di culto, le opere d'arte e le istituzioni educative dagli effetti distruttivi della guerra. È molto importante notare come questo nuovo atteggiamento non rappresentasse un tratto esclusivo del mondo occidentale, ma fosse già da secoli diffuso anche presso altre culture e civiltà; a dimostrazione di come il sentimento di protezione del patrimonio culturale, alla pari della consapevolezza dell'esistenza di diritti umani, sia innato nel cuore e nella mente degli uomini di ogni epoca e civiltà. Come giustamente sottolineato dal giurista

²³ J. L. Sax, *Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbé Grégoire and the Origins of an Idea*, in *Michigan Law Review*, 1990, vol. 88, n. 5, p. 1149.

²⁴ *Ibid.*, p. 1142 ss.

svizzero Jiří TOMAN, «[t]he protection of cultural property is in fact universal in nature. It is not the product of one civilization; quite the reverse»²⁵.

Forme di attenzione e rispetto verso il patrimonio culturale possono essere individuate in tutte le religioni e culture: nell'Africa precoloniale, ad esempio, esistevano innumerevoli luoghi (come alberi, antiche capanne, altari dove venivano custodite reliquie, siti utilizzati per celebrare cerimonie di iniziazione) che venivano rispettati e protetti perché considerati sacri, o perché erano importanti sotto il profilo culturale ed artistico²⁶. Tra i Tallensi, un popolo del Ghana del nord, era severamente proibita qualunque forma di saccheggio che portasse un vantaggio personale al suo autore. Spostandosi in estremo oriente, nel 1339 l'imperatore giapponese Go-Daigo inviò un'armata per sedare una ribellione, ma proibì che venissero dati alle fiamme gli altari e i templi sacri²⁷. Infine, secondo la legge islamica, l'obbligo di distinguere tra obiettivi civili e obiettivi militari è sempre stato tassativo, e non ammette nessuna eccezione. Sotto il califfato di Abū Bakr (573–674 d. C.), coetaneo e suocero di Maometto e primo califfo dell'Islam, vigeva il divieto di bruciare gli alberi di palme e i campi di grano, di abbattere gli alberi da frutta e uccidere il bestiame, se non costretti dalla fame, e soprattutto di distruggere i monasteri; gli attacchi potevano essere condotti solo contro quei beni e oggetti che, per il loro uso e la loro natura, costituivano un obiettivo militare. E secondo la legge islamica, sono proprio l'uso e la funzione di un bene i criteri utilizzati per distinguere un obiettivo civile da uno militare²⁸.

Nell'Europa di fine '700, animata nelle proprie radici dai fervori del pensiero illuminista e dalla riscoperta dell'uomo come titolare di diritti naturali e responsabile del proprio destino, questo nuovo approccio verso la protezione di beni che venivano sempre più percepiti come un patrimonio universale, già presente presso altre civiltà e tradizioni culturali, si concretizzò in un sentimento di profonda e generale indignazione di fronte alle barbarie compiute a cavallo tra i due secoli: a cominciare dai saccheggi perpetrati dai francesi durante le campagne napoleoniche condotte in

²⁵ J. Toman, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in The Hague, and on other instruments of international law concerning such protection*, Dartmouth Publishing Company Limited, Hants, 1996, pp. 5-6.

²⁶ A. N. Njoya, *The African Concept*, in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londra, 1988, pp. 5-12.

²⁷ S. Adachi, *The Asian Concept*, in *International Dimensions*, cit., pp. 13-19.

²⁸ H. Sultan, *The Islamic Concept*, in *International Dimensions*, cit., pp. 29-39.

Italia negli ultimi anni del XVIII secolo, durante le quali il patrimonio artistico degli Stati italiani preunitari venne sistematicamente prelevato e portato in Francia, per arricchire le sale del nuovo museo del Louvre; e così pure la notizia della spietata distruzione, nel 1814, di numerose città americane (tra cui Washington) da parte dell'esercito inglese²⁹. La gravità di questi atti, che furono profondamente stigmatizzati, rendeva inevitabile una presa di posizione: in particolare, per quanto riguarda le spoliazioni commesse durante le campagne napoleoniche, le potenze europee vincitrici della guerra contro l'Imperatore ordinarono che le opere d'arte trafugate venissero restituite ai legittimi proprietari. Tuttavia pochissime tra queste fecero ritorno nei paesi di origine; per giunta, l'esperienza delle guerre napoleoniche ispirò la pratica deleteria dell'uso politico dei beni culturali nell'epoca del colonialismo, fondata sulla sistematica rimozione di antichità e oggetti di carattere storico e artistico dai territori conquistati, al fine di celebrare i fasti e le glorie delle potenze occupanti³⁰.

Ad ogni modo, durante il Congresso di Vienna del 1815, la prassi del bottino di opere d'arte venne unanimemente condannata come illecita; rimane celebre, a tal proposito, l'intervento del noto scultore italiano CANOVA, il quale partecipò all'incontro di Vienna in qualità di inviato dello Stato pontificio: egli affermò, dinanzi agli emissari delle nazioni europee, il principio secondo cui le opere d'arte e tutto ciò che vi è di rilevante per la cultura e l'educazione dei popoli sono meritevoli di una particolare tutela. Questa idea, che sembrava precorrere il moderno principio di "patrimonio culturale dell'umanità", si accompagnava ad un altro fondamentale concetto, quello della nazionalità dell'opera d'arte, in base al quale un'opera appartenente ad un determinato contesto socio-culturale deve farvi ritorno, qualora ne sia stata allontanata³¹. In questa occasione furono significative anche le parole del rappresentante inglese, Lord CASTLEREAGH, il quale, in una nota fatta circolare tra i rappresentanti delle altre potenze e datata 11 settembre 1815, affermava che il saccheggio di opere d'arte andava considerato «contrary to every principle of justice

²⁹ Su quest'ultimo episodio, si veda J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Government Print Office (Washington), 1906, pp. 182-186, 199-203. Si vedano anche S. E. Nahlik, *International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts*, in *Hastings Law Journal*, 1976, vol. 27, n. 5, p. 1071; C. Ehlert, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leida/Boston, 2014, p. 18.

³⁰ F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 224.

³¹ Si veda la nota introduttiva di Diego Favero alla sentenza *Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione VI, sentenza dell'8 aprile 2008, n. 3154*, in E. Baroncini (a cura di), *Il diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 403.

and to the usages of modern warfare»³². Lo stesso bombardamento di Washington fu aspramente condannato dal Parlamento inglese³³.

Nel 1813, ancora in piena guerra anglo-americana, si verificò un altro celebre episodio che diede un impulso decisivo alla riflessione sull'importanza dei beni di valore culturale e scientifico, e sulla necessità di proteggerli: il capitano Hickey della corvetta *Atalante*, della marina britannica, abbordò e sequestrò al largo della Nuova Scozia (Canada) la nave *Marquis de Somerueles*, un cargo battente bandiera americana proveniente dall'Italia e diretto negli Stati Uniti. La nave venne dichiarata bottino di guerra e trasferita ad Halifax insieme al suo prezioso contenuto, una collezione di quadri e stampe scientifiche di Salvator Rosa acquistati dall'Accademia di Belle Arti della Pennsylvania. Da principio l'Accademia tentò di riottenere il bottino pagando un riscatto; dopodiché decise di ricorrere alla giustizia militare. Il giudice della corte del Vice-Ammiragliato di Halifax chiamato a pronunciarsi era Sir ALEXANDER CROKE, che non solo era un fine giurista, ma anche un uomo di lettere. Nella sua sentenza, grazie alla quale le opere furono restituite all'Accademia, egli esprimeva con poche e chiare parole il nuovo sentimento del suo tempo: «The same law of nations, which prescribes that all property belonging to the enemy shall be liable to confiscation, has likewise its modifications and relaxations of that rule. The arts and sciences admitted amongst all civilisations as *forming an exception to the severe rights of warfare*, and as *entitled to favour and protection*. They are considered not as the peculium of this, or that nation, but as *belonging to the common interests of the whole species*»³⁴.

Episodi come questo erano chiari segnali che un cambio di mentalità si stava effettivamente concretizzando: non solo stava prendendo piede la necessità di proteggere dalla guerra i beni culturali, ma iniziava anche ad affermarsi, nel diritto internazionale, l'idea che essi fossero un patrimonio dell'umanità, dunque meritevoli

³² Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 5. Si vedano anche S. E. Nahlik, *Protection of Cultural Property in Armed Conflicts*, in UNESCO, *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 204; G. F. Martens, *Nouveau recueil de traités d'alliance, de paix, de trêve, de neutralité, de commerce, de limites, d'échange, etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères des puissances et États de l'Europe tant dans leur rapport mutuel que dans celui envers les puissances et États dans d'autres parties du globe, depuis 1808 jusqu'à présent*, Vol. II, Göttingen, Dieterich, 1817, p. 632 ss.

³³ S. E. Nahlik, *International Law*, cit., p. 1071.

³⁴ *The Marquis de Somerueles*, Vice-Admiralty Court of Halifax, Stewarts Vice-Admiralty Reports 482 (1813). Corsivi aggiunti. Cfr. J. E. Kastenberg, *The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict*, in *Air Force Law Review*, 1997, n. 42, p. 284.

di una precisa protezione giuridica internazionale, e non un premio che il vincitore di una guerra potesse impunemente riscuotere. E fu proprio questo cambio di prospettiva e sensibilità, frutto, soprattutto, di quel cruciale e rivoluzionario (in tutti i sensi) momento storico che furono gli anni a cavallo tra il XVII e il XVIII secolo, il motore decisivo che portò all'elaborazione delle prime norme internazionali in questo senso.

4. Il Codice Lieber del 1863

A tal proposito un contributo fondamentale lo fornì il giurista tedesco FRANCIS LIEBER (1798–1892), il quale fece da apripista alle successive codificazioni delle leggi di guerra con il suo *Manual for the Laws and Customs of War*³⁵ (conosciuto come *Codice Lieber*), pubblicato nel 1863 durante la Guerra Civile Americana. Benché il Codice fosse un sistema di regole vincolanti solo per le forze armate statunitensi, tuttavia riprendeva, in larga misura, le norme e gli usi all'epoca vigenti in materia di conflitti armati; esso, infatti, riassumeva in oltre centocinquanta articoli il diritto consuetudinario relativo alla condotta di guerra, così da renderla il più possibile coerente ai principi su cui si fondava la nazione americana. In passato alcuni studiosi non hanno esitato a considerare il Codice Lieber «il primo codice di guerra ispirato a idee umanitarie»³⁶, peccando forse di eccessivo entusiasmo; questa definizione è stata parzialmente ridimensionata dalla dottrina successiva, che ha ritenuto più corretto considerarlo «il prodotto finale del XVIII secolo, volto a umanizzare la guerra attraverso l'applicazione della ragione»³⁷. A prescindere da queste considerazioni, il Codice Lieber svolse un ruolo determinante sotto il profilo storico e giuridico: fu decisivo per l'elaborazione di un progetto di convenzione internazionale sulle leggi di guerra, presentato alla Conferenza di Bruxelles nel 1874, e soprattutto ispirò l'adozione delle successive Convenzioni dell'Aja del 1899 e del

³⁵ Il testo delle *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (preparate da Francis Lieber e promulgate dal Presidente Lincoln il 24 aprile 1863) è riprodotto in D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts, A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 4ª ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2004, pp. 3-20.

³⁶ J. Meurant, *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law*, in *Journal of Peace Research*, 1987, vol. 24, n. 3, p. 240.

³⁷ M. Flores, *Storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 112.

1907 sulle leggi e gli usi della guerra terrestre³⁸, che costituirono un passaggio di fondamentale importanza nello sviluppo del diritto internazionale bellico.

Anche per quanto riguarda la protezione dei beni culturali nei conflitti armati, il Codice Lieber ha gettato le basi per la disciplina successiva. La norma di riferimento, a tal proposito, è l'art. 35, che, pur non fornendo una definizione precisa di "bene culturale", indica alcune generiche categorie di beni, di evidente valore culturale e scientifico, che le parti in conflitto sono obbligate a proteggere da qualunque azione distruttiva o dannosa: «Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded»³⁹. Attraverso questa disposizione, il Codice obbliga la parte sul cui territorio si trovano i beni culturali a proteggerli attraverso adeguate misure di sicurezza; parallelamente, la parte avversa è tenuta a non bombardare o attaccare questi beni⁴⁰.

L'art. 36, inoltre, prevede che, qualora la rimozione dei beni indicati all'art. 35 sia possibile senza danneggiarli, la parte occupante potrà procedere al loro sequestro o

³⁸ Rispettivamente la *Convenzione internazionale concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre*, ossia la II Convenzione adottata alla Conferenza di pace dell'Aja il 29 luglio 1899, e la *Convenzione concernente le leggi e gli usi della guerra per terra*, ossia la IV Convenzione adottata alla Conferenza di pace dell'Aja il 18 ottobre 1907. Al termine della Conferenza di pace dell'Aja del 1899, oltre alla convenzione già citata (la II), vennero adottate altre due convenzioni e tre dichiarazioni: la *Convenzione per il regolamento pacifico dei conflitti internazionali* (I Convenzione) e la *Convenzione per l'adattamento alla guerra marittima dei principi della Convenzione di Ginevra del 1864* (III Convenzione); e le Dichiarazioni concernenti: *la proibizione di lanciare proiettili ed esplosivi dall'alto dei palloni o con altri nuovi mezzi analoghi; la proibizione dell'uso di proiettili che abbiano per fine unico di spandere dei gas asfissianti o deleteri; la proibizione dell'uso di palle, che si dilatano o si schiacciano facilmente nel corpo umano*. Al termine, invece, della Seconda Conferenza di pace dell'Aja del 1907, oltre alla convenzione già citata (la IV) furono adottate altre dodici convenzioni, che svilupparono parzialmente i principi e le disposizioni della Prima Conferenza del 1899: la *Convenzione per la risoluzione pacifica dei conflitti internazionali* (I Convenzione); la *Convenzione concernente la limitazione dell'uso della forza per la ricuperazione dei debiti contrattuali* (II Convenzione); la *Convenzione concernente l'apertura delle ostilità* (III Convenzione); la *Convenzione concernente i diritti e i doveri delle Potenze e delle persone neutrali in caso di guerra per terra* (V Convenzione); la *Convenzione concernente il regime delle navi di commercio nemiche allo scoppiare delle ostilità* (VI Convenzione); la *Convenzione concernente la trasformazione delle navi di commercio in bastimenti da guerra* (VII Convenzione); la *Convenzione concernente il collocamento di mine sottomarine automatiche di contatto* (VIII Convenzione); la *Convenzione concernente il bombardamento con forze navali in tempo di guerra* (IX Convenzione); la *Convenzione per l'adattamento alla guerra marittima dei principi della Convenzione di Ginevra* (X Convenzione); la *Convenzione concernente certe restrizioni all'esercizio del diritto di cattura nella guerra marittima* (XI Convenzione); la *Convenzione concernente l'istituzione di una Corte internazionale delle prede* (XII Convenzione); la *Convenzione concernente i diritti e i doveri delle Potenze neutrali in caso di guerra marittima* (XIII Convenzione).

³⁹ Codice Lieber, art. 35.

⁴⁰ C. Ehlert, *op. cit.*, p. 19.

rimozione, e comunque agendo sempre nell'interesse della parte proprietaria; in nessun caso possono essere venduti o arbitrariamente distrutti o danneggiati⁴¹. Ed è evidente come, in questo caso, la rimozione del bene culturale dalle zone del conflitto sia una misura per garantire una maggiore protezione del bene, allontanandolo così da eventuali bombardamenti e, in generale, dagli effetti collaterali delle azioni armate.

Oltretutto il Codice Lieber prevede la criminalizzazione di queste condotte, includendo norme penali relative ai casi di distruzione e saccheggio dei beni culturali nel corso di un conflitto armato. L'art. 44, infatti, elenca una serie di condotte criminose punibili con la pena di morte, o con qualsiasi altra pena commisurata alla gravità dell'offesa; tra queste figurano anche gli atti di distruzione, danneggiamento di beni e il loro saccheggio, commessi in assenza di autorizzazione da parte dell'ufficiale superiore («[...] all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking [...]»). Va infine sottolineato che il Codice include anche una definizione del principio della "necessità militare", che, in assenza di altre considerazioni e regole codificate, finisce per costituire l'unico limite giuridico e morale alla violenza della guerra; secondo l'art. 14 «[m]ilitary necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war». Affermando che la necessità militare consiste nella legittima adozione di quelle misure indispensabili ad assicurare la fine della guerra, e conformi alle moderne leggi e usi di guerra, la norma esprime il senso di compromesso e la debolezza di questo principio: se da un lato viene ritenuta accettabile l'uccisione di nemici "armati" e la distruzione incidentalmente "inevitabile" di altre persone a causa del conflitto⁴², dall'altro sono proibiti gli atti di crudeltà, ossia infliggere sofferenze per vendetta o per puro sadismo, come mutilare o ferire al di fuori della battaglia, o torturare per estorcere confessioni. È ammesso l'inganno, ma sono ripudiati gli atti di perfidia, e in generale

⁴¹ Codice Lieber, art. 36: «If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. [...] In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly destroyed or injured».

⁴² *Ibid.*, art. 15: «Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of 'armed' enemies, and of other persons whose destruction is incidentally 'unavoidable' in the armed contests of the war [...]».

è proibita qualunque forma di ostilità che renda inutilmente difficile il ritorno alla pace⁴³. Tuttavia, è importante notare che la disciplina del Codice esclude la protezione dei beni culturali dal regime di applicazione del principio della necessità militare; ciò significa che la loro tutela va garantita in qualunque circostanza e senza alcuna eccezione, anche qualora la loro distruzione sia richiesta da una esigenza militare⁴⁴.

Nel giro di poco tempo, diversi Stati si allinearono all'esempio statunitense del Codice Lieber e aggiornarono i propri codici nazionali sulle leggi di guerra⁴⁵, introducendo disposizioni secondo cui i beni mobili e immobili dedicati alla scienza o all'arte, chiese, musei, biblioteche, collezioni d'arte e archivi andavano considerati alla stregua di proprietà private, dunque sottratti ai bombardamenti o a qualsiasi altro tipo di attacco.

5. La Dichiarazione di Bruxelles del 1874 e l'Oxford Manual del 1880

Mentre negli Stati Uniti venivano adottate le regole del Codice Lieber al fine di contenere le violenze della Guerra Civile Americana, in Europa i delegati di quattordici nazioni si riunivano a Ginevra per affrontare il tema della neutralizzazione del personale medico e dei soccorritori volontari. Al termine di una lunga serie di riunioni, il 22 agosto 1864 venne adottata la *Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle sorti dei feriti in guerra*, che segnò la nascita e l'istituzionalizzazione della Croce Rossa Internazionale, simbolo di neutralità e di protezione accordata ai belligeranti a livello internazionale, inaugurando così una nuova era capace di umanizzare, almeno parzialmente, i conflitti armati.

In questo contesto di grandi cambiamenti e di fermento giuridico, i tempi erano maturi per dare una veste normativa anche alla necessità, sempre più sentita e

⁴³ *Ibid.*, art. 16: «Military necessity does not admit of cruelty -- that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. [...] It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult». Sul tema si veda anche B. M. Carnahan, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, in *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, n. 2, pp. 213-231.

⁴⁴ Cfr. C. Ehlert, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁵ Tra questi il codice inglese, italiano, spagnolo, tedesco e giapponese. Cfr. C. Ehlert, *op. cit.*, p. 20; P. Verri, *Le destin des biens culturels*, cit., pp. 128-129; P. I. Bhat, *Protection Of Cultural Property Under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends*, in *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, 2001, vol. 4, pp. 1-18.

diffusa, di proteggere i beni culturali, sottraendoli alla furia distruttiva della guerra. Lo stesso JEAN HENRI DUNANT (1828–1910), il principale ispiratore nonché uno dei fondatori della Croce Rossa Internazionale, non era estraneo all'argomento e si mostrò particolarmente sensibile ai gravi pericoli che minacciavano i beni culturali in tempo di guerra. Protagonista indiscusso della politica internazionale della seconda metà dell'Ottocento, grazie alla sua esperienza Dunant seppe farsi interprete e promotore di un nuovo e rivoluzionario approccio all'umanizzazione della guerra, meno legato alle razionalizzazioni dell'epoca dei Lumi e più vicino alla sensibilità romantica del XIX secolo, nel tentativo di andare oltre la ragione «chiamando in causa le emozioni» e cercando, attraverso la descrizione delle sofferenze individuali sui campi di battaglia, di sconvolgere il pubblico e spingerlo all'azione umanitaria⁴⁶. Il suo celebre memoriale *Un souvenir de Solferino*⁴⁷ (1862), uno dei manifesti ideologici del diritto internazionale umanitario, seppe incarnare perfettamente il suo spirito di denuncia e di condanna, capace di smuovere le coscienze mostrando la verità dell'orrore della guerra. E anche per quanto riguarda le minacce e i danni irreparabili patiti dai beni culturali, egli scrisse pagine di fuoco contro il progresso scientifico e tecnologico al servizio della distruzione, rivolgendo un oscuro avvertimento alle future generazioni:

«Détruisez comme à l'envi les plus beaux chefs-d'œuvre dont s'enorgueillit la civilisation: palais, châteaux, quais, ports, aqueducs, viaducs, édifices et monuments de toutes sortes; mais, rappelez-vous que cette civilisation qui fait actuellement votre orgueil ne peut manquer de devenir par votre militarisme, la proie du caporalisme stupide, cette variété très inférieure dans l'espèce césarienne, en d'autres termes de l'absolutisme omnipotent et tyrannique qui saura vous broyer à son tour, vous et vos libertés nationales, avec votre prospérité, votre commerce, votre industrie, votre agriculture, avec vos libres institutions, avec votre bonheur domestique. C'est là où nous marchons, lentement mais inévitablement, sans le vouloir mais à coup sûr.

⁴⁶ Cfr. M. Flores, *op. cit.*, p. 113. E anche B. M. Carnahan, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁷ Come è noto, il titolo del libro si riferisce alla battaglia di Solferino del 24 giugno 1859, che vide schierati francesi e piemontesi da una parte e austriaci dall'altra. Fu uno degli scontri più sanguinosi dai tempi di Waterloo, che coinvolse oltre 300.000 uomini e lasciò sul terreno 40.000 soldati. Dunant, all'epoca un uomo d'affari, si trovava di passaggio da Castiglione delle Stiviere, poco distante dal luogo della battaglia; le immagini dei feriti ammassati e senza assistenza lo colpirono a tal punto che decise di abbandonare gli affari, ritirarsi a Ginevra e scrivere un resoconto della sua esperienza. Si veda M. Flores, *op. cit.*, pp. 110-111.

Et nous ajouterons: encore un peu de temps, et l'homme aura, grâce à la science, des moyens si prodigieux des faire mal qu'il ne pourra être sauvé de lui-même, au milieu d'épouvantables désastres que par une intervention divine»⁴⁸.

Grazie dunque all'attenzione e alla potente voce di uomini come Henri Dunant, la protezione dei beni culturali continuava ad essere un tema centrale nel dibattito politico e giuridico, soprattutto tra gli internazionalisti: tra questi bisogna ricordare il giurista svizzero JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI (1808–1881), un vero interprete del sentimento del suo tempo, che nella sua opera *Das moderne Volkerrecht der civilisierten Staten*, pubblicata per la prima volta nel 1868, ricostruì la progressiva evoluzione della protezione giuridica dei beni culturali. In alcuni passaggi significativi, egli denunciava con vigore la natura criminale degli atti contro il patrimonio culturale, considerandoli contrari alla coscienza e ai più basilari sentimenti di giustizia prima ancora che al diritto:

«Der Raub von Kunstschatzen und Denkmälern, noch in den Revolutionskriegen zu Anfang dieses Jahrhunderts oft geübt, erscheint dem öffentlichen Gewissen bereits anstößig und widerrechtlich, weil diese Dinge keinen nahen Bezug auf den Staat und den Krieg haben, sondern der friedlichen Cultur der bleibenden Nation dienen»⁴⁹.

⁴⁸ H. Dunant, *Trahison de la science*, in *Un souvenir de Solferino suivi de l'Avenir sanglant*, Henry Dunant Institute/Editions de L'Age d'Homme, Ginevra/Losanna, 1969, p.188: «Superatevi pure a vicenda nella distruzione dei più straordinari capolavori della civiltà di cui tanto vi vantate: palazzi, castelli, porti, acquedotti, ponti, edifici e monumenti di ogni tipo. Ma ricordate: questa civiltà che oggi rappresenta il vostro orgoglio diventerà inevitabilmente, a causa della vostra bellicosità, la vittima degli stolti militari, delle frange più scadenti della casta guerriera. In altre parole, sarà preda di quell'assolutismo onnipotente e tirannico che a sua volta vi stritolerà, voi e le vostre libertà nazionali, e insieme a voi la vostra prosperità, i vostri commerci, la vostra intraprendenza, la vostra agricoltura, le vostre libere istituzioni e anche la vostra felicità. Ecco cosa ci aspetta e dove stiamo andando, lenti ma inesorabili, senza volerlo ma senza poterlo evitare. E a questo dovremmo aggiungere che, nel giro di poco tempo, grazie ai progressi della scienza l'uomo disporrà di tali prodigiosi strumenti per fare il male, che solo un intervento divino, in mezzo a questo spaventoso disastro, potrà salvarlo da sé stesso». Traduzione a cura dell'Autore della versione inglese contenuta in J. Toman, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁴⁹ J.-C. Bluntschli, *Das moderne Volkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, II^a ed., 1872, p. 41: «La spoliazione dei tesori dell'arte e dei memoriali, benché fosse ancora un costume diffuso durante le guerre rivoluzionarie all'inizio di questo secolo, è già percepita dalla pubblica opinione come offensiva e illecita, poiché quei beni non hanno alcun collegamento con lo Stato e con la guerra, ma servono solo allo sviluppo pacifico della cultura della nazione». Traduzione a cura dell'Autore della versione inglese contenuta in C. Ehlert, *op. cit.*, p. 22.

Proseguendo nell'opera, egli non esitava a definire atti di brutale barbarie le distruzioni intenzionali arrecate ai beni di valore scientifico e artistico presenti nei territori occupati, ribadendo il dovere degli ufficiali superiori di proibire queste condotte e prevenire in tutti i modi le distruzioni non giustificate da una necessità militare, oltre all'esigenza di adottare norme penali che punissero questi atti: «Die muthwillige Zerstörung oder Schädigung wissenschaftlicher Instrumente oder Sammlungen, der Denkmäler und Kunstwerke in dem eingenommenen Gebiete wird durch das civilisirte Kriegsrecht nicht entschuldigt, sondern ist offenbar Barbarei»⁵⁰. Le parole del giurista erano impietose, ed esprimevano pienamente una presa di posizione rigorosa, che non ammetteva esitazioni, ma che, allo stesso tempo, tradiva una certa frustrazione a fronte delle immense difficoltà di trasformare questo lucido sentimento di indignazione in una concreta realtà giuridica. Se da un lato dichiarava che gli atti di distruzione insensata non fossero mai scusabili, dall'altro lato riconosceva che questo sentimento di denuncia, prevenzione e incriminazione degli attacchi brutali contro monumenti e opere d'arte fosse troppo astratto, e mancasse di quella forza giuridica necessaria per essere incluso nelle leggi e nei regolamenti dei conflitti armati. Da qui la responsabilità dei giuristi di sostenere e diffondere il più possibile questa idea, nella speranza che questa si potesse maggiormente radicare nelle menti e nei cuori degli uomini, impedendo così ulteriori episodi di razzia e distruzione⁵¹.

I primi risultati di queste riflessioni iniziarono a intravedersi nell'estate del 1874, quando, su iniziativa dello stesso Henri Dunant e con l'appoggio fondamentale dello zar russo Alessandro II⁵², si tenne a Bruxelles una Conferenza internazionale sul

⁵⁰ J.-C. Bluntschli, *op. cit.*, p. 362: «Gli atti di distruzione deliberata o i danni causati a strumenti scientifici, collezioni, memoriali ed opere d'arte nei territori occupati non sono permessi dalle leggi di guerra, ma sono ovviamente una barbarie». Traduzione a cura dell'Autore della versione inglese contenuta in C. Ehlert, *op. cit.*, p. 22. Sulla posizione di rigorosa condanna da parte di Bluntschli delle distruzioni ingiustificate di edifici culturali, si veda anche J. W. Garner, *Some Questions of International Law in the European War*, in *American Journal of International Law*, 1915, vol. 9, n. 1, pp. 72-112, in particolare p. 108 dove scrive «[n]o one has more severely condemned such acts than Bluntschli», ponendo enfasi sulla necessaria prevalenza del diritto e dei sentimenti di umanità in ogni circostanza, al fine di contrastare la violenza inutile della guerra (pp. 110-111): «[H]e lays down the principle that the rules of international law in respect to the rights and obligations of belligerents must be respected even in an unjust war. [...] Civilized nations likewise repudiate the principle that a belligerent may do to the enemy all that appears useful to his own cause».

⁵¹ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 8.

⁵² Quest'ultimo, nel 1868, aveva già patrocinato un congresso internazionale a San Pietroburgo, dove si era stabilito che l'unico obiettivo legittimo di ogni guerra dovesse essere l'indebolimento della potenza militare del nemico, mettendo al bando quelle armi che potevano causare inutili sofferenze aggiuntive, come i proiettili esplosivi o recanti sostanze infiammabili. Cfr. M. Flores, *op. cit.*, p. 113.

diritto bellico, che si conclude con l'adozione di un progetto di dichiarazione internazionale riguardante le leggi e i costumi di guerra (la *Dichiarazione di Bruxelles* del 1874)⁵³. Benché non si trattasse di un documento vincolante, la Dichiarazione di Bruxelles segnò una tappa importante verso la codificazione del diritto internazionale umanitario. Con riguardo alla protezione dei beni culturali, la Dichiarazione riprende a grandi linee i principi del Codice Lieber, con alcune significative differenze. L'art. 17, par. 1 della Dichiarazione, infatti, stabilisce che, in caso di assedi e bombardamenti «[...] all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to art, science or charitable purposes, hospitals, and places where the sick and wounded are collected provided they are not being used for military purposes». La norma poi prosegue (par. 2) stabilendo l'obbligo, in capo all'assediatore, di informare il nemico circa la presenza degli edifici indicati al par. 1, identificandoli con segni ben visibili e distintivi⁵⁴.

Analizzando nel dettaglio la norma, emergono alcune novità rispetto alla disciplina del Codice Lieber: innanzitutto la Dichiarazione prevede un'eccezione all'obbligo di protezione dei beni culturali, rappresentata dall'esistenza di una "necessità militare", riferendosi a tutti quei casi in cui una parte utilizzi un bene culturale per fini bellicosi, trasformandolo così in un obiettivo militare. La presenza di questa condizione, ai sensi dell'art. 17, scagionerebbe l'altra parte belligerante dal divieto di attaccare il bene culturale coinvolto⁵⁵. Inoltre è significativo l'utilizzo dell'espressione «*as far as possible*» («per quanto possibile..»), che attenua molto la portata obbligatoria del divieto di distruzione e che tornerà, come vedremo, nelle codificazioni successive. Tuttavia, l'aspetto che salta maggiormente all'occhio, al di là del dispositivo, è l'assenza di una definizione specifica di "beni culturali": questi vengono identificati attraverso un generico riferimento a «edifici dedicati all'arte, alla scienza o alla beneficenza», affiancandoli ad ospedali e altri luoghi sensibili da proteggere dai bombardamenti. Oltretutto non viene fatto alcun cenno ai luoghi di culto e in generale ai siti di importanza religiosa. Risulta più esaustivo, in questo senso, l'art. 8 della Dichiarazione, dove la categoria dei beni da proteggere venne ampliata per

⁵³ Conferenza di Bruxelles, *Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War*, 27 agosto 1874, riprodotto in D. Schindler, J. Toman, *op. cit.*, pp. 21-28.

⁵⁴ Dichiarazione di Bruxelles, art. 17, par. 2: «It is the duty of the besieger to indicate the presence of such buildings by distinctive and visible signs to be communicated to the enemy beforehand».

⁵⁵ Va notato che la Dichiarazione di Bruxelles non fornisce una definizione di "necessità militare", pur indicandola come eccezione all'obbligo di risparmiare i beni culturali dagli attacchi armati.

assecondare la richiesta del delegato turco di ricomprendere edifici di altre fedi religiose, oltre a quella cristiana, come moschee e sinagoghe: «The property of municipalities, that of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences even when State property, shall be treated as private property. All seizure or destruction of, or wilful damage to, institutions of this character, historic monuments, works of art and science should be made the subject of legal proceedings by the competent authorities». Qui non solo si stabilisce con chiarezza che gli istituti dedicati alla religione, alla carità e all'educazione, alle arti e alle scienze vengano trattati alla stregua di proprietà private, ma si suggerisce, sia pur timidamente («*should be..*»), l'eventualità di rendere queste condotte oggetto di procedimento penale davanti alle autorità competenti. Va infine considerato che la Dichiarazione proibisce categoricamente, all'art. 18, il saccheggio di una città, anche quando presa d'assalto⁵⁶; tale divieto rifletteva la convinzione, ormai consolidata, che le razzie e i saccheggi di questo tipo, anche quando autorizzati dall'ufficiale in comando, non fossero mai dettati da una esigenza militare, poiché non agevolavano in alcun modo la conclusione delle ostilità, come invece richiesto dal principio della necessità militare⁵⁷. Lo stesso divieto viene inoltre esteso, ai sensi dell'art. 39, anche ai casi di occupazione militare, in linea con quanto già stabilito nel Codice Lieber⁵⁸. Alla luce di queste brevi considerazioni, è indubbio come la Dichiarazione di Bruxelles, pur non recependo pienamente le posizioni più rigorose della dottrina dell'epoca, abbia rappresentato un primo tentativo di bilanciare la necessità di proteggere determinate categorie di beni con le esigenze militari. Pochi anni dopo la Conferenza del 1874, l'Istituto di Diritto Internazionale (*Institut de droit international*) affidò ad un comitato istituito *ad hoc* l'incarico di studiare approfonditamente la Dichiarazione di Bruxelles e avanzare proposte sul tema del diritto internazionale umanitario. I risultati di questo studio portarono alla

⁵⁶ Dichiarazione di Bruxelles, art. 18: «A town taken by assault ought not to be given over to pillage by the victorious troops».

⁵⁷ R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 22.

⁵⁸ Codice Lieber, art. 44. Nonostante queste prime disposizioni e la tendenza ormai diffusa a condannare e vietare le razzie e le spoliazioni, le truppe tedesche saccheggiarono l'osservatorio astronomico imperiale a Pechino, durante la Ribellione dei Boxer del giugno 1900. Questi atti vennero fortemente criticati dal governo statunitense, che per parte sua aveva severamente proibito alle proprie truppe di tenere simili condotte durante la Guerra ispano-americana del 1898.

pubblicazione del *Manual of the Laws and Customs of War*⁵⁹, adottato ad Oxford nel 1880 e per questo conosciuto come *Oxford Manual*. Quest'ultimo rappresenta una sorta di summa della Dichiarazione di Bruxelles e del Codice Lieber, dei quali riproduce quasi pedissequamente il dispositivo. In particolare, con riferimento alla protezione dei beni culturali dalle ostilità, l'art. 32 del Manuale proibisce la distruzione di beni pubblici e privati, qualora non sia imposta da una necessità militare⁶⁰; inoltre l'art. 34, riprendendo alla lettera l'art. 17 della Dichiarazione di Bruxelles, stabilisce che, in caso di assedio o bombardamento, vengano prese tutte le misure possibili per risparmiare gli edifici dedicati alla religione, all'arte, alla scienza e a scopi caritatevoli, col divieto di utilizzarli per fini militari e con l'obbligo, in capo all'assediato, di identificarli con segni visibili⁶¹. Infine, in linea con quanto già affermato nel Codice Lieber e nella Dichiarazione di Bruxelles, l'art. 84 del Manuale stabilisce che la violazione delle regole in esso contenute (dunque anche la distruzione dei beni culturali) genera una responsabilità penale in capo agli autori, e che questi saranno punibili in base al diritto penale nazionale⁶². In conclusione, gli studi che condussero alla pubblicazione dell'*Oxford Manual* rappresentavano una *summa*, più che una rielaborazione aggiornata, della disciplina contenuta nel Codice Lieber e nella Dichiarazione di Bruxelles. Al volgere del XIX secolo, questi tre documenti, che condividevano un carattere non giuridicamente vincolante, costituivano una sintesi di tutte quelle istanze filosofiche, giuridiche e politiche che, smascherando lo spaventoso volto della guerra, miravano a restituirle un aspetto più umano, attraverso il contenimento delle violenze, il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei prigionieri, e anche la protezione di luoghi e edifici di importanza culturale. Per questo motivo essi rappresentarono una eccezionale fonte di ispirazione e un punto di riferimento per quelli che furono i successivi sviluppi in

⁵⁹ *The Laws of War on Land*, manuale pubblicato dall'Istituto di Diritto Internazionale, adottato ad Oxford il 9 settembre 1880.

⁶⁰ *Oxford Manual*, art. 32: «It is forbidden [...] (b) To destroy public or private property, if this destruction is not demanded by an imperative necessity of war».

⁶¹ *Oxford Manual*, art. 34: «In case of bombardment all necessary steps must be taken to spare, if it can be done, buildings dedicated to religion, art, science and charitable purposes, hospitals and places where the sick and wounded are gathered on the condition that they are not being utilized at the time, directly or indirectly, for defense. It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings by visible signs notified to the assailant beforehand».

⁶² *Oxford Manual*, art. 84: «Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law».

materia, rappresentati dalle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 e i regolamenti annessi.

6. *Il periodo tra il XIX e il XX secolo: le Conferenze dell'Aja del 1899 e del 1907 e la codificazione del diritto internazionale umanitario*

Nonostante la seconda metà del XIX secolo avesse visto concretizzarsi le prime proposte normative per contrastare la violenza della guerra, soprattutto alla luce degli inarrestabili progressi tecnologici che stavano rivoluzionando l'industria bellica, tuttavia queste, come era prevedibile, si rivelarono totalmente inefficaci sul campo. Gli ultimi decenni dell'800, infatti, furono teatro di guerre e rivoluzioni in ogni parte del globo, non solo in Europa ma anche negli Stati Uniti, in America Latina e in Asia. La nuova coscienza internazionale e la denuncia degli intellettuali, dei giuristi e degli operatori sul campo avevano contribuito a gettare i semi del diritto internazionale umanitario e dei primi movimenti pacifisti, ma ancora mancava un solido sistema di regole condivise a livello internazionale, che potessero dare concretezza a questa visione. L'elemento più allarmante di questi conflitti armati era rappresentato senza dubbio dalla loro incontenibile portata distruttiva, con conseguenze terribili non solo in termini di vite umane, ma anche per l'integrità di chiese, edifici storici e monumenti, spesso attaccati e distrutti per indebolire il nemico, oppure come forma di rappresaglia, espressione di forza o più semplicemente per spirito di vendetta; e comunque sempre in una condizione di totale anarchia e assenza di regole, che lasciavano impunte anche le condotte più barbare.

Sono numerosi i casi di distruzioni di edifici culturali, e in certi casi di intere città, avvenuti nel corso dei conflitti armati che hanno segnato la seconda metà del XIX secolo, sovente commessi al di fuori di qualsiasi logica militare: la distruzione di Chambersburg, un'indifesa cittadina della Pennsylvania, che nel 1864, in piena Guerra di secessione, venne data alle fiamme dal generale Early perché la comunità si era rifiutata di pagare un contributo. Durante la guerra di Crimea (1853–1856) le truppe francesi e inglesi misero al rogo la città di Kerč' (l'antica *Panticapaeum*, fondata intorno al VI secolo a. C. come colonia di Mileto), insieme ai suoi musei e alla sua acropoli⁶³. Nel 1860, alla fine della Guerra dell'Oppio, sempre le forze

⁶³ Cfr. J. W. Garner, *op. cit.*, p. 103.

armate inglesi e francesi distrussero il Palazzo d'Estate di Pechino, allo scopo di intimidire la popolazione cinese obbligandola al rispetto della potenza britannica⁶⁴. Episodi simili si verificarono anche durante la Terza guerra d'indipendenza italiana (20 giugno – 12 agosto 1866), combattuta dal Regno d'Italia contro l'Impero austriaco, durante la quale le forze armate austriache si resero responsabili della distruzione di numerose chiese, ospedali e collezioni d'arte⁶⁵; e così pure la guerra franco-prussiana (1870–1871) fu teatro di violenti attacchi al patrimonio culturale, soprattutto ai danni di Francia e Belgio: l'inestimabile biblioteca dell'Università di Strasburgo, per esempio, con i suoi 400.000 volumi e gli oltre 2000 manoscritti, fu data alle fiamme dall'esercito tedesco⁶⁶, insieme ad una galleria d'arte, alla torre della cattedrale⁶⁷ e a numerosi altri edifici pubblici. Non solo, l'abbazia di Saint-Denis fu flagellata dai colpi dell'artiglieria tedesca, e così anche la cattedrale gotica di Toul venne gravemente danneggiata, mentre le chiese di Longwy e Péronne furono ridotte in macerie. Molti altri capolavori dell'architettura e luoghi simbolo della cultura francese, come l'*Hôtel des Invalides*, la *Sorbonne*, il *Pantheon* e la chiesa di Saint-Sulpice, rimasero seriamente pregiudicati durante il bombardamento di Parigi, che non risparmiò neppure gli ospedali militari⁶⁸. Anche in America Latina la pratica della distruzione arbitraria e del saccheggio di beni culturali era alquanto diffusa: nel 1880, durante la guerra tra Bolivia, Cile e Perù (1879–1884), vennero razziati senza alcun

⁶⁴ *Ibid.*, p. 104. Ciò che lasciò senza parole, in questo caso, fu il fatto che le responsabili della razzia e della distruzione del Palazzo di Pechino erano Francia e Regno Unito, ossia due nazioni che in Oriente erano considerate la massima espressione della civiltà e del progresso. Si veda a tal proposito A. Rivier, *Principes du Droit des Gens*, Vol. II, A. Rousseau Ed., Parigi, 1896, p. 320, citato in J. W. Garner, *op. cit.*, nota 94: «“This act [...] was unworthy of the two European nations which everybody in the Orient considered as the advance guard of civilization and progress. The contents of the palace, statuary, vases, jewelry, and works of art, were seized before the destruction, and a joint commission was appointed to divide the choicest objects between Queen Victoria and Napoleon III. The proceeds from the sale of other objects were divided among the soldiers, the share of each amounting to about 100 francs”».

⁶⁵ Tra le vittime degli attacchi e degli assedi da parte dell'esercito austriaco ci fu anche Venezia, che per la prima volta nella sua storia fu bersagliata dalle pallottole nemiche. Cfr. M. A. Bolton King, *A History of Italian Unity: Being a Political History of Italy from 1814 to 1871*, Vol. 1, J. Nisbet & co., Londra, 1899, p. 344.

⁶⁶ L'episodio venne paragonato, per gravità, all'incendio della biblioteca di Alessandria. Si veda. H. M. Hozier, *The Franco-Prussian War*, Vol. II, W. Mackenzie, Londra, 1872, p. 71: «“Since the apochryphal burning of the library of Alexandria, perhaps no equally irreparable loss has occurred”».

⁶⁷ Con riguardo al bombardamento della cattedrale di Strasburgo, i tedeschi si giustificarono affermando che i francesi avevano installato in cima alla torre un osservatorio per respingere l'artiglieria nemica. Cfr. J. W. Garner, *op. cit.*, nota 97.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 105; H. Bonfils, *Manuel de droit international public*, A. Rousseau Ed., Parigi, 1908, par. 1085, nota 2.

ritegno, e anzi con una certa vanteria, numerosi musei e biblioteche, tra cui le gallerie d'arte e la biblioteca pubblica di Lima⁶⁹.

Scenari di questo genere, che sembravano rievocare i secoli bui in cui gli atti di distruzione indiscriminata e i bottini di guerra non solo non erano proibiti, ma erano considerati pratiche legittime e addirittura caldegiate, si inserivano in un contesto di crisi umanitarie che non avevano precedenti nella storia, frutto della potenza offensiva e incontrollata di armi sempre più sofisticate e proiettate verso l'annientamento totale del nemico. Ciò imponeva l'adozione di misure e regole precise e condivise a livello internazionale, al fine di evitare che le guerre si riducessero in inutili massacri. A tal proposito, nel 1899 venne convocata all'Aja una Conferenza di pace su iniziativa dello zar Nicola II, il quale desiderava porre un freno al progressivo sviluppo degli armamenti. Come già anticipato nel precedente paragrafo, nel corso dei lavori ci si servì della Dichiarazione di Bruxelles del 1864 come base giuridica di riferimento per l'elaborazione delle regole in materia di gestione e contenimento delle violenze durante i conflitti armati, che andarono a costituire il *Regolamento sulle leggi e gli usi della guerra terrestre* (Regolamento dell'Aja del 1899), allegato alla *Convenzione internazionale concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre* (Il Convenzione dell'Aja del 1899)⁷⁰. Successivamente, tra luglio e ottobre del 1907, venne convocata sempre all'Aja una seconda Conferenza di pace, al fine di «[...] completare e di precisare in certi punti l'opera della Prima Conferenza per la Pace che, ispirandosi, dopo la Conferenza di Bruxelles del 1874, a queste idee raccomandate da una saggia e generosa previdenza, ha adottato delle disposizioni intese a definire e regolare gli usi della guerra»⁷¹. Questa seconda conferenza portò ad una revisione delle regole adottate nel 1899, con particolare riguardo ai conflitti armati per terra, e ad un ampliamento della disciplina attraverso l'adozione di ulteriori convenzioni. In questa occasione, il Regolamento del 1899 venne incorporato nel nuovo *Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra*

⁶⁹ E. Nys, *Le droit international; les principes, les théories, les faits*, Vol. III, A. Castaigne Ed., Bruxelles, 1906, p. 326; J. W. Garner, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁰ *Regolamento sulle leggi e gli usi della guerra terrestre*, L'Aja, 29 luglio 1899. Per un elenco dettagliato delle convenzioni e degli altri atti adottati al termine delle Conferenze di pace dell'Aja del 1899 e del 1907, v. *supra* nota 38.

⁷¹ *Convenzione concernente le leggi e gli usi della guerra per terra*, L'Aja, 18 ottobre 1907, Preambolo.

per terra (Regolamento dell'Aja del 1907), allegato alla *Convenzione concernente le leggi e gli usi della guerra per terra* (IV Convenzione dell'Aja del 1907)⁷².

6.1 *La tutela dei beni culturali e l'assenza di una loro definizione nelle Convenzioni dell'Aja del 1907 e nei Regolamenti annessi*

Le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, insieme ai Regolamenti ad esse annessi, sono ancora oggi pienamente in vigore e rappresentano alcune tra le più importanti convenzioni di diritto internazionale umanitario, poiché hanno gettato le basi dell'intera disciplina internazionale relativa al diritto dei conflitti armati. La drammatica esperienza delle due guerre mondiali e la tragedia umanitaria che le ha caratterizzate, se da un lato hanno decretato il fallimento delle regole adottate all'Aja in termini di applicazione e rispetto, dall'altro non hanno fatto altro che confermarne l'importanza, rafforzandone il valore normativo oltre i confini pattizi. Un contributo fondamentale, in questo senso, lo ha fornito *in primis* la giurisprudenza del Tribunale Militare di Norimberga, che ha riconosciuto alle Regole dell'Aja il valore di norme consuetudinarie, dunque vincolanti per l'intera Comunità internazionale: «The rules of land warfare expressed in the convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the convention expressly stated that it was an attempt “to revise the general laws and customs of war,” which it thus recognized to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war [...]»⁷³. Successivamente anche la Corte internazionale di giustizia è intervenuta sul tema, confermando il rango consuetudinario delle Regole dell'Aja in alcune importanti pronunce: tra queste si ricordano la sentenza relativa alle *Attività armate sul territorio del Congo* del febbraio 2006 («[...] the Court reiterates that “the provisions of the Hague Regulations have become part of customary law” [...] and as such are binding on both Parties») ⁷⁴; il parere sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori*

⁷² *Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra*, L'Aja, 18 ottobre 1907.

⁷³ Tribunale Militare di Norimberga, sentenza, 30 settembre e 1° ottobre 1946, riprodotta in *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, Germania, 1947, p. 254.

⁷⁴ *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sentenza, 19 dicembre 2005, in *I.C.J. Reports 2005*, p. 168 ss., par. 217.

palestinesi occupati del luglio 2004 («The Court considers that the provisions of the Hague Regulations have become part of customary law, as is in fact recognized by all the participants in the proceedings before the Court»)⁷⁵; e anche il parere sulla *Liceità della minaccia e dell'uso delle armi nucleari* del luglio 1996 («A large number of customary rules have been developed by the practice of States and are an integral part of the international law relevant to the question posed. The “laws and customs of war” - as they were traditionally called - were the subject of efforts at codification undertaken in The Hague (including the Conventions of 1899 and 1907) [...]»)⁷⁶.

Nell'ecosistema del diritto bellico adottato all'Aja nell'1899 e nel 1907, le norme più importanti sono sicuramente quelle contenute nelle due convenzioni precedentemente citate, ossia la II Convenzione del 1899 e la IV Convenzione del 1907, entrambe riguardanti le leggi e gli usi della guerra terrestre, e i Regolamenti ad esse allegati. Proprio questi ultimi, per quanto riguarda la protezione dei beni culturali dai fenomeni di distruzione e saccheggio durante un conflitto armato, hanno dato un valore vincolante ai principi della Dichiarazione di Bruxelles del 1874, recependone gli aspetti positivi e le criticità; tra queste, come vedremo, l'assenza di una definizione precisa di “bene culturale”, che per decenni, almeno fino all'adozione delle prime convenzioni *ad hoc* ed il progressivo sviluppo di una specifica disciplina, ha rappresentato l'elemento di maggior debolezza della tutela giuridica internazionale dei beni culturali. Su questo punto, che merita una riflessione approfondita, si tornerà alla fine del presente paragrafo; ho ritenuto preferibile, infatti, procedere illustrando da principio le norme del Diritto dell'Aja dedicate alla protezione dei beni culturali, analizzandone le caratteristiche e le condizioni per l'applicazione, e solo in un secondo momento soffermarmi sulla loro principale lacuna, ossia la mancanza di una nozione di “bene culturale”.

Prima di proseguire, si ritiene opportuno fare un breve appunto metodologico: dal momento che la IV Convenzione del 1907 e l'annesso Regolamento (da qui in avanti “Regolamento del 1907”) aggiornano e sostituiscono le corrispondenti disposizioni

⁷⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo, 9 luglio 2004, in *I.C.J. Reports 2004*, p. 136 ss., par. 89.

⁷⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo, 8 luglio 1996, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 ss., par. 75.

del 1899, nelle pagine seguenti si farà riferimento alla versione del 1907, salvo differenze significative tra i testi meritevoli di un'analisi comparata⁷⁷.

Le disposizioni riguardanti la protezione dei beni culturali durante i conflitti armati sono collocate all'interno del Regolamento del 1907, precisamente nella Sezione II ("Delle ostilità") e nella Sezione III ("Dell'autorità militare sul territorio dello Stato nemico"). A questo proposito, va notato fin da subito come i beni culturali godano di una duplice protezione all'interno del Regolamento, garantita sia dalla regola generale sul trattamento delle proprietà del nemico durante le ostilità (art. 23, lett. g)), sia da norme espressamente dedicate alla tutela dei beni culturali (artt. 27 e 56). Innanzitutto, bisogna considerare la norma contenuta all'art. 23, lett. g), che costituisce la regola generale alla luce della quale vanno lette e applicate le disposizioni specifiche sui beni culturali. In base a tale norma, è espressamente vietato: «[...] distruggere o confiscare le proprietà nemiche, salvo il caso che le distruzioni e le confische siano imperiosamente imposte dalle necessità della guerra»⁷⁸. In altre parole, gli atti distruzione e sequestro delle proprietà nemiche sono consentiti solo qualora siano imposti da una "necessità militare"; essa rappresenta, quindi, una formidabile eccezione che inevitabilmente condiziona l'applicazione del divieto. A tal proposito, è importante segnalare che, durante i negoziati, la maggior parte degli Stati si erano opposti all'introduzione del principio della necessità militare nella disciplina dell'Aja; fu la delegazione tedesca a fare pressione perché venisse introdotta questa eccezione, minacciando di abbandonare le trattative qualora la richiesta non fosse stata accolta⁷⁹.

Il Regolamento del 1907 prevede, inoltre, una regola speciale per quanto riguarda i bombardamenti: l'art. 25 stabilisce il divieto «[...] di attaccare o di bombardare, con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o edifici che non siano difesi».

L'espressione «con qualsiasi mezzo», che non figurava nella versione del

⁷⁷ Lo stesso art. 4, par. 1 della Convenzione dell'Aja del 1907 afferma che: «[I]a presente Convenzione debitamente ratificata sostituirà, nei rapporti fra le Potenze contraenti, la Convenzione del 29 luglio 1899 concernente le leggi e gli usi della guerra per terra».

⁷⁸ Regolamento dell'Aja del 1907, art. 23, lett. g).

⁷⁹ In un certo senso, la posizione della Germania durante i negoziati non stupisce, dal momento che l'origine del principio della necessità militare viene generalmente attribuita al c.d. "militarismo prussiano", o a quello che la dottrina definisce «la célèbre conception prussienne de la *Kriegsraison*», in S. E. Nahlik, *La protection internationale des biens culturels*, cit., p. 87. Si vedano anche C. Ehler, *op. cit.*, p. 30; J. H. Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, in *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, n. 4, p. 838; C. Forrest, *The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflicts*, in *California Western International Law Journal*, 2007, vol. 37, n. 2, pp. 186-187.

Regolamento del 1899, si riferisce implicitamente all'eventualità di attacchi aerei, che nel 1907 costituivano già una pericolosa realtà in seguito all'avvento dei dirigibili⁸⁰. Secondo l'art. 25, il divieto di bombardamento non è assoluto, ma riguarda solo quei luoghi, con un riferimento generico a "città, villaggi, abitazioni ed edifici", che non siano difesi; l'elemento difensivo, in questo caso, è la condizione che determina la presenza o meno di una "necessità militare", alla quale è subordinata, come si è visto, la regola generale dell'art. 23 lett. g). In altri termini, se una città non è difesa, il bombardamento della stessa non è necessario, e di conseguenza, ai sensi dell'art. 23 lett. g), illegittimo. Al contrario, l'esistenza di una "difesa" sembra far emergere automaticamente una necessità militare, che rende legittimo intervenire con qualsiasi mezzo, anche bombardando le proprietà, sia pubbliche che private, presenti nella città presidata. Ed è qui che emerge la forza dirompente del principio della necessità militare, che nei primi anni del Novecento veniva invocato per escludere qualsiasi tipo di restrizione, arrivando a giustificare anche le distruzioni a tappeto di edifici pubblici e privati, poiché venivano percepite come un mezzo per costringere le autorità locali a desistere da qualunque tentativo di difesa ed arrendersi⁸¹.

Tuttavia, come già anticipato, il Regolamento contiene delle disposizioni specifiche per quanto riguarda la protezione dei beni culturali; la norma di riferimento, a tal proposito, è l'art. 27, che stabilisce quanto segue: «Negli assedi e bombardamenti devono essere presi tutti i provvedimenti necessari per risparmiare, quanto è possibile, gli edifici consacrati al culto, alle arti, alle scienze, alla beneficenza, i monumenti storici, gli ospedali ed i luoghi ove trovansi riuniti gli ammalati e i feriti, a condizione che essi non siano adoperati in pari tempo a scopo militare. Il dovere degli assediati è di designare questi edifici o luoghi con segni visibili speciali che devono essere previamente notificati all'assediate». La norma, che riprende quasi alla lettera l'art. 17 della Dichiarazione di Bruxelles del 1874, afferma quindi che esistono certe categorie di beni, inquadrate in maniera un po' generica ed offuscata, che devono essere "risparmiate, per quanto possibile". In tale contesto il concetto di "risparmiare" (*to spare*, nella versione in inglese) possiede un significato piuttosto ampio, poiché ricomprende sia le ipotesi di attacchi rivolti direttamente contro il

⁸⁰ Cfr. R. O'Keefe, *op. cit.*, p. 23.

⁸¹ Cfr. J. E. Edmonds, L. Oppenheim, *Land Warfare. An Exposition of the Laws and Usages of War on Land, for the Guidance of Officers of His Majesty's Army*, Londra, 1911, par. 122.

bene, con conseguente danno o distruzione dello stesso; sia i casi di danni collaterali evitabili, che possono derivare, ad esempio, dal bombardamento di un obiettivo nelle vicinanze del bene da salvaguardare. Se dunque la copertura garantita dalla norma può sembrare, in questo senso, molto solida, tuttavia l'utilizzo dell'espressione "per quanto possibile" ne attenua in maniera significativa l'efficacia, poiché indica chiaramente che il danno provocato a edifici di interesse culturale e monumenti storici, inteso come evento accidentale e inevitabile causato dalla distruzione di altri obiettivi, non è vietato dal Regolamento del 1907⁸². Questo aspetto costituisce una delle maggiori criticità della disciplina contenuta nel Regolamento dell'Aja, dal momento che, in questo modo, la salvaguardia dei beni culturali richiesta dall'art. 27 può essere sempre derogata ogni volta che la loro protezione interferisca con lo svolgimento delle operazioni militari. Tale circostanza è frutto non tanto della prevalenza assoluta del principio della necessità militare, quanto piuttosto di una lacuna nella disciplina, che impedisce di valutare se le esigenze militari che legittimano un attacco sono tali da giustificare i potenziali danni ai beni culturali situati in prossimità dell'obiettivo da distruggere: come infatti affermato in dottrina da ROGER O'KEEFE, «[n]o positive rule compelled a belligerent to ask whether the military need to destroy a lawful target outweighed the damage likely to be caused to cultural property»⁸³.

Inoltre, la tutela prevista dall'art. 27 è subordinata alla condizione che gli edifici, e in generale i luoghi ai quali la norma fa riferimento, «[...] non siano adoperati in pari tempo a scopo militare»; oltretutto, vige in capo allo Stato assediato l'obbligo di contrassegnare con simboli speciali gli edifici protetti, dandone preavviso allo Stato assediante. Leggendo attentamente il testo dell'art. 27, è evidente come la precondizione che gli edifici in questione non siano utilizzati per "scopi militari" sia assolutamente cruciale per il funzionamento della norma; tuttavia quest'ultima non chiarisce cosa si debba intendere per "scopo militare", ma secondo la dottrina (EDMONDS e OPPENHEIM, in particolare) un edificio di interesse culturale utilizzato, ad esempio, come ufficio o quartier generale per il personale militare, oppure come stazione di segnalazione o come deposito dell'artiglieria, assolve sicuramente ad una funzione militare⁸⁴. Alla luce di questa analisi, appare chiaro che il regime di

⁸² *Ibid.* Si veda anche C. Ehlert, *op. cit.*, p. 30.

⁸³ R. O'Keefe, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁴ J. E. Edmonds, L. Oppenheim, *op. cit.*, par. 136.

protezione previsto dall'art. 27 opera nella misura in cui lo Stato territoriale si esima dall'utilizzare il proprio bene culturale per fini militari. In caso contrario, il bene verrebbe trasformato automaticamente in un potenziale obiettivo militare, e sarebbe dunque privato della protezione accordatagli dall'art. 27 del Regolamento del 1907; parallelamente, la Parte assediante non sarebbe più vincolata all'obbligo di risparmiare il bene in questione, sempre ai sensi dell'art. 27.

Tuttavia la norma non specifica in alcun modo se l'utilizzo del bene culturale per fini militari sia sufficiente a giustificare la distruzione in qualunque circostanza: la dottrina, a tal proposito, ritiene che in questi casi il venir meno del regime di protezione speciale di cui all'art. 27 non escluda automaticamente la protezione generale prevista dall'art. 23, lett. g), in base alla quale, come si è visto, gli atti di distruzione delle proprietà nemiche sono ammessi solamente se imposti da una necessità militare. In altre parole, un bene immobile culturale o un monumento storico convertito dallo Stato territoriale ad uso militare, pur perdendo i privilegi giuridici previsti dall'art. 27, continua tuttavia a godere del regime di protezione generale previsto dall'art. 23 lett. g), per cui potrà essere attaccato solo qualora le circostanze della necessità militare lo impongano⁸⁵. Inoltre è importante sottolineare come la portata obbligatoria dell'art. 27 sia alquanto blanda, soprattutto per quanto riguarda gli Stati assediati: questi, infatti, sono tenuti solamente a identificare con segni chiari e visibili i beni e gli edifici speciali protetti dalla norma, dandone immediata notizia all'assediante⁸⁶. Al contrario, viene lasciata ampia libertà circa il loro utilizzo, e questo perché la norma non impone alcun "obbligo di non fare" in capo agli assediati che impedisca loro di mettere i propri monumenti e luoghi di interesse culturale al servizio della guerra, privandoli così delle poche tutele giuridiche previste ed esponendoli al rischio di gravi danni e distruzione. Come infatti affermato in dottrina, «[u]se of cultural property for military purposes does not constitute a violation of the Hague Rules»⁸⁷.

Come già indicato in precedenza, l'art. 27 del Regolamento del 1907 non è l'unica norma del Diritto dell'Aja a contemplare la protezione dei beni culturali. Disposizioni in questo senso compaiono anche nella Sezione III del Regolamento, relativa agli

⁸⁵ R. O'Keefe, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁶ Lo stesso tipo di obbligo è previsto, come si vedrà, all'art. 5 della IX Convenzione dell'Aja del 1907 concernente il bombardamento con forze navali in tempo di guerra.

⁸⁷ *Ibid.*

obblighi cui devono attenersi le potenze occupanti: tralasciando momentaneamente il significato tecnico di “occupazione militare”, su cui si tornerà successivamente, ciò che conta rilevare in questa sede è che, accanto ad un generico ma incondizionato divieto di saccheggio (art. 47)⁸⁸, l’art. 56 prevede una protezione specifica per i monumenti storici e gli edifici dedicati alla religione, all’arte e alla scienza: « I beni dei comuni, quelli degli istituti consacrati ai culti, alla carità e all’istruzione, alle arti e alle scienze, anche se appartenenti allo Stato, saranno trattati come la proprietà privata. Ogni sequestro, distruzione o danneggiamento intenzionale di tali istituti, di monumenti storici, di opere d’arte e di scienza, è proibito e dev’essere punito». Al di là delle evidenti similitudini con la Dichiarazione di Bruxelles del 1874⁸⁹, la norma appare rilevante per due motivi: innanzitutto, a differenza di quanto previsto agli artt. 23 e 27, qui non viene fatto alcun riferimento all’eccezione della necessità militare; secondo la dottrina, il motivo va ricercato nel fatto che, trattandosi di una norma che protegge determinate categorie di beni posti sotto il controllo di una forza di occupazione, questi non potranno più costituire un ostacolo alle operazioni militari, rendendo di conseguenza inutile invocare l’eccezione della necessità militare per conseguire un vantaggio sul campo di battaglia⁹⁰. In secondo luogo, l’art. 56, sempre in linea con la Dichiarazione di Bruxelles ma in maniera più decisa, criminalizza con vigore qualunque atto di distruzione, saccheggio e danneggiamento intenzionale dei beni culturali, stabilendo che «[...] è proibito e deve essere punito». Nonostante questa rappresenti una disposizione di indubbia importanza, dal momento che qualifica le condotte distruttive di beni culturali come veri e propri reati, tuttavia il suo contenuto risulta alquanto generico, poiché non offre alcuna indicazione circa i divieti specifici e le sanzioni da adottare, lasciando agli Stati la facoltà (non l’obbligo) di integrare i propri ordinamenti nazionali, definendo autonomamente questa fattispecie e stabilendo le sanzioni da applicare.

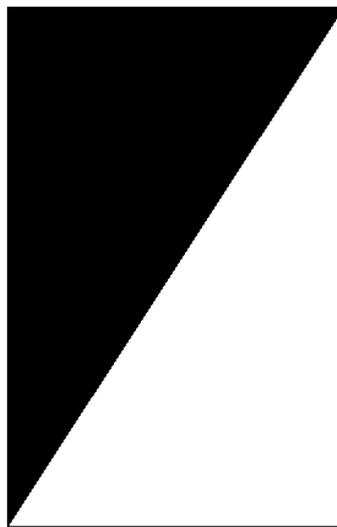
Infine, per concludere il quadro normativo relativo alla protezione dei beni culturali nel Diritto dell’Aja, va segnalato che anche la Convenzione sul bombardamento con forze navali in tempo di guerra (IX Convenzione dell’Aja del 1907) contiene una disposizione in materia. Quest’ultima all’art. 5, con un linguaggio molto simile a

⁸⁸ Regolamento dell’Aja del 1907, art. 47: «Il saccheggio è formalmente proibito».

⁸⁹ La norma in questione richiama in maniera letterale l’art. 8 della Dichiarazione di Bruxelles del 1874.

⁹⁰ Cfr. C. Forrest, *The Doctrine of Military Necessity*, cit., p. 199.

quello dell'art. 27 del Regolamento annesso alla IV Convenzione del 1907, stabilisce infatti che, in caso di bombardamento con forze navali, il comandante dovrà prendere «[...] tutte le misure necessarie per risparmiare, quanto è possibile, gli edifici consacrati ai culti, alle arti, alle scienze ed alla beneficenza, i monumenti storici, gli ospedali ed i luoghi ove trovansi riuniti gli ammalati e i feriti, a condizione però che non siano adoperati nello stesso tempo a scopo militare». La norma inoltre obbliga gli abitanti a identificare i monumenti e gli edifici indicati al par. 1 con segni visibili, rappresentati da un drappello rettangolare diviso, secondo la diagonale, in due triangoli di colore nero alto e bianco in basso (come da figura in basso).



L'emblema che identifica i beni da proteggere in caso di bombardamento navale (IX Convenzione dell'Aja del 1907,

Dunque anche la protezione dei beni culturali dagli effetti dei bombardamenti navali, in base alla norma appena richiamata, segue la stessa struttura prevista dall'art. 27 del Regolamento, ossia la presenza di una necessità militare come eccezione al divieto di attaccare tali beni, e l'obbligo in capo allo Stato territoriale di segnalare la presenza di edifici di interesse culturale, e in generale ritenuti sensibili, attraverso un simbolo identificativo chiaro e visibile.

Come già anticipato all'inizio di questo paragrafo, al di là delle caratteristiche e delle condizioni di applicabilità delle disposizioni riguardanti la tutela dei beni culturali

durante i conflitti armati contenute nelle Convenzioni dell'Aja del 1907 e nei relativi Regolamenti, l'aspetto più rilevante che connota l'intera disciplina è l'assenza di una definizione specifica di "bene culturale"; a voler essere precisi, la stessa espressione "bene culturale" non appare mai nelle Convenzioni e nei Regolamenti dell'Aja del 1907. Le disposizioni esaminate (gli artt. 27 e 56 del Regolamento del 1907, l'art. 5 della IX Convenzione dell'Aja del 1907) utilizzano, con differenze più o meno impercettibili, un riferimento generale a beni di interesse culturale, senza mai definirli nello specifico stabilendo, sulla base di criteri specifici, cosa si intenda per "bene culturale". L'art. 27, per fare un esempio, si riferisce in maniera molto generica agli «edifici consacrati al culto, alle arti, alle scienze, alla beneficenza, i monumenti storici [...]», e in maniera analoga si esprime l'art 5 della IX Convenzione; lo stesso dicasi per l'art. 56 del Regolamento, che stabilisce l'obbligo di proteggere «[gli] istituti consacrati ai culti, alla carità e all'istruzione, alle arti e alle scienze [...]», e così pure i monumenti storici, le opere d'arte e di valore scientifico. È evidente come riferimenti così generici non possano costituire una definizione esaustiva di bene culturale. Oltretutto le norme citate ricomprendono, nel loro regime di protezione, anche i luoghi di cura, come gli ospedali, gli edifici dedicati alla beneficenza e alla carità, nonché i luoghi dove vengono accolti i malati e i feriti. Si tratta dunque di categorie di beni immobili molto ampie ed eterogenee, che rispondono a diverse finalità, non solo culturali: la categoria, ad esempio, degli "edifici dedicati alla beneficenza" è estremamente ampia, e comprende non solo gli orfanotrofi, le case di riposo e le case di cura, ma anche i giardini d'infanzia, le scuole e le università⁹¹. Nonostante l'assenza di una definizione esaustiva di beni culturali all'interno delle Convenzioni dell'Aja, è necessario fare alcune considerazioni significative, che

⁹¹ R. O'Keefe, *op. cit.*, p. 29. Vale la pena notare che, per quanto il concetto di "bene culturale" generalmente non si estenda alla categoria degli ospedali e degli edifici dedicati alla beneficenza, esistono tuttavia situazioni ibride in cui un edificio nato come luogo di cura ha acquisito, nel corso del tempo, un preciso valore culturale. Tra i numerosi esempi di questo tipo, si possono citare il complesso di Santa Maria della Scala, a Siena, uno dei più antichi ospedali d'Europa (i primi documenti risalgono alla fine dell'XI secolo), e oggi tra i più importanti centri museali e culturali della città. Oppure lo *Spedale degli Innocenti*, a Firenze, uno dei primi edifici rinascimentali (costruito a partire dal 1419 su progetto di Filippo Brunelleschi), che in origine svolgeva la funzione di brefotrofo; oggi il complesso ospita il Museo e l'Istituto degli Innocenti ed è iscritto nell'elenco dei monumenti nazionali italiani (cfr. *Elenco degli Edifici Monumentali in Italia*, Roma, 1902, p. 250). Viceversa, esistono anche casi in cui il bene immobile, pur svolgendo le funzioni di ospedale o luogo di cura nella vita quotidiana, possiede degli elementi estetici, artistici o architettonici tali da poter essere qualificato, nello stesso tempo, come "monumento storico", e quindi rientrare nella categoria dei beni culturali: è il caso dell'*Hadassah Medical Center* di Gerusalemme, celebre per le dodici finestre colorate – che simboleggiano le 12 tribù di Israele – realizzate da Marc Chagall, e che adornano la sinagoga all'interno del campus.

indicano come anche la disciplina dell'Aja, a dispetto delle sue importanti lacune, abbia introdotto degli elementi di novità rispetto al passato: innanzitutto con l'espressione "edifici consacrati al culto" si è voluto ricomprendere tutti gli edifici a carattere religioso, senza alcuna distinzione; dunque non solo le chiese cristiane, ma anche le moschee, le sinagoghe e gli edifici appartenenti a tutte le fedi religiose. Inoltre, la categoria dei "monumenti storici" costituisce un'assoluta novità della Conferenza dell'Aja del 1907, dal momento che non era presente né nelle precedenti Convenzioni dell'Aja del 1899, né tantomeno nei precedenti atti non vincolanti (il Codice Lieber del 1863, la Dichiarazione di Bruxelles del 1874 e l'*Oxford Manual* del 1880). Il Codice Lieber, per parte sua, all'art. 35 proibiva la distruzione non necessaria di beni culturali mobili come opere d'arte, collezioni di carattere scientifico e strumenti come i telescopi, ma non estendeva tale protezione ai beni immobili provvisti di un intrinseco valore storico o artistico; ciò era dovuto, probabilmente, alla mancanza di una radicata coscienza del concetto di "monumento" negli Stati Uniti del XIX secolo, che infatti non disponevano di una legislazione in materia di preservazione dei monumenti in tempo di pace⁹². Allo stesso tempo, la Dichiarazione di Bruxelles del 1874 e l'*Oxford Manual* del 1880, pur ricomprendendo nel proprio regime di protezione gli "edifici dedicati all'arte" (come i musei, ad esempio)⁹³, non facevano alcun riferimento ai monumenti o agli edifici di significato storico o artistico. Per questo motivo, l'introduzione dei monumenti storici nel testo dell'art. 27 del Regolamento dell'Aja del 1907 rappresentò un importante passo avanti rispetto alle previsioni precedenti, e venne accolta tra gli applausi e col voto unanime dell'Assemblea degli Stati⁹⁴.

⁹² *Ibid.*, p. 27.

⁹³ Ci si riferisce, rispettivamente, all'art. 17 della Dichiarazione di Bruxelles del 1874 e all'art. 34 dell'*Oxford Manual* del 1880.

⁹⁴ Si veda *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: Translation of the Official Texts*, Vol. III, William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 2000 (Prima edizione: Oxford University Press, New York, 1907), p. 136: « The President proposes, before proceeding to the examination of the other amendments, to make a slight modification in the text of Article 27 relative to sieges and bombardments in order to bring the text into harmony with what has been done in the Third Commission in regard to bombardments at sea; to the enumeration of the buildings which should be spared as far as possible in case of bombardment by sea, have been added *historic monuments* and the same should hold in case of war on land. This proposition is greeted with applause and unanimously approved by the Assembly». Va ricordato, a questo proposito, il ruolo determinante esercitato dal delegato greco, il quale spinse affinché i "monumenti storici", che da poco erano stati introdotti tra i beni da proteggere ai sensi della IX Convenzione dell'Aja, venissero ricompresi anche nel testo dell'art. 27 del Regolamento. Il momento era assolutamente propizio, giacché l'espressione "monumenti storici", all'epoca dei negoziati, aveva un significato già ampiamente consolidato nelle legislazioni nazionali, riferendosi a quei beni immobili, pubblici o privati, meritevoli di protezione

Infine non bisogna trascurare l'importanza del riferimento alle "opere d'arte e di scienza" di cui all'art. 56, par. 2, che amplia in maniera evidente la protezione giuridica prevista dal Regolamento includendo anche i beni mobili nella definizione di bene culturale⁹⁵.

Al di là delle novità esaminate, resta indubbio che la disciplina prevista dalle Convenzioni dell'Aja e gli annessi Regolamenti del 1907, pur avendo gettato le basi della protezione dei beni culturali attraverso l'individuazione di norme vincolanti che nel tempo hanno acquisito un valore consuetudinario, sia d'altro canto alquanto frammentaria su questo tema; ciò in virtù, da un lato, di un dispositivo che spesso sacrifica la salvaguardia del bene culturale per soddisfare le esigenze della necessità militare, che, in mancanza di un chiaro inquadramento giuridico, finiscono sovente per essere lasciate alla discrezione delle Parti in conflitto. E in secondo luogo, soprattutto, per l'assenza di una chiara e precisa definizione dei beni protetti, che vengono invece indicati attraverso vaghi riferimenti a edifici sacri, edifici usati per scopi artistici, scientifici o di beneficenza, oppure monumenti storici, vale a dire beni immobili identificati, apparentemente, in base alla loro natura o funzione⁹⁶. A tal proposito risulta molto importante il contributo della dottrina, che ha saputo andare oltre le poche e confuse indicazioni fornite dalle norme esaminate, individuando tre diversi criteri per valutare quando un bene immobile rientri nel regime di protezione del Regolamento del 1907: certi beni, infatti, sono protetti a causa delle loro qualità intrinseche; altri a seconda dell'ente o istituzione alla quale appartengono; e infine ci sono quei beni che meritano protezione in virtù della funzione che sono chiamati a svolgere⁹⁷.

Ciò nonostante, l'aspetto più eclatante delle Convenzioni dell'Aja rimane la totale mancanza di specificità, che finisce per indebolire profondamente l'efficacia del suo impianto normativo relativo ai beni culturali, poiché questi ultimi non vengono protetti in quanto tali, ma solo in quanto eguagliati ai beni destinati al culto, alla beneficenza,

giuridica in virtù del loro intrinseco valore storico, artistico o scientifico, più che per il loro contenuto o la loro funzione. Cfr. R. O'Keefe, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁹⁵ Va notato, comunque, che la tutela delle "opere d'arte e di scienza" prevista dall'art. 56, par. 2 è circoscritta ai casi di occupazione militare (si ricorda, infatti, che la Sezione III del Regolamento del 1907, di cui l'art. 56 fa parte, riguarda l'autorità militare sul territorio dello Stato nemico), dunque non si applica, di base, alle situazioni in cui sono ancora in corso le ostilità, come i bombardamenti e gli assedi.

⁹⁶ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁷ S. E. Nahlik, *Protection of Cultural Property*, cit., p. 205.

agli ospedali e ad altri meritevoli di protezione⁹⁸. E anche per questo motivo la disciplina adottata all'Aja nel 1899 e nel 1907, pur introducendo le prime disposizioni internazionali finalizzate alla protezione di beni considerati sensibili, tra cui i beni culturali, si dimostrò assolutamente inadeguata a contenere gli ingenti danni al patrimonio culturale causati dalla Prima e dalla Seconda Guerra Mondiale. Come vedremo nel prossimo paragrafo, già l'esperienza tragica della Grande Guerra spinse la Comunità internazionale a prendere nuove iniziative per modificare e rafforzare le norme a tutela dei beni culturali, al fine di garantirne una concreta protezione durante i conflitti armati.

7. La distruzione culturale ai tempi della Prima Guerra Mondiale e il problema della necessità militare. L'esperimento de "La Croix d'Or"

Lo spirito progressista e di grande ottimismo che aveva accompagnato il passaggio dal XIX al XX secolo, soprattutto in Europa e negli Stati Uniti, culminando nella codificazione delle prime norme internazionali ispirate a profondi e condivisi ideali umanitari, faceva ben sperare in una definitiva presa di coscienza dell'esistenza di valori fondamentali e universali da proteggere nell'interesse di tutta l'umanità, in particolare dalla minaccia di conflitti armati sempre più simili a disumane e inarrestabili macchine per lo sterminio. I grandi progressi scientifici, l'intensificarsi degli scambi commerciali e culturali, la conclusione delle citate Convenzioni dell'Aja, tutto ciò sembrava preludere all'inizio di una nuova epoca di pacifica convivenza internazionale, fondata sull'impegno condiviso di risolvere le dispute e i conflitti con mezzi più ragionevoli del ricorso alle armi.

Tuttavia questa visione di un "nuovo mondo" costruito su solidi pilastri come la pace, il progresso della civiltà e il primato della ragione sulla barbarie fu spazzata via dalla furia della Prima Guerra Mondiale (1914–1918), che lasciò tracce indelebili nella psiche moderna. La Grande Guerra non fece altro che smascherare la natura illusoria di concetti come "progresso" e "modernità", dimostrando la profonda

⁹⁸ A. F. Panzera, *La tutela internazionale dei beni culturali in tempo di guerra*, Giappichelli Editori, Torino, 1993, p. 22; A. Gioia, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati*, in F. Francioni, A. Del Vecchio, P. De Caterini (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali a difesa del patrimonio e della cultura atti del Convegno, Roma, 8-9 Maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 75; A. M. Maugeri, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 17.

ingenuità del progetto per la creazione di un nuovo ordine internazionale che gli attivisti e i diplomatici dell'epoca stavano tentando di realizzare, animati dalle speranze e dagli sforzi più sinceri; come del resto rilevato dalla dottrina, proprio con riferimento alle norme dell'Aja sui conflitti armati, «[a]fter 1918, who could regard Peace Conferences and international rules of war as anything other than impractical dreams, if not dangerous follies?»⁹⁹. L'ampiezza inimmaginabile del teatro delle operazioni militari fu inoltre la prova dell'inefficacia delle regole adottate all'Aja, che si dimostrarono troppo scarse per contenere le violenze e limitare le perdite di vite umane e gli episodi di distruzione incontrollata. I gravissimi danni causati al patrimonio culturale, storico e artistico delle città assediate e bombardate provocarono un acceso dibattito, sia durante che al termine del conflitto, generando un sentimento collettivo di denuncia e accendendo le proteste all'interno della stampa, oltre a generare campagne di propaganda da tutte le direzioni. Centinaia di chiese ed edifici storici, ma anche intere città che si distinguevano per le straordinarie architetture e la presenza di quartieri plurisecolari, vennero completamente distrutti nel corso delle operazioni belliche, insieme ai tesori dell'arte che custodivano. Il Belgio e la Francia furono probabilmente le principali vittime di questo "vergognoso olocausto"¹⁰⁰, che si abbatté con inarrestabile ferocia su dozzine di città e luoghi. Dinant, Namur, Malines, Termonde e Ypres furono tra i centri più colpiti in Belgio: la città di Termonde fu data alle fiamme, insieme al suo *Hotel de Ville* (un edificio del XIV secolo), le sue chiese (con gravissime perdite di opere d'arte, tra cui due dipinti di Antoon van Dyck e uno di Gaspar de Crayer), il suo museo delle antichità e centinaia di edifici civili; la piazza centrale di Ypres, un capolavoro dell'architettura, venne ridotta in macerie, e così pure decine di altre chiese sparse su tutto il territorio belga. Lo stesso destino toccò, in Francia, alle città di Senlis, Soissons e Arras; anche se furono Lovanio e Reims a patire i più tragici e rinomati atti di devastazione, in termini di perdite culturali.

L'immenso rogo appiccato alla città di Lovanio dalle truppe tedesche la notte del 25 agosto 1914, e che ridusse in cenere la biblioteca dell'Università, un gioiello

⁹⁹ W. Sandholtz, *Prohibiting Plunder: How Norms Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 101.

¹⁰⁰ Così si espresse il Primo Ministro inglese, Herbert Henry Asquith, durante il suo discorso a Guildhall il 4 settembre 1914, riferendosi alla distruzione di Lovanio: «[t]he greatest crime committed against civilization and culture since the Thirty Years War – a shameless holocaust of irreparable treasures lit up by blind barbarian vengeance» (pubblicato in *London Times*, 5 settembre 1914). Cfr. J. W. Garner, *op. cit.*, p. 101.

architettonico del 1636 celebre per le sue inestimabili raccolte di libri rari e antichi e per le sue ricche collezioni scientifiche e di opere d'arte, scatenò l'indignazione e un sentimento di unanime condanna nell'opinione pubblica internazionale, soprattutto anglosassone, che non esitò a definire questo episodio un oltraggio contro l'umanità e le leggi di guerra¹⁰¹. Nei giorni successivi iniziarono a susseguirsi numerosi dispacchi, che denunciavano ulteriori atrocità commesse dall'esercito tedesco: la cittadina di Aerschot, un indifeso paese di campagna totalmente innocuo sotto il profilo strategico, venne distrutta, la chiesa di *Notre Dame* dissacrata e oltre centocinquanta civili massacrati. La stessa sorte toccò pochi giorni dopo a Malines, un altro luogo insignificante dal punto di vista militare, ridotta in macerie dai bombardamenti che non risparmiarono gli edifici storici e i monumenti cittadini, inclusa la cattedrale, l'*Hotel de Ville* e l'Università cattolica romana; anche Dinant e Termonde vennero rase al suolo¹⁰². Questi episodi furono un banco di prova terribile per le recenti norme internazionali dedicate alla protezione dei beni culturali dalle azioni armate, e misero in luce tutta la contraddittorietà di una disciplina fondata su un principio arduo e pericolosamente ambiguo come quello della necessità militare. E il dibattito che ne seguì, con ciascuna parte a difendere la propria versione dell'accaduto, non fece che confermare l'immensa difficoltà di ricostruire con precisione i fatti e individuare, di conseguenza, le reali responsabilità: di fronte alle accuse mosse soprattutto da Regno Unito e Belgio, i comandanti tedeschi risposero ufficialmente giustificando, in particolare, le azioni contro Lovanio come una legittima reazione al fuoco dei cecchini contro le truppe tedesche¹⁰³. Il governo belga, a sua

¹⁰¹ Oltre al Primo Ministro inglese (v. *supra* nota 100), altri commentatori si unirono al coro di condanna per la distruzione di Lovanio e del suo patrimonio culturale: tra questi, il giurista e storico Coleman Phillipson scrisse che «[t]he destruction of Louvain was an act of downright barbarism, an outrage to humanity and an insult to the laws of war» (C. Phillipson, *International Law and the Great War*, T. Fisher Unwin Ltd., Londra, 1915, p. 168). Ancora: «a peculiar infamy will attach to the memory of the sack and fire of Louvain, one of the oldest of European seats of learning, and not the least of Belgium's treasuries of art and history» (G.H. Perris, *The Campaign of 1914 in France and Belgium*, Henry Holt and Co., New York, 1915, p. 53). Nel suo libro *The German Terror in Belgium: An Historical Record* (George H. Doran Co., New York, 1917), lo storico Arnold Toynbee ricostruiva nel dettaglio i fatti di Lovanio. Per non parlare delle sistematiche denunce pubblicate sulla stampa inglese, che insistevano sugli aspetti criminali di questo episodio: «an atrocious act without a parallel even in the Dark Ages and one which would turn the hands of every civilized nation against the Germans» (così sul *London Times*); «it exceeded in horror and calculated wickedness any military crime committed since the Thirty Years War» (Sir Frederick Pollock in una lettera al *Times*, 30 agosto 1914).

¹⁰² Cfr. J. W. Garner, *op. cit.*, p. 102.

¹⁰³ Ciò in base alla versione fornita dal Ministero degli Affari Esteri tedesco (*Auswärtiges Amt*, 1915). Dopo la guerra, le dichiarazioni tedesche furono tradotte e pubblicate in inglese (*The Germany Army*

volta, presentò una replica ufficiale che respingeva con dovizia di particolari la versione tedesca, fornendo alcune testimonianze oculari che contraddicevano in pieno la posizione della Germania rispetto ai fatti di Lovanio¹⁰⁴.

Un altro celebre caso che ebbe risonanza internazionale fu la distruzione della cattedrale di Reims, un capolavoro dell'architettura gotica che nel settembre 1914 venne gravemente danneggiata sotto i colpi dell'artiglieria tedesca. Anche questo episodio fu fortemente condannato dall'opinione pubblica internazionale, che non esitò a rilevare lo straordinario valore della cattedrale e il senso di perdita universale causato dalla sua iniqua distruzione¹⁰⁵, anticipando così quel sentimento di appartenenza globale tipico di quei beni percepiti come un patrimonio dell'umanità, e che sarà uno dei principali propulsori della disciplina giuridica internazionale per la protezione dei beni culturali a partire dalla seconda metà del Novecento.

Di fronte ad accuse così gravi, la risposta della Germania non si fece attendere, e furono presentate argomentazioni completamente diverse che, se veritiere, potevano perlomeno attenuare, se non proprio escludere, le responsabilità tedesche. In base alla versione fornita dallo Stato maggiore tedesco, la città di Reims era strenuamente difesa, e la presenza massiccia di truppe francesi proprio nell'area della cattedrale aveva reso necessario (e legittimo) l'intervento dell'artiglieria; giustificazioni di questo tipo, come è evidente, finivano per ribaltare completamente i ruoli, rendendo i francesi i principali responsabili della distruzione del sito in violazione dei doveri di protezione previsti dalle Regole dell'Aja¹⁰⁶. Naturalmente la

in Belgium, the White Book of May 1915, Trad. E. N. Bennett, B.W. Huebsch Inc., New York, 1921). Cfr. W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁴ Secondo quanto dichiarato dal Ministero della Giustizia e dal Ministero degli Affari Esteri belga in *Réponse au Livre Blanc Allemand du 10 Mai 1915*, "Die völkerrechtswidrige Führung des belgischen Volkskriegs.", Berger-Levrault, Parigi, 1917.

¹⁰⁵ Così si esprime J. W. Garner, un professore di scienze politiche dell'Università dell'Illinois, il quale rilevò che «[...] such architectural landmarks as this noble cathedral belong not to France but to the world. They are the common heritage of civilization and are protected not only by their sanctity but by the law of nations». In J. W. Garner, *op. cit.*, p. 108. Naturalmente anche il governo francese intervenne, denunciando «[...] to universal indignation this revolting act of vandalism which, by handing over to the flames a sanctuary of our history, has robbed humanity of an incomparable portion of its artistic heritage», in C. Phillipson, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁶ Come ben spiegato da Garner, la distruzione della cattedrale di Reims rappresenta un episodio esemplare di distruzione di beni culturali in presenza di una necessità militare, laddove la versione tedesca risulti attendibile. Resta estremamente ardua, per non dire impossibile, la verifica dei fatti e delle responsabilità (e anche in questo il caso di Reims è esemplare); a riprova di una disciplina, come quella dell'Aja, decisamente ambigua e lacunosa, dove l'unica certezza è costituita dalla prevalenza delle esigenze militari sul principio umanitario di protezione incondizionata dei monumenti e siti culturali: «The bombardment of the cathedral at Rheims was, if the German version is correct, more excusable. The city was clearly defended, and was therefore liable to bombardment. If, as the Germans claim, the French were using the tower for purposes of observation to direct their artillery

Francia respinse completamente le giustificazioni tedesche, denunciando altresì il carattere deliberato e arbitrario del bombardamento della cattedrale di Reims, colpita non per motivi strategici, ma proprio in virtù del suo immenso valore storico e artistico, e che la rendeva un gioiello del patrimonio culturale francese¹⁰⁷.

Episodi come la distruzione di Lovanio e di Reims dimostrarono, ancora una volta, come la protezione dei tesori culturali fosse ancora un tema centrale nel dibattito internazionale, che rendeva indispensabile un impegno collettivo al fine di migliorarne la tutela non solo attraverso il potenziamento delle norme e lo sviluppo di discipline più specifiche, ma anche mediante l'adozione di strumenti di monitoraggio e misure più incisive sul piano pratico. A tal proposito vale la pena ricordare il tentativo di istituire un comitato internazionale, sulla falsariga della Croce Rossa Internazionale, chiamato "*La Croix d'Or*" ed espressamente dedicato alla protezione dei beni culturali. L'idea venne ufficialmente presentata a Bruxelles nell'agosto del 1915, durante una conferenza alla quale presero parte i rappresentanti di Germania, Austria-Ungheria e Svizzera per l'elaborazione di una bozza di convenzione, che tuttavia si concluse in un nulla di fatto. Il fallimento di questa prima iniziativa spinse la Società Archeologica Olandese (*Nederlandsche Oudleidendige Bond*), nell'aprile del 1918, a presentare una proposta alla Regina d'Olanda affinché si convocasse una nuova conferenza internazionale incentrata sulla tutela dei monumenti storici e artistici dai pericoli dei conflitti armati¹⁰⁸. Anche questo secondo tentativo non andò in porto, ma ebbe il merito di influenzare le riflessioni e gli sviluppi successivi, che vennero immediatamente avviati al termine della guerra¹⁰⁹. È indispensabile

fire, the enemy was justified in trying to remove the observation post [...]; and if, as they claim, the bombardment ceased as soon as the steeple had been cut away and they inflicted no more damage than was necessary to accomplish this object, the French and not they must bear the responsibility. If, on the other hand, as the London *Times* asserts, the cathedral was not being used by the French for military purposes, and that a Red Cross flag floated over the tower and protected German wounded within its walls, the destruction was wholly unjustifiable».

¹⁰⁷ Si veda W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 105: «The French contradicted the German claims and characterized the incident as one of wanton destruction [...]. They argued that the cathedral of Rheims had been targeted because of its historic and cultural importance to the nation, as the coronation site for 25 kings of France over 600 years, the last being Charles X in 1825». Si veda anche A. Marguillier, *La Destruction des Monuments sur le Front Occidental: Réponse aux Plaidoyers Allemands*, G. van Oest & Cie, Parigi/Bruxelles, 1919, pp. 39-49.

¹⁰⁸ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 14; W. Sandholtz, *op. cit.*, pp. 117-118.

¹⁰⁹ Si pensi alla Conferenza Preliminare al Trattato di Versailles (25 gennaio 1919), durante la quale era stata presa in considerazione la possibilità di punire i responsabili delle violazioni delle Convenzioni dell'Aja (e che portò all'introduzione dell'art. 227 del Trattato, che prevedeva la costituzione di un tribunale speciale per processare l'ex Imperatore di Germania, Guglielmo II di Hohenzollern, «[...] for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties». Disposizione che, tuttavia, non venne mai attuata). A tal fine venne istituita una commissione

sottolineare l'attenzione dedicata, all'esito del conflitto, all'obbligo di restituzione dei beni d'arte sottratti nel corso delle operazioni belliche, il cui valore di principio consuetudinario venne riconosciuto e confermato nei conclusivi trattati di pace, attraverso la previsione di specifiche norme finalizzate a ripristinare l'integrità e la completezza del patrimonio artistico nazionale dei Paesi che avevano subito azioni di spoglio di beni culturali nel corso della guerra¹¹⁰; tale obiettivo veniva messo in risalto, inoltre, dall'applicazione su base di "reciprocità" degli obblighi di restituzione dei beni culturali, che operavano senza distinzione sia nei confronti delle potenze vincitrici, sia verso le potenze vinte¹¹¹. Non da meno fu il contributo della giurisprudenza, che servì a consolidare ulteriormente l'obbligo di restituzione dei beni culturali sottratti durante i conflitti armati, e in generale il divieto di appropriazione di proprietà pubbliche o private come bottino di guerra da parte delle potenze occupanti: tale principio venne autorevolmente riaffermato da una celebre sentenza del Tribunale di Venezia dell'8 gennaio 1927 (la causa *Mazzoni c. Finanze dello Stato*), che divenne in seguito un punto di riferimento anche presso le corti straniere¹¹².

incaricata di esaminare la responsabilità penale del Kaiser per aver iniziato una guerra di aggressione (*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*), che raccolse prove riguardanti anche agli attacchi compiuti contro i beni culturali. Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 14. Si veda anche *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, in *American Journal of International Law*, 1920, vol. 14, n. 1/2, pp. 95-160.

¹¹⁰ Ci si riferisce, in particolare, oltre al Trattato di Versailles (28 giugno 1919) tra le potenze vincitrici e la Germania, al Trattato di Saint-Germain-en-Laye (10 settembre 1919) tra le potenze vincitrici e la Repubblica Austriaca, e al Trattato di Riga (18 marzo 1921) tra l'Unione Sovietica e la Polonia al termine della guerra russo-polacca del 1920. Successivamente, in esecuzione del Trattato di Saint-Germain, l'Italia e la Germania conclusero a Vienna, il 4 maggio 1920, un accordo per risolvere le rispettive controversie in tema di restituzione di beni storici e artistici.

¹¹¹ T. Tampieri, *op. cit.*, p. 30; M. Frigo, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 81.

¹¹² Il testo della sentenza è pubblicato in *Foro Italiano*, 1927, vol. 52, pp. 960-976, con nota di M. Udina, *Sulla natura giuridica delle restituzioni di cui all'art. 184 del Trattato di Saint Germain*. In particolare, i giudici veneziani affermarono che «[l]a nozione giuridica del *bottino di guerra* e della *preda bellica* non comporta la comprensione di qualsiasi cosa che venga appresa dall'esercito occupante. Secondo i principi del diritto internazionale, il bottino è *unicamente* la presa di possesso di oggetti suscettibili di un uso bellico, abbandonati dal belligerante nemico e perciò non può estendersi fino a comprendere il *saccheggio*, che, mentre negli antichi tempi era concesso per premiare lo zelo delle truppe, è oggi assolutamente vietato» (pp. 974-975). La sentenza, inoltre, metteva in rilievo la distinzione operata dal Trattato di Saint-Germain fra l'obbligo di riparazione, avente natura risarcitoria, e l'obbligo di restituzione dei beni artistici sottratti durante le operazioni belliche, sottolineando come questi ultimi andassero sempre e comunque restituiti ai legittimi proprietari privati, e non potessero mai rappresentare una forma di riparazione a favore del governo avente diritto. Cfr. anche T. Tampieri, *op. cit.*, p. 32.

8. Il periodo tra le due Guerre. Le Hague Rules del 1922

Un aspetto significativo che merita una breve considerazione, con riferimento al periodo successivo alla Prima Guerra Mondiale, fu l'intensificarsi dell'azione diplomatica per il miglioramento delle relazioni internazionali: sorprendentemente, la reazione alla tragedia della Prima Guerra Mondiale, nella quale sembravano essersi concretizzati i timori e le profetiche visioni degli intellettuali della seconda metà dell'Ottocento, decretando, nel contempo, il fallimento di quella soluzione condivisa rappresentata dalle conferenze di pace dell'Aja e le regole che ne erano scaturite, fu decisamente positiva e costruttiva, proiettata verso una fede nel diritto e nella soluzione pacifica dei conflitti come le uniche strade possibili per evitare altre catastrofi. Come giustamente affermato in dottrina da SANDHOLTZ: «Perhaps one lesson of the war was that the Peace Conferences had not gone far enough, that more, not less, rule making was called for. Thus pacifist movements thrived»¹¹³. Questa intensa attività diplomatica portò, innanzitutto, alla creazione della Società delle Nazioni e ad un rafforzamento dell'azione normativa per far fronte ai rischi di una diffusione capillare degli armamenti, con particolare attenzione alla guerra navale e aerea, dove trovò spazio anche una serie di nuove regole per la protezione dei beni culturali che diedero un impulso fresco alla disciplina, anticipando alcuni meccanismi che in seguito sarebbero stati ripresi e ulteriormente sviluppati. Nel corso della Conferenza internazionale tenutasi a Washington tra il novembre 1921 e il febbraio 1922, e incentrata sulla prevenzione di una corsa eccessiva agli armamenti, venne istituita¹¹⁴ una commissione di giuristi incaricata di elaborare una bozza di regole riguardanti l'uso della radio nel corso dei conflitti armati e sulla guerra aerea, valutando l'opportunità di adeguare i principi introdotti dalla Conferenza dell'Aja del 1907¹¹⁵ alle più recenti tecnologie in ambito militare. I lavori della Commissione si svolsero all'Aja tra il dicembre 1922 e il febbraio 1923, e produssero un insieme di regole sul controllo radio in tempo di guerra e sulla guerra

¹¹³ W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 101. Si veda anche C. Lynch, *Beyond Appeasement: Interpreting Interwar Peace Movements in World Politics*, Cornell University Press, New York, 1999.

¹¹⁴ Con una risoluzione del 4 febbraio 1922.

¹¹⁵ La Commissione, presieduta da John Bassett Moore, era formata dai rappresentanti delle potenze che si erano riunite a Washington (Stati Uniti, Francia, Italia, Regno Unito e Giappone), cui si aggiunsero anche i Paesi Bassi. Per una dettagliata ricostruzione dei lavori della Commissione, si vedano H. M. Hanke, *The 1923 Hague Rules of Air Warfare. A Contribution to the Development of International Law Protecting Civilians from Air Attack*, in *International Review of the Red Cross*, 1993, vol. 33, n. 292, pp. 12-44; J. Toman, *op. cit.*, pp. 14-16.

aerea (*The Hague Rules Concerning the Control of Radio in Time of War and Air Fare* – da qui “1922 Hague Rules”)¹¹⁶. Si trattava di semplici raccomandazioni che riprendevano in larga parte le regole consuetudinarie e i principi generali già ampiamente previsti dalle convenzioni di diritto bellico, ma che non vennero mai adottate in forma vincolante; ciononostante ebbero una grande influenza sugli sviluppi successivi del diritto dei conflitti armati, anche in materia di protezione dei beni culturali¹¹⁷. Proprio con riferimento a questi ultimi, le *1922 Hague Rules* portarono alcune novità significative, poiché accanto ad una disciplina di “protezione generale” (molto simile a quella prevista dall’art. 27 del Regolamento dell’Aja del 1907) venne introdotta per la prima volta una “protezione speciale” espressamente dedicata ai monumenti di grande valore storico («*monuments of great historic value*»), garantendo in questo modo un regime più efficace per la loro tutela; inoltre le nuove regole abbandonarono il criterio della “difesa”, sostituendolo con un nuovo approccio fondato sul concetto di “obiettivo militare”¹¹⁸.

Per quanto riguarda la “protezione generale”, questa è descritta all’art. 25, dove si stabilisce che: «[i]n bombardment by aircraft, all necessary steps must be taken by the commander to spare as far as possible buildings dedicated to public worship, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospital ships, hospitals and other places where the sick and wounded are collected, provided such buildings, objects or places are not at the time used for military purposes. Such buildings, objects and places must by day be indicated by marks visible to aircraft». Appare evidente come la disciplina generale prevista dall’art. 25 delle *1922 Hague Rules* riprenda letteralmente quella dell’art. 27 del 1907, adattandola ai casi di bombardamento aereo. È inoltre prevista, anche in questo caso, la deroga della necessità militare, che tuttavia appare più rigida rispetto alla precedente disciplina; l’art. 24, par. 1 sviluppa ulteriormente questo concetto, stabilendo che: «[a]n air

¹¹⁶ Il testo delle *Hague Rules Concerning the Control of Radio in Time of War and Air Fare* è riprodotto in D. Schindler, J. Toman, *op. cit.*, pp. 315-328.

¹¹⁷ Come riconosciuto da autorevole dottrina, le *1922 Hague Rules* furono «[...] an authoritative attempt to clarify and formulate rules of law governing the use of aircraft in war». Si veda L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law*, Vol. II, Longmans, Londra, 1952, p. 519. A titolo di esempio, queste regole ebbero una certa risonanza in Italia (soprattutto alla luce dei danni irreparabili provocati dai bombardamenti aerei durante la guerra, specialmente al patrimonio artistico di Venezia e Ravenna), dove si iniziò a valutare la possibilità di creare un’“area di protezione” circostante i monumenti di valore storico, che avrebbe così goduto di uno status neutrale durante un conflitto armato. Sul tema si vedano W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 119; J. Toman, *op. cit.*, p. 33, nota 31.

¹¹⁸ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 15.

bombardment is legitimate only when is directed against a military objective, i.e. an objective whereof the total or partial destruction would constitute an obvious military advantage for the belligerent». In questo caso, i requisiti stabiliti per soddisfare l'eccezione della necessità militare sono decisamente più rigidi rispetto al passato, poiché prevedono un delicato bilanciamento (la cui prova incombe alla parte che effettua il bombardamento) tra il danno provocato, in termini di distruzione (anche di beni culturali) e di perdite di vite umane, e il vantaggio militare realizzato. Secondo la dottrina (GARDAM), infatti: «[t]he major factor of determining the military advantage of a particular attack in the context of the proportionality equation is the importance of the target for achieving a particular military objective. The more integral the proposed target is to the military strategy, the higher the level of likely civilian casualties [or destruction of cultural property] and damage to civilian objects that will be acceptable»¹¹⁹.

Infine, per quanto riguarda la “protezione speciale”, questa è disciplinata all'art. 26, che prevede la possibilità per gli Stati di istituire una zona di protezione intorno ai propri monumenti di grande valore storico, informando della loro esistenza le altre Potenze già in tempo di pace attraverso i canali diplomatici¹²⁰. Ne deriva, di conseguenza, per gli Stati che intendano aderire a questo regime speciale, l'obbligo di astenersi dall'utilizzare questi beni di particolare rilevanza culturale, comprese le aree ad essi adiacenti, per scopi militari¹²¹. Al di là dell'indiscutibile valore della distinzione operata dalle *1922 Hague Rules* tra una “protezione generale” e una “protezione speciale” espressamente dedicata ai monumenti storici, che è servita a dare una maggiore visibilità ai beni culturali sottraendoli (in parte) alle previsioni generiche delle Regole dell'Aja del 1907, rimangono evidenti alcune importanti lacune. In particolare, pesa l'assenza di una qualsiasi definizione dei “monumenti di grande valore storico” ai quali la norma fa riferimento: l'art. 26, infatti, si limita a

¹¹⁹ J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 100.

¹²⁰ *1922 Hague Rules*, art. 26, parr. 1–2: «1. A State, if it deems it suitable, may establish a protected area around such monuments situated on its territory. In time of war, such areas shall be sheltered from bombardments; 2. Monuments around which such area is to be established, shall already be, in time of peace, the object of a notification addressed to the other Powers through the diplomatic channel; the notification shall also state the limits of such areas. This notification cannot be revoked in time of war».

¹²¹ *Ibid.*, par. 7: «A State which accepts the provisions of this Article should abstain from making use of the historic monuments and the zone surrounding them for military purposes or for the benefit of its military organization in any manner whatsoever and should also abstain from committing, in the interior of such monument or within such zone, any act for military purposes».

riconoscere agli Stati la possibilità di garantire una più efficace tutela per i propri beni culturali di maggior valore storico («The following special rules have been adopted to permit the States to ensure a more efficient protection of *monuments of great historic value* situated on their territory [...]»¹²², senza però indicare cosa si debba intendere con questa espressione, né quali parametri utilizzare per il loro inquadramento. Tale assenza trova giustificazione, evidentemente, nel tenore della stessa disciplina prevista dall'art. 26, che dà agli Stati la libertà di aderire o meno al regime speciale indicato, lasciando loro (di conseguenza) ampia discrezionalità circa l'identificazione dei propri monumenti meritevoli di protezione, in base al rispettivo valore culturale e storico per lo Stato territoriale. Tuttavia, il fatto che questa sorta di “offerta di protezione speciale” avanzata dall'art. 26, già debole nella sua formulazione, fosse parte di una serie di raccomandazioni prive di qualunque valore vincolante, rende forse le disposizioni relative alla tutela dei beni culturali contenute nelle *1922 Hague Rules* più rilevanti sotto il profilo storico che giuridico.

8.1 *La cooperazione intellettuale nella Società delle Nazioni e la Conferenza di Atene del 1931*

Negli anni seguenti (1920–1930) il dibattito sulla necessità di rafforzare la protezione dei beni culturali si intensificò ulteriormente. Questo fu possibile grazie alla presenza della Società delle Nazioni, che favorì i primi tentativi di un dialogo pacifico e duraturo tra gli Stati attraverso gli strumenti della cooperazione, della diplomazia e la cura di interessi universali. Sotto i suoi auspici iniziò infatti a svilupparsi una nuova forma di cooperazione internazionale dedicata alla conservazione del patrimonio culturale, che trovò il proprio fulcro nell'azione coordinata di tre suoi organi: il Comitato internazionale per la cooperazione intellettuale (*International Committee for Intellectual Cooperation* – ICIC); il suo organo esecutivo, l'Istituto internazionale per la cooperazione intellettuale (*International Institute for Intellectual Cooperation* – IIIC); e l'*International Museums Office* (IMO). Durante i loro anni di attività (1922–1946) vennero organizzate numerose conferenze internazionali finalizzate all'adozione di nuovi strumenti giuridici per la tutela e la conservazione del

¹²² *Ibid.*. Corsivo aggiunto.

patrimonio culturale, sia mobile che immobile¹²³. Questa esperienza, destinata a concludersi prematuramente con l'inizio della Seconda Guerra Mondiale, segnò un vero cambio di rotta poiché gettò le basi giuridiche, intellettuali e filosofiche per la futura disciplina internazionale dedicata alla protezione del patrimonio culturale. Un momento particolarmente significativo, a tal proposito, fu la Conferenza di Atene organizzata dall'IMO (21–31 ottobre 1931)¹²⁴ e focalizzata sulla preservazione del patrimonio archeologico, che secondo la dottrina diede una svolta rivoluzionaria alla disciplina, introducendo l'idea di una cooperazione internazionale ispirata al perseguimento di un obiettivo collettivo, ossia la tutela di un patrimonio culturale appartenente, di diritto, a tutta l'umanità¹²⁵. La Conferenza ospitò il Primo Congresso Internazionale degli Architetti e dei Tecnici dei Monumenti Storici, durante il quale venne adottata la *Carta di Atene per il restauro dei monumenti storici* (Carta del Restauro)¹²⁶, un manifesto in sette punti che mirava a favorire la conservazione dei beni culturali, fissando alcuni principi generali in materia di restauro che spaziavano dall'adozione di adeguate misure legislative e amministrative allo studio delle tecniche di conservazione per far fronte al deterioramento dei monumenti, tentando una sintesi condivisa tra le diverse dottrine. All'origine di questa iniziativa c'era una constatazione molto precisa che diventerà uno dei pilastri della successiva cooperazione internazionale in materia di cultura, nonché della maggior parte delle politiche culturali dell'UNESCO: poiché il patrimonio artistico e archeologico

¹²³ Tra le conferenze più importanti si possono ricordare, oltre alla Conferenza di Atene del 1931 di cui si parla nel testo, la Conferenza di Roma (ottobre 1930) dedicata alla ricerca di metodi scientifici da impiegare nello studio e nella preservazione delle opere d'arte, alla quale parteciparono oltre duecento esperti tra direttori di musei, storici dell'arte ed esperti di fisica e chimica (cfr. *League of Nations 15 August 1931, International Committee on Intellectual Co-operation. Minutes of the Thirteenth session Held at Geneva, from Monday, July 20th, to Saturday, July 25th, 1931*, C.471.M.201.1931.XII, Ginevra, p. 48); e la Conferenza di Madrid (28 ottobre–4 novembre 1934) relativa all'elaborazione di linee guida rivolte a curatori e operatori del settore museale (cfr. *League of Nations 8 August 1935, International Committee on Intellectual Co-operation. Report of the Committee on the Work of its Seventeenth Plenary Session*, C.290.M.154.1935.XII, Ginevra, p. 8, 56).

¹²⁴ La Conferenza di Atene venne annunciata nel corso della tredicesima sessione dell'ICIC, anticipando che sarebbe stata incentrata sullo studio delle problematiche relative alla protezione e preservazione dei monumenti storici ed artistici. Vedi *League of Nations 15 August 1931*, cit., p. 48.

¹²⁵ Cfr. C. Cameron, M. Rössler, *Many Voices, One Vision: The Early Years of the World Heritage Convention*, Routledge, Londra, 2013, p. 1. Un contributo molto ricco e interessante sull'attività degli organi per la cooperazione intellettuale della Società delle Nazioni, con particolare riguardo al loro ruolo nella successiva definizione delle funzioni e delle politiche dell'UNESCO, lo si può trovare nella tesi di dottorato (non pubblicata) di S. Titchen, *On the construction of outstanding universal value: UNESCO's World Heritage Convention (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972) and the identification and assessment of cultural places for inclusion in the World Heritage List*, Canberra, 1995, pp. 12–24.

¹²⁶ *Athens Charter for the Restoration of Historic Monuments (Athens Charter)*, Atene, 1931.

costituisce un “patrimonio comune dell’umanità”, ne deriva la necessità di un’azione collettiva, dunque pienamente internazionale, alla sua protezione e conservazione. L’esigenza di creare un’efficiente e strutturata collaborazione tra gli Stati per la conservazione dei monumenti fu uno dei temi centrali della Conferenza di Atene, che a conclusione dei lavori venne chiaramente espresso nella Carta del Restauro come un principio cardine della nuova disciplina: «[t]he Conference, convinced that the question of the conservation of the artistic and archaeological property of mankind is one that interests the community of the States, which are wardens of civilisation, [h]opes that the States, acting in the spirit of the Covenant of the League of Nations, will collaborate with each other on an ever-increasing scale and in a more concrete manner with a view to furthering the preservation of artistic and historic monuments»¹²⁷. Questo principio, nel quale si auspicava una cooperazione a tutti i livelli, anche mediante il coinvolgimento di istituzioni e associazioni qualificate¹²⁸, venne in seguito ulteriormente ribadito in una risoluzione dell’ICIC (23 luglio 1932), che riassumeva lo spirito di questa nuova presa di coscienza collettiva fondata sui concetti di collaborazione, riconoscimento del valore internazionale del patrimonio culturale ed educazione al rispetto del patrimonio monumentale di tutti i popoli: «The International Committee on Intellectual Co-operation, considering that the preservation of the *artistic and archaeological heritage of mankind* is a matter of interest to the community of States [...]; believing that the best guarantee for the conservation of monuments and works of art is to be found in the *respect and attachment towards them felt by the peoples themselves* [...]; requests the Assembly to address [...] that Member States should ask educationists to teach children and young people to respect monuments, *whatever the civilisation or period to which they belong* and that this educative action should be extended to the general public [...]

»¹²⁹. L’introduzione di questi nuovi concetti nel dibattito internazionale dell’epoca mette in luce la modernità della visione e dell’approccio promossi dalla Società delle Nazioni,

¹²⁷ *Athens Charter*, Principle VII (*The Conservation of Monuments and International Cooperation*).

¹²⁸ *Ibid.*: «Considers it highly desirable that qualified institutions and associations should, without in any manner whatsoever prejudicing inter-national public law, be given an opportunity of manifesting their interest in the protection of works of art in which civilisation has been expressed to the highest degree and which would seem to be threatened with destruction».

¹²⁹ *Office International des Musées, La Conservation des Monuments d’art et d’histoire. The Conservation of Artistic & Historical Monuments*, Publication de l’Institut de coopération intellectuelle, Parigi, 1933, p. 454 (corsivi aggiunti). Cfr. anche S. Titchen, *op. cit.*, p. 24.

che l'hanno resa la culla di tutta la disciplina successiva in materia di beni culturali. Gli accenni espliciti all'idea di un "patrimonio culturale dell'umanità" il cui valore travalica i confini nazionali e diventa una prerogativa internazionale, così come il riferimento più velato ma altrettanto potente al sentimento di appartenenza che lega i popoli a questo patrimonio e al ruolo dell'istruzione nel rafforzare tale vincolo («respect and attachment towards them felt by the peoples themselves»), erano i primi barlumi di un cambiamento radicale e irreversibile nella coscienza internazionale; e se il tempo per la codificazione di questi principi era ancora lontano, la strada da percorrere era già perfettamente tracciata.

8.2 *Il Patto Roerich (1935)*

Nel corso degli anni Trenta il dibattito sulla protezione dei beni culturali subì un'ulteriore impennata che lo portò anche al di fuori dei confini istituzionali delle conferenze internazionali; l'idea della cooperazione per la salvaguardia di un patrimonio culturale dell'umanità promossa dalla Società delle Nazioni iniziava a diffondersi e a produrre risultati, grazie al concreto impegno e al sentimento di viva partecipazione non solo di diplomatici e giuristi, ma anche di esponenti del mondo dell'arte e degli operatori del settore, ancora segnati dalle catastrofi della Prima Guerra Mondiale. Tra le numerose personalità coinvolte in questo fervente processo di sensibilizzazione verso la protezione della cultura, si distinse la poliedrica figura di NICHOLAS ROERICH (1874–1947), un fecondo artista e umanista di origine russa che dedicò tutta la sua vita a promuovere il valore dell'arte come strumento di pacificazione e di unità dei popoli¹³⁰. Già negli anni della guerra, Roerich si impegnò con passione nella difesa dei tesori culturali, sostenendo l'adozione di uno specifico accordo internazionale e denunciando sistematicamente i pericoli per l'integrità del patrimonio culturale e artistico¹³¹. Abbandonata la Russia in seguito alla rivoluzione

¹³⁰ Per approfondimenti sulla vita e le opere di Roerich, si veda J. Decter, *Nicholas Roerich: The Life and Art of a Russian Master*, Park Street Press, Rochester, 1989.

¹³¹ L'esperienza di Roerich che ispirò il suo impegno per la protezione delle arti e della cultura rievoca, in un certo senso, quella precedentemente vissuta da Henri Dunant durante la battaglia di Solferino (v. nota 47): i rapporti che giungevano sui bombardamenti e le distruzioni dei monumenti in Francia e Belgio colpirono profondamente l'artista russo, che per l'occasione dipinse nel 1914 un quadro che raffigurava la distruzione della biblioteca di Lovanio e della cattedrale di Reims. Si veda W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 120.

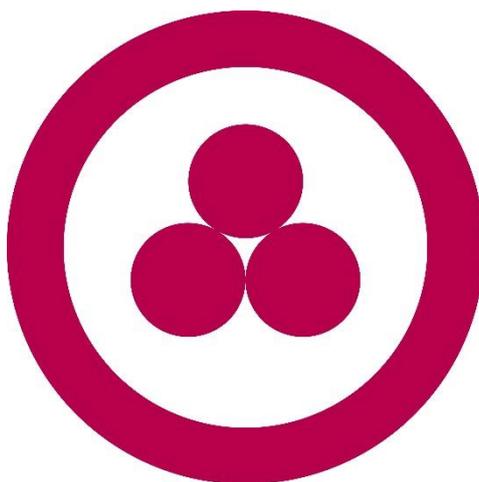
di ottobre del 1917¹³², viaggiò molto tra l'Europa e gli Stati Uniti; ciò gli permise di realizzare numerosi progetti dando vita ad una fitta rete di collaboratori e sostenitori, valutando, nel frattempo, la possibilità di adottare un nuovo strumento pattizio dedicato alla protezione dei monumenti storici in tempo di guerra¹³³. Questa riflessione si concretizzò finalmente nel 1928, quando un professore di diritto internazionale dell'Università di Parigi, GEORGES CHKLAVER, su espressa richiesta di Roerich preparò una bozza di accordo, dove si dichiarava che gli istituti dell'educazione, delle arti e della scienza costituiscono un tesoro comune per tutte le nazioni del mondo, e di conseguenza devono essere protetti e rispettati dalle parti belligeranti¹³⁴; il testo prevedeva anche l'adozione di un simbolo distintivo, il c.d. "vessillo di pace" (*Banner of Peace*, figura in basso), da applicare sui monumenti e gli edifici di valore artistico e culturale, in modo da identificarli e proteggerli con finalità simili a quelle della Croce Rossa. Inoltre era prevista la possibilità per gli Stati di registrare i monumenti da proteggere presso uno degli organi internazionali indicati (il Registro della Corte permanente di giustizia internazionale, l'Istituto Internazionale di Cooperazione Intellettuale e il Dipartimento per l'Educazione dell'Unione Panamericana)¹³⁵.

¹³² Preoccupato per le sorti del patrimonio culturale e artistico durante la Rivoluzione russa, Roerich pubblicò a Londra un breve ma infuocato opuscolo in cui denunciava i bolscevichi come "violatori dell'arte" e persecutori degli artisti e degli scienziati. Furono infatti le sue posizioni di condanna del trattamento riservato dalla rivoluzione bolscevica al mondo dell'arte e della scienza a spingerlo a lasciare la Russia e a cercare rifugio prima in Gran Bretagna, poi negli Stati Uniti. Sul punto si vedano N. Roerich, *Violators of Art*, Russian Liberation Committee, Londra, 1919; J. Decter, *op. cit.*, pp. 104-110.

¹³³ Per citare alcuni esempi dell'intensa attività svolta da Roerich durante i suoi viaggi, nel novembre 1921 egli fondò a New York una scuola di arti figurative e dello spettacolo (*Master Institute of United Arts*) e l'anno successivo creò il *Corona Mundi*, un centro studi espressamente dedicato alla promozione della pace e del dialogo tra le nazioni attraverso l'arte. Nel novembre 1923, un gruppo di suoi sostenitori fondò il *Nicholas Roerich Museum* (sempre a New York). Cfr. J. Decter, *op. cit.*, p. 129.

¹³⁴ In base all'art. 1 della bozza di Chklaver, «educational, artistic, and scientific institutions, artistic and scientific missions, the personnel, the property and collections of such institutions and missions shall be deemed neutral as such, shall be protected and respected by belligerents».

¹³⁵ Cfr. N. Roerich, *Le Pacte Roerich: Bannière de Paix – The Roerich Pact: Banner of Peace*, Parigi, 1931, pp. 11-13; W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 122.



L'emblema del Patto Roerich per la protezione dei beni culturali

Negli anni successivi, Roerich fu impegnato a promuovere e far conoscere il suo trattato internazionale e l'emblema che lo identificava. Alla base del suo pensiero non c'era l'idea di una protezione dei tesori culturali fondata sul concetto di "patrimonio nazionale"; al contrario, egli prendeva le distanze da una concezione semplicemente statale e territoriale della cultura, proponendo invece una visione più ampia, costruita sull'idea di un patrimonio comune dell'umanità, in linea con i principi della Società delle Nazioni e le conclusioni raggiunte dalla Conferenza di Atene del 1931. In questo modo la necessità stessa di proteggere tali tesori ne usciva inevitabilmente rafforzata, trasformandosi da bisogno individuale dello Stato in esigenza primaria universale: «Culture belongs to no one man, group, nation, or era. It is the mutual property of all mankind and the heritage of generations»¹³⁶. Gli sforzi di Roerich e dei suoi sostenitori diedero i loro frutti, e nel 1929 venne creato a New York il primo Comitato della Bandiera della Pace, al quale aderirono numerose personalità di spicco dell'epoca¹³⁷; un altro comitato venne istituito a Parigi, e tra il 1930 e il 1933 si tennero conferenze a Bruges e a Washington per promuovere il progetto di accordo e raccomandarne l'adozione ai governi. Da ultimo, nel corso della VII Conferenza Internazionale degli Stati Americani (Montevideo, 16 dicembre 1933), venne approvata una risoluzione che invitava gli Stati membri a firmare la convenzione «[...] which has as its object the universal adoption of a flag, already

¹³⁶ *The Roerich Pact and the Banner of Peace*, New York, 1947, pp. 1-2.

¹³⁷ Tra questi George Bernard Shaw, Albert Einstein e H. G. Wells.

designed and generally known, in order thereby to preserve in time of danger all nationally and privately owned immovable monuments which form the cultural treasure of peoples»¹³⁸. Finalmente, il 15 aprile 1935 il c.d. Patto Roerich¹³⁹ venne firmato a Washington da 21 Paesi dell'Unione Panamericana (tra cui Stati Uniti, Brasile, Cuba e Messico), divenendo il primo accordo internazionale esclusivamente dedicato alla protezione dei beni culturali in tempo di guerra.

L'art. 1 dell'Accordo, pur non fornendo esplicitamente una definizione di "bene culturale", stabilisce chiaramente che i monumenti storici, i musei e gli istituti dedicati alla scienza, all'arte, all'educazione e alla cultura vanno considerati neutrali, e in quanto tali devono essere protetti e rispettati dalle parti in conflitto (par. 1), anche nei confronti del personale che lavora presso tali istituti (par. 2). Inoltre, ai sensi del par. 3, questi obblighi complessivi di tutela non si limitano al contesto dei conflitti armati, ma devono essere osservati già in tempo di pace¹⁴⁰; e anche in questo senso, il Patto Roerich ha rappresentato una novità, influenzando in maniera considerevole gli sviluppi successivi e inaugurando un approccio universale alla protezione dei beni culturali¹⁴¹.

Pur non introducendo una definizione esaustiva di bene culturale, la norma si stacca di diverse lunghezze dalle precedenti e generiche disposizioni in materia. Va comunque rilevato che essa si applica, come risulta dal testo, solo ai beni culturali immobili; ciò risulta anche dal Preambolo, dove si afferma esplicitamente che l'obiettivo dell'Accordo è «[...] to preserve in any time of danger all nationally and privately owned *immovable monuments* which form the cultural treasure of peoples [...]»¹⁴². Questo, tuttavia, non esclude a priori la protezione dei beni culturali mobili, ma piuttosto una loro tutela indiretta, dal momento che potranno comunque rientrare

¹³⁸ Carnegie Endowment for International Peace, *The International Conferences of American States: First Supplement, 1933-1940*, Washington D.C., 1940, p. 32.

¹³⁹ *Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact)*, Washington, 15 aprile 1935 (entrato in vigore il 26 agosto 1935). Il testo dell'accordo è riprodotto in D. Schindler, J. Toman, *op. cit.*, pp. 991-994. Per un elenco completo degli Stati firmatari, si rinvia all'indirizzo <https://ihl-databases.icrc.org/en>. Il Patto è stato ratificato da dieci Stati. Si veda anche M. Frigo, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁰ *Roerich Pact*, art. 1: «The historic monuments, museums, scientific, artistic, educational and cultural institutions shall be considered as neutral and as such respected and protected by belligerents. The same respect and protection shall be due to the personnel of the institutions mentioned above. The same respect and protection shall be accorded to the historic monuments, museums, scientific, artistic, educational and cultural institutions in time of peace as well as in war».

¹⁴¹ Cfr. K. Dörmann, *The Protection of Cultural Property as laid down in Roerich-Pact of 15 April 1935*, in *Humanitäres Völkerrecht*, 1993, vol. 6, p. 230.

¹⁴² *Roerich Pact*, Preambolo (corsivo aggiunto). Si veda anche *supra*, nota 130.

nel regime di protezione del Patto laddove si trovino all'interno di uno dei beni immobili menzionati all'art. 1¹⁴³.

Per quanto riguarda gli obblighi in capo agli Stati, anche sotto questo profilo il Patto Roerich ha introdotto alcune importanti novità, senza però andare fino in fondo: viene infatti suggerita, per la prima volta, la distinzione tra obblighi di "protezione" e di "rispetto", che tuttavia non viene adeguatamente approfondita; l'Accordo, infatti, non chiarisce quali obblighi gli Stati parti debbano concretamente adempiere, limitandosi a sancire l'adozione delle necessarie norme interne per garantire un'efficace protezione (art. 2), la possibilità per lo Stato di contrassegnare i beni culturali presenti sul proprio territorio con il già citato simbolo distintivo (art. 3), e l'impegno a comunicare all'Unione Panamericana una lista dei monumenti che si desidera proteggere (art. 4)¹⁴⁴. Resta significativo il riferimento al concetto di "rispetto" del bene culturale, e come questo possieda una propria autonomia, giuridicamente parlando, che lo separa dal concetto di "protezione"; e questa distinzione, come vedremo successivamente, avrà un ruolo centrale nella disciplina della *Convenzione dell'Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato* del 1954¹⁴⁵. Un altro aspetto rilevante della disciplina Roerich risiede nella prevalenza data all'elemento della "territorialità" rispetto al concetto di "proprietà": l'art. 2, infatti, subordina gli obblighi di protezione e rispetto dei beni culturali alla sola condizione che essi rientrino nella sovranità territoriale dello Stato («The neutrality of, and protection and respect [...] shall be recognized in the entire expanse of territories *subject to the sovereignty* of each of the Signatory and Acceding States»)¹⁴⁶. Leggendo l'art. 2 in connessione con il già citato passaggio del Preambolo, dove si sancisce l'impegno a preservare da qualsiasi pericolo i monumenti nazionali e privati che costituiscono il patrimonio culturale di tutti i popoli («all nationally and privately owned immovable monuments which form the cultural treasure of peoples»), ne deriva un'idea di protezione che, anche se formalmente circoscritta, in questo caso, ad un numero ristretto di Stati, aspira davvero ad essere

¹⁴³ K. Dörmann, *op. cit.*, pp. 230-231; C. Ehlert, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁴ *Roerich Pact*, art. 2: «[...] The respective Governments agree to adopt the measures of internal legislation necessary to insure said protection and respect»; art. 3: «In order to identify the monuments and institutions mentioned in Article I, use may be made of a distinctive flag [...] in accordance with the model attached to this Treaty»; art. 4: « The Signatory Governments and those which accede to this Treaty shall send to the Pan American Union [...] a list of the monuments and institutions for which they desire the protection agreed to in this Treaty».

¹⁴⁵ Conclusa a L'Aja, 14 maggio 1954.

¹⁴⁶ *Roerich Pact*, art. 2. Corsivo aggiunto.

“universale”, anticipando in forma embrionale concetti fondamentali come quello di “patrimonio mondiale” che ridefiniranno, successivamente, l’intera disciplina internazionale dedicata alla tutela dei beni culturali.

Infine va notato che non viene fatta alcuna menzione alla condizione della necessità militare: l’art. 5 si limita infatti a stabilire che i monumenti e gli altri beni indicati all’art. 1 non godranno della protezione accordata dal Patto qualora vengano impiegati per fini militari¹⁴⁷. Tuttavia, manca qualunque previsione di incriminazione per gli atti di distruzione dei beni culturali.

Nonostante i limiti e la portata circoscritta del Patto Roerich, è giusto ribadire l’importanza del contributo che ha saputo fornire, gettando le basi per un approccio più complesso e organico verso la protezione giuridica dei beni culturali. Ciò è confermato, infatti, dai rinvii operati dalle disposizioni successive (anche di diritto internazionale umanitario)¹⁴⁸, che in questo modo hanno recepito e sviluppato le intuizioni alla base della sua disciplina: per fare un esempio, l’art. 36 della Convenzione dell’Aja del 1954 fa un esplicito riferimento al Patto Roerich, stabilendo che «[n]ei rapporti fra Potenze vincolate dal patto di Washington del 15 aprile 1935 per la protezione di istituzioni artistiche e scientifiche e di monumenti storici (Patto Roerich) e che sono Parti alla presente Convenzione, quest’ultima completerà il Patto Roerich e sostituirà il vessillo distintivo [...] con il contrassegno definito all’articolo 16 della presente Convenzione».

8.3. La Preliminary Draft International Convention for the Protection of Historic Building and Works of Art in Time of War del 1936

Gli sforzi per rendere più concreta ed efficace la protezione dei beni culturali dai pericoli della guerra non si fermarono alla dimensione regionale del Patto Roerich,

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 5: «The monuments and institutions mentioned in Article 1 shall cease to enjoy the privileges recognized in the present Treaty in case they are made use of for military purposes».

¹⁴⁸ Si pensi all’art. 85 del *Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali* (I Protocollo), che disciplina nel dettaglio la repressione delle infrazioni alle norme contenute. Il par. 4, lett. d) (su cui si tornerà successivamente) fa rientrare tra le “gravi infrazioni” «[...] dirigere un attacco contro monumenti storici, opere d’arte o luoghi di culto chiaramente riconosciuti, che costituiscono il patrimonio culturale o spirituale dei popoli, e ai quali sia stata concessa una protezione speciale in base ad accordo particolare, ad esempio nel quadro di una organizzazione internazionale competente». Questo collegamento rende, di conseguenza, l’attacco diretto contro beni culturali contrassegnati e iscritti, in base all’art. 4 del Patto Roerich, presso l’Unione Panamericana una grave violazione del I Protocollo. Cfr. K. Dörmann, *op. cit.*, p. 231.

ma si svolsero a tutti i livelli del contesto internazionale, soprattutto alla luce dei nuovi ed allarmanti episodi di distruzione di beni culturali¹⁴⁹, provocando un'accelerazione molto promettente nello sviluppo di nuove regole e progetti di convenzione, che disgraziatamente subì un'inevitabile battuta d'arresto con l'inizio della Seconda Guerra Mondiale. Se da un lato stava iniziando a delinearsi, come si è visto¹⁵⁰, un'idea di cooperazione internazionale per la salvaguardia e il restauro dei monumenti storici anche in tempo di pace, attraverso l'individuazione di buone prassi e l'educazione al rispetto delle opere d'arte, dall'altro lato i conflitti armati continuavano a rappresentare la minaccia più grande per la sopravvivenza del patrimonio culturale, che rendeva necessari ulteriori sforzi e nuove soluzioni. Sulla questione intervenne l'IMO, che a tal proposito istituì un comitato di esperti guidato dal Prof. CHARLES DE VISSCHER (già giudice della Corte permanente di giustizia internazionale, poi della Corte internazionale di giustizia), con l'incarico di elaborare la bozza di una nuova convenzione in materia¹⁵¹. I lavori del comitato si conclusero nell'ottobre del 1936 con la presentazione di una *Preliminary Draft International Convention for the Protection of Historic Building and Works of Art in Time of War* (da qui "*Preliminary Draft Convention*"), un progetto che tentava di conciliare le esigenze militari con la garanzia di proteggere dalle minacce della guerra i monumenti e le opere d'arte, e che in seguito si sarebbe rivelato estremamente prezioso per i lavori della Convenzione dell'Aja del 1954¹⁵².

Partendo dal presupposto, indicato nel Preambolo, che l'interesse alla conservazione dei tesori dell'arte accomuna tutti gli Stati, poiché la distruzione di un capolavoro culturale, qualunque sia la sua nazionalità, costituisce un impoverimento spirituale per l'intera comunità internazionale¹⁵³, la *Preliminary Draft Convention*

¹⁴⁹ Ci si riferisce, nello specifico, alla Guerra civile spagnola (17 luglio 1936–1° aprile 1939), che dimostrò concretamente il terribile potenziale distruttivo delle nuove tecnologie militari, in particolare l'impiego massiccio del bombardamento aereo e dell'artiglieria pesante. La distruzione, a tal proposito, di alcuni importanti centri storici spagnoli e luoghi di straordinaria importanza culturale, come la biblioteca di Oviedo, suscitarono nuovamente un clima di apprensione e di indignazione in tutto il mondo. Cfr. P. J. Boylan, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, UNESCO, Parigi, 1993, p. 32; W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 123. Per una dettagliata esposizione degli episodi di distruzione durante la Guerra civile spagnola, si veda H. Thomas, *The Spanish Civil War*, Harper & Row, New York, 1977, pp. 59, 244, 269-270.

¹⁵⁰ Si veda *supra* la Carta di Atene del 1931.

¹⁵¹ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, pp. 18-19; W. Sandholtz, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁵² Per il testo completo della *Preliminary Draft Convention*, si veda J. Toman, *op. cit.*, p. 403.

¹⁵³ *Preliminary Draft Convention*, Preambolo: «Whereas the preservation of artistic treasures is a concern of the community of States and it is important that such treasures should receive international protection; Being convinced that the destruction of a masterpiece, whatever nation may have produced it, is a spiritual impoverishment for the entire international community [...]». Vale la pena

stabiliva che la difesa dei monumenti e delle opere d'arte andasse preparata già in tempo di pace (art. 1), confermando in tal modo l'impostazione fondata sugli obblighi di protezione preventiva già vista nelle precedenti *1922 Hague Rules* e nel Patto Roerich¹⁵⁴. Pur non fornendo una definizione di beni culturali, la *Preliminary Draft Convention* si presentava da un lato come una sintesi della più recente disciplina internazionale in materia, riprendendone gli elementi più significativi (come la "protezione speciale" ex art. 26 delle *1922 Hague Rules* e l'istituzione di una zona di immunità circostante i monumenti da proteggere, o anche il concetto di "rispetto" ex art. 2 del Patto Roerich)¹⁵⁵, e dall'altro introduceva alcune innovative previsioni che avrebbero profondamente influenzato la disciplina successiva: accanto alla già citata organizzazione e preparazione della difesa dei monumenti in tempo di pace, era previsto l'obbligo per gli Stati parti di integrare i propri regolamenti militari con i principi in materia di beni culturali (art. 3, par. 1), istruendo le truppe sul loro contenuto e addestrandole al rispetto del patrimonio culturale (art. 3, par. 2), prendendo inoltre le misure normative necessarie per punire chiunque si rendesse responsabile di atti di saccheggio o della distruzione di monumenti (art. 3, par. 3)¹⁵⁶. Infine vanno segnalate altre due interessanti novità portate dalla *Preliminary Draft Convention*: l'introduzione dello strumento dei "rifugi", ossia luoghi espressamente designati come riparo per i beni culturali mobili, che gli Stati avrebbero dovuto istituire in tempo di pace contrassegnandoli con un simbolo speciale (un triangolo blu

sottolineare che queste constatazioni saranno poi riprese, praticamente alla lettera, nelle successive convenzioni culturali: si possono citare, in particolare, il Preambolo della *Convenzione dell'Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato* del 1954 («le Alte Parti Contraenti [...] Convinte che i danni arrecati ai beni culturali, a qualsiasi popolo essi appartengano, costituiscono danno al patrimonio culturale dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale [...]»), e il Preambolo della *Convenzione per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale* del 1972 («Considerato che la degradazione o la sparizione di un bene del patrimonio culturale e naturale è un impoverimento nefasto del patrimonio di tutti i popoli del mondo [...]»).

¹⁵⁴ Rispettivamente all'art. 26, par. 2 delle *1922 Hague Rules* e all'art. 1 del Patto Roerich.

¹⁵⁵ Si veda a questo proposito l'art. 5 della *Preliminary Draft Convention*: «1. The High Contracting Parties, acknowledging it to be their joint and several duty to respect and protect all monuments of artistic or historic interest in time of war [...]. 2. *Special protection* shall be given to monuments or groups of monuments which: (a) are isolated from any military objective within a radius of 500 metres; [...]». Corsivo aggiunto.

¹⁵⁶ *Preliminary Draft Convention*, art. 3: «1. The High Contracting Parties undertake to introduce into their military regulations and instructions such recommendations as may ensure that historic buildings and works of art are respected. 2. Public authorities and military commands shall take steps to impress this conception of respect upon their troops, in order that the latter may co-operate in protecting historic buildings and works of art. 3. The High Contracting Parties undertake to take steps to punish in time of war any person looting or damaging monuments and works of art». Cfr. anche J. Toman, *op. cit.*, p. 19.

all'interno di un cerchio bianco)¹⁵⁷; e l'inclusione di una serie di norme esecutive (*Regulations for the Execution of the Convention*), una novità strutturale che in seguito sarebbe stata adottata dalla Convenzione dell'Aja del 1954.

Alla luce di questa sommaria ma doverosa ricostruzione, appare evidente il carattere fortemente innovativo della *Preliminary Draft Convention*: essa ha saputo superare l'approccio monodimensionale che fino a quel momento aveva caratterizzato la disciplina della protezione dei beni culturali, e che ruotava semplicemente attorno al divieto di condurre attacchi armati contro i beni culturali, inquadrando invece la questione in una prospettiva più organica e trasversale, fondata su obblighi da osservare sia in tempo di pace che nel corso della guerra, l'adozione di concrete misure di protezione come i rifugi, il coinvolgimento del personale militare come parte attiva di un sistema di responsabilità condivise, così come è condiviso l'interesse alla protezione dei patrimoni artistici e storici. L'idea di una protezione giuridica così articolata era un ulteriore chiaro segnale di un profondo cambiamento nella percezione delle opere d'arte e dei monumenti storici, che prendeva le distanze da una concezione "nazionalista" del patrimonio culturale per abbracciare, al contrario, l'idea di un patrimonio universale da salvaguardare nell'interesse di tutta l'umanità¹⁵⁸. Nell'autunno del 1938 tutto sembrava pronto per dare valore vincolante al nuovo strumento: dopo che l'IMO ebbe sottoposto al Consiglio e all'Assemblea della Società delle Nazioni la bozza dell'accordo, questa iniziò a circolare tra i diversi Stati, su iniziativa del governo olandese che si era offerto di ospitare la conferenza diplomatica per concluderne l'adozione. Quando il 1° settembre del 1939 la Germania invase la Polonia, portando nuovamente la guerra in Europa e mandando tutti i piani all'aria, ben trenta Stati avevano risposto all'invito dell'Olanda e accettato di partecipare alla conferenza.

Nonostante la brusca interruzione provocata dalla Seconda Guerra Mondiale, che sembrava decretare il completo fallimento di qualunque tentativo di convivenza pacifica tra gli Stati, l'esperienza della Società delle Nazioni servì a porre le basi per la creazione di un nuovo sistema di relazioni internazionali fondato sui concetti di

¹⁵⁷ *Ibid.*, art. 4, par. 1: «1. The High Contracting Parties undertake to refrain from any act of hostility directed against any refuge that a High Contracting Party may have designated in his territory to shelter in time of war works of art or of historic interest that may be threatened by military operations»; art. 7, par. 1: «Refuges to which immunity has been granted [...] shall be distinguished by a protective mark».

¹⁵⁸ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 19.

cooperazione, soluzione diplomatica delle controversie e interessi comuni a tutta l'umanità, tra cui la protezione dei beni culturali. Si trattava di principi talmente essenziali e immanenti della condizione umana che neppure la catastrofe di un'altra guerra mondiale e dei nuovi, inimmaginabili orrori che si portava dietro poteva mettere in discussione.

9. *La Seconda Guerra Mondiale e la fine della tutela internazionale dei beni culturali*

L'avvento dei regimi nazi-fascisti e l'esplosione della Seconda Guerra Mondiale furono un momento di radicale cambiamento nella società internazionale, che condusse ad una irreversibile rottura dell'intero sistema di regole che la governavano. Non fu soltanto la guerra tra le potenze dell'Asse (Germania, Giappone, Italia) e gli Alleati (Stati Uniti, Unione Sovietica e Regno Unito) a rappresentare il teatro dei peggiori episodi di annientamento e distruzione di esseri umani, beni e proprietà, ma soprattutto il modello di violenta repressione praticato dal regime nazionalsocialista, fondato sulla negazione del diritto e il crimine istituzionalizzato, a incarnare il culmine della barbarie. Tra i massacri che hanno caratterizzato la Seconda Guerra Mondiale, il più tragico ed emblematico è stata senza dubbio la *Shoah*, il genocidio degli ebrei, che rimane ancora oggi il più inspiegabile dei crimini della storia contemporanea¹⁵⁹, soprattutto alla luce della gelida e deliberata pianificazione che lo ha contraddistinto: «[i]l carattere originale di questa violenza, spesso classificata come una *unicità* che riguarda, in realtà, tutti gli eventi storici, è certamente la sua estensione, la determinazione a distruggere totalmente un gruppo umano in base a criteri di razza stabiliti arbitrariamente, l'accanimento pianificato, burocratico e tecnicizzato con cui il nazismo mise a punto la *soluzione finale*. Ma è soprattutto la percezione che si trattò di un momento aberrante della storia umana in cui tutte le forme di violenza, di esclusione, di

¹⁵⁹ «Siamo in presenza di un crimine senza nome». Queste le parole pronunciate dal Primo Ministro inglese, Winston Churchill, nel suo messaggio radiofonico al mondo del 24 agosto 1941 dove descriveva le vicende belliche in corso, che a partire dal *Blitzkrieg* tedesco avevano immobilizzato e lasciato stordite le nazioni europee con la loro spietata e lucida ferocia, degna delle invasioni mongole del sedicesimo secolo. Citato in M. Flores, *Come si è giunti alla Convenzione sul genocidio*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, vol. 9, n. 3, p. 551.

distruzione e di ostracismo furono sperimentate insieme per ottenere un risultato definitivo alla propria folle “razionalità” ideologica»¹⁶⁰.

All'interno di un contesto così drammatico e complesso come la Seconda Guerra Mondiale, il fenomeno della distruzione e del saccheggio di beni culturali ha raggiunto proporzioni allarmanti mai toccate in precedenza, grazie soprattutto agli inarrestabili e spaventosi progressi nella tecnologia militare. Tralasciando momentaneamente il ruolo che la persecuzione culturale ha svolto nel progetto di sterminio messo in atto dai nazisti, e che rappresenta un nodo cruciale di questa ricerca su cui si tornerà successivamente con la *Convenzione per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio*¹⁶¹ del 1948 e il dibattito sul “genocidio culturale”, mi limiterò in questa sede a ricostruire, per sommi capi, l'entità dei danni subiti dai beni culturali durante la Guerra, valutando quali norme internazionali siano state effettivamente violate e le iniziative adottate dagli Stati per far fronte a questo fenomeno e contenere i danni. Ciò risulta indispensabile per comprendere meglio i passaggi successivi della disciplina internazionale per la protezione dei beni culturali, che al termine della guerra e con la nascita delle Nazioni Unite entrerà finalmente nella fase della maturità.

La gravità e l'estensione delle violazioni e dei crimini commessi nel corso della Seconda Guerra Mondiale¹⁶², sia in termini di violenze contro i civili che di distruzione delle proprietà nemiche, rendono molto difficile stilare un elenco, anche alla luce delle numerose novità che caratterizzarono il conflitto: tra queste, una delle più rilevanti fu sicuramente l'uso massiccio dei bombardamenti aerei delle città, compiuti con il proposito di fiaccare il morale delle popolazioni – con scarsissimi risultati – e di distruggere impianti industriali fondamentali per lo sforzo bellico. Inizialmente fu la Germania, attraverso la propria aviazione (la *Luftwaffe*), a fare ampio uso dei bombardamenti, che vennero prima impiegati in Polonia e in un secondo momento nei territori dell'Europa occidentale, in particolare in Belgio, Lussemburgo, Francia e in Inghilterra. Questo continuo ricorso ai c.d.

¹⁶⁰ M. Flores, *Storia*, cit. p. 199. Questo brano è contenuto anche in un altro scritto (dello stesso autore), *Tutta la violenza di un secolo*, Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 145-147.

¹⁶¹ *Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio*, New York, 9 dicembre 1948.

¹⁶² Tali violazioni furono certamente commesse, in grandissima parte, dalle potenze dell'Asse. Tuttavia è doveroso evidenziare anche le numerose responsabilità degli Alleati: il contesto bellico facilitava, da parte di questi ultimi, rilevanti contravvenzioni al diritto di guerra e ai dettami del diritto internazionale sui fronti di battaglia e ai diritti individuali in patria. Si veda M. Flores, *Storia*, cit., p. 198.

“bombardamenti strategici” inaugurò una tattica offensiva che non venne mai abbandonata, e che presto sarebbe stata adottata anche dagli Alleati trasformando l'intera Europa in un cumulo di macerie, con perdite incalcolabili non solo di vite umane e risorse, ma anche di patrimonio monumentale e architettonico da ogni parte. Tuttavia nei primi giorni dell'invasione della Polonia (3 settembre 1939), i governi francese e britannico, memori delle disastrose perdite culturali avvenute durante la Prima Guerra Mondiale, dichiararono pubblicamente che, in caso di una nuova guerra con la Germania, si sarebbero adoperati con ogni mezzo per proteggere la popolazione civile e salvare i monumenti dalla distruzione¹⁶³.

9.1 *L'olocausto culturale: la distruzione dell'Europa ad opera delle Forze dell'Asse e delle Forze Alleate*

Se ci limitassimo ad analizzare il fenomeno della distruzione dei beni culturali durante la Seconda Guerra Mondiale alla luce delle nuove, devastanti possibilità offerte dalle tecnologie militari, non rileveremmo grandi differenze rispetto al passato e ai conflitti armati precedenti, se non in termini di estensione e portata delle azioni distruttive: come giustamente rilevato in dottrina (LAMBOURNE), «[t]he cultural destruction of the Second World War was not an innovation in itself; the novelty lay in its greatly increased extent and in the technology used to cause such damage»¹⁶⁴. Tuttavia non si trattò soltanto di distruzioni avvenute come effetti collaterali, più o meno calcolati, dell'uso a tappeto dei bombardamenti aerei, quindi all'interno delle maglie, per quanto sempre elastiche e ambigue, di una presunta “necessità militare”. La condotta dei tedeschi rispetto ai beni culturali del nemico cambiava radicalmente, a seconda del territorio in cui si svolgevano le operazioni: in Europa dell'est, la strategia seguita era semplicemente votata alla violenza e alla totale cancellazione del patrimonio culturale, in esecuzione di un piano di distruzione deliberata e sistematica degli edifici di interesse storico e artistico. Moltissimi monumenti storici in

¹⁶³ «The Governments of the United Kingdom and France solemnly and publicly affirm their intention should a war be forced upon them to conduct hostilities with a firm desire to spare the civilian population and to preserve in every way possible those monuments of human achievement which are treasured in all civilized countries». Il testo delle dichiarazioni è riprodotto in M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 10, Government Printing Office, Washington, D.C., 1968, pp. 329-330. Per approfondimenti, si veda anche P. J. Boylan, *op. cit.*, pp. 32-34.

¹⁶⁴ N. Lambourne, *War Damage in Western Europe. The Destruction of Historic Monuments during the Second World War*, Edinburg University Press, Edimburgo, 2001, p. 1.

Polonia e nei territori occupati durante l'invasione dell'Unione Sovietica (*Unternehmen Barbarossa* – l'Operazione Barbarossa, 22 giugno–5 dicembre 1941) furono completamente dati alle fiamme, dopo essere stati depredati. La Guerra stessa ebbe inizio, il 1° settembre 1939, con il bombardamento e la completa distruzione di Danzica, compreso il suo ricco patrimonio monumentale¹⁶⁵. La stessa sorte toccò alla città di Varsavia (25 settembre), il cui centro storico fu completamente distrutto dal bombardamento della *Luftwaffe*, con danni irreversibili alla Piazza del Mercato (*Rynek Starego Miasta*), alla Cattedrale di San Giovanni e al Castello Reale¹⁶⁶. La distruzione culturale, in altre parole, aveva un preciso significato all'interno delle campagne militari naziste nell'Europa dell'est, che non aveva nulla a che vedere con la tattica militare, ma era motivata da ragioni ben più profonde e orrende: essa era infatti il frutto dell'ideologia persecutoria e annientatrice della Germania di Hitler, che mirava a colpire e cancellare tutte quelle forme culturali considerate "distanti" e "inferiori" alla cultura occidentale. Tale strategia fu messa pienamente in atto in Polonia, animata dalla volontà decisa di rimuovere ogni traccia dell'identità culturale polacca.

In Europa occidentale, invece, la situazione era profondamente diversa: qui la condotta seguita dai nazisti non era votata alla distruzione intenzionale motivata dall'odio verso una cultura e una civiltà considerate inferiori, bensì al rispetto del patrimonio culturale di paesi che, pur essendo in guerra con il Reich, condividevano con quest'ultimo le medesime radici storiche e culturali, in particolare la Francia: «Admiration of French culture was a German tradition and an additional motivation to preserve rather than to destroy the architectural heritage of the invaded France was that the country, with all its historic monuments, was intended as part of Greater Germany»¹⁶⁷. Questo clima di "rispetto culturale", che comunque non impedì in

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 42. Resta tristemente significativo un articolo scritto da Maurice Déat, leader del Partito Nazionale Popolare e sostenitore dei nazisti, dal titolo *Mourir pour Dantzig?*, pubblicato su *L'Ouvre* (10 luglio 1939), nel quale si chiedeva se la difesa della causa polacca valesse l'ingresso della Francia in guerra.

¹⁶⁶ Si stima che, dei 987 monumenti storici presenti nella città prima della guerra, 782 siano andati completamente perduti e 141 parzialmente danneggiati. Sulla distruzione di Varsavia, si veda S. Jankowski, *Warsaw: Destruction, Secret Town Planning, 1939-1944, and Postwar Reconstruction*, in J. M. Diefendorf (a cura di), *Rebuilding Europe's Bombed Cities*, Palgrave Macmillan, Londra, 1990, pp. 77-93.

¹⁶⁷ N. Lambourne, *op. cit.*, pp. 2, 43-45. Nonostante il rispetto verso il patrimonio architettonico di Paesi Bassi, Belgio, Lussemburgo e Francia nelle prime fasi della guerra, furono lo stesso numerosi e gravi i danni agli edifici di valore storico e culturale: tra i tanti, si può ricordare l'attacco tedesco a Rotterdam (14 maggio 1940), che causò l'incendio di numerosi edifici storici, tra cui la *Grote Kerk* del XV secolo; la stessa sorte toccò pochi giorni dopo (17 maggio) a Middelburg, con la distruzione

nessuna circostanza, quando le esigenze militari lo richiedevano, il ricorso alle bombe e all'artiglieria pesante per piegare il nemico radendo al suolo le sue città e i suoi monumenti, era invece più blando tra Germania e Regno Unito, con conseguenze molto gravi sul piano delle perdite culturali. Per citare uno degli episodi più tristemente noti, il 14 novembre 1940 l'aviazione tedesca bombardò e distrusse la cittadina inglese di Coventry, utilizzando bombe esplosive e incendiarie al fosforo; nel corso del bombardamento, che mirava alla eliminazione delle fabbriche di aerei situate nella periferia della città, e che la rendevano un obiettivo militare, venne gravemente colpito e danneggiato anche il centro storico, con la distruzione in particolare della Cattedrale di San Michele, un gioiello architettonico del XIV secolo, di cui sopravvissero soltanto la torre e i muri esterni¹⁶⁸. La guerra aerea ingaggiata tra il Regno Unito e la Germania fu uno dei momenti più violenti di tutto il conflitto, che vide un impiego massiccio, soprattutto da parte tedesca, del *Blitz*, una strategia militare basata sul continuo e intensivo bombardamento delle città inglesi. A farne le spese fu soprattutto Londra¹⁶⁹: numerosi monumenti e capolavori dell'architettura caddero sotto le bombe tedesche, come la chiesa di *Austin Friars* (conosciuta anche come la "Chiesa olandese", che fu ricostruita tra il 1950 e il 1956), o rimasero gravemente danneggiati, come la Cattedrale di St. Paul e la stessa Buckingham Palace, o anche l'Abbazia di Westminster, colpita durante il peggior bombardamento della città (10 maggio 1941), per citarne solo alcuni. Oltre alla capitale, numerose altre città e i loro monumenti storici furono bersagliati dagli attacchi tedeschi, tra cui Southampton, Birmingham, Liverpool, Sheffield e Manchester¹⁷⁰. In tutti questi casi, si trattava di siti strategici dal punto di vista militare, a causa della presenza di

dell'abbazia e del municipio. Anche le città e i monumenti storici in Belgio furono gravemente danneggiati, e diverse città difese (Anversa, Lovanio, Wavre) vennero bombardate e i centri storici distrutti. L'invasione della Francia, iniziata il 13 maggio, vide cadere numerose città prima della conquista di Parigi: le chiese di Calais e il suo antico faro furono distrutti, e così pure Lille, Amiens (il cui centro storico fu raso al suolo dai bombardamenti e la cattedrale gotica gravemente danneggiata), Rouen (dove venne dato alle fiamme il *quartier pittoresque* che circondava la cattedrale). Fortunatamente la presa di Parigi (14 giugno) non comportò danni ingenti al patrimonio architettonico; questo perché l'11 giugno la capitale aveva abbandonato le difese ed era stata dichiarata "aperta", lasciando libero il passaggio ai carri armati tedeschi ed evitando così lo stesso destino toccato a Varsavia e Rotterdam. L'avanzata tedesca lungo il fiume Loira e verso il sud della Francia ebbe, invece, conseguenze tragiche anche per il patrimonio culturale, colpendo gravemente Orléans (tra il 14 e il 19 giugno), Châteauneuf-sur-Loire, Tours (con il bombardamento della *Ecole des Beaux-Arts* e della biblioteca), e diversi castelli della Valle della Loira, tra cui Amboise e Chenonceaux.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 47: «Some of the outer walls survived, as did the tower, but otherwise the cathedral was a ruin, the most seriously damaged historic monument in Britain at this stage in the war and certainly the most damaged church at any stage».

¹⁶⁹ Il *Blitz* su Londra ebbe inizio il 7 settembre 1940 e proseguì fino a maggio del 1941.

¹⁷⁰ Tutte colpite tra novembre e dicembre del 1940.

installazioni navali e fabbriche per gli armamenti, che costituivano l'obiettivo primario del *Blitz*; tuttavia, l'estensione e la violenza dei bombardamenti era tale da coinvolgere anche i centri e i monumenti storici presenti¹⁷¹.

Contemporaneamente anche l'aviazione inglese (*Royal Air Force* – RAF) rispondeva alle bombe con le bombe, in uno scambio sfinente di aggressioni che non risparmiò nessun luogo, né su suolo britannico, né su suolo tedesco. Tra agosto e novembre del 1940 vennero colpite Hannover, Amburgo, Monaco e Berlino; il 16 dicembre dello stesso anno toccò a Mannheim, che fu oggetto di un intenso bombardamento ad area che ridusse in macerie la zona industriale della città, lasciando miracolosamente intonsi i quartieri storici del centro¹⁷². In generale, nella prima parte del conflitto, i danni ai monumenti e al patrimonio architettonico da parte degli Alleati furono abbastanza contenuti, se rapportati alle devastazioni causate dai *Blitz* tedeschi nel Regno Unito. Al contrario, gli ultimi anni della guerra (1943–1945), in cui la controffensiva alleata si fece progressivamente dominante, furono caratterizzati dagli episodi più gravi di distruzione del patrimonio storico e architettonico europeo, e anche i luoghi più sacri sotto il profilo culturale rimasero gravemente compromessi, e in certi casi completamente distrutti, dai numerosi scontri tra le Forze Alleate e i tedeschi, questa volta attraverso l'impiego di ogni mezzo possibile (non solo bombardamenti aerei, ma anche artiglieria pesante e combattimenti a terra). L'elenco è molto lungo, ma si possono ripercorrere alcuni casi significativi. In Italia, la campagna di liberazione iniziata nel luglio 1943 con lo sbarco degli Alleati in Sicilia, e che costrinse i tedeschi alla ritirata, non senza opporre una violenta e ostinata resistenza, provocò numerosi e ingenti danni al patrimonio architettonico e archeologico di tutta la penisola, a cominciare dall'Abbazia di Montecassino, bombardata e distrutta dagli americani il 15 febbraio 1944¹⁷³, o gli scempi commessi

¹⁷¹ Si possono citare, a titolo di esempio, i danni provocati alla Cattedrale di San Filippo a Birmingham, un edificio barocco del XVIII secolo, nonché alla Free Trade Hall e alla Royal Exchange di Manchester. Nel corso del secondo bombardamento di Liverpool (maggio 1941), la Cattedrale Anglicana rimase seriamente compromessa. Tra tutte le città inglesi bombardate all'inizio del 1941, fu probabilmente Plymouth quella che subì i danni più gravi dal punto di vista culturale, con la distruzione di numerosi edifici storici e dedicati al culto, tra cui le chiese di San Carlo e di Sant'Andrea (quest'ultima ricostruita nel 1957). Cfr. N. Lambourne, *op. cit.*, pp. 46-49.

¹⁷² In compenso, la città fu nuovamente bombardata il 13 gennaio del 1945, con gravissimi danni per l'80% del centro storico. Si veda *ibid.*, p. 80.

¹⁷³ La distruzione dell'Abbazia di Montecassino, il monastero più antico della cristianità (costruita a partire dal 529, su direttiva di San Benedetto), fu la conseguenza della superficialità e dell'approssimazione tattica degli Alleati (un "tragico errore", come avrebbe ammesso qualche tempo dopo il generale Mark Clark, comandante della V Armata che condusse l'operazione), convinti in maniera inconfutabile della presenza tedesca all'interno del monastero. Il risultato fu che, la mattina

a Padova, dove il bombardamento alleato ridusse in macerie la Chiesa degli Eremitani e gli affreschi del Mantegna (11 marzo 1944). E se Roma fu presa dagli Alleati (4 giugno) senza troppi danni agli edifici del centro storico¹⁷⁴, il centro-nord non fu riconquistato solo nel sangue, ma anche nei detriti dei monumenti distrutti: la battaglia per la liberazione di Pisa (luglio 1944), ad esempio, causò danni gravissimi a tutto il centro storico, compresa l'area del Campo Santo; molte altre città di straordinaria importanza storica e culturale, come Verona, Vicenza, Mantova, Ferrara, Ravenna, furono teatro degli scontri tra le forze alleate e i tedeschi. Anche Torino e Milano rimasero gravemente danneggiate, sia la zona industriale che i centri storici. Furono invece miracolosamente risparmiate dalla distruzione totale Venezia e Firenze; anche se i ponti che collegavano i due lati di quest'ultima, divisi dal fiume Arno, furono fatti saltare in aria dai tedeschi durante la loro ritirata, allo scopo di impedire con ogni mezzo l'accesso degli Alleati nella città¹⁷⁵. Infine vanno sicuramente ricordate le distruzioni avvenute in Germania nelle fasi conclusive del conflitto, e che colpirono, tra le tante, Colonia, Norimberga (ampiamente bombardata il 2 gennaio 1945, con la distruzione della città vecchia – *altstadt*), Berlino e soprattutto Dresda, una città-capolavoro dell'architettura barocca conosciuta come la "Firenze dell'Elba", comprendente edifici come lo *Zwinger* e la "Galleria degli antichi maestri" (*Gemäldegalerie Alte Meister*), la *Frauenkirche* e il Teatro dell'Opera (*Semperoper*), la cui totale distruzione sotto le bombe della RAF la

del 15 febbraio, tre formazioni di B17 sganciarono grappoli di bombe sull'abbazia. Nessun tedesco rimase ucciso, mentre invece persero la vita oltre 400 civili, tra donne, anziani e bambini, che si erano rifugiati tra le mura del monastero; oltre alla completa distruzione del sito. I particolari della vicenda sono raccontati in L. Garibaldi, *Gli eroi di Montecassino. Storia dei polacchi che liberarono l'Italia*, Mondadori, Milano, 2013, p. 51 ss.

¹⁷⁴ A rigor del vero, nel corso del primo bombardamento di Roma (14 luglio 1943) rimase danneggiata la Chiesa di San Lorenzo fuori le Mura, uno dei pochi monumenti della capitale ad essere direttamente colpito dalle bombe. Cfr. N. Lambourne, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹⁷⁵ Rimane tuttavia emblematica la decisione di Hitler – totalmente disastrosa e suicida, dal punto di vista strategico – di risparmiare il Ponte Vecchio, ordinando che ne fossero distrutti solo gli accessi che lo collegavano ai due versanti della città. La scelta fu scellerata, dal punto di vista tattico, poiché permise ai partigiani di stabilire, proprio attraverso il corridoio vasariano, un contatto telefonico con gli Alleati e consegnare Firenze alla liberazione (1° settembre 1944). L'episodio è eloquentemente narrato in F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come strumento di umiliazione dell'identità dei popoli*, in L. Zagato (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO: un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 3-25, dove spiega (pp. 3-4): «In un breve istante di incoerenza, un capolavoro del patrimonio culturale aveva suscitato un barlume di umanità in un dittatore che di tale sentimento rappresentava l'antitesi per eccellenza».

notte del 14 febbraio 1945 rappresentò il punto di arrivo delle devastazioni commesse in Europa nel corso del conflitto¹⁷⁶.

9.2 Il grande saccheggio di beni culturali da parte della Germania nazista.

L'Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg

Oltre alle conseguenze disastrose per il patrimonio architettonico, urbano e monumentale provocate dai continui bombardamenti, fu probabilmente il grande piano per il saccheggio di opere d'arte messo in atto dai nazisti a costituire il più grave attentato all'integrità del patrimonio culturale durante la Seconda Guerra Mondiale, con una depredazione di beni culturali mobili che non aveva mai conosciuto eguali né in Europa né altrove, neppure ai tempi delle campagne napoleoniche. Come spiegato efficacemente in dottrina (SANDHOLTZ): «Hitler and the Nazis surpassed even Napoleon as relentless plunderer of Europe's artistic patrimony. Of course, the Nazis could exploit tools and technologies that Napoleon never imagined. Where the French relied on carts and barges, the Germans could loot on a scale made possible by trucks, trains, and aircraft»¹⁷⁷. Del resto, la stessa visione che aveva guidato i saccheggi e i bottini d'arte di Napoleone fu la principale fonte di ispirazione del progetto di Hitler e dei suoi seguaci, ossia spogliare i paesi conquistati di tutti i loro tesori culturali non per il loro valore economico, ma come dimostrazione della supremazia politica e culturale della "Grande Germania", in sfregio alle nazioni sconfitte. Fin dall'ascesa al potere di Hitler, l'arte ebbe un ruolo importantissimo nella macchina della propaganda nazista: l'architettura monumentale incarnava perfettamente la *grandeur* del nuovo Reich, che a questo proposito si servì ossessivamente di tutte le espressioni artistiche a disposizione, a cominciare dal cinematografo, che si rivelò un potentissimo strumento di diffusione e celebrazione degli ideali totalitari del nazionalsocialismo e delle sue ambizioni millenarie¹⁷⁸. L'intera campagna propagandistica messa in piedi dai nazisti era

¹⁷⁶ Si veda N. Lambourne, *op. cit.*, pp. 80-81: «The area bombing of Dresden was a notorious demonstration of the threat to human life represented by such military methods [...] but seemed also to many commentators to be the zenith – or nadir – of the Second World War bombing of historic town centres».

¹⁷⁷ W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷⁸ Il riferimento va, in particolare, al cinema della regista e attrice tedesca Leni Riefenstahl (1902–2003), celebre per aver realizzato alcuni film e documentari, come *Il trionfo della volontà* (1935) e *Olympia* (1938), che esaltavano il regime e con i quali contribuì allo sviluppo dell'estetica nazionalsocialista.

votata al trionfale ritorno alla purezza delle arti, e conseguentemente allo svilimento e alla cancellazione di qualunque forma espressiva che non rispettasse i canoni convenzionali, e che per questo motivo veniva bollata come “moderna” e “degenerata”, espressione di quella mentalità giudaica e marxista invisa al regime e da estirpare¹⁷⁹. Nei piani di Hitler, il Reich doveva rappresentare il nuovo centro nevralgico dell’arte mondiale; ciò sarebbe stato possibile attraverso la realizzazione di un immenso complesso museale a Linz, in Austria (il c.d. *Führermuseum*), destinato a ospitare la più grande collezione d’arte del mondo, costituita dai capolavori della pittura e della scultura europea depredati nel corso delle campagne di conquista tedesche. Se la Germania ariana rappresentava, nella folle visione di Hitler, il pinnacolo della civiltà, questo la rendeva di diritto la capitale delle arti europee, in grado di surclassare Parigi, Roma e Vienna.

Un progetto di questa portata richiedeva una massiccia organizzazione burocratica e un’efficiente gestione dei tempi e delle risorse. Le operazioni di confisca delle opere d’arte ebbero inizio già nel marzo del 1938, con l’annessione dell’Austria alla Germania (*Anschluss*) e il saccheggio delle collezioni private degli ebrei-austriaci, che vennero catalogate e rinchiusate in appositi depositi a Vienna, in vista del trasferimento ai musei di Linz. A conferma dell’interesse nutrito verso questa immane operazione di saccheggio, il Führer stesso istituì sotto il proprio comando una “Commissione speciale per Linz” (*Sonderauftrag Linz*), con l’incarico di monitorare l’andamento delle collezioni destinate ai suoi nuovi musei. Con l’invasione della Polonia e l’inizio della guerra, le azioni di saccheggio e traffico di opere d’arte, sostenute dall’intento di annientare l’identità storica e culturale polacca, assunsero proporzioni ancora più brutali; la confisca sistematica di oggetti culturali dai territori occupati era al centro di ordini espliciti rivolti alle truppe tedesche¹⁸⁰, che

¹⁷⁹ Anche in campo culturale, la burocrazia persecutoria nazista si mostrò fin da subito particolarmente efficiente: tutte le arti astratte, come il Cubismo, l’Espressionismo e il Costruttivismo, furono messe al bando; venne disposta l’espulsione dal mondo accademico per chiunque nutrisse tendenze anti-germaniche; i direttori dei musei vennero sostituiti da lacchè del partito, che provvidero a censurare e a rimuovere dalle mostre gli artisti considerati “degenerati”. Nel luglio del 1937, su espresso ordine del Ministro per la Propaganda Joseph Goebbels, venne allestita presso la Casa dell’Arte di Monaco (*Haus der Deutschen Kunst*) una mostra di “arte degenerata”, con l’esposizione derisoria di tutte le opere precedentemente confiscate ai musei. Per approfondimenti sulle politiche culturali naziste, si vedano W. Sandholtz, *op. cit.*, pp. 127-166; J. Petropolous, *Art as Politics in the Third Reich*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996; S. Barron (a cura di), *Degenerate Art: The Fate of the Avant-Garde in Nazi Germany*, Harry N. Abrams Inc., Los Angeles, 1991.

¹⁸⁰ Per fare un esempio, il Comando operativo nell’Europa dell’Est (*Haupttreuhandstelle Ost*), nel dicembre del 1939, emanò il seguente ordine (tradotto dal tedesco all’inglese): «In order to fortify Germanism and defense of the Reich, confiscation is ordered [...] of all objects mentioned in point II

potevano oltretutto contare sull'appoggio delle SS (*Schutz-Staffel*) e della Gestapo (*Geheime Staatspolizei*). Non bisogna inoltre sottovalutare l'irresistibile attrattiva esercitata da questi ricchi bottini artistici, che scatenò un'ingorda competizione a tutti i livelli della gerarchia nazista: oltre alle SS e alla Gestapo, anche la Wehrmacht, la *Sonderauftrag Linz*, la *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg* (l'unità che avrebbe svolto un ruolo decisivo nei furti di opere d'arte soprattutto in Europa occidentale), gli stessi apparati governativi ed economici – tutti gareggiavano per accaparrarsi i pezzi migliori e più preziosi¹⁸¹. Le conseguenze di questi sistematici e inarrestabili saccheggi furono disastrose: tutte le collezioni private delle famiglie aristocratiche polacche vennero depredate; la stessa sorte toccò alle chiese, ai palazzi, ai musei e alle biblioteche, con i bottini che finivano a riempire interi magazzini a Varsavia e Cracovia. Anche le regioni del Baltico – l'Estonia, la Lettonia e la Lituania – non furono risparmiate dalle spoliazioni naziste.

Per quanto riguarda l'Unione Sovietica, l'intera gestione delle operazioni di saccheggio e trasporto delle collezioni e degli oggetti d'arte rubati venne affidata ad ALFRED ROSENBERG (1893–1946), Ministro del Reich per i Territori Occupati nonché uno degli ideologi del Partito nazista. Rosenberg fu il fondatore della già citata organizzazione militare *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*, incaricata dallo stesso Hitler di pianificare il sequestro di biblioteche ed archivi e di requisire i tesori culturali sparsi in tutta Europa, che venivano temporaneamente conservati per presunte finalità di "protezione" dai possibili rischi legati alle attività belliche, e in un secondo momento trasportati in Germania. Nel caso della Russia, le brigate di Rosenberg furono straordinariamente intraprendenti, anche alla luce delle sfrenate e ignobili competizioni con le altre unità (in particolare le SS di Himmler) che ormai caratterizzavano, come già si ricordava, questi saccheggi, smascherandoli senza

of this order. [...] [O]bjects of artistic, cultural and historic value, such as paintings, sculptures, furniture, rugs, crystal pieces, books, etc.». Passaggio citato in W. Kowalski, *Liquidation of the Effects of World War II in the Area of Culture*, Institute of Culture, Varsavia, 1994, p. 20, riportato anche in W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 130.

¹⁸¹ La pianificata operazione di saccheggio di opere d'arte aveva raggiunto dimensioni tali da coinvolgere anche i vertici del potere nazista: Heinrich Himmler, capo della polizia segreta Gestapo e delle SS, diede istruzioni ai suoi comandanti in Polonia affinché sequestrassero tutti gli oggetti di valore artistico. L'ufficiale delle SS Kajetan Mühlmann, che era anche uno storico dell'arte, fu nominato "Commissario Speciale per la Protezione delle Opere d'Arte nei Territori Occupati" da Hermann Göring, supremo Maresciallo del Reich e secondo solo a Hitler, col preciso incarico di depredare tutti i tesori d'arte polacchi. Per maggiori approfondimenti, si veda L. H. Nicholas, *The Rape of Europa: The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War*, Vintage Books, New York, 1994.

vergogna e rivelandoli per quello che erano, ossia atti di deliberato e ripugnante sciacallaggio. I celebri palazzi e le regge che circondavano San Pietroburgo, come il Palazzo di Caterina, il *Peterhof* e la Reggia di Pavlovsk, furono spogliati di tutte le loro ricchezze; inoltre, quando le sorti della campagna di Russia si rivoltarono contro i nazisti costringendoli alla ritirata, quest'ultima fu accompagnata dalle inarrestabili razzie di centinaia di chiese, palazzi, biblioteche e musei da parte dei tedeschi, che in nome dell'odio verso il nemico bruciavano e riducevano in macerie tutte le città che incontravano sul loro cammino, dopo averle depredate¹⁸².

In Europa occidentale, fu sicuramente la Francia a subire le perdite più gravi in termini di patrimonio artistico, attraverso una efficiente gestione delle immani operazioni di saccheggio che, nei primi mesi dell'occupazione, era seguita dall'ambasciata tedesca a Parigi, e in un secondo momento venne affidata dallo stesso Hitler all'unità di Alfred Rosenberg e al *Reichsmarschall* Hermann Göring, che in quanto comandante della *Luftwaffe* forniva un supporto straordinario per il trasporto delle opere d'arte verso la Germania. Anche in questo caso, l'efficienza della macchina burocratica nazista, unita all'inesauribile avidità dei capi del regime, resero il saccheggio della Francia occupata uno dei più grandiosi e drammatici bottini d'arte della storia¹⁸³. La spoliazione di beni culturali da parte dei tedeschi fu condotta con ogni mezzo, anche attraverso strumenti (apparentemente) leciti come l'acquisto di opere d'arte; numerosi agenti e mercanti del Reich viaggiavano attraverso l'Europa occidentale, dietro ordine espresso dei capi del Partito e con

¹⁸² Le devastazioni naziste colpirono, tra le tante, le città di Charkiv, Kiev, Kursk, Minsk, Novgorod, Stalingrado, Riga e Tallinn. Moltissimi musei vennero rasi al suolo, tra cui quelli dedicati allo scrittore Anton Čechov e ai compositori Rimsky-Korsakov e Tchaikovsky (secondo le stime, i tedeschi distrussero circa 427 musei nel corso della campagna di Russia). Cfr W. Sandholtz, *op. cit.*, pp. 132-133. Per maggiori dettagli, si veda anche D. Roxan, K. Wanstall, *The Rape of Art: The Story of Hitler's Plunder of the Great Masterpieces of Europe*, Coward-McCann, Inc., New York, 1965, pp. 115-116.

¹⁸³ In base ai dati raccolti durante i processi di Norimberga, dove Alfred Rosenberg fu imputato e condannato per crimini di guerra e crimini contro l'umanità, tra aprile 1941 e luglio 1944 l'*Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg* depredò 203 collezioni private. L'inventario realizzato dai membri dell'unità di Rosenberg (raccolto in 39 volumi corredati da un catalogo fotografico, che vennero prodotti come prova durante i processi) includeva oltre 21,000 oggetti d'arte rubati, tra cui 5,281 dipinti e migliaia di altri beni culturali comprendenti tappeti, manoscritti, opere scultoree, oggetti decorativi e antichità. Per maggiori dettagli, si vedano le trascrizioni dei processi contenute in *The International Military Tribunal for Germany - Contents of The Nuremberg Trials Collection*, The Avalon Project at Yale School (disponibili online all'indirizzo <https://avalon.law.yale.edu>), in particolare vol. 4, 18 dicembre 1945, p. 89. Si veda anche nota 189.

disponibilità finanziarie pressoché illimitate, col preciso compito di acquistare il maggior numero di opere, anche ricorrendo alle minacce e alle intimidazioni¹⁸⁴. Di fronte a questo scenario apocalittico di distruzione e saccheggio, guidato solo dalla violenza dominatrice e dalla sfacciata mancanza di rispetto verso il patrimonio storico e artistico come espressione dell'identità di un popolo e della sua presenza nella storia, le poche norme internazionali vigenti all'epoca del conflitto e che potevano garantire una qualche protezione per i beni culturali, risultarono ancora una volta, dopo la tragica esperienza della Grande Guerra, totalmente insufficienti. Queste erano limitate agli artt. 27 e 56 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, che sanciscono, rispettivamente, l'obbligo di proteggere i monumenti storici e gli edifici dedicati al culto, alle arti e alle scienze durante gli assedi e i bombardamenti (art. 27), e il divieto di confisca e saccheggio dei beni dei comuni e degli istituti consacrati al culto, all'istruzione, alle arti e alle scienze, per i quali è previsto lo stesso trattamento riservato alla proprietà privata (art. 56, par. 1), con l'obbligo di punire qualunque forma di sequestro, distruzione o danno intenzionale arrecato a tali istituti (par. 2)¹⁸⁵. Va inoltre ricordato che le violazioni commesse dai tedeschi ai beni culturali non si limitarono alle proprietà pubbliche, ma colpirono soprattutto le collezioni d'arte appartenenti ai privati, in particolare alle famiglie ebraiche dei territori occupati, che vennero depredate senza alcuna pietà; in tal modo, le condotte dei nazisti rappresentavano una violazione, oltre che delle norme già citate, anche degli artt. 46 e 47 delle Regole dell'Aja del 1907, che stabiliscono rispettivamente il divieto di confisca e di saccheggio della proprietà privata¹⁸⁶. In definitiva, le Regole dell'Aja erano ancora le uniche disposizioni applicabili in materia di tutela dei beni culturali dalle azioni belliche; la violenza con cui furono ignorate e disapplicate durante la Seconda Guerra Mondiale fu l'unica prova della loro esistenza e del loro fallimento.

¹⁸⁴ In molti casi gli agenti nazisti facevano ricorso al baratto, scambiando dipinti o opere moderne (considerate, come si è visto, degenerate) con opere degli antichi maestri. Si veda W. Sandholtz, *op. cit.*, p. 134; anche L. H. Nicholas, *op. cit.*

¹⁸⁵ Per un'analisi dettagliata del contenuto delle Regole dell'Aja e delle norme citate sulla protezione dei beni culturali, si rinvia al par. 1.3.

¹⁸⁶ Regolamento dell'Aja del 1907, art. 46: «L'onore e i diritti della famiglia, la vita degli individui e la proprietà privata, come pure le convinzioni religiose e l'esercizio dei culti, devono essere rispettati. La proprietà privata non può essere confiscata». Per l'art. 47, v. *supra* nota 88.

9.3 L'azione degli Alleati per limitare i danni al patrimonio culturale: la Dichiarazione di Londra del 1943 e il contributo dei Monuments Men

Nonostante la forte carenza normativa a livello internazionale, gli studi condotti dopo la Grande Guerra e l'esperienza acquisita non lasciarono i governi alleati in una condizione di impotenza e passività rispetto a quanto stava accadendo al patrimonio artistico europeo, ma li spinsero a prendere una posizione netta al riguardo, adottando alcune misure protettive. Si è già fatto cenno alle solenni dichiarazioni rese da Francia e Regno Unito alla vigilia della guerra, con le quali si impegnavano ad adoperarsi con ogni mezzo per proteggere la popolazione civile e i monumenti storici¹⁸⁷; tuttavia il fenomeno del traffico illecito di beni culturali provenienti dai territori occupati militarmente dalle armate naziste raggiunse proporzioni tali da indurre le Potenze Alleate ad adottare a Londra, nel gennaio del 1943, la *Inter-Allied Declaration Against Acts of Dispossession Committed in Territories under Enemy Occupation and Control* (Dichiarazione di Londra), con la quale si impegnarono ad agire per annullare tutti gli atti di compravendita, anche di beni culturali, conclusi durante la guerra nei territori occupati dalla Germania di Hitler e dai suoi alleati¹⁸⁸. L'annullamento avrebbe riguardato ogni forma di transazione, non solo quelle viziate da comportamenti illeciti (come gli atti evidenti di saccheggio), ma anche quelle in apparenza legittime¹⁸⁹. Si trattava di obiettivi estremamente ambiziosi che le Potenze Alleate non riuscirono però a raggiungere: la situazione di caos politico, del resto, rendeva estremamente ardua una ricostruzione precisa di tutte le transazioni concluse nei territori di guerra e riguardanti opere d'arte. Tuttavia la Dichiarazione

¹⁸⁷ V. *supra* nota 163.

¹⁸⁸ Cfr. A. Vigorito, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 100. Alla Dichiarazione di Londra aderirono 18 Stati.

¹⁸⁹ *Inter-Allied Declaration Against Acts of Dispossession Committed in Territories under Enemy Occupation and Control*, Londra, 5 gennaio 1943: «Accordingly the governments making this declaration [...] reserve all their rights to declare invalid any transfers of, or dealings with, property, rights and interests of any description whatsoever which are, or have been, situated in the territories which have come under the occupation or control, direct or indirect, of the governments with which they are at war or which belong or have belonged, to persons, including juridical persons, resident in such territories. This warning applies whether such transfers or dealings have taken the form of open looting or plunder, or of transactions apparently legal in form, even when they purport to be voluntarily effected». Il testo della Dichiarazione è riprodotto in W. M. Franklin, E. R. Perkins (a cura di), *Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers, 1943, General, Volume I*, United States Government Printing Office, Washington D.C., 1963, pp. 443-444. È inoltre disponibile online sul sito della *Commission for Looted Art in Europe*, un ente internazionale non-profit impegnato nella ricerca e nella restituzione ai legittimi proprietari degli oggetti culturali sottratti dai nazisti (indirizzo <https://www.lootedartcommission.com>).

ebbe un impatto successivo molto importante, poiché influenzò sia l'operato del Tribunale di Norimberga attraverso l'incriminazione degli atti di requisizione e saccheggio di opere d'arte, sia l'adozione delle future norme pattizie relative alla lotta al traffico illecito di beni culturali¹⁹⁰.

Pochi mesi dopo l'adozione della Dichiarazione di Londra, gli Stati Uniti d'America istituirono (giugno del 1943) una commissione speciale per il salvataggio dei monumenti storici nelle zone di guerra (*American Commission for the Protection and Salvage of Artistic and Historic Monuments in War Areas*), conosciuta anche come "Commissione Roberts" dal nome del suo presidente, Owen J. Roberts, già giudice della Corte Suprema¹⁹¹. Essa aveva il compito di assistere e cooperare con il Dipartimento della guerra nella protezione specifica dei tesori culturali, raccogliendo informazioni sui danni causati al patrimonio culturale e sui beni saccheggiati dalle potenze dell'Asse, al fine di agevolarne la restituzione. La Commissione, alla quale nel novembre del 1944 venne affiancata una nuova unità incaricata di raccogliere dati sui saccheggi e i trasferimenti di beni culturali compiuti dai tedeschi (*Art Looting Investigation Unit*), servì inoltre ad istituire la *Monuments, Fine Arts, and Archives Section* (MFAA), un corpo speciale dell'esercito statunitense responsabile per la protezione di opere d'arte, monumenti, archivi e altri siti culturali in Europa dai pericoli di danneggiamento e saccheggio. I membri dell'MFAA, che erano professionisti o esperti in campo culturale provenienti perlopiù dal mondo accademico, divennero presto celebri con il nome di *Monuments Men*: essi diedero un contributo essenziale sia per quanto riguarda il contenimento dei danni durante le azioni belliche (in particolare attraverso la preventiva identificazione e segnalazione alle forze armate delle aree da proteggere)¹⁹², sia monitorando la protezione dei siti di interesse culturale e delle collezioni d'arte dopo le battaglie; inoltre ebbero un

¹⁹⁰ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 101. Il principio che ispirò la Dichiarazione di Londra, ossia il divieto di confiscare beni culturali nei territori militarmente occupati, fu successivamente inserito dall'UNESCO sia nei lavori preparatori della già citata Convenzione dell'Aja del 1954 (e confluirà nel I Protocollo coevo alla Convenzione), sia in quelli relativi alla *Convenzione concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali* del 1970.

¹⁹¹ La Commissione Roberts rimase operativa fino al 30 giugno del 1946. Per approfondimenti sulla struttura e le funzioni della Commissione, si veda *Records of the American Commission for the Protection and Salvage of Artistic and Historic Monuments in War Areas (The Robert Commission), 1943–1946*, National Archives and Records Administration, Washington D.C., 2007.

¹⁹² L'MFAA riceveva istruzioni dalla Commissione Roberts sui siti e i monumenti da proteggere, dopodiché li comunicava ai comandi delle unità armate. Per fare un esempio, alla vigilia dello sbarco in Normandia (maggio 1944), l'MFAA aveva pronto un elenco con oltre 400 siti di interesse culturale da salvaguardare. Cfr. P. J. Boylan, *op. cit.*, p. 37.

ruolo decisivo al termine della guerra nella gestione dei beni depredati dall'*Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*¹⁹³.

La necessità di risparmiare e proteggere con tutti i mezzi possibili i beni culturali durante le azioni armate fu anche al centro di due distinti ordini (il primo del 29 dicembre 1943, il secondo del 26 maggio 1944) emanati dal comandante in capo delle forze Alleate, il generale DWIGHT D. EISENHOWER (1890–1969), alla vigilia dell'intervento in Italia e a seguito della distruzione dell'Abbazia di Montecassino, avvenuta nel febbraio del 1944¹⁹⁴. Con queste istruzioni Eisenhower richiamava i propri comandanti all'impegno collettivo di rispettare, per quanto possibile e sempre dando la priorità alle vite dei soldati, il patrimonio monumentale e culturale dei paesi che facevano da teatro alle battaglie per la liberazione dell'Europa, «since that heritage symbolizes the civilization in defence of which the allies had taken up their arms»¹⁹⁵. Il richiamo di Eisenhower non era significativo solo dal punto di vista strategico e militare, ma lasciava anche trapelare una nuova attenzione verso un patrimonio artistico e architettonico la cui integrità non poteva più essere ignorata e sacrificata in nome di arbitrarie esigenze militari. Se infatti, da un lato, il Generale affermava con fermezza il valore prevalente della vita umana su quello di un monumento, per quanto unico e celebre¹⁹⁶, dall'altro non esitava a riconoscere e a criticare l'ambiguità e l'uso assai poco responsabile del principio della "necessità militare": «In many cases the monuments can be spared without any detriment to operational needs. Nothing can stand against the argument of military necessity. That is an accepted principle. But the phrase "military necessity" is sometimes used where it would be more truthful to speak of military convenience or even of personal convenience. I do not want it to cloak slackness or indifference»¹⁹⁷. Nel secondo

¹⁹³ Tutti i beni saccheggianti dall'unità di Rosenberg erano conservati dai tedeschi all'interno di circa 7000 depositi, dove furono rinvenuti dalle forze alleate. L'MFAA provvide a trasferire i beni recuperati presso specifici centri di raccolta (*collecting points*), dove vennero imballati, inventariati e fotografati, per poi essere restituiti ai legittimi proprietari accompagnati da un certificato di autenticità. Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁴ Il testo dei due ordini è disponibile online sul sito dello *United States Committee of the Blue Shield*, all'indirizzo <https://uscbs.org>. Per ulteriori approfondimenti, si può consultare P. J. Boylan, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁹⁵ J. Toman, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹⁶ Rimane famosa, in tal senso, la frase contenuta nell'ordine del 29 dicembre 1943: «If we have to choose between destroying a famous building and sacrificing our own men, then our men's lives count infinitely more and the building must go». Tradotta in italiano e riportata in G. Bonacina, *Obiettivo: Italia - I bombardamenti aerei delle città italiane dal 1940 al 1945*, Mursia, Milano, 1970, p. 209: «Ma se la distruzione di un bellissimo monumento può significare la salvezza di un solo nostro soldato, ebbene, si distrugga quel bellissimo monumento».

¹⁹⁷ *Instructions of 29 December 1943*.

ordine del maggio 1944, a seguito del tragico bombardamento di Montecassino da parte degli Alleati, Eisenhower ribadì con maggior vigore ai propri ufficiali l'invito ad adoperarsi con ogni mezzo, approfittando del supporto e delle indicazioni fornite dalle unità dell'MFAA, per impedire la distruzione inutile di siti di valore culturale, laddove questa potesse essere evitata¹⁹⁸.

9.4 *Alcuni cenni sul contributo del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e la condanna di Alfred Rosenberg per il saccheggio di beni culturali*

La prassi seguita dalle Potenze Alleate nella tutela *tout court* dei beni culturali mobili e il loro impegno concreto a proteggerli dai rischi di danneggiamento e di saccheggio furono un passaggio decisivo per gli sviluppi successivi in materia. Come già accennato nelle pagine precedenti, l'obiettivo di annullare tutti i trasferimenti di opere d'arte compiuti nei territori militarmente occupati non fu immediatamente raggiunto, a causa dell'enorme difficoltà nel rintracciare gli spostamenti di oggetti culturali e recuperarli. Ciononostante, i Trattati di Pace conclusi a Parigi il 10 febbraio 1947 stabilirono, senza riserve o eccezioni, l'obbligo della restituzione integrale di tutti i beni sottratti in tempo di guerra (compresi, naturalmente, i beni di valore culturale), decretando inoltre l'inefficacia degli eventuali negozi di trasferimento di questi beni con soggetti terzi avvenuti in un momento successivo alla spoliazione. Ancora più significativo, il saccheggio di proprietà pubbliche o private, la distruzione di città, paesi e villaggi, e gli atti di devastazione non giustificati da necessità militare furono inclusi tra i crimini di guerra su cui era chiamato a giudicare il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, istituito con la Carta di Londra dell'8 agosto 1945¹⁹⁹.

¹⁹⁸ *Instructions of 26 May 1944*: «[T]here are many circumstances in which damage and destruction are not necessary and cannot be justified. In such cases, through the exercise of restraint and discipline, commanders will preserve centers and objects of historical and cultural significance. Civil Affairs Staffs at higher echelons will advise commanders of the locations of historical monuments of this type, both in advance of the front lines and in occupied areas. This information, together with the necessary instructions, will be passed down through command channels to all echelons».

¹⁹⁹ *Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, Londra, 8 agosto 1945. L'Accordo contiene lo Statuto del Tribunale Militare Internazionale (*Charter of the International Military Tribunal*), che all'art. 6(b) indica i crimini di guerra rientranti nella giurisdizione del Tribunale: «namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, *plunder of public or private property*,

Gli imponenti sequestri e saccheggi di beni pubblici e privati compiuti dai tedeschi furono ampiamente considerati durante i processi contro gli imputati nazisti ed ebbero un peso significativo in sede di giudizio. La pianificazione dello spoglio dei tesori culturali presenti nei territori occupati dalla Germania a partire dal 1940 venne ricostruita dettagliatamente nel corso delle udienze, con al centro la figura di Alfred Rosenberg in quanto coordinatore e responsabile, su incarico dello stesso Hitler, di tutte le operazioni di saccheggio in numerosi Stati dell'Europa occidentale e dell'est. In base alle informazioni raccolte e presentate durante i processi, il Führer aveva conferito a Rosenberg pieni poteri in quello che, all'inizio, doveva essere un progetto per la realizzazione di una grande biblioteca del Reich, e che in seguito si trasformò in un piano per il furto e il sequestro di opere d'arte e beni culturali di ogni genere, al solo scopo di servire la causa tedesca e arricchire la Germania²⁰⁰. Per questo motivo il Tribunale riconobbe la piena responsabilità di Rosenberg per il sistematico saccheggio di proprietà culturali pubbliche e private in Europa, oltre che per altri gravissimi crimini di guerra e crimini contro l'umanità: «Rosenberg is responsible for a system of organized plunder of both public and private property throughout the invaded countries of Europe. Acting under Hitler's orders of January 1940 to set up the "Hohe Schule", he organized and directed the "Einsatzstab Rosenberg", which plundered museums and libraries, confiscated art treasures and collections, and pillaged private houses. His own reports show the extent of the confiscations. In

wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity».
Corsivo aggiunto.

²⁰⁰ «The defendant Rosenberg was designated by Hitler on the 29th January 1940, Head of the Centre for National Socialist Ideological and Educational Research, and thereafter the organisation known as the "Einsatzstab Rosenberg" conducted its operations on a very great scale. Originally designed for the establishment of a research library, it developed into a project for the seizure of cultural treasures. On the 1st March, 1942, Hitler issued a further decree, authorising Rosenberg to search libraries lodges and cultural establishments, to seize material from these establishments, as well as culture treasures owned by Jews. Similar directions were given where the ownership could not be clearly established. [...] The report of Robert Scholz, Chief of the special staff for Pictorial Art, stated: "During the period from March 1941 to July 1944 the special staff for Pictorial Art brought into the Reich 29 large shipments, including 137 freight cars with 4,174 cases of art works." The report of Scholz refers to 25 portfolios of pictures of the most valuable works of the art collection seized in the West, which portfolios were presented to the Führer. Thirty-nine volumes, prepared by the Einsatzstab, contained photographs of paintings, textiles, furniture, candelabra, and numerous other objects of art, and illustrated the value and magnitude of the collection which had been made. In many of the occupied countries private collections were robbed, libraries were plundered, and private houses were pillaged. [...] "To strengthen Germanism in the defense of the Reich, all articles [...] are confiscated for the benefit of the German Reich, and are at the disposal of the Reich Commissioner [Heinrich Himmler] for the strengthening of Germanism"». In *Trial of the Major War Criminals*, cit., pp. 242-243; brano riprodotto anche in *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, n. 1, pp. 172-333.

“Action-M” (Möbel), instituted in December 1941 at Rosenberg’s suggestion, 69,619 Jewish homes were plundered in the West, 38,000 of them in Paris alone, and it took 26,984 railroad cars to transport the confiscated furnishings to Germany. As of 14 July 1944, more than 21,903 art objects including famous paintings and museum pieces, had been seized by the Einsatzstab in the West»²⁰¹.

Il contributo fornito dal Tribunale di Norimberga con il riconoscimento e la condanna degli atti di saccheggio di beni culturali come crimine di guerra fu decisivo:

l’incriminazione di queste condotte, accompagnata dall’obbligo di restituzione allo Stato di appartenenza (e in generale ai legittimi proprietari) delle opere d’arte e degli altri beni culturali trafugati durante le occupazioni militari, rappresentò il punto di partenza per l’elaborazione di un nuovo sistema di regole *ad hoc*, specificamente dedicato alla protezione internazionale dei beni culturali. E su questo vale la pena spendere alcune parole conclusive.

10. *Considerazioni conclusive*

La reazione di unanime condanna per le atrocità commesse durante la Seconda Guerra Mondiale è stata la base, morale prima che giuridica, dalla quale ha preso il via la costruzione di un nuovo ordine internazionale, fondato sulla messa al bando della guerra e in generale dell’uso della forza nelle relazioni internazionali, cui contrapporre la promozione dei diritti umani e il perseguimento di interessi universali, funzionali alla creazione e al mantenimento di un dialogo pacifico tra le nazioni.

La protezione della cultura in tutte le sue manifestazioni, per quanto inizialmente circoscritta al rafforzamento della tutela dei beni culturali mobili e immobili dai pericoli dei conflitti armati e da altri fenomeni patologici come il saccheggio, si è inserita perfettamente in questo nuovo quadro giuridico internazionale, trovando un punto di incontro e di coordinamento delle politiche culturali degli Stati soprattutto nell’UNESCO. Nel giro di pochi anni quest’ultima si è rivelata, come vedremo nel prossimo capitolo, un foro normativo indispensabile: a partire dalla sua istituzione, la disciplina giuridica internazionale per la protezione dei beni culturali ha conosciuto una progressiva ed intensa evoluzione, scandita da alcune importantissime tappe convenzionali che hanno ridefinito i concetti stessi di “cultura” e “beni culturali”, non

²⁰¹ *Trial of the Major War Criminals*, cit., p. 295.

solo potenziando il loro rilievo giuridico nell'ambito del diritto internazionale umanitario, ma anche avvicinandoli ad altri settori internazionalmente rilevanti, come la tutela dei diritti fondamentali.

CAPITOLO SECONDO

L'ERA UNESCO E L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI BENI CULTURALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una breve riflessione sul passaggio di consegne dall'ICO all'UNESCO – 3. “È nello spirito degli uomini che devono essere poste le difese della pace”: la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO) – 3.1 La struttura dell'UNESCO: organi, funzioni e competenze – 3.2 Il settore “Cultura” – 4. La Convenzione dell'Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali nei conflitti armati: origini e ambito di applicazione – 4.1 La nozione di “bene culturale” – 4.2 Gli obblighi previsti dalla Convenzione: la protezione generale e la protezione speciale – 4.3 Il Secondo Protocollo – 5. Verso la nozione di “patrimonio culturale” – 6. Cenni introduttivi sulla Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972 – 6.1 Le origini storico-giuridiche della Convenzione – 6.2 La nozione di “patrimonio dell'umanità” e l'evoluzione del concetto di “patrimonio culturale” – 6.2.1 I “paesaggi culturali” – 6.2.2 Segue: il requisito di “eccezionale valore universale” – 6.3 Il sistema di protezione previsto dalla Convenzione – 6.4 La cancellazione di un bene dalla WHL – 6.5 L'impatto della Convenzione del 1972 sull'evoluzione della protezione internazionale dei beni culturali: alcuni spunti critici e considerazioni conclusive – 7. Dal patrimonio monumentale alle tradizioni orali: la Convenzione UNESCO del 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale – 8. La protezione della cultura nell'epoca della globalizzazione, tra “eccezione culturale” e “diversità culturale” – 8.1 La Convenzione UNESCO del 2005 per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali – 8.2 Il rapporto tra la diversità culturale e la tutela dei diritti fondamentali – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

* Si segnala che le parti del presente capitolo dedicate alla struttura e al funzionamento dell'UNESCO, alla Convenzione del 1972 sul Patrimonio Mondiale e alla Convenzione del 2005 sulla diversità delle espressioni culturali sviluppano, e in parte riproducono, gli studi da me pubblicati prima in E. Baroncini (a cura di), *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale mondiale*, AlmaDL (AMSActa, University of Bologna digital library), Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna, 2019 (pp. 3-23, 103-129, 223-244), e successivamente ampliati in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press (Collana “Terminus”), Bologna, 2021 (pp. 19-44, 213-241, 391-411). L'inclusione di ricerche già pubblicate ha ricevuto l'autorizzazione da parte dei relatori del presente lavoro.

L'analisi della tutela internazionale dei beni culturali, dopo averne ripercorso le origini storiche fino alla Seconda Guerra Mondiale, intende proseguire nel presente capitolo con l'introduzione del sistema UNESCO e la successiva presentazione dei principali strumenti multilaterali dedicati alla protezione della cultura. La nascita dell'UNESCO, intesa come parte fondamentale di quel globale processo di ricostruzione delle relazioni internazionali rappresentato dall'istituzione delle Nazioni Unite, è risuonata come un'autentica rivoluzione copernicana che ha consacrato la protezione della cultura come uno dei cardini della cooperazione tra gli Stati. Analizzarne dunque le origini, la struttura e le funzioni, che si spingono ben oltre la tutela di monumenti, opere d'arte e siti archeologici, costituisce una tappa obbligata per comprendere la successiva evoluzione del diritto internazionale dei beni culturali¹.

La prima parte del capitolo è dedicata alla presentazione dell'UNESCO, delle sue origini storiche e dell'eredità che questa Agenzia delle Nazioni Unite ha raccolto dall'esperienza della Società delle Nazioni; ci si soffermerà sulla sua struttura amministrativa, sulle sue funzioni e i suoi ambiti operativi, che spaziano dall'educazione alle scienze naturali e all'informazione, e naturalmente la cultura. Una volta presentato il sistema UNESCO, si entrerà nel vivo della disciplina attraverso l'analisi delle principali convenzioni dedicate alla tutela dei beni culturali, prestando particolare attenzione al passaggio dal concetto di "bene culturale" (*cultural property*), che ha trovato una prima e specifica definizione nella Convenzione dell'Aja del 1954, frutto dell'esigenza non più procrastinabile di proteggere i beni culturali mobili e immobili dai pericoli della guerra, a quello di "patrimonio culturale" (*cultural heritage*), che, a partire dalla Convenzione del 1972 sul Patrimonio Mondiale, ha letteralmente scandito i successivi sviluppi del diritto internazionale in materia, in particolare con la Convenzione del 2003 sul patrimonio immateriale e quella del 2005 sulla protezione della diversità culturale. Tale processo evolutivo ha profondamente ampliato la portata della tutela internazionale del patrimonio culturale, in tutte le sue manifestazioni, portando alla luce una serie di significati che hanno radicalmente ridefinito le priorità e l'approccio della Comunità internazionale al tema della cultura.

¹ Come infatti affermato in dottrina: «It is not possible to properly understand UNESCO's culture conventions without understanding the history of the Organization itself, its dystopian beginnings, and its utopian promise». In A. F. Vrdoljak, L. Meskell, *Intellectual Cooperation Organisation, Unesco, And The Culture Conventions*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 25.

2. Una breve riflessione sul passaggio di consegne dall'ICO all'UNESCO

L'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – UNESCO) rappresenta ancora oggi il più importante strumento a disposizione della Comunità internazionale per la tutela e la promozione dell'educazione e della cultura in tutte le loro molteplici manifestazioni, intese come tasselli imprescindibili per una piena e concreta realizzazione di quella “cultura della pace e dei diritti umani” che costituisce *ratio* vivente del sistema ONU.

L'istituzione dell'UNESCO non avvenne all'interno di un vuoto giuridico in materia di cooperazione internazionale per la cultura e l'educazione; essa segnò, al contrario, una naturale ed inevitabile evoluzione della precedente Organizzazione per la Cooperazione Intellettuale (*Intellectual Cooperation Organization* – ICO), deputata alle medesime funzioni all'interno della Società delle Nazioni². Occorre precisare che, all'atto della sua istituzione, l'UNESCO presentava molti punti in comune con la sua precedente controparte ICO, al punto da risultare speculare: entrambe erano due agenzie specializzate nella tutela del patrimonio culturale, appartenenti rispettivamente a due organizzazioni internazionali a vocazione universale (Società delle Nazioni e ONU). Inoltre, come le rispettive organizzazioni di appartenenza, entrambe le agenzie avevano natura intergovernativa; con la conseguenza che l'agenda e gli obiettivi dell'UNESCO, come nel caso dell'ICO, continuano oggi ad essere definiti dagli Stati membri.

Non si tratta però degli unici elementi condivisi dalle due organizzazioni. I motivi che ispirarono l'istituzione della Società delle Nazioni erano pressoché gli stessi che,

² Più precisamente, l'UNESCO rappresenta la naturale evoluzione (e sostituzione) di tre diverse organizzazioni internazionali, responsabili della cooperazione intellettuale all'interno della Società delle Nazioni: il Comitato Internazionale di Cooperazione Intellettuale (*International Committee on Intellectual Cooperation* – ICIC), un organo consultivo formato da 15 esponenti di spicco del mondo scientifico, istituito presso la Società delle Nazioni e con sede a Ginevra dal 1922 al 1946; l'Istituto Internazionale di Cooperazione Intellettuale (*International Institute of Intellectual Cooperation* – IIIC), avente funzioni esecutive rispetto alle iniziative della Società delle Nazioni in campo culturale, accademico ed editoriale, con sede a Parigi dal 1925 al 1946; l'Ufficio Internazionale per l'Educazione (*International Bureau of Education* – IBE), istituito nel 1925 come organizzazione non governativa. Questo è stato il più longevo dei tre enti, divenendo parte del Segretariato dell'UNESCO fino al 1969, pur mantenendo il proprio statuto. Per approfondimenti, si veda R. Bank, F. Foltz, *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPIL), Oxford Public International Law, 2010.

alcuni anni dopo, avrebbero portato alla nascita delle Nazioni Unite, ossia il tentativo di creare un nuovo ordine internazionale dopo anni di guerra. Tuttavia questo nuovo ordine non poteva fondarsi solamente sulle strutture politiche, ma richiedeva necessariamente un impegno collettivo anche nella sfera intellettuale. In un contributo apparso nel 1927 su *L'Esprit International*, la rivista pubblicata dal centro di ricerca *Carnegie Endowment for International Peace*, si affermava con vigore quanto una solida cooperazione intellettuale tra le nazioni fosse indispensabile dopo un'esperienza traumatica come la Grande Guerra: «It is not one of the war's less important and less curious consequences that it has inspired a need for the spiritual and moral rapprochement of peoples, for the reciprocal understanding of their ideas and sentiments, for precise and disinterested knowledge about the events in which they intersect or of which they suffer the repercussions»³. Nelle intenzioni iniziali, l'ICO e gli enti che ne facevano parte (l'ICIC e l'IIC)⁴ furono istituiti per rispondere a questa esigenza, che tuttavia non prevedeva la creazione di un nuovo "Super-Stato" o la realizzazione di una cultura globale, uguale e uniforme per tutti gli Stati; al contrario, l'idea di partenza – eccezionale nella sua visione quanto nel suo valore utopistico – era che la pace internazionale dipendesse dalla capacità delle nazioni di educarsi alla tolleranza, e che ciò fosse possibile attraverso la conoscenza della propria cultura. Questo obiettivo poteva essere raggiunto solo con la promozione e il riconoscimento di due principi concorrenti ma ugualmente fondamentali, che successivamente avrebbero mantenuto la loro centralità anche nella missione dell'UNESCO: la diversità delle culture nazionali e la loro universalità⁵. Lo stesso filosofo francese HENRI BERGSON (1859-1941), che ricoprì il ruolo di primo presidente dell'ICIC, spiegava che la cultura di ogni popolo è di per sé incompleta, e può essere pienamente compresa solo in rapporto con le altre culture⁶. Ciononostante, fu subito evidente che questi nobili obiettivi erano fortemente condizionati dalle teorie sulla razza e dalle mire imperialiste, soprattutto europee, che indirizzavano le élite intellettuali verso un'idea unilaterale di "civilizzazione" e

³ C. Bloch, *Centres de Documentation Internationale Contemporaine*, in *L'Esprit International: The International Mind*, n. 3, 1927, p. 350.

⁴ V. nota 2.

⁵ Cfr. A. F. Vrdoljak, L. Meskell, *op. cit.*, p. 16; S. Pedersen, *Back to the League of Nations*, in *The American Historical Review*, 2007, vol. 112, n. 4, pp. 1091-1117.

⁶ Si veda il discorso di Bergson presso *Académie des Sciences Morales et Politiques* (dicembre 1914), poi pubblicato nel breve volume H. Bergson, *The Meaning of the War. Life & Matter in Conflict*, T. Fischer Unwin Ltd., Londra, 1915, consultabile *online* all'indirizzo <https://www.gutenberg.org/>.

“sviluppo”, a dispetto delle carneficine avvenute durante la Prima Guerra Mondiale. Lo stesso Comitato di Cooperazione Intellettuale (ICIC) era formato prevalentemente da studiosi ed esponenti europei, e ciò ebbe un impatto determinante sulla sua agenda in materia di beni culturali. Nonostante questo, l'ICO era stata concepita come un'organizzazione universale, in grado di andare oltre i confini della *membership* della Società delle Nazioni, raccogliendo voci intellettuali di tutti i paesi e incoraggiando il dialogo non solo tra gli Stati, ma anche e soprattutto tra le civiltà; se inizialmente essa aveva un'impronta prevalentemente eurocentrica, sia per quanto riguarda gli obiettivi da realizzare che sotto il profilo della partecipazione, successivamente la cooperazione intellettuale di cui si faceva promotrice divenne realmente internazionale, per mezzo del crescente coinvolgimento di Stati extraeuropei (America, Asia e Medio Oriente).

Questo movimento di espansione e potenziamento della cooperazione in ambito intellettuale proseguì dopo la Seconda Guerra Mondiale proprio attraverso l'UNESCO, che nel corso dei decenni ha conosciuto un radicale cambiamento nel suo campo operativo, grazie soprattutto all'ampliamento della sua *membership* e all'esigenza, sempre più pressante, di estendere la partecipazione anche ad attori non statali, come i popoli indigeni, le minoranze e le organizzazioni non governative (Ong). Questo dimostra, come rilevato in dottrina (VRDOLJAK e MESKELL), che la protezione del patrimonio culturale ha un respiro molto ampio ed è profondamente intrecciata con la tutela dei diritti fondamentali, la promozione della *rule of law*, dello sviluppo e della pace, che costituiscono il mandato dell'UNESCO in tutta la sua complessità⁷.

3. *“È nello spirito degli uomini che devono essere poste le difese della pace”: la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO)*

L'idea di istituire una nuova organizzazione specializzata nella cooperazione in ambito educativo, scientifico e culturale, benché non costituisse un'assoluta novità nel panorama internazionale, si sviluppò contemporaneamente al dibattito sulla creazione delle Nazioni Unite. Tuttavia, se fin da subito era chiara l'intenzione di

⁷ A. F. Vrdoljak, L. Meskell, *op. cit.*, p. 15.

creare un'agenzia dedicata alla promozione della cultura e alla protezione del patrimonio culturale, un po' meno lo era la sua forma, che fu oggetto di un considerevole dibattito. La lotta contro la brutalità dell'ideologia fascista e dei totalitarismi, e l'impegno per impedirne un nuovo avvento in futuro, giocarono sicuramente un ruolo decisivo nella fondazione dell'UNESCO: se da un lato la cultura manteneva una posizione centrale e dominante nel suo mandato, ad essa si sarebbero accompagnati anche l'educazione e il patrimonio, in quanto strumenti indispensabili per il raggiungimento dell'auspicato nuovo ordine mondiale. La nascita dell'UNESCO può essere fatta risalire ad un momento storico ben preciso, ossia la Conferenza dei Ministri Alleati dell'Educazione (*Conference of Allied Ministers of Education – CAME*) svoltasi a Londra tra il 1° e il 16 novembre 1945, pochi mesi dopo l'istituzione delle Nazioni Unite⁸. La CAME, un Gruppo di Ministri dell'Educazione dei Paesi Alleati contro il nazismo, si era riunita per la prima volta nel 1942 con l'obiettivo di elaborare una serie di meccanismi condivisi che, una volta ripristinata la pace, avrebbero agevolato la ricostruzione dei propri strumenti educativi, gettando così le basi per una futura ed efficace cooperazione tra Stati. Nel suo discorso di apertura della Conferenza di Londra, alla quale parteciparono i rappresentanti di 44 Stati, il Primo Ministro inglese CLEMENT ATLEE denunciò il problema della incomunicabilità e dell'incomprensione tra i popoli, concepito come il principale ostacolo alla costruzione della pace: «The peoples of the world are islands shouting at each other over seas of misunderstanding. [...]. We are to live in a world of democracies, where the mind of the common man will be all important»⁹. La Conferenza di Londra intendeva chiudere i lavori iniziati durante la guerra, provvedendo all'istituzione di una nuova organizzazione culturale ed educativa con funzioni e portata più ampie rispetto alla CAME, capaci di intrecciarsi con gli obiettivi di pace e promozione dei diritti umani perseguiti dall'ONU; in ogni caso, la cooperazione intellettuale sarebbe rimasta il *fil rouge* della nuova organizzazione,

⁸ Istituite con la *Carta delle Nazioni Unite* (Carta ONU), San Francisco, 26 giugno 1945.

⁹ Si veda *Welcoming Address by the British Prime Minister, in Conference for the Establishment of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation*, Doc. ECO/CONF./29, Londra, 16 novembre 1945, p. 21. Da notare che fu il delegato neozelandese Campbell, durante il suo intervento (pp. 52-53), a mettere in correlazione la pace con la democrazia e l'educazione, che sarebbero divenute la ragion d'essere dell'UNESCO: «A peace-loving democracy cannot live and breathe freely except in a world of peace-loving democracies; and we know further that education, in the broad sense of that word, is the only means whereby peace-loving democracies can be created and renewed». Cfr. anche A. F. Vrdoljak, L. Meskell, *op. cit.*, p. 25; Walter H. C. Laves, C. A. Thomson, *Unesco: Purpose, Progress, Prospects*, Indian University Press, Bloomington, 1957, p. 7.

agevolata in questo dal coinvolgimento del personale della defunta ICO¹⁰. Al termine della Conferenza, il 16 novembre 1945, venne dunque firmata da 37 Paesi membri dell'ONU la *Costituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura* (da qui "Costituzione UNESCO" o "Atto costitutivo")¹¹, che sarebbe entrata in vigore un anno dopo, il 4 novembre 1946, al raggiungimento della ventesima ratifica¹².

Nel corso dei lavori, il biologo inglese JULIAN SORELL HUXLEY (1887–1975), che avrebbe successivamente ricoperto la carica di primo Direttore generale dell'Organizzazione, fece pressione perché anche la scienza trovasse spazio tra le materie di competenza della nuova agenzia, consacrandone così l'importanza ed evidenziando il suo legame con le discipline umanistiche. Tale estensione rispondeva all'esigenza non già di creare un'organizzazione che concepisse e tutelasse la cultura in modo settoriale, per compartimenti stagni, ma che si facesse piuttosto portatrice di un nuovo umanesimo, capace di raccogliere tutte le manifestazioni del sapere, consolidando in questo modo il rapporto profondo che esiste tra la promozione della cultura e dell'educazione e il rispetto dei diritti umani¹³. Il Preambolo della Costituzione UNESCO è interamente attraversato da eloquenti riferimenti a questo legame: dopo aver esordito con il celebre passaggio che mette l'uomo (non gli Stati) e le sue responsabilità al centro del discorso per la costruzione di una stabile convivenza pacifica tra le nazioni («poiché le guerre nascono nello spirito degli uomini, è nello spirito degli uomini che devono essere poste le difese della pace»), viene sancito il ruolo della cultura nel perseguimento della pace e della giustizia («la dignità dell'uomo esige la diffusione della cultura e l'educazione generale in un intento di giustizia, di libertà e di pace, per cui a tutte le nazioni incombono sacrosanti doveri da compiere in uno spirito di mutua assistenza»), facendo tesoro non solo delle istanze pronunciate nel corso dei negoziati («la reciproca incomprensione dei popoli è sempre stata, nel corso della storia, l'origine dei sospetti e della diffidenza tra le nazioni, per cui i dissensi hanno troppo spesso

¹⁰ Si veda J. Toye, R. Toye, *One World, Two Cultures? Alfred Zimmern, Julian Huxley and the Ideological Origins of UNESCO*, in *History*, 2010, vol. 95, n. 3, pp. 308-331.

¹¹ Londra, 16 novembre 1945.

¹² Costituzione UNESCO, art. XV, par. 3: «La presente Convenzione entrerà in vigore dopo accettazione di venti dei suoi firmatari. Le accettazioni ulteriori avranno effetto immediato».

¹³ J. S. Huxley, *UNESCO: Its Purpose and Its Philosophy (Preparatory Commission of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)*, Parigi, 1946, p. 61: «That [fundamental] task [of UNESCO] is to help the emergence of a single world culture, with its own philosophy and background of ideas, and with its own broad purpose».

degenerato nella guerra»¹⁴, ma anche di quel sentimento che aveva iniziato a diffondersi già dopo la Grande Guerra, secondo cui «una pace basata esclusivamente su accordi economici e politici tra i Governi non raccoglierebbe il consenso unanime, duraturo e sincero dei popoli, [...] [ma] deve essere fondata sulla solidarietà intellettuale e morale dell'umanità»¹⁵.

In termini molto chiari, l'art. I della Costituzione UNESCO sancisce il contributo dell'Organizzazione al mantenimento della pace, potenziando la cooperazione tra gli Stati attraverso la promozione dell'educazione, della scienza e della cultura¹⁶. Per realizzare questo obiettivo, l'UNESCO è stata investita della capacità di favorire la mutua comprensione delle nazioni, promuovendo l'adozione degli accordi internazionali «[...] che giudica utili per facilitare la libera circolazione delle idee col mezzo della parola e dell'immagine»¹⁷ e «vigilando alla conservazione ed alla tutela del patrimonio universale rappresentato da libri, opere d'arte ed altri monumenti d'interesse storico o scientifico, e raccomandando ai popoli interessati la conclusione di convenzioni internazionali a tale fine»¹⁸.

Nel corso di quasi ottant'anni di attività, l'azione normativa dell'UNESCO in campo culturale è stata particolarmente intensa e ricca, e ha permesso alla tutela dei beni culturali di diventare uno degli ambiti più fecondi del diritto internazionale, sviluppando una disciplina che oggi va ben oltre la conservazione di monumenti e siti archeologici in quanto tali, ma trova numerosi punti di contatto con altri settori e temi internazionali, come la salvaguardia dell'ambiente, le politiche di sviluppo sostenibile, la tutela degli investimenti e la protezione dei diritti umani, per nominarne solo alcuni. Ad oggi si possono contare sei convenzioni internazionali¹⁹, diciotto

¹⁴ È abbastanza evidente, in questo caso, il rimando alle parole del Primo Ministro inglese in sede di apertura della Conferenza di Londra, soprattutto nel riferimento all'incomprensione tra i popoli. V. *supra*.

¹⁵ V. *supra*, par. 2.

¹⁶ Costituzione UNESCO, art. I, par. 1: «L'Organizzazione si propone di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza rafforzando, con l'educazione, le scienze e la cultura, la collaborazione tra le nazioni, allo scopo di garantire il rispetto universale della giustizia, della legge, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a profitto di tutti, senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione, e che la Carta delle Nazioni Unite riconosce a tutti i popoli».

¹⁷ *Ibid.*, art. I, par. 2, lett. a).

¹⁸ *Ibid.*, lett. c).

¹⁹ Queste sono: la *Convenzione dell'Aja per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato* (L'Aja, 14 maggio 1954); la *Convenzione concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali* (Parigi, 14 novembre 1970); la *Convenzione per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale* (Parigi, 23 novembre 1972); la *Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo* (Parigi, 2 novembre 2001); la *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* (Parigi, 17

raccomandazioni²⁰ e tre dichiarazioni²¹ specificamente adottate in materia di cultura dall'UNESCO, senza considerare tutti quegli strumenti normativi che, pur appartenendo ad altre branche di competenza dell'Organizzazione, vanno a toccare in maniera collaterale, con un diverso grado di intensità a seconda dei casi, il settore della cultura; ciò a dimostrazione del valore sempre più organico e in perenne evoluzione di questa disciplina, scandita dalla metamorfosi giuridica dei "beni culturali", trasformati da oggetti inerti privi di un qualunque riconoscimento giuridico a livello internazionale, a patrimonio universale degno di salvaguardia nell'interesse dell'umanità.

Ma prima di esaminare il contributo dell'UNESCO nella costruzione di un articolato sistema giuridico internazionale dedicato alla protezione della cultura, analizzando nello specifico i principali accordi che hanno definito la progressiva evoluzione della nozione di "bene culturale" e dei diversi approcci alla sua salvaguardia, è opportuno soffermarsi brevemente sugli aspetti più strutturali dell'Organizzazione e sulle funzioni che essa esercita nei settori di sua competenza.

ottobre 2003); la *Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali* (Parigi, 20 ottobre 2005).

²⁰ *Recommendation on International Principles Applicable to Archaeological Excavations* (Nuova Delhi, 5 dicembre 1956); *Recommendation concerning the Most Effective Means of Rendering Museums Accessible to Everyone* (Parigi, 14 dicembre 1960); *Recommendation concerning the Safeguarding of Beauty and Character of Landscapes and Sites* (Parigi, 11 dicembre 1962); *Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property* (Parigi, 19 novembre 1964); *Recommendation concerning the Preservation of Cultural Property Endangered by Public or Private Works* (Parigi, 19 novembre 1968); *Recommendation concerning the International Standardization of Library Statistics* (Parigi, 13 novembre 1970); *Recommendation concerning the Protection, at National Level, of the Cultural and Natural Heritage* (Parigi, 16 novembre 1972); *Recommendation on the Legal Protection of Translators and Translations and the Practical Means to improve the Status of Translators* (Nairobi, 22 novembre 1976); *Recommendation concerning the Safeguarding and Contemporary Role of Historic Areas* (Nairobi, 26 novembre 1976); *Recommendation concerning the International Exchange of Cultural Property* (Nairobi, 26 novembre 1976); *Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to it* (Nairobi, 26 novembre 1976); *Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property* (Parigi, 28 novembre 1978); *Recommendation for the Safeguarding and Preservation of Moving Images* (Belgrado, 27 ottobre 1980); *Recommendation concerning the Status of the Artist* (Belgrado, 27 ottobre 1980); *Recommendation concerning the International Standardization of Statistics on the Public Financing of Cultural Activities* (Belgrado, 27 ottobre 1980); *Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore* (Parigi, 15 novembre 1989); *Recommendation on the Historic Urban Landscape, including a glossary of definitions* (Parigi, 10 novembre 2011); *Recommendation concerning the protection and promotion of museums and collections, their diversity and their role in society* (Parigi, 17 novembre 2015).

²¹ La *Dichiarazione dei principi della cooperazione culturale internazionale* (Parigi, 4 novembre 1966); la *Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale* (Parigi, 2 novembre 2001); la *Dichiarazione dell'UNESCO sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale* (Parigi, 17 ottobre 2003).

3.1 La struttura dell'UNESCO: organi, funzioni e competenze

L'UNESCO rappresenta un'agenzia specializzata istituita in base all'art. 57 della Carta ONU²², e mantiene un accordo di collegamento con il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (*Economic and Social Council – ECOSOC*), competente a definire le condizioni che legano gli istituti specializzati alle Nazioni Unite, ai sensi dell'art. 63 della Carta. L'Organizzazione ha la propria sede generale a Parigi, ed oggi annovera 193 Paesi membri e 12 associati (le Isole Åland, Anguilla, Aruba, le Isole Vergini Britanniche, le Isole Cayman, Curaçao, Faroes, Macao, Montserrat, Nuova Caledonia, Sint Maarten, Tokelau)²³.

In base al suo Atto costitutivo, la struttura dell'UNESCO si articola in tre organi principali: la Conferenza generale, il Consiglio esecutivo e il Segretariato.

La Conferenza generale rappresenta l'organo assembleare dell'Organizzazione; in essa siedono i rappresentanti degli Stati membri, che si riuniscono ogni due anni insieme agli osservatori degli Stati non membri, delle organizzazioni intergovernative e delle ONG. Ai sensi dell'art. IV della Costituzione, la Conferenza ha l'incarico di definire le politiche e le principali linee di lavoro dell'UNESCO, pronunciandosi sui programmi presentati dal Consiglio esecutivo. Essa dispone le conferenze internazionali, adotta raccomandazioni e progetti di convenzione, ed esamina i rapporti presentati periodicamente dagli Stati membri relativi alle iniziative intraprese, in ottemperanza alle raccomandazioni e alle convenzioni adottate dall'UNESCO; inoltre svolge attività consultiva, presso le Nazioni Unite, sugli aspetti educativi, scientifici e culturali inerenti alle questioni che interessano l'ONU²⁴. Infine, la Conferenza generale ha il compito di eleggere i membri del Consiglio esecutivo e di nominare, su indicazione di quest'ultimo, il Direttore generale.

La composizione del Consiglio esecutivo è invece a rappresentanza limitata, essendo esso formato dai rappresentanti di 58 Stati membri, eletti dalla Conferenza generale che – in base all'art. V, par. 2 – «[...] farà tutto il possibile per ammettervi

²² Carta ONU, art. 57: «I vari istituti specializzati costituiti con accordi intergovernativi, ed aventi, in conformità ai loro Statuti, vasti compiti internazionali nei campi economico, sociale, culturale, educativo, sanitario e simili sono collegati con le Nazioni Unite in conformità alle disposizioni dell'art. 63».

²³ Numeri aggiornati a maggio 2023.

²⁴ Costituzione UNESCO, art. IV, par. 5: «[...] la Conferenza generale consiglia l'Organizzazione delle Nazioni Unite per quanto concerne gli aspetti educativi, scientifici e culturali delle questioni che interessano le Nazioni Unite, nelle condizioni e secondo la procedura stabilite dalle autorità competenti delle due Organizzazioni».

personalità competenti nel campo delle arti, delle lettere, delle scienze, dell'educazione e della diffusione del pensiero, che abbiano l'esperienza e la competenza necessaria per adempiere le funzioni amministrative ed esecutive che incombono al Consiglio». Il Consiglio si riunisce due volte all'anno per esaminare il programma e il budget dell'Organizzazione; le sue funzioni riguardano l'esecuzione dei programmi approvati dalla Conferenza generale e la predisposizione dell'ordine del giorno delle sedute dell'organo assembleare; inoltre formula raccomandazioni relative all'ammissione di nuovi membri nonché le proposte di candidatura a Direttore generale. Infine il Consiglio esecutivo sottopone alla Conferenza la relazione annuale del Direttore generale, riguardante le attività svolte dall'Organizzazione²⁵.

Per quanto riguarda il Segretariato (art. VI), questo è l'organo amministrativo e la struttura permanente dell'UNESCO, composto dal Direttore generale e dallo staff da lui nominato. A differenza della Conferenza e del Consiglio, il Segretariato è un organo di individui dotati di responsabilità esclusivamente internazionale, dal momento che agiscono in nome e per conto dell'Organizzazione, con l'esplicito divieto di ricevere istruzioni dai rispettivi governi di appartenenza. Il Segretariato incarna perfettamente il funzionamento e la *policy* decentralizzata dell'UNESCO, dal momento che numerosi membri del suo staff lavorano presso gli uffici distaccati dell'Organizzazione in tutto il mondo. Ad ogni modo, la sede principale del Segretariato rimane a Parigi ed è suddivisa nei cinque settori programmatici (Educazione, Scienze Naturali, Scienze Umane e Sociali, Cultura, Comunicazione e Informazione) e in due settori di supporto (amministrazione, relazioni esterne e cooperazione). Le candidature a Direttore generale, che rimane in carica quattro anni (rinnovabili), vengono proposte dal Consiglio esecutivo, mentre la nomina spetta alla Conferenza generale²⁶. Passando al piano operativo, le funzioni del Direttore sono piuttosto ampie: egli, infatti, prende parte a tutte le sessioni della Conferenza generale e del Consiglio esecutivo (senza diritto di voto); prepara rapporti periodici sulle attività dell'Organizzazione e li comunica agli Stati membri e al Consiglio; formula proposte di azione alla Conferenza e al Consiglio; inoltre prepara la bozza del programma biennale e del budget²⁷.

²⁵ *Ibid.*, art. V, lett. b).

²⁶ Costituzione UNESCO, art. VI, par. 2.

²⁷ Cfr. R. Bank, F. Foltz, *op. cit.*, par. 19.

È inoltre opportuno segnalare che, ad affiancare gli organi principali dell'Organizzazione, esistono diversi organismi sussidiari, che annoverano ad esempio l'Ufficio Norme Internazionali e Affari Legali, l'Ufficio Etico e il Comitato Generale, che assiste il Consiglio esecutivo con compiti di supervisione, nonché le Sette Commissioni Tematiche, che specificano i lavori dei vari Settori.

Una delle caratteristiche più importanti dell'UNESCO è la fitta rete globale di organi per la cooperazione nazionale, grazie alla quale l'Organizzazione intrattiene una relazione diretta con i suoi membri a livello locale. Questi organi sono le c.d. Commissioni nazionali, e sono istituite su iniziativa di ciascuno Stato membro allo scopo di associare ai lavori dell'Organizzazione i principali gruppi nazionali attivi sul fronte educativo, della ricerca scientifica e culturale²⁸. Attualmente le Commissioni nazionali sono 199²⁹, e rappresentano organismi decentrati di cooperazione aventi il compito di collaborare con gli organi principali, al fine di realizzare le azioni previste e i programmi concordati in seno all'Organizzazione. Le Commissioni Nazionali testimoniano la presenza concreta dell'UNESCO sul territorio degli Stati membri, e anche all'interno del sistema ONU esse rappresentano un *unicum* inestimabile, poiché contribuiscono a instaurare una vera e propria rete tra la società civile e l'Organizzazione; ciò avviene attraverso lo scambio di informazioni preziose sull'elaborazione dei programmi e l'attuazione delle iniziative, che comprendono progetti formativi, ricerche e campagne di sensibilizzazione della popolazione e dei media³⁰. Inoltre, questo rapporto con la società civile trova ulteriore consolidamento nelle relazioni che l'UNESCO intrattiene con le organizzazioni non governative e le fondazioni che operano nell'ambito della cooperazione internazionale³¹.

Al di là del ruolo svolto dai singoli organi, l'ampiezza e la complessità del mandato dell'UNESCO, fondato su una cooperazione intellettuale realmente *tout court*, rende

²⁸ Costituzione UNESCO, art. VII.

²⁹ Una per ogni Stato membro (193) e 6 Membri associati (Aruba, Isole Vergini Britanniche, Curaçao, Faroes, Sint Maarten, Tokelau). Nel caso dell'Italia, la Commissione Nazionale per l'UNESCO (istituita nel 1950) nasce allo scopo di favorire la promozione e l'esecuzione dei programmi UNESCO sul territorio italiano. Dal 1959 la sede della Commissione è a Palazzo Firenze, a Roma. Nel 2016 è stato nominato Presidente della Commissione Franco Bernabè, attualmente in carica. Per ulteriori informazioni (aggiornate a maggio 2023) si può consultare il sito <https://www.unesco.it>.

³⁰ Per ulteriori approfondimenti sulla struttura dell'Organizzazione, cfr. il dossier *UNESCO: Le Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura*, disponibile presso la Cattedra UNESCO "Diritti umani, democrazia e pace" (Università di Padova).

³¹ Si segnala che nell'ottobre 2007, nel corso della XXXIV Sessione della Conferenza generale, il Settore delle Relazioni Esterne e la Cooperazione annunciò il primo Forum Internazionale della Società Civile, espressamente dedicato a promuovere, in via ufficiale, la cooperazione fra l'UNESCO e i rappresentanti della società civile.

altrettanto estese le sue funzioni operative, che possono essere raggruppate in cinque tipologie: oltre ad essere un importante organismo normativo, essa svolge la funzione di laboratorio di idee, compresa l'attività di previsione; è anche un centro di scambi di informazioni; inoltre è un punto di riferimento per la *capacity building* degli Stati membri nei settori dell'Organizzazione, oltre che un catalizzatore della cooperazione internazionale. Tutte queste diverse funzioni vengono svolte all'interno delle principali aree di competenza dell'Organizzazione, che sono poi i Settori già nominati in precedenza: Educazione, Scienze Naturali, Scienze Umane e Sociali, Cultura, Comunicazione e Informazione.

Considerata la vastità delle funzioni e degli obiettivi perseguiti dall'UNESCO, la loro realizzazione avviene per mezzo dell'adozione di Strategie a medio termine (6 anni), sulla base delle indicazioni della Conferenza generale, ed è qui che vengono fissati gli obiettivi strategici e i risultati attesi per il lavoro complessivo dell'Organizzazione. Le strategie si articolano in programmi, consistenti in iniziative concrete per far fronte alle necessità indicate, i quali, a loro volta, possono dare vita a campagne, ossia interventi finalizzati alla gestione di una specifica problematica. Ciò che caratterizza i piani strategici è la trasversalità dei loro obiettivi, che riflettono, in un certo senso, l'impermeabilità dei Settori operativi dell'UNESCO, che non funzionano in maniera isolata ma sempre in correlazione e influenzandosi a vicenda, uniti da quel minimo comun denominatore rappresentato dal mantenimento della pace. Per fare qualche esempio, il piano strategico elaborato per il periodo 2002–2007, adottato nel corso della XXXI Sessione della Conferenza Generale³², aveva come tema conduttore la gestione del fenomeno allarmante della globalizzazione attraverso l'educazione, la cultura e la comunicazione. A tal proposito, vennero fissati 12 obiettivi strategici rivolti a due temi trasversali: lo sradicamento della povertà, e la promozione delle nuove tecnologie dell'informazione per istituire una società della conoscenza. Quello successivo, riferito al periodo 2008–2013³³, ha dato invece priorità all'Africa e all'uguaglianza di genere, individuando cinque obiettivi globali che comprendevano l'accesso ad un'istruzione di qualità e la promozione della diversità culturale. L'attuale piano strategico, che copre il periodo 2022–2029, pur mantenendo le priorità globali di supporto all'Africa e alla *gender equality*, è stato elaborato tenendo

³² Conferenza generale UNESCO, *Medium-Term Strategy 2002-2007*, Ris. 31 C/4, 1° novembre 2001.

³³ Conferenza generale UNESCO, *Medium-Term Strategy 2008-2013*, Ris. 34 C/4, 2 novembre 2007.

presente due obiettivi fondamentali: garantire la piena partecipazione dell'UNESCO al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile previsti dall'Agenda ONU 2030, nei settori di competenza dell'Organizzazione; e contribuire ad una ripresa internazionale sostenibile dall'emergenza pandemica da Coronavirus (Covid-19)³⁴, sempre tenendo in considerazione le numerose sfide e ineguaglianze che la Comunità internazionale è chiamata ad affrontare e superare, tra cui gli effetti dei cambiamenti climatici, la distruzione dell'ambiente marino, la crescente diffusione del razzismo e delle discriminazioni, la minaccia all'integrità del patrimonio culturale e la fragilità dei sistemi di sostegno alla creatività e alla diversità di espressione culturale³⁵. Tutto ciò a dimostrazione del carattere multidirezionale dell'azione dell'UNESCO e del suo coinvolgimento attivo in molte aree di interesse internazionale; oltre ad essere la prova del ruolo che oggi la protezione del patrimonio culturale gioca nelle politiche internazionali, non più settoriale o marginale ma organica e perfettamente integrata tra le sfide globali.

Accanto ai piani strategici, l'UNESCO è un fondamentale foro normativo, dal momento che favorisce l'elaborazione di numerosi strumenti internazionali, sia a carattere vincolante, come le convenzioni internazionali, sia a carattere non vincolante, attraverso dichiarazioni e raccomandazioni³⁶; queste ultime, benché prive di una formale forza vincolante, servono comunque a sollecitare gli Stati membri affinché prendano adeguate misure per dare loro attuazione. Inoltre gli Stati sono tenuti a presentare all'Organizzazione rapporti sulle azioni intraprese per dare seguito alle raccomandazioni e alle convenzioni³⁷.

Tra i settori di competenza dell'UNESCO, quello dell'Educazione racchiude tradizionalmente alcuni dei principali obiettivi perseguiti dall'Organizzazione e che ne

³⁴ Conferenza generale UNESCO, *Medium-Term Strategy 2022-2029*, Ris. 41 C/4, 24 novembre 2021.

³⁵ *Ibid.*, p. 9: «At the same time, we are aware of extreme poverty and growing inequalities, including: [...] effects of climate change on the environment and society at large, as well as the degradation of biodiversity; destruction of the marine environment, depletion of ocean resources and access to water; [...]; the rise of racism, exclusionary discourse and forms of discrimination; [...]; threats to the integrity of cultural heritage; and fragility of support systems for creativity and the diversity of cultural expressions».

³⁶ Costituzione UNESCO, art. IV, par. 4: «Qualora si pronunci sull'adozione di progetti da sottoporre agli Stati membri, la Conferenza generale deve distinguere tra le raccomandazioni agli Stati membri e le convenzioni internazionali da ratificare da detti Stati. Nel primo caso, basta la semplice maggioranza; nel secondo, è richiesta la maggioranza di due terzi». Da notare che il testo dell'articolo non fa riferimento allo strumento delle dichiarazioni, che rimangono ampiamente utilizzate dalla Conferenza generale. Queste, pur non possedendo forza vincolante in senso tecnico, si contraddistinguono per la solennità dei principi enunciati, capaci di ispirare la prassi degli Stati.

³⁷ *Ibid.*, Art. VIII.

hanno ispirato l'istituzione, come la lotta all'analfabetismo e l'accesso globale ad un'adeguata istruzione primaria³⁸. L'azione e le competenze dell'UNESCO non si fermano solo al settore dell'Educazione, ma riguardano anche l'ambito delle Scienze Naturali, delle Scienze Sociali e Umane e della Comunicazione; e anche in queste aree, l'UNESCO si è posta fin da subito come un punto di riferimento per gli Stati nei temi della ricerca e nel coordinamento degli studi scientifici³⁹.

Tra le aree di competenza dell'Organizzazione, quella della "Comunicazione e Informazione" è di particolare interesse, per l'evoluzione che ha avuto e i numerosi punti di contatto che ha sviluppato con il settore della "Cultura", e in generale con la protezione dei beni culturali. Rispetto agli altri settori, quello della comunicazione risulta relativamente recente (è stato definito solo nel 1990), nonostante le finalità principali fossero già state individuate nel corso della Conferenza di Londra del 1945 e consistenti nella rimozione delle barriere per l'informazione e la libera circolazione delle idee (*free flow of information*)⁴⁰.

Nel corso degli anni le politiche per la salvaguardia dell'informazione, uno dei principali obiettivi dell'UNESCO, si sono profondamente sviluppate, dovendosi anche adeguare a quelle innovazioni tecnologiche che, a partire dagli anni Settanta, hanno abbattuto le barriere tra gli Stati con l'introduzione delle trasmissioni via satellite. Tale disciplina ha dovuto inoltre fare i conti con la situazione critica di preservazione del c.d. patrimonio documentale (*documentary heritage*), la cui conservazione, alla pari di qualunque altro bene culturale, è continuamente minacciata dalle guerre, da una cattiva gestione e dai conflitti sociali: furono infatti i tragici episodi di

³⁸ A partire dalla *Convenzione contro la discriminazione nell'istruzione* (Parigi, 14 dicembre 1960), l'UNESCO ha intrapreso numerose iniziative per promuovere e garantire il diritto all'istruzione. La principale strategia nel settore dell'Educazione è il programma *Education for All* (EFA), nato come movimento in occasione della *World Conference on Education for All* (5–9 marzo, Jomtien, Thailandia), e in seguito lanciato definitivamente come programma durante il *World Education Forum* (Dakar, 2000). Attualmente nell'EFA convergono tutte le iniziative riferite alle varie Divisioni dell'Educazione. Il 4 novembre 2015, a Parigi, è stato inoltre lanciato il piano d'azione *Education 2030 Framework for Action*, finalizzato alla realizzazione dell'Obiettivo 4 dell'Agenda 2030 dell'ONU, relativo all'Istruzione di Qualità.

³⁹ Per quanto riguarda gli strumenti internazionali adottati dall'Organizzazione nei settori citati, si possono ricordare la *Dichiarazione sulla razza e i pregiudizi razziali* (Parigi, 27 novembre 1978); la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani* (Parigi, 11 novembre 1997); la *Dichiarazione sulla responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future* (Parigi, 12 novembre 1997); la *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani* (Parigi, 19 ottobre 2005), per citarne alcuni.

⁴⁰ Per approfondimenti sul tema, in particolare sul dibattito storico relativo ai principi della libera circolazione delle informazioni, si veda H. I. Schiller, *Genesis of the Free Flow of Information Principles: The Imposition of Communications Domination*, in *Instant Research on Peace and Violence*, 1975, vol. 5, n. 2, pp. 75-86.

devastazione dei beni culturali avvenuti durante la guerra in Bosnia, tra cui l'incendio e la distruzione intenzionale della Biblioteca Nazionale di Sarajevo, a spingere la Comunità internazionale a intensificare, come vedremo, la protezione del patrimonio culturale, compreso quello bibliotecario. Per questo motivo nel 1992 l'UNESCO ha presentato il Programma "Memoria del Mondo" (*Memory of the World – MoW*), adattando – anche se in maniera tacita – i principi ispiratori alla base della *Convenzione sul patrimonio mondiale culturale e naturale* del 1972 (*World Heritage Convention – WHC*) ad un nuovo progetto internazionale per il salvataggio e la trasmissione alle generazioni future della memoria (scritta) del mondo, ossia il patrimonio documentario delle civiltà, comprendente non solo libri, manoscritti e riviste, ma anche disegni, stampe, mappe e oggetti audiovisivi, come film, dischi e fotografie⁴¹. Come infatti affermato nelle Linee guida del Programma (*General Guidelines to Safeguard Documentary Heritage*), il patrimonio documentario costituisce un'ampia porzione del patrimonio mondiale, sia culturale che naturale, con il quale condivide i rischi di deterioramento e distruzione⁴²; da qui la *ratio* alla base del MoW Programme, il cui obiettivo fondante è salvaguardare questo patrimonio, renderne universale l'accesso e ispirare una maggiore consapevolezza della sua esistenza, spesso sottovalutata, e del suo significato⁴³.

Il MoW Programme, il cui richiamo può apparire prematuro in questa fase dell'analisi, è solo uno dei numerosi esempi per comprendere la complessità e la portata capillare dell'azione dell'UNESCO per la protezione dei beni culturali, che già negli anni Novanta si snodava al di fuori dei confini del settore "Cultura" e delle convenzioni internazionali in materia. Come vedremo successivamente, stiamo parlando di un momento storico caratterizzato da grandi cambiamenti nella scena

⁴¹ Per un'analisi accurata del Programma MoW, si vedano R. Edmonson, L. Jordan, A. C. Prodan (a cura di), *The UNESCO Memory of the World Programme*, Springer, Cham, 2020; R. Harvey, *UNESCO's Memory of the World Programme*, in *Library Trends*, 2007, vol. 56, n. 1, pp. 259-274.

⁴² UNESCO, *Memory of the World. General Guidelines to Safeguard Documentary Heritage*, Doc. CII-95/WS-11, novembre 1995, par. 1.3: «Documentary heritage represents a large proportion of the world's cultural heritage. In common with natural and cultural sites, documentary heritage is subject to deterioration and destruction and is even more fragile. Composed mostly of natural and synthetic organic materials which are subject to chemical instability and breakdown, documentary heritage is constantly in danger of irreparable damage. This can occur through natural calamities, such as flood and fire; through man-made disasters such as accident or war; and through gradual deterioration, which is often the result of human ignorance or omission in providing basic care, housing and protection [...]».

⁴³ *Ibid.*, par. 1.2: «The UNESCO Memory of the World Programme is aimed at safeguarding the world's documentary heritage, democratizing access to it, and raising awareness of its significance and of the need to preserve it».

geopolitica internazionale: il crollo dell'Unione Sovietica e la fine del bipolarismo produssero, infatti, un nuovo e profondo impatto nel sistema delle relazioni internazionali e delle regole che lo governavano, anche per quanto riguarda la protezione dei beni culturali⁴⁴; quest'ultima non solo si rafforzò rispetto all'identificazione e al perseguimento delle fattispecie criminose contro la cultura, ma si aprì a nuove sensibilità che sfidavano (o forse sarebbe meglio dire completavano) la tradizionale concezione monumentale, materiale e tipicamente occidentale di cultura.

3.2 Il settore "Cultura"

Prima di passare all'esame delle singole convenzioni culturali adottate dall'UNESCO, si ritiene opportuno presentare l'azione dell'Organizzazione nel settore "Cultura", facendo un riepilogo dei principali accordi in materia e svolgendo alcune riflessioni in proposito, così da introdurre adeguatamente l'analisi successiva. Tra le diverse aree di competenza dell'UNESCO, quella della cultura è sicuramente la più peculiare, al punto da essere diventata nel tempo identificativa dell'Organizzazione stessa. Tralasciando considerazioni superflue sul ruolo della cultura nel mantenimento della pace, a cui si è già dato spazio in precedenza, il fulcro di questo settore è rappresentato principalmente dalla identificazione, valorizzazione e tutela dei beni culturali, la cui progressiva evoluzione rappresenta l'anima dell'intera disciplina e uno dei principali oggetti di questa indagine. Si tratta di un processo evolutivo che non è avvenuto in maniera lineare e inerte, senza scossoni e in modo del tutto prevedibile; al contrario, il graduale sviluppo della nozione di "bene culturale", l'ampliamento del suo significato e conseguentemente della sua protezione giuridica è stato soprattutto il frutto dei numerosi stravolgimenti e spostamenti di equilibri avvenuti sulla scena internazionale a partire dal secondo dopoguerra, nonché degli eventi storici, anche drammatici, che hanno segnato la seconda metà del Novecento e il passaggio al Terzo Millennio. Si tratta naturalmente

⁴⁴ Basti pensare che la guerra in ex Jugoslavia e la distruzione del relativo patrimonio culturale sono state all'origine della *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, adottata a Faro il 27 ottobre 2005, che rappresenta un ulteriore importante passaggio nel percorso evolutivo della nozione di "patrimonio culturale", riconosciuto come uno strumento di coesione sociale e un'eccezionale risorsa per lo sviluppo sostenibile. Per approfondimenti, si veda C. Carmosino, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 2013, n. 1.

di un processo tuttora in corso, che nei decenni successivi alla nascita dell'UNESCO non ha mai conosciuto battute d'arresto. In un certo senso, si può dire che il concetto giuridico di "bene culturale", compreso il suo passaggio alla nozione di "patrimonio culturale", porta impresso il marchio della nostra storia contemporanea.

Il punto di partenza nella disciplina UNESCO dedicata alla protezione e promozione della cultura è senza dubbio la *Convenzione per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato*, adottata all'Aja il 14 maggio 1954. Quest'ultima ha rappresentato il primo vero strumento pattizio internazionale a carattere universale espressamente dedicato alla protezione dei beni culturali, imparagonabile a qualsiasi strumento precedentemente adottato; persino al Patto Roerich del 1935 che, per quanto vincolante e significativo per la sua epoca, aveva avuto un riscontro e una portata decisamente limitati⁴⁵. La Convenzione del 1954, superando le inadeguate disposizioni contenute nelle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 concernenti le leggi e gli usi della guerra terrestre, ha introdotto, accanto ad una definizione esaustiva di "beni culturali", un articolato sistema di tutela giuridica degli stessi fondato su un doppio regime di protezione: una "protezione generale" accordata a tutti i beni culturali, e una "speciale" per quelli di maggiore importanza, insieme ad obblighi specifici in capo agli Stati parti⁴⁶. Il testo principale della Convenzione è stato inoltre accompagnato da un protocollo aggiuntivo (il I Protocollo), contenente una specifica disciplina normativa relativa alla lotta al traffico illecito di opere d'arte, che insieme alla guerra rappresentava la principale minaccia internazionale per la tutela e l'integrità del patrimonio culturale dei popoli, soprattutto a seguito delle disastrose ruberie commesse durante la Seconda Guerra Mondiale⁴⁷.

L'UNESCO è successivamente intervenuta sull'argomento con l'adozione di uno strumento *ad hoc*, la *Convenzione concernente le misure da adottare per impedire e vietare l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali* (adottata il 14 novembre 1970), il primo accordo internazionale ad aver disciplinato ampiamente la prevenzione del traffico illecito di oggetti d'arte in tempo di pace, attraverso una serie di meccanismi fondati su un'impostazione inter-statale

⁴⁵ Sull'argomento, si rimanda al Cap. 1, par. 8.2.

⁴⁶ Per una panoramica sull'argomento, si veda U. Leanza, *Il rafforzamento della tutela internazionale del patrimonio culturale in tempo di guerra nel nuovo diritto dei conflitti armati*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 2037 ss.; Id., *Lo stato dell'arte nella protezione dei beni culturali in tempo di guerra*, in *La Comunità internazionale*, 2011, n. 3, pp. 371-388.

⁴⁷ Sull'argomento, si rimanda al Cap. 1, par. 9.2 ss.

che caratterizza l'intero dispositivo⁴⁸. La scelta di optare per una gestione esclusivamente inter-statale del fenomeno della prevenzione e repressione del traffico illecito di beni culturali ha rappresentato, negli anni, la principale criticità della Convenzione UNESCO del 1970, che di conseguenza non affronta i problemi di diritto privato e di diritto internazionale privato che sorgono, ad esempio, quando un bene, rubato ed illecitamente trasferito all'estero, viene venduto ad un terzo acquirente in buona fede⁴⁹. Per colmare questa lacuna e consentire alle persone fisiche e giuridiche di adire un organo giurisdizionale per rivendicare la proprietà di un bene senza incorrere negli ostacoli connessi al normale operare dei principi internazional-privatistici, nel 1995 l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (*International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT*) ha adottato, su incarico dell'UNESCO, la *Convenzione sui beni culturali rubati o illecitamente esportati*, che ha introdotto l'obbligo, assente nella precedente Convenzione del 1970, di restituire tutti i beni di interesse culturale, senza alcuna distinzione tra quelli di proprietà pubblica e gli oggetti d'arte appartenenti ai privati. Sia la Convenzione dell'Aja del 1954 che la Convenzione UNESCO del 1970 hanno avuto lo straordinario merito di introdurre discipline specifiche e condivise per la protezione dei beni culturali dalle minacce più urgenti e allarmanti alla loro integrità, ossia la guerra e il traffico illecito; tuttavia il loro ambito di applicazione, e così pure l'idea di "bene culturale" alla quale si riferivano (mobile e immobile, ma sempre e solamente tangibile) rimanevano profondamente settoriali, ben lontani, quindi, da un approccio veramente organico alla tutela e alla promozione della cultura in tutte le sue forme ed espressioni.

Un momento di svolta è arrivato, al termine di un lungo e stimolante dibattito internazionale sulla necessità di introdurre un sistema di tutela giuridica dei beni culturali anche in tempo di pace, con l'adozione il 16 novembre 1972 della *Convenzione UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale* (la già citata *World Heritage Convention – WHC*), che ha portato la rivoluzione nel diritto internazionale dei beni culturali a cominciare dalla sua cellula fondamentale, ossia la nozione di "bene culturale"⁵⁰. Introducendo il principio del

⁴⁸ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁰ Per un'analisi approfondita del testo della WHC, bisogna sicuramente fare riferimento al commentario di F. Francioni, F. Lenzerini (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008. La dottrina in materia è molto vasta, per cui mi

“patrimonio dell’umanità”, secondo il quale esistono elementi del patrimonio culturale e naturale che rivestono un’importanza universale, per cui spetta alla comunità degli Stati nel suo insieme l’obbligo di cooperare al fine di garantirne loro conservazione, la WHC ha contribuito alla rilettura del concetto di “bene culturale” (*cultural property*) nel diritto internazionale, spianando la strada alla sua evoluzione nel nuovo concetto, più ampio e dinamico, di “patrimonio culturale” (*cultural heritage*), letteralmente inteso come un’eredità di valori culturali che comprende non solo le manifestazioni tangibili (opere d’arte, monumenti, opere di architettura), ma anche le espressioni culturali e le c.d. culture viventi, il legame tra questo patrimonio e gli aspetti socio-economici delle comunità umane che vi si riconoscono e la dimensione fisica dell’ambiente⁵¹.

Questo passaggio dal concetto di “bene” a quello di “patrimonio”, lungi dall’essere un semplice cambio nominale, ha permesso di intercettare la varietà di espressioni e significati che la cultura umana esprime, in particolare nelle sue forme meno appariscenti ma ugualmente meritevoli di riconoscimento e protezione, inserendole in un sistema normativo finalizzato alla loro sopravvivenza e trasmissione alle generazioni future; e la principale conseguenza giuridica prodotta da questa “nuova visione”, che si sarebbe perfezionata negli anni seguenti, è l’aver messo in luce il

limite a segnalare alcuni contributi particolarmente significativi: M. Gestri, *Teoria e prassi di un accordo pionieristico nella gestione di beni di interesse generale: la Convenzione del 1972 sul Patrimonio Mondiale*, in M. C. Fregni, M. Gestri, M. C. Santini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. Realtà territoriale e contesto giuridico globale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 113-150; M. T. Albert, B. Ringbeck, *40 years of World Heritage Convention*, De Gruyter, Berlino, 2015; A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 26-50; C. Forrest, *Cultural Heritage as the Common Heritage of Human Kind: A Critical Re-Evaluation*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2007, vol. 40, n. 1, pp. 124-151; M. C. Ciciriello (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla convenzione dell’UNESCO del 1972*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1997.

⁵¹ Cfr. F. Francioni, *World Cultural Heritage*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 250-271; Id., *A Dynamic Evolution*, cit., p. 228 ss. Anche la dottrina sul percorso storico-giuridico che ha segnato il passaggio dal concetto di “bene culturale” a quello di “patrimonio culturale” è particolarmente vasta. Tra i numerosi contributi si segnalano: L. Lixinski, *International Heritage Law for Communities. Exclusion and Re-Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2020, in particolare il cap. 2, *Definitions: From Cultural Property to Cultural Heritage (and Back?)*, pp. 27-65; T. Scovazzi, *Culture*, in S. Chesterman, D. M. Malone, S. Villalpando (a cura di), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1-16; J. Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; L. Zagato (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, Padova, 2008; M. Frigo, *Cultural Property v. Cultural Heritage: A “Battle of Concepts” in International Law?*, in *International Review of the Red Cross*, 2004, vol. 86, n. 854, p. 367 ss.; F. Francioni, *Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, n. 4, pp. 1209-1228; K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, L’Aja, 1998; L. V. Prott, P. J. O’Keefe, “Cultural Heritage” or “Cultural Property”, in *International Journal of Cultural Property*, 1992, vol. 1, n. 2, pp. 307-320.

profondo legame tra patrimonio culturale e diritti fondamentali (si pensi, in particolare, ai diritti delle comunità indigene), che a partire dalla WHC ha trovato sempre più spazio e riconoscimento nelle successive convenzioni. Un altro dei punti di forza della WHC, il cui immenso successo trova un'evidenza nella partecipazione pressoché universale da parte degli Stati, risiede nel suo carattere dinamico, che le ha permesso di evolversi nel corso degli anni adattandosi alle nuove realtà: ad esempio, ampliando il suo campo di applicazione attraverso l'introduzione di nuove categorie di patrimoni da proteggere, come i "paesaggi culturali" (*cultural landscapes*), originariamente non previsti dalla Convenzione; o anche rielaborando i criteri per la valutazione del c.d. "eccezionale valore universale" (*outstanding universal value*), che non considerano solo gli aspetti artistici o architettonici del bene candidato, ma si soffermano anche sui valori storici, sociali e antropologici, allo scopo di mettere in risalto non tanto la bellezza estetica quanto la grande diversità e varietà dei patrimoni culturali e naturali del mondo.

Con l'adozione della WHC, il diritto internazionale dei beni culturali è entrato dunque in una nuova fase della sua maturità, che ha visto scardinare i concetti tradizionali di cultura e di bene culturale meritevoli di protezione giuridica, vincolati esclusivamente ad una dimensione materiale e tangibile, per aprirsi ad una nuova visione, più olistica, moderna e giuridicamente più stimolante, a causa delle sue interazioni con altri temi e settori del diritto internazionale, come il principio dello sviluppo sostenibile e la protezione dell'ambiente, e il diritto internazionale dei diritti umani⁵². Il principio del "patrimonio dell'umanità" avrebbe condizionato anche l'evoluzione delle regole relative alle attività di ricerca e scoperta di oggetti archeologici sottomarini, con l'adozione nel novembre 2001 della *Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, che ha riconosciuto nella protezione del patrimonio culturale sottomarino un valore corrispondente all'interesse generale dell'umanità; quest'ultimo ha poi trovato conferma nella prassi successiva, in particolare con la *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* del 1982, che ha recepito tale impostazione⁵³.

⁵² Proprio su questo argomento, si veda A. M. Carstens, E. Varner (a cura di), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁵³ F. Francioni, *La protezione internazionale dei beni culturali: un diritto consuetudinario in formazione?*, in P. Benvenuti, R. Sapienza (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 3-33.

Negli anni successivi alla WHC, il *wind of change* nel percorso evolutivo della protezione del patrimonio culturale ha iniziato a palesarsi in maniera sempre più concreta, portando ad ulteriori sviluppi; come nel caso della *Dichiarazione di Città del Messico sulle Politiche Culturali*⁵⁴, adottata nell'agosto del 1982 a conclusione della *Mundiacult World Conference on Cultural Policies*, che ha introdotto una definizione di "cultura" particolarmente ampia ed evoluta, impostando una nuova linea nella cooperazione intellettuale internazionale che, ancora oggi, rappresenta la base di tutte le azioni dell'UNESCO in questo settore⁵⁵: «[Culture is] the whole complex of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features that characterize a society or social group. It includes not only the arts and letters, but also modes of life, the fundamental rights of the human being, value system, traditions and beliefs»⁵⁶.

Questa definizione, lungi dall'indicare cosa si debba intendere per "bene culturale" ma spingendosi ben oltre, ponendo l'accento sulla varietà di significati (materiali, spirituali e sociali) che la cultura incarna e il loro legame con i concetti di "comunità" e "sviluppo", rappresenta un nuovo punto di rottura con il passato, che porta ad un livello successivo quanto già anticipato dalla WHC; in un certo senso, si può affermare che, se esiste un prima e un dopo nel diritto internazionale contemporaneo per la tutela dei beni culturali, quello spartiacque è probabilmente costituito dalla *World Heritage Convention* e dalla Dichiarazione di Città del Messico del 1982.

Le successive tappe cruciali di questo percorso evolutivo si presentano con l'inizio del nuovo millennio, dove si assiste all'adozione di nuovi importanti accordi internazionali e strumenti di *soft law* da parte dell'UNESCO. Accanto alla già citata Convenzione sul patrimonio culturale subacqueo, il 2 novembre 2001 viene adottata la *Dichiarazione universale sulla diversità culturale*, con la quale l'UNESCO si fa portavoce di una nuova esigenza internazionale, ossia la protezione della "diversità culturale", elemento fondamentale che permette all'identità di un popolo di affermarsi come tale nel panorama culturale mondiale⁵⁷, e che l'inarrestabile processo di

⁵⁴ *Mexico City Declaration on Cultural Politics*, Città del Messico, 6 agosto 1982.

⁵⁵ R. Bank, F. Foltz, *op. cit.*, par. 52.

⁵⁶ *Mexico City Declaration on Cultural Politics*, Preambolo.

⁵⁷ Sull'affermazione del diritto all'identità culturale e il rapporto tra cultura e diritti umani, si vedano: Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed!*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, vol. 12, n. 3, pp. 523-548; A. P. Vrdoljak, *Indigenous Peoples, World Heritage and Human Rights*, in *International Journal of Cultural Property*, 2018, vol. 25, n. 3, pp. 245-281; P. Fois, *La tutela*

globalizzazione rischia di mettere in serio pericolo. In linea con questo nuovo approccio che pone la diversità culturale al centro delle politiche dell'UNESCO, e proseguendo il quadro giuridico inaugurato nel 1972 dalla WHC, il 17 ottobre 2003 viene adottata la *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, in risposta all'esigenza di fornire una copertura giuridica alle culture viventi tipiche del mondo africano e asiatico, che poco si riconoscevano nell'impostazione monumentale, architettonica e propriamente occidentale alla base della WHC. Con la Convenzione UNESCO del 2003 viene dunque istituito un sistema di regole condivise per proteggere e valorizzare le forme intangibili del patrimonio culturale, costituite da quelle prassi, tradizioni, conoscenze e rappresentazioni che le comunità riconoscono come parte del proprio patrimonio culturale⁵⁸.

Il momento conclusivo dell'azione culturale dell'UNESCO, almeno sotto il profilo degli strumenti convenzionali in materia, arriva nell'ottobre del 2005 con l'adozione della *Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali*, che, riprendendo il discorso introdotto con la Dichiarazione del 2001, fissa alcuni principi guida per proteggere e promuovere la diversità culturale, creando le condizioni per permettere a tutte le culture di prosperare liberamente⁵⁹. La

internazionale dell'identità culturale: diritti collettivi od obblighi degli Stati?, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 675-682; F. Francioni, M. Scheinin (a cura di), *Cultural Human Rights*, Brill, Leida/Boston, 2008.

⁵⁸ Sulla Convenzione UNESCO del 2003, e in generale sul tema della salvaguardia del patrimonio immateriale, si vedano: J. Blake, L. Lixinski, *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020; A. Bartolini, *L'immateralità dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1; L. Lixinski, *Intangible cultural heritage in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; T. Scovazzi, B. Ubertazzi, L. Zagato (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012; F. Lenzerini, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, in *European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, n. 1, pp. 101-120; L. Zagato, *La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale intangibile*, in L. Zagato (a cura di), *op. cit.*, pp. 27-70; C. Bortolotto, *From objects to processes: UNESCO's 'Intangible Cultural Heritage'*, in *Journal of Museum Ethnography*, 2007, n. 19, pp. 21-33.

⁵⁹ Per approfondimenti sul tema della diversità culturale e sulla Convenzione UNESCO del 2005, si segnalano: P. Puoti, *Universalità dei diritti umani e protezione della diversità e dell'identità culturale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 919-941; S. von Schorlemer, *Cultural Diversity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, Oxford Public International Law, 2017; V. Mainetti, *Diversità culturale e cooperazione culturale internazionale alla luce dell'azione normativa dell'UNESCO*, in G. Cataldi, V. Grado (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture: XVIII Convegno SIDI. Napoli, 13 e 14 giugno 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; S. Borelli, F. Lenzerini (a cura di), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Brill, Leida/Boston, 2012; S. von Schorlemer, P. T. Stoll (a cura di), *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Berlin-Heidelberg, 2012; L. Pineschi, *Convenzione sulla diversità culturale e diritto internazionale dei diritti umani*, in L. Zagato (a cura di), *op. cit.*, pp. 159-190; F. Lenzerini, *Riflessioni sul valore della diversità culturale nel diritto internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 2001, vol. 56, n. 4, pp. 671-684.

Convenzione del 2005 rappresenta, ancora oggi, il tassello finale di un quadro normativo inaugurato nel 1972 con la WHC, che sancisce in maniera definitiva il legame tra la salvaguardia del patrimonio tangibile, il rispetto dei diritti umani e la promozione della diversità culturale, con particolare riguardo ai diritti delle minoranze; insieme alla WHC e alla Convenzione sul patrimonio immateriale del 2003, la Convenzione UNESCO del 2005 forma una triade ideale di convenzioni culturali in cui la protezione della cultura in tutte le sue manifestazioni (tangibili e intangibili), con al centro la nozione di diversità culturale, diventa espressione di una nuova coscienza internazionale, oltre che uno strumento al servizio della tutela dei diritti umani⁶⁰.

Come già ricordato nelle pagine precedenti, tutto l'operato dell'UNESCO illustrato finora nel Settore della "Cultura", a partire dalla Convenzione dell'Aja del 1954 fino alla Convenzione del 2005 sulla diversità culturale, non è avvenuto in maniera avulsa dai mutamenti geopolitici che hanno caratterizzato la seconda metà del Novecento, condizionando anche la struttura e l'azione dell'UNESCO. Al contrario, l'intero percorso evolutivo del diritto internazionale dei beni culturali è stato contrassegnato, nel corso dei decenni, dal cambiamento di profilo nella *membership* dell'Organizzazione e dai Direttori generali che l'hanno guidata, provenienti da ogni regione del mondo; si tratta di aspetti di non poco conto, poiché hanno garantito all'UNESCO un'autentica rappresentanza universale, in linea con il suo mandato e la sua vocazione. Il processo di decolonizzazione avvenuto nel corso degli anni Sessanta e Settanta, e così pure la fine della partizione geopolitica dell'Europa dopo la Guerra Fredda, hanno avuto un significativo impatto nelle priorità dell'UNESCO, che inevitabilmente si è riflesso negli strumenti normativi dedicati al patrimonio

⁶⁰ Vale la pena richiamare fin da ora un autorevole parere del giudice A. A. Cançado Trindade davanti alla Corte interamericana dei diritti umani, in relazione al caso della violazione dei diritti di proprietà della comunità indigena Yakye Axa da parte del Paraguay. Nella sua *dissenting opinion* il giudice si sofferma con parole molto efficaci sull'importanza della diversità culturale per la protezione dei diritti fondamentali e sul valore, in questo senso, delle tre Convenzioni UNESCO: «[T]he universal juridical conscience has evolved towards a clear recognition of the relevance of cultural diversity for the universality of human rights and vice-versa. It has further developed toward the *humanization* of International Law and the creation, at the beginning of the XXI century, of a new *jus gentium*, a new International Law for humankind, and the aforementioned triad of UNESCO Conventions (of 1972, 2003 and 2005) are, in my opinion, one of the many contemporary manifestations of human conscience in this respect». Corte interamericana dei diritti umani, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs*, Series C No. 142, sentenza, 6 febbraio 2006, *Concurring Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade*, par. 12.

culturale⁶¹. Tuttavia, a conferma del delicato ruolo politico svolto dall'UNESCO sulla scena internazionale, quest'ultima ha sperimentato un momento di crisi proprio nella sua *membership* interna quando, nell'ottobre del 2017, Stati Uniti e Israele hanno deciso di abbandonare l'Organizzazione, accusandola di sostenere posizioni anti-israeliane⁶². E anche il recente conflitto tra Russia e Ucraina ha avuto delle ripercussioni significative all'interno dell'UNESCO, che sono culminate con le dimissioni dell'ambasciatore russo Alexander Kuznetsov, il 22 novembre 2022, dalla presidenza del Comitato per il Patrimonio Mondiale, a causa del boicottaggio da parte degli altri membri che, di fatto, aveva paralizzato le attività del Comitato fin dai primi giorni dell'invasione dell'Ucraina (24 febbraio 2022)⁶³.

L'azione dell'Organizzazione ha avuto un importante riscontro anche nel rafforzamento delle norme internazionali in materia di protezione dei beni culturali dagli atti di distruzione o danneggiamento degli stessi nel corso di un conflitto armato, sia interno che internazionale. La tragica esperienza della guerra nei Balcani, che si è contraddistinta non solo per la gravità dei crimini commessi contro la popolazione civile, ma anche per gli atti di distruzione deliberata di numerosi

⁶¹ Si vedano A. F. Vrdoljak, L. Meskell, *op. cit.*, p. 26; F. Romero, *Cold War historiography at the crossroads*, in *Cold War History*, 2014, vol. 14, n. 4, pp. 685-703.

⁶² US Department of State Press Release, *The United States Withdraws from UNESCO*, 12 ottobre 2017: «On October 12, 2017, the Department of State notified UNESCO Director-General Irina Bokova of the U.S. decision to withdraw from the organization and to seek to establish a permanent observer mission to UNESCO. This decision was not taken lightly, and reflects U.S. concerns with mounting arrears at UNESCO, the need for fundamental reform in the organization, and continuing anti-Israel bias at UNESCO». Una delle principali cause di questa crisi diplomatica è stata l'adozione da parte del Consiglio esecutivo dell'UNESCO della risoluzione *Occupied Palestine* (Doc. 200 EX/25 Decisions, 18 novembre 2016), nella quale veniva pesantemente criticata la condotta di Israele (più volte definito "the occupying Power") per non aver rispettato le raccomandazioni riguardanti lo stato degli scavi archeologici nella Città Vecchia di Gerusalemme, in particolare presso il sito conosciuto come "Spianata delle Moschee", uno dei luoghi religiosi più importanti del mondo in quanto sacro per le tre principali religioni monoteiste (Islam, Ebraismo, Cristianesimo). Va detto che i rapporti tra i due Paesi e l'UNESCO si erano particolarmente aggravati già nel 2011, a seguito dell'ammissione della Palestina come membro dell'Organizzazione; in quell'occasione, Stati Uniti e Israele decisero di congelare i loro finanziamenti all'Organizzazione – un contributo significativo di 80 milioni di dollari l'anno – ma di mantenere un ufficio nella sede centrale di Parigi. Sul tema dell'ingresso della Palestina nell'UNESCO, si veda P. Pustorino, *L'ammissione della Palestina all'UNESCO*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, vol. LXVI, n. 4, pp. 593-605.

⁶³ Da parte dell'UNESCO non ci sono mai state dichiarazioni ufficiali di condanna nei confronti della Russia per l'invasione dell'Ucraina. Nel corso del primo anno di guerra, l'Agenzia si è limitata ad elencare i siti danneggiati attraverso due distinti *report* (il 15 giugno e il 28 novembre), per un bilancio totale di 256 siti colpiti, che fortunatamente non includono nessuno dei patrimoni dell'umanità del Paese (i dati sono aggiornati al 17 maggio 2023. Per una verifica dettagliata, si rimanda alla sezione *In the Face of War, a Year of Action in Ukraine*, disponibile all'indirizzo <https://www.unesco.org>). Il 25 gennaio 2023 il Comitato per il Patrimonio Mondiale ha iscritto il Centro storico di Odessa nella Lista del Patrimonio mondiale in Pericolo, in modo da mantenere monitorato lo stato di conservazione del sito e agevolare l'attivazione dell'assistenza internazionale, soprattutto in seguito ai danni provocati al Museo delle Belle Arti e al Museo di Arte Moderna della città.

patrimoni culturali presenti nelle zone del conflitto (come il ponte di Mostar e il centro storico di Dubrovnik – quest'ultimo iscritto all'epoca nella Lista del Patrimonio Mondiale della WHC), ha portato da un lato all'incriminazione dei principali responsabili di queste distruzioni come criminali di guerra⁶⁴, dall'altro al rafforzamento della disciplina per la protezione dei beni culturali durante i conflitti armati, rivelatasi inadeguata, mediante l'adozione nel 1999 del Secondo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954 (Il Protocollo)⁶⁵, che ha rafforzato il regime di protezione previsto dalla Convenzione introducendo la responsabilità penale individuale per gli atti commessi contro il patrimonio culturale, del tutto assente nel testo originario della Convenzione.

Il culmine della ferocia contro i beni culturali è stata, ad ogni modo, la distruzione deliberata e pianificata da parte del regime Talebano delle due colossali statue raffiguranti Buddha che sorgevano nella valle di Bamiyan, in Afghanistan, nel marzo del 2001. Questo episodio, che rappresenta ancora oggi il più terribile attentato della storia contemporanea contro l'integrità del patrimonio culturale, aggravato dai motivi ideologici e persecutori che l'hanno generato, ha spinto la Comunità internazionale ad adottare, il 17 ottobre 2003, la *Dichiarazione sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale*, in occasione della XXXII Conferenza generale dell'UNESCO⁶⁶. Questo atto è servito a ribadire gli obblighi di rispetto dei beni culturali sia in tempo di pace che in tempo di guerra, oltre alla necessità di perseguire penalmente gli autori di questi crimini, richiamando gli Stati alle loro responsabilità di cooperazione per far fronte a questo fenomeno criminoso.

Ultimata questa ricostruzione del sistema UNESCO e del suo contributo allo sviluppo del diritto internazionale dei beni culturali, è arrivato il momento di analizzare le singole tappe principali di questo percorso, rappresentate dalle Convenzioni UNESCO. Per farlo bisogna prendere le mosse dalla prima di queste, la Convenzione dell'Aja del 1954 sulla tutela dei beni culturali nei conflitti armati, prestando particolare attenzione alla nozione di "bene culturale" che essa ha

⁶⁴ A tal proposito, il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – ICTY*), istituito per giudicare i crimini di guerra, contro l'umanità e di genocidi commessi nei territori del conflitto a partire dal gennaio 1990, è stato la sede della prima sentenza di un tribunale penale internazionale per la distruzione di un bene culturale iscritto nella Lista del Patrimonio Mondiale UNESCO. Si veda ICTY Trial Chamber I, *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Case No. IT-01-42/1-S, sentenza del 18 marzo 2004.

⁶⁵ *Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, L'Aja, 26 marzo 1999.

⁶⁶ *Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, Parigi, 17 ottobre 2003.

introdotto, al regime di protezione e agli obblighi previsti, valutando la sua efficacia, alla luce dell'esperienza storica, nel contrastare gli atti di distruzione provocati dalle guerre al patrimonio culturale.

4. La Convenzione dell'Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali nei conflitti armati: origini e ambito di applicazione

Come già ampiamente anticipato nelle pagine precedenti, la reazione unanime alle atrocità commesse durante la Seconda Guerra Mondiale fu il punto di partenza per la costruzione di un nuovo ordine internazionale fondato, principalmente, su un obiettivo: l'aspirazione universale che orrori del genere non si ripetessero nuovamente. La decisione rivoluzionaria di mettere al bando la guerra e l'uso della forza armata dalle relazioni internazionali, e su questo rifiuto edificare il sistema delle Nazioni Unite, accompagnata dall'adozione della *Dichiarazione universale dei diritti umani*⁶⁷ e della Convenzione sul genocidio del 1948, erano segnali della ferrea volontà della Comunità internazionale di andare oltre le singole differenze culturali e giuridiche, e reagire ad una sola voce all'ultimo sanguinoso conflitto mondiale⁶⁸. Prendendo spunto da questa drammatica esperienza, gli anni immediatamente successivi alla guerra furono inoltre caratterizzati da un intenso potenziamento delle regole di diritto internazionale umanitario, che si tradussero in particolare nell'adozione delle quattro *Convenzioni di Ginevra del 1949*⁶⁹; queste ultime, pur non contenendo specifiche disposizioni dedicate alla protezione dei beni culturali, servirono tuttavia a rafforzare le già consolidate norme consuetudinarie in materia e la disciplina contenuta nelle precedenti Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, soprattutto riguardo alla tutela dei civili e delle loro proprietà⁷⁰. In questo nuovo, straordinario contesto umanitario si inseriva perfettamente la necessità di adottare

⁶⁷ *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 (III)(A), Parigi, 10 dicembre 1948.

⁶⁸ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁹ Queste sono: la *Convenzione di Ginevra per migliorare la sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna* (I Convenzione); la *Convenzione di Ginevra per migliorare la sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate di mare* (II Convenzione); la *Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra* (III Convenzione); la *Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra* (IV Convenzione). Le quattro Convenzioni sono state adottate a Ginevra il 12 agosto 1949.

⁷⁰ Si veda nello specifico l'art. 53 della IV Convenzione di Ginevra: «È vietato alla potenza occupante di distruggere beni mobili o immobili appartenenti individualmente o collettivamente a persone private, allo Stato o a enti pubblici, a organizzazioni sociali o a cooperative, salvo nel caso in cui tali distruzioni fossero rese assolutamente necessarie dalle operazioni militari».

uno strumento specializzato nella protezione dei beni culturali, che la neonata UNESCO mise subito in cima alla sua agenda; e le Convenzioni di Ginevra, sulle quali si tornerà nelle sezioni successive, ebbero un peso fondamentale nell'elaborazione della Convenzione dell'Aja del 1954, che molti giustamente ribattezzarono la "Carta della Croce Rossa per i beni culturali"⁷¹.

L'idea di introdurre uno strumento pattizio per proteggere i beni di valore culturale dagli effetti distruttivi dei conflitti armati venne presentata pochi mesi dopo l'adozione delle Convenzioni di Ginevra, nel corso della IV sessione della Conferenza generale dell'UNESCO (novembre 1949), su iniziativa del governo olandese. Assecondando la risoluzione 6.42 della Conferenza⁷², il Segretariato dell'UNESCO si incaricò di realizzare uno studio in materia, con l'assistenza di un gruppo di esperti dell'*International Council of Museums* (ICOM). I risultati di questo studio vennero presentati l'anno successivo a Firenze (1950), in occasione della V sessione della Conferenza generale, durante la quale la delegazione italiana presentò una bozza di accordo internazionale, basata su un vecchio progetto elaborato dall'IMO (la *Preliminary Draft Convention* del 1936)⁷³. Al termine della sessione, il Direttore generale ricevette l'autorizzazione a preparare una nuova bozza di accordo da sottoporre agli Stati membri⁷⁴. Su questa bozza si pronunciò successivamente un Comitato di esperti governativi, che presentò una nuova versione comprendente tre diversi documenti (un commentario, una bozza di convenzione e i regolamenti di esecuzione), e che venne nuovamente sottoposta all'esame della Conferenza generale dell'UNESCO (VII sessione, 1952)⁷⁵. Nel corso della Conferenza venne istituito un gruppo di lavoro che preparò due distinti *report*, dove si proposero alcune modifiche al progetto, in particolare la rimozione dal testo dell'accordo delle

⁷¹ J. Toman, *op. cit.*, p. 21.

⁷² Conferenza generale UNESCO, *Resolution 6.42*, in *Records of the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, IV sessione, Parigi, 1949, p. 28: «Particular attention will be given to arrangements for the protection of such monuments, as well as to the protection of all objects of cultural value, particularly those kept in museums, libraries and archives, against the probable consequences of armed conflict».

⁷³ V. Cap. 1, par. 8.3.

⁷⁴ Conferenza generale UNESCO, *Resolution 4.44*, in *Records of the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, V sessione, Parigi, 1950.

⁷⁵ Conferenza generale UNESCO, *Draft International Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (7C/PRG/7)*, in *Records of the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, VII sessione, Parigi, 1952, p. 58 ss. Per le note storiche e i lavori preliminari della Conferenza dell'Aja del 1954, si veda UNESCO, *Observations concerning the Draft Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Doc. CBC/4, Parigi, 15 febbraio 1954.

disposizioni riguardanti la restituzione di beni culturali rimossi nel corso di un'occupazione militare, alle quali sarebbe stato dato spazio in un protocollo a parte⁷⁶. A questo punto il testo dell'accordo era pronto per essere approvato: su invito (di nuovo) del governo olandese, tra aprile e maggio del 1954 si tenne all'Aja una conferenza internazionale⁷⁷, alla presenza dei rappresentanti di 56 Stati, al termine della quale (14 maggio) venne finalmente adottata la Convenzione per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato (da qui "Convenzione dell'Aja del 1954")⁷⁸.

Va detto che la Convenzione non è nata sotto i migliori auspici in termini di clima politico internazionale, dal momento che la sua elaborazione avvenne all'apice del conflitto in Corea e in piena *escalation* della Guerra Fredda. Tuttavia, come già detto, essa segnò un ulteriore momento di svolta nel panorama del nuovo diritto internazionale umanitario, introducendo tra le regole relative ai conflitti armati una disciplina specifica dedicata alla protezione dei beni culturali; e considerata la quasi totale assenza di regole in materia prima della sua adozione, se non alquanto confuse e frammentarie, si trattava di un passaggio per nulla scontato. Come del resto riconosciuto in dottrina (NAHLIK): «May 14th, 1954, the day of the signature, at the Hague, of the Convention [...] is certainly one of the most important, the most

⁷⁶ Si tratta del *Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (il c.d. Primo Protocollo), adottato contestualmente alla Convenzione (14 maggio 1954). La lotta al traffico illecito di beni culturali risultava già all'epoca un tema particolarmente complesso, rispetto al quale non fu possibile far convergere le posizioni di tutte le Parti contraenti della Convenzione; per questo motivo, si decise di trattare la questione in un accordo separato, al quale gli Stati potessero vincolarsi con un procedimento di ratifica distinto da quello previsto per la Convenzione (attualmente – maggio 2023 - il Protocollo conta 111 Stati parti). Per quanto riguarda il contenuto, il Protocollo prevede l'obbligo per le Parti contraenti di vietare l'esportazione di beni culturali da un territorio occupato (art. 1, par. 1), nonché di sequestrare i beni importati sui loro territori e provenienti, anche indirettamente, da una zona militarmente occupata (art. 1, par. 2); inoltre è previsto l'obbligo di restituzione dei beni culturali esportati nel corso delle ostilità alle autorità del Paese precedentemente occupato, con espresso divieto di ritenzione di questi beni a titolo di riparazione dei danni di guerra (art. 1, par. 3). Infine, è previsto che la Potenza occupante, al cui scarso controllo sia imputabile l'esportazione di un bene culturale, versi un indennizzo al possessore in buona fede del bene che deve essere restituito (art. 1, par. 4). Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 102; T. Tampieri, *op. cit.*, p. 36. Si vedano inoltre, in dottrina, M. Frigo, *La protezione*, cit., p. 95 ss.; J. Toman, *op. cit.*, p. 331 ss.

⁷⁷ Per i dettagli sulla Conferenza dell'Aja del 1954, si veda *Intergovernmental Conference on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, held at The Hague from 21 April to 14 May 1954*, pubblicato dal governo dei Paesi Bassi (L'Aja, 1961). Da qui in avanti "Records of the Conference".

⁷⁸ La Convenzione è entrata in vigore il 7 agosto 1956.

important perhaps, dates in the whole history of legal protection of works of art and indeed of cultural property of any kind»⁷⁹.

La Convenzione dell'Aja del 1954 oggi conta 135 Stati parti – compresi i cinque membri permanenti del Consiglio di Sicurezza⁸⁰ – e secondo parte della dottrina le sue norme si sarebbero cristallizzate nel diritto internazionale generale⁸¹; altri studiosi sono invece di diverso avviso, e ritengono che la Convenzione non rifletterebbe il diritto consuetudinario⁸². In ogni caso, sulla base di uno studio del Comitato internazionale della Croce Rossa (*Customary International Humanitarian Law*, 2005)⁸³, pur non avendo raggiunto il rango consuetudinario nel suo complesso, alcuni suoi principi sarebbero parte del diritto internazionale generale.

All'epoca della sua adozione, la Convenzione dell'Aja del 1954, oltre a introdurre elementi di assoluta novità nella protezione dei beni culturali, rappresentava anche una sintesi delle esperienze passate. In un *report* preparatorio presentato all'UNESCO nel 1950, infatti, erano state indicate le risposte degli Alleati alle devastazioni della Seconda Guerra Mondiale, ponendo l'accento sulla necessità di adottare misure sia preventive che punitive: mentre le prime riprendevano quanto già previsto nella *Preliminary Draft Convention* del 1936, le misure punitive invece riecheggiano l'esperienza del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e i relativi processi per crimini di guerra, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la Convenzione sul genocidio del 1948. Ciascuno di questi strumenti era infatti volto ad affermare, in maniera più o meno diretta, che la distruzione di un gruppo

⁷⁹ S. E. Nahlik, *On some Deficiencies of the Hague Convention of 1954 on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, in *Annuaire de l'Association des Auditeurs et Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International*, 1974, vol. 44, p. 100.

⁸⁰ Il numero degli Stati parti della Convenzione dell'Aja del 1954 si riferisce a maggio 2023. L'elenco completo è consultabile *online* sul sito dell'UNESCO <https://www.unesco.org>.

⁸¹ Tra questi si veda in particolare P. J. Boylan, *op. cit.*, p. 7: «The 1954 Convention is so well established that it is now regarded as an integral part of Customary International Law»; J. Toman, *op. cit.*, p. 203: «Many of the general provisions of the Hague Convention form part of customary international law which, also, constitutes an important basis for strengthening the application of the protection of cultural property in armed conflict [...]»; F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, p. 635: «The second customary principle relevant to the present analysis relates to the prohibition of acts of violence against cultural heritage in the event of armed conflicts. [...] Aside from the aforementioned 1954 Hague Convention [...]»; D. A. Meyer, *The 1954 Hague Cultural Property Convention and Its Emergence into Customary International Law*, in *Boston University International Law Journal*, 1993, vol. 11, n. 2, pp. 349-390; R. O'Keefe, *op. cit.*, pp. 317-343.

⁸² J. E. Kastenbergh, *op. cit.*, p. 297: «It is presumptive to state with certainty that the United States accepts the 1954 Hague Convention's provisions as customary international law».

⁸³ J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, New York, 2005.

umano e della sua cultura rappresentava un affronto all'umanità nel suo complesso, rivendicando di conseguenza il diritto di ogni persona e comunità alla sopravvivenza della propria identità culturale e del patrimonio che la incarna⁸⁴. Si trattava di posizioni straordinariamente potenti, dal punto di vista storico e giuridico, e che non potevano non avere un impatto sulla nuova *ratio* posta a fondamento della protezione internazionale dei beni culturali; questa venne infatti sintetizzata e racchiusa nel Preambolo della Convenzione dell'Aja del 1954, dove si afferma solennemente che l'obiettivo della Convenzione è assicurare il contributo di tutti i popoli e delle loro culture – dunque non la protezione dei beni culturali in quanto tali, ma in quanto espressione dell'identità di un popolo:

«Le Alte Parti Contraenti [...] convinte che i danni arrecati ai beni culturali, a qualsiasi popolo essi appartengano, costituiscono danno al patrimonio culturale dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale, Considerando che la conservazione del patrimonio culturale ha grande importanza per tutti i popoli del mondo e che interessa assicurarne la protezione internazionale [...]»⁸⁵.

Si tratta di un'apertura di enorme importanza, che ha gettato le basi concettuali della nuova disciplina internazionale per la tutela dei beni culturali, riconoscendo in essi (per la prima volta in uno strumento pattizio) un *patrimonio universale*, ossia un insieme di elementi e valori culturali che, proprio perché rappresentativi di un popolo, sono parte insostituibile della cultura umana, da proteggere nell'interesse di tutti. Per quanto riguarda il campo di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1954, questa opera in tre diverse circostanze: nell'ambito di un conflitto armato internazionale, di un conflitto armato non internazionale e di un'occupazione militare. In merito alla prima situazione (“conflitto armato internazionale”), l'art. 18, par. 1, adottando le medesime disposizioni contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 1949⁸⁶, stabilisce che «[s]alvo le disposizioni che devono entrare in vigore fin dal tempo di pace, la presente Convenzione si applicherà in caso di guerra dichiarata o di ogni altro conflitto armato tra due o più Alte Parti contraenti, anche se lo stato di guerra non sia riconosciuto da una o parecchie di esse». In altre parole, non è

⁸⁴ A. F. Vrdoljak, L. Meskell, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁵ Convenzione dell'Aja del 1954, Preambolo, alinea 2 e 3.

⁸⁶ Si tratta dell'art. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949.

necessaria nessuna dichiarazione formale di guerra: è sufficiente l'esistenza di un conflitto armato tra due o più Stati parti della Convenzione perché quest'ultima diventi automaticamente operativa. Inoltre, altro elemento importante che emerge dalla norma e che caratterizza la Convenzione, distinguendola dai precedenti accordi in materia di tutela dei beni culturali in tempo di guerra, è l'esclusione del ricorso alla clausola "*si omnes*", ossia quella clausola di diritto consuetudinario che consente alle parti di non attenersi agli obblighi convenzionalmente assunti qualora una o più delle potenze belligeranti non abbiano aderito all'accordo internazionale in questione⁸⁷. Il par. 3 dell'art. 18, infatti, stabilisce che quand'anche una delle potenze in conflitto non sia parte della Convenzione, gli Stati che ne sono parte rimarranno comunque vincolati ad essa nei loro rapporti reciproci; in aggiunta, saranno obbligati verso la potenza esterna qualora questa dichiarerà di accettarne le disposizioni. Con riferimento all'ipotesi dei "conflitti armati non internazionali", l'art. 19, par. 1 sancisce che «[n]el caso di un conflitto armato non internazionale nel territorio di una delle Alte Parti contraenti, ognuna delle parti in conflitto sarà tenuta ad applicare almeno quelle disposizioni della presente Convenzione che si riferiscono al rispetto dei beni culturali»; il par. 2 prosegue affermando che «[l]e parti in conflitto si sforzeranno di mettere in vigore mediante accordi speciali tutto o parte delle altre disposizioni della presente Convenzione». Inoltre, sempre l'art. 19 conferisce specifici poteri all'UNESCO, affinché assista le parti belligeranti in modo che venga garantita la piena applicazione della Convenzione nel corso di un conflitto armato non internazionale⁸⁸. Rimangono dei dubbi, anche in dottrina, sulla portata e il senso nel passaggio contenuto nel par. 1, dove si afferma che «ognuna delle parti in conflitto sarà tenuta ad applicare *almeno* quelle disposizioni della presente Convenzione che si riferiscono al *rispetto* dei beni culturali» (corsivo aggiunto), poiché sembra limitare la portata obbligatoria della Convenzione, limitandola ai c.d. "obblighi di rispetto", previsti dall'art. 4, ma escludendo gli "obblighi di salvaguardia" (art. 3)⁸⁹, sui quali si tornerà nelle pagine successive; il problema si porrebbe, in

⁸⁷ La clausola "*si omnes*", invece, aveva caratterizzato le precedenti convenzioni internazionali, in particolare quelle dell'Aja del 1899 e del 1907. Cfr. T. Tampieri, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁸ Convenzione dell'Aja del 1954, art. 19, par. 3: «L'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura può offrire i suoi servizi alle parti in conflitto».

⁸⁹ Secondo alcuni Autori, gli obblighi di salvaguardia non opererebbero nel caso di conflitti armati non internazionali. Tra questi J. Toman, *op. cit.*, pp. 213-215; R. Wolfrum, *Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, in Y. Dinstein, F. Domb (a cura di), *The Progression of International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights – An Anniversary Volume*, Brill, Leida/Boston, 2011, pp. 297-329.

particolare, con riferimento all'applicazione dell'art. 28 della Convenzione (*Sanzioni*), che tuttavia, secondo autorevole dottrina, rimane pienamente operativo anche nel caso di conflitti armanti non internazionali⁹⁰. Nonostante le difficoltà interpretative, l'applicazione degli obblighi di rispetto dei beni culturali a qualunque conflitto armato, internazionale e non, rappresenta una delle più importanti conquiste della Convenzione dell'Aja del 1954; a maggior ragione, da quando l'art. 19 è stato riconosciuto come parte del diritto consuetudinario nel caso *Duško Tadić* davanti alla Corte d'Appello dell'ICTY⁹¹, esso vincola anche quegli Stati che non sono parte della Convenzione.

Infine, la Convenzione trova piena applicazione anche nei casi di "occupazione militare", totale o parziale, del territorio di uno Stato contraente, a prescindere dalla presenza di una resistenza armata (art. 18, par. 2)⁹².

Prima di procedere con l'analisi del contenuto dell'Accordo in questione, a partire dalla nozione di "bene culturale" che ha introdotto e al regime di protezione prevista, è opportuno spendere alcune parole sul rapporto tra questo strumento e le altre convenzioni, in particolare le precedenti Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 e i Regolamenti annessi e il Patto Roerich del 1935. In base all'art. 36, par. 1 della Convenzione del 1954, quest'ultima completa le disposizioni previste dalle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, sostituendo, laddove necessario, il simbolo previsto dalle suddette Convenzioni con il contrassegno indicato all'art. 16

⁹⁰ C. Ehlert, *op. cit.*, pp. 46-47. Sul punto si veda R. O'Keefe, *Protection of Cultural Property under International Criminal Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2010, vol. 11, pp. 1-54, in particolare p. 22: «[A]rt. 28 is indeed a provision which relates to respect for cultural property, albeit in an adjectival sense: where art 4 of the Convention lays down the primary rules relevant to respect, art 28 provides for a special secondary rule in the event of the breach of one of these primary rules — namely, that such a breach is to give rise under the domestic law of the respective parties to the individual criminal responsibility of the perpetrator. Putting it another way, the legal consequence of art 19 is that failure to observe art 4 in the course of non-international armed conflict is a breach of the Convention, and art 28 obliges the parties to prosecute and impose penal or disciplinary sanctions on those persons who commit or who order to be committed a breach of the Convention».

⁹¹ ICTY Appeals Chamber, *Prosecutor v. Duško Tadić aka "Dule"* (*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*), Case No. IT-94-1, decisione del 2 ottobre 1995, par. 98: «The emergence of international rules governing internal strife has occurred at two different levels: at the level of customary law and at that of treaty law. Two bodies of rules have thus crystallised, which are by no means conflicting or inconsistent, but instead mutually support and supplement each other. Indeed, the interplay between these two sets of rules is such that some treaty rules have gradually become part of customary law. This holds true for common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, [...], but also applies to Article 19 of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954». Corsivo aggiunto.

⁹² Convenzione dell'Aja del 1954, art. 18, par. 2: «La Convenzione si applicherà, del pari, in tutti i casi d'occupazione totale o parziale del territorio di un'altra Parte contraente, anche se non sia opposta alcuna resistenza armata»

(lo “scudo blu”)⁹³; è possibile affermare, dunque, che la Convenzione del 1954 va a colmare una lacuna presente nella precedente disciplina internazionale umanitaria, estendendo la protezione a tutti quei beni che non sono menzionati, o che ricevono un generico riferimento, nelle Regole dell’Aja del 1907. Infine, per quanto riguarda il rapporto con gli Stati che sono parti anche del Patto Roerich, anche in questo caso la Convenzione svolge una funzione integrativa (art. 36, par. 2)⁹⁴.

4.1 La nozione di “bene culturale”

Uno dei principali obiettivi della Convenzione dell’Aja del 1954 era fornire una definizione universalmente accettata di “beni culturali”, in ossequio all’idea ispiratrice rappresentata dall’esistenza di un interesse generale alla loro protezione. Come già anticipato, questo è stato infatti il primo strumento multilaterale a introdurre l’espressione “bene culturale”, intesa come una categoria comprensiva ed omogenea di beni distinti dalla massa generica delle proprietà pubbliche e private, in quanto provvisti di uno specifico valore culturale che li rende meritevoli di un’attenzione altrettanto specifica, colmando in questo modo un’importante lacuna presente nel linguaggio giuridico internazionale⁹⁵.

Va detto che, in sede di elaborazione del testo dell’accordo, l’individuazione di una definizione adeguata ed efficace di “bene culturale” fu un momento alquanto delicato. Il comitato di esperti incaricato di lavorare alla bozza riteneva che, all’origine del fallimento delle disposizioni in materia contenute nelle Regole dell’Aja del 1907, ci fosse l’aspirazione smisurata (e irrealistica) di proteggere dai danni della guerra ogni monumento storico, ogni edificio dedicato alla religione, all’arte e alla scienza, e che ben si rifletteva in una definizione fin troppo vasta, generica e, di

⁹³ Convenzione dell’Aja del 1954, art. 36, par. 1: «Nei rapporti fra Potenze vincolate dalle Convenzioni dell’Aja, concernenti le leggi e gli usi della guerra terrestre (IV) ed il bombardamento con forze navali in tempo di guerra (IX), sia che trattisi di quelle del 29 luglio 1899 o di quelle del 18 ottobre 1907, e che sono parti alla presente Convenzione, quest’ultima completerà la suddetta Convenzione (IX) ed il Regolamento ivi annesso (IV) e sostituirà il contrassegno definito all’articolo 5 della Convenzione suddetta (IX) con quello definito all’articolo 16 della presente Convenzione, per i casi in cui questa ed il suo Regolamento di esecuzione prevedono l’impiego di tale contrassegno».

⁹⁴ *Ibid.*, par. 2: «Nei rapporti fra Potenze vincolate dal patto di Washington del 15 aprile 1935 per la protezione di istituzioni artistiche e scientifiche e di monumenti storici (Patto Roerich) e che sono Parti alla presente Convenzione, quest’ultima completerà il Patto Roerich e sostituirà il vessillo distintivo definito all’articolo 111 del Patto, con il contrassegno definito all’articolo 16 della presente Convenzione, per i casi in cui questa e il suo Regolamento di esecuzione prevedono l’impiego di tale contrassegno».

⁹⁵ F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 225.

conseguenza, inefficace⁹⁶. Per questo motivo si rendeva necessaria una convenzione che avesse una portata e un'applicazione più circoscritte, capace di garantire uno standard di protezione più elevato. Di conseguenza, il comitato invitò l'UNESCO a preparare una bozza che abbandonasse l'impostazione delle Regole del 1907 e puntasse su una definizione più ristretta e selettiva – compito alquanto ingrato, considerata il valore intrinsecamente soggettivo di concetti come “significato storico e artistico”, che però costituivano il criterio indispensabile per far rientrare o meno un bene nell'ambito di applicazione della nuova Convenzione⁹⁷.

Il risultato di questo lavoro di elaborazione e definizione è contenuto nell'art. 1 della Convenzione, che fornisce la nozione giuridica di “bene culturale”:

«Ai fini della presente Convenzione, sono considerati beni culturali, prescindendo dalla loro origine o dal loro proprietario: a) i beni, mobili o immobili, di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli, come i monumenti architettonici, di arte o di storia, religiosi o laici; le località archeologiche; i complessi di costruzione che, nel loro insieme, offrono un interesse storico o artistico; le opere d'arte, i manoscritti, libri e altri oggetti d'interesse artistico, storico, o archeologico; nonché le collezioni scientifiche e le collezioni importanti di libri o di archivi o di riproduzione dei beni sopra definiti; b) gli edifici la cui destinazione principale ed effettiva è di conservare o di esporre beni culturali mobili definiti al capoverso a), quali i musei, le grandi biblioteche, i depositi di archivi, come pure i rifugi destinati a ricoverare, in caso di conflitto armato, i beni culturali definiti al capoverso a); c) i centri comprendenti un numero considerevole di beni culturali, definiti ai capoversi a) e b), detti “centri monumentali”».

La norma, prima di indicare cosa si debba intendere per “bene culturale”, precisa due aspetti molto importanti nel cappello introduttivo: innanzitutto, la definizione fornita riguarda strettamente l'ambito e lo scopo della Convenzione; in secondo luogo, ci si sofferma sul fatto che la Convenzione protegge i beni indicati in virtù

⁹⁶ Come ben spiegato da R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 101: «[T]he supposed failure of the provisions of the Hague Rules relevant to cultural property (in the lay sense) stemmed in part from their 'over-ambitious definitions' which, by 'aiming too high', risked 'getting too little'. The unchallenged assumption was that it was unrealistic to hope to protect every building dedicated to religion, art, science or charitable purposes, every historic monument and every work of art in the event of armed conflict».

⁹⁷ *Ibid.*

della loro importanza, «[...] prescindendo dalla loro origine o dal loro proprietario»⁹⁸. Da un'attenta lettura del testo dell'art. 1, è possibile ricavare una serie di criteri per l'individuazione dei beni protetti. Il paragrafo a) non fa riferimento a un insieme generico di beni mobili e immobili, ma solo a quelli "di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli"⁹⁹; si tratta, come è stato rilevato in dottrina, di un criterio particolarmente ambiguo, poiché ciò che può rivestire una grande importanza culturale per un popolo, può d'altro canto essere totalmente insignificante per un altro¹⁰⁰. Inoltre la norma tiene in considerazione l'importanza di un bene, non il suo valore; la ragione di questa distinzione risiede nel fatto che certi beni, nonostante il loro limitato valore, sono tuttavia importanti per una cultura nazionale, mentre altri possono anche avere un grande valore, ma ciò nonostante essere facilmente sostituiti e dunque risultare meno importanti per la rispettiva comunità di appartenenza. Per quanto riguarda invece il concetto di "patrimonio culturale dei popoli" (in inglese *cultural heritage of every people*), esistono posizioni diverse in

⁹⁸ Come anche rilevato, tra i tanti, da C. Ehler, *op. cit.*, p. 48; R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 102; S. E. Nahlik, *International Law*, cit., p. 1079.

⁹⁹ Vale la pena precisare che, nella bozza originaria dell'UNESCO, l'approccio sul punto era molto più esaustivo, poiché considerava i beni mobili o immobili, pubblici o privati, dotati di un intrinseco valore culturale («cultural value through intrinsic nature», in J. Toman, *op. cit.*, p. 49). Nell'introdurre la bozza dell'accordo all'inizio della seduta del 26 aprile, Mr. Hanna Saba (membro del Segretariato dell'UNESCO) espresse le sue perplessità circa il concetto di "valore culturale intrinseco": «He felt a little uncertain with regard to the concept of cultural value based on the intrinsic nature of the property concerned. A large number of objects were of cultural value because of their historic background and not because of their intrinsic nature. For example, a papyrus reporting a marriage that took place three thousand years ago, although it was of no intrinsic value, was of very great cultural importance because of the fact that enabled an institution, on which no such ancient information existed, to be studied. The words "intrinsic nature" might still give rise to a number of criticisms and he noted with pleasure that an amendment on the subject had been tabled» (in *Records of the Conference*, par. 160, p. 125). A questo proposito, il riferimento all'importanza del bene (o al suo "elevato valore culturale") come criterio selettivo fu suggerito dal delegato britannico (Mr. Cunliffe), che ne richiese l'introduzione nel testo dell'accordo per pure esigenze di realtà, poiché solo così la protezione sarebbe stata fattibile: «The approach of the United Kingdom was one of constructive realism. His country yielded to no one in its desire to give the greatest possible protection to the cultural heritage of mankind, and it had been closely concerned with the work from the outset. [...]. But the Conference was faced with a conflict between the real and the ideal. The Convention really had to work in wartime, or it would be meaningless. If the Conference were carried away by a noble enthusiasm to attempt too much, it would only succeed in achieving too little, and might even endanger the very treasures it wished to protect» (in *Records of the Conference*, par. 151, p. 122).

¹⁰⁰ Cfr. F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 225. Sul significato soggettivo del concetto della "grande importanza", e sulle conseguenti difficoltà a inquadralo in base a criteri stabiliti, si espresse il delegato svizzero (Mr. Droz), il quale invitò la Conferenza alla cautela, poiché una restrizione troppo severa dei beni protetti avrebbe reso futile il meccanismo della protezione generale: «The number of monuments and the amount of cultural property to be included under general protection had already been reduced and it was not necessary to go too far. [...] The amount of cultural property liable to general protection should not be too small as otherwise the following absurdity would result, namely that – by virtue of Articles 3 and 4, which protect only property of great importance – pillage and theft would be implicitly permitted in regard to all other property» (in *Records of the Conference*, par. 407, pp. 163-164); cfr. anche J. Toman, *op. cit.*, p. 50.

dottrina: alcuni autori (come GREEN) ritengono che l'espressione non comprenda tutti quei beni, mobili e immobili, provvisti di un significato culturale circoscritto allo Stato territoriale, oppure semplicemente parte del suo patrimonio nazionale, ma solo quelli che hanno importanza per l'intera Comunità internazionale; una sorta di "importanza universale", dunque, che anticiperebbe il lessico e l'impostazione dei successivi accordi UNESCO, a cominciare dalla Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972¹⁰¹. Questa posizione risulta, d'altro canto, eccessivamente limitante e poco plausibile: abbracciarla significherebbe restringere il campo di applicazione della Convenzione del 1954 ad una manciata di beni mobili e immobili all'interno di ciascuno Stato parte.

Altra dottrina (O'KEEFE) è di diverso avviso, e ritiene che la Convenzione dell'Aja del 1954 si applichi a tutti i beni mobili e immobili considerati dal rispettivo Stato territoriale come parte integrante del suo patrimonio culturale nazionale¹⁰²; in questo modo, spetterebbe allo Stato parte valutare quali e quanti edifici, siti ed oggetti presenti sul suo territorio rientrino nell'ambito di applicazione della Convenzione. In altri termini, sulla base di questa impostazione, il criterio rilevante per individuare i beni protetti in virtù della loro "grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli" non risiederebbe nella Convenzione stessa, ma andrebbe ricercato nella legislazione interna sui beni culturali dello Stato parte, contenente quelle norme interne che, generalmente, dichiarano che certe strutture e oggetti costituiscono parte del patrimonio culturale nazionale¹⁰³. Alla luce di questa impostazione, ne risulta come il processo di identificazione e valutazione del bene culturale ai fini dell'applicazione della protezione giuridica internazionale sia il prodotto di un continuo e necessario dialogo tra il diritto interno e le norme internazionali¹⁰⁴. In tale prospettiva (che appare più in linea con l'idea originaria alla base dell'Accordo,

¹⁰¹ Secondo Green, infatti: «Protection does not extend to every object regarded as of cultural significance or part of the national heritage by the country of location. It protects those items, such as the Colosseum, the Sphinx, the Taj Mahal, the *Mona Lisa*, Picasso's *Guernica*, the Chagall Windows at the Hadassah Hospital in Jerusalem, and the like, considered part of the cultural heritage of the entire world». In L. Green, *The contemporary law of armed conflict*, 2nd ed., Manchester University Press, Manchester, 2000, p. 154, nota 214.

¹⁰² R. O'Keefe, *The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention*, in *Netherlands International Law Review*, 1999, vol. XLVI, pp. 26-56., in particolare p. 36: «An analysis of all the evidence points overwhelmingly to the conclusion that the Convention applies to all movable and immovable property considered by each respective state to form part of its national cultural heritage».

¹⁰³ *Ibid.*, p. 30, 36.

¹⁰⁴ Su questo punto insiste soprattutto M. Frigo, *La protezione*, cit., pp. 143-151, in particolare pp. 1-3, 23-34, p. 144.

oltretutto legandosi perfettamente con il riferimento ai “beni culturali appartenenti a qualsiasi popolo” contenuto nel Preambolo), l’ambito di applicazione della Convenzione cambia radicalmente, estendendosi a decine di migliaia di edifici, siti e oggetti presenti nei territori degli Stati parti. A tal proposito si può richiamare anche il contributo della giurisprudenza internazionale, che sembra avvallare questa impostazione: nella sua *dissenting opinion* al parere della Corte internazionale di giustizia sulla *Liceità della minaccia e dell’uso delle armi nucleari* del 1996, il giudice CHRISTOPHER WEERAMANTRY faceva uno specifico riferimento alla nozione di “bene culturale” protetto dalla Convenzione dell’Aja del 1954 con un esempio decisamente calzante:

«The number of listed monuments in the Federal Republic of Germany alone, in 1986, [according to domestic cultural heritage law] was around 1 million, of which Cologne alone had around 9,000 listed buildings. A nuclear attack on a city such as Cologne would thus deprive Germany, in particular, and the world community in general, of a considerable segment of their cultural inheritance»¹⁰⁵.

Proseguendo con l’analisi della nozione di “bene culturale”, l’art. 1 identifica tre diverse categorie di beni protetti, sulla base di un criterio che può essere definito tipologico¹⁰⁶. Il paragrafo (a) indica i beni mobili e immobili, come i monumenti, i siti archeologici, le opere d’arte, i manoscritti, le collezioni scientifiche e altri oggetti d’interesse artistico, storico o archeologico che soddisfano il già citato requisito generale della “grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli”. Il paragrafo (b) sottolinea invece l’importanza di musei, biblioteche, archivi e in generale di tutti quegli edifici il cui principale scopo è preservare ed esporre i beni culturali mobili indicati al par. (a); in questo caso, se gli edifici e i luoghi di rifugio indicati possiedono a loro volta un valore culturale, essi ricadranno nella protezione garantita dal par. (a); in caso contrario, rimarranno comunque protetti ai sensi del par. (b), non a causa del loro significato storico (che può anche essere totalmente assente), ma in virtù della loro funzione di protezione dei beni culturali custoditi¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, CIG, parere consultivo, 8 luglio 1996, *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, p. 467.

¹⁰⁶ Cfr. F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 225.

¹⁰⁷ Cfr. C. Ehlert, *op. cit.*, p. 50; J. Toman, *op. cit.*, p. 54.

Infine il paragrafo (c) introduce la categoria dei c.d. “centri monumentali”, riferiti a quelle aree che contengono un numero considerevole di beni culturali indicati nei paragrafi (a) e (b); si tratta, dunque, di gruppi consistenti di edifici, che includono una vasta quantità di beni culturali sia mobili che immobili. Un esempio tipico di “centro monumentale” sono quelle città che, in virtù della loro ricchezza artistica, storica e architettonica, possiedono nella loro interezza e complessità uno straordinario valore culturale (come nel caso di Firenze o Gand)¹⁰⁸. In conclusione, la divisione per categorie di beni protetti prevista dall’art. 1, come si può notare, segue una sorta di costruzione a “scatole cinesi”: muovendo dal singolo elemento (rappresentato dal monumento, il sito archeologico, i beni mobili come i manoscritti e le opere d’arte), si risale agli edifici destinati ad ospitare ed esporre beni culturali mobili, fino ad arrivare ad estesi gruppi di monumenti ed edifici storici.

Prima di proseguire analizzando i diversi meccanismi di protezione e gli obblighi previsti, è opportuno sottolineare come la definizione di bene culturale prevista dall’art. 1 della Convenzione dell’Aja del 1954 sia, ancora oggi, tra le più ricche e dettagliate presenti all’interno di un accordo internazionale sui beni culturali. Non mancano, ad ogni modo, le criticità. In particolare, sorprende che nella vasta gamma di beni protetti indicati al par. (a) manchi un riferimento specifico agli edifici dedicati al culto, dal momento che la norma si sofferma solo sulle caratteristiche monumentali dei beni elencati (“monumenti architettonici, di arte o di storia, religiosi o laici”). Da ciò deriva che i luoghi di culto, per poter rientrare nel regime della Convenzione, devono anche essere monumenti dell’architettura, della storia o dell’arte¹⁰⁹; qualora questo non sia possibile, saranno comunque protetti dalle Regole dell’Aja del 1907¹¹⁰ che, come è stato rilevato nel capitolo precedente, sono oggi saldamente consolidate nel diritto internazionale consuetudinario¹¹¹.

¹⁰⁸ S. E. Nahlik, *Des crimes contre les biens culturels*, in *Annuaire de l’Association des Auditeurs et Anciens Auditeurs de l’Académie de Droit International*, 1959, vol. 29, pp. 14-27.

¹⁰⁹ Sul punto si veda Y. Dinstein, *Protection of Cultural Property and Places of Worship in International Armed Conflicts*, in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Vol. 3, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 1907–1922. Anche M. Carcione, A. Marcheggiano (a cura di), *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità naturali. Atti del Convegno Internazionale dell’11-13 aprile 1997 (Facoltà di Giurisprudenza di Alessandria)*, Milano, 1997.

¹¹⁰ Nello specifico, gli artt. 27 e 56 del Regolamento annesso alla Convenzione dell’Aja concernente le leggi e gli usi della guerra per terra del 1907.

¹¹¹ V. Cap. 1, par. 6.1.

4.2 *Gli obblighi previsti dalla Convenzione: la protezione generale e la protezione speciale*

Tra le numerose novità introdotte dalla Convenzione dell'Aja del 1954, rispetto alla precedente disciplina, c'è l'istituzione di un articolato regime di protezione dei beni culturali che l'Accordo distingue in due tipologie, rispettivamente previste al Capitolo 1 (*Disposizioni generali concernenti la protezione*) e al Capitolo 2 (*Della protezione speciale*). A queste si farà riferimento, nelle pagine successive, chiamandole semplicemente "protezione generale" e "protezione speciale".

Va detto, comunque, che in entrambi i casi la protezione si articola attraverso due obblighi che gli Stati parti sono chiamati ad osservare: ai sensi dell'art. 2, infatti, «[a]i fini della presente Convenzione, la protezione dei beni culturali comporta la *salvaguardia* ed il *rispetto* di tali beni»¹¹². In linea con quanto era stato precedentemente previsto dalle *1922 Hague Rules*, il Patto Roerich del 1935 e la *Preliminary Draft Convention* del 1936¹¹³, la Convenzione dell'Aja del 1954 ha pienamente abbracciato l'idea che la difesa dei monumenti e dei beni culturali in generale, per essere realmente efficace, non debba essere circoscritta al momento del conflitto armato, ma vada preventivamente allestita in tempo di pace attraverso una serie di prescrizioni positive. Gli obblighi di "salvaguardia" sono appunto la realizzazione di questo impegno; a tal proposito, ai sensi dell'art. 3, gli Stati contraenti si impegnano, già in tempo di pace, a predisporre una serie di misure idonee atte a salvaguardare i beni culturali e artistici presenti sul proprio territorio contro gli effetti prevedibili di un eventuale conflitto armato¹¹⁴. Le misure alle quali fa riferimento la norma sono di natura preventiva, e alle Parti viene lasciata ampia libertà di adottare quelle ritenute più appropriate per proteggere i propri beni culturali. Nonostante la scelta di non fornire, attraverso l'art. 3, indicazioni precise sulle "misure appropriate" da porsi a salvaguardia del patrimonio artistico (scelta effettuata tenendo evidentemente conto delle risorse finanziarie, materiali e tecniche a disposizione dello Stato per predisporre un piano di protezione adeguato)¹¹⁵, negli

¹¹² Corsivo aggiunto.

¹¹³ Si veda il Cap. 1, parr. 8, 8.2, 8.3.

¹¹⁴ Convenzione dell'Aja del 1954, art. 3: «Le Alte Parti Contraenti s'impegnano a predisporre, in tempo di pace, la salvaguardia dei beni culturali situati sul loro proprio territorio contro gli effetti prevedibili di un conflitto armato, prendendo tutte le misure che considerano appropriate».

¹¹⁵ Cfr. J. Toman, *op. cit.*, p. 61.

anni successivi l'UNESCO ha curato la predisposizione di un manuale che teneva conto delle esperienze maturate durante la Seconda Guerra Mondiale, partendo dall'analisi degli eventi di distruzione registratisi nel corso del conflitto¹¹⁶. Questo manuale segnala l'adozione di particolari misure di tutela, come ad esempio l'installazione di efficaci sistemi di protezione degli edifici contro il pericolo di incendi e crolli; la creazione di imballaggi e stoccaggi speciali; l'organizzazione di rifugi e la predisposizione di piani di protezione; la realizzazione di cataloghi e di registrazioni video-fotografiche per facilitare il recupero e il restauro di opere d'arte, nell'eventualità in cui vadano disperse o danneggiate durante la guerra. Ad ogni modo, all'interno della Convenzione stessa è possibile individuare alcuni specifici provvedimenti che gli Stati parti possono adottare per prevenire, o perlomeno limitare, danni al patrimonio artistico in caso di guerra: questi includono, ad esempio, l'affissione su edifici di interesse artistico e culturale di un particolare emblema (il c.d. "scudo blu"), che ai sensi dell'art. 6 (*Segnalamento dei beni culturali*) sarebbe finalizzato a contrassegnare i beni tutelati dalla Convenzione, facilitandone il riconoscimento¹¹⁷. L'uso di tale segno distintivo, consistente in uno scudo appuntito in basso, inquadrato in croce di S. Andrea in blu e bianco (art. 16, figura in basso)¹¹⁸, varia a seconda del bene culturale protetto: per quanto riguarda i beni culturali sottoposti a protezione generale, il suo uso è facoltativo (l'art. 6, infatti, afferma chiaramente che i beni culturali "possono" essere provvisti di contrassegno), mentre con riferimento ai beni che godono di protezione speciale, su cui si tornerà a breve, la loro individuazione attraverso lo scudo blu è obbligatoria (art. 10)¹¹⁹.

¹¹⁶ H. Lavachery, A. Noblecourt, *Protection of cultural property in the event of armed conflict*, in *Musées et monuments n° VIII*, Parigi, UNESCO, 1956. Sul punto si vedano anche T. Tampieri, *op. cit.*, p. 35; M. Brocca, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato*, in *Aedon*, 2001, n. 3.

¹¹⁷ Convenzione dell'Aja del 1954, art. 6: «I beni culturali possono essere provvisti di un contrassegno atto a facilitarne l'identificazione, conformemente alle disposizioni dell'articolo 16».

¹¹⁸ *Ibid.*, art. 16: «1. Il contrassegno della Convenzione consiste in uno scudo, appuntato in basso, inquadrato in croce di S. Andrea, d'azzurro e di bianco (uno scudo composto di un quadrato turchino con un angolo iscritto nella punta dello scudo, sormontato da un triangolo azzurro, i due determinanti un triangolo bianco a ciascun lato). 2. Il contrassegno è adoperato semplice o ripetuto tre volte in formazione triangolare (uno scudo in basso), nei casi previsti nell'Articolo 17». Va detto che l'uso semplice del distintivo vale per i beni culturali in regime di protezione generale, ai sensi dell'art. 17, par. 2, lett. a); i beni sotto protezione speciale, invece, vanno necessariamente identificati mediante la tripla ripetizione del contrassegno (art. 17, par. 1, lett. a)).

¹¹⁹ *Ibid.*, art. 10: «Durante un conflitto armato, i beni culturali sotto protezione speciale devono essere provvisti del contrassegno definito nell'articolo 16 [...]».



L'emblema dello "scudo blu" della
Convenzione dell'Aja del 1954

La Convenzione prevede inoltre una serie di "misure militari" che gli Stati parti sono chiamati ad adottare, fin dal tempo di pace: queste consistono nell'obbligo di introdurre, nei regolamenti e nelle istruzioni per le proprie truppe, «[...] disposizioni atte ad assicurare l'osservanza della presente Convenzione, e ad inculcare fin dal tempo di pace, nel personale delle loro forze armate, uno spirito di rispetto verso le culture e i beni culturali di tutti i popoli» (art. 7, par. 1)¹²⁰; inoltre di predisporre e istituire, all'interno delle proprie forze armate, «[...] servizi o personale specializzati, aventi il compito di assicurare il rispetto dei beni culturali e di collaborare con le autorità civili incaricate della loro tutela» (art. 7, par. 2).

Tutte le misure appena indicate sono riconducibili all'obbligo di salvaguardia dei beni culturali da parte degli Stati aderenti, e che vanno osservati in tempo di pace.

Tuttavia la Convenzione elabora un altro fondamentale obbligo in capo agli Stati parti, soprattutto ai fini di questa trattazione, e consistente nel *rispetto* dei beni culturali (art. 4), che impone alle Parti contraenti di astenersi dallo svolgere, in caso di conflitto armato, qualsiasi attività che possa mettere a rischio di distruzione o danneggiamento i beni culturali, nonché il divieto di compiere qualunque atto di ostilità verso questi beni, fatte salve le ragioni della "necessità militare". Ad una veloce lettura questa norma, presentata nei suoi elementi fondamentali, non appare molto diversa dalle precedenti disposizioni in materia; solo analizzandola nel

¹²⁰ Sul tema si veda R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., pp. 118-120.

dettaglio, è possibile apprezzare l'articolazione dell'obbligo di rispetto, che non riguarda solo i beni culturali presenti nei territori dei belligeranti avversari, ma si estende anche ai beni presenti nel territorio dello stesso Stato parte. La norma, nello specifico, prevede tre distinti obblighi negativi: innanzitutto è fatto divieto allo Stato di utilizzare il bene culturale, ivi compresi gli strumenti per la sua protezione e le immediate vicinanze, per scopi che possono esporlo al rischio di danno o distruzione durante un conflitto armato (art. 4, par. 1)¹²¹. L'introduzione di tale obbligo, che coinvolge anche i beni culturali presenti nel territorio dello Stato parte, è di grande importanza perché va a colmare una profonda lacuna giuridica, nonché una delle cause principali delle immense distruzioni di beni culturali avvenute durante le due guerre mondiali¹²². In altri termini, a titolo d'esempio, è vietato per le Parti utilizzare il bene culturale inserendolo nella linea di fuoco, oppure servendosene come sede del quartier generale o come deposito di munizioni.

In secondo luogo, ciascuna Parte deve astenersi dal compiere qualsiasi atto di ostilità diretto contro i beni culturali presenti sul proprio territorio, così come sul territorio degli altri Stati contraenti (art. 4, par. 1)¹²³. Infine, la norma impone agli Stati l'obbligo di impedire e reprimere atti di sottrazione, saccheggio, appropriazione indebita e vandalismo verso i beni culturali, vietandone la requisizione e qualunque azione di rappresaglia contro gli stessi¹²⁴.

Per quanto riguarda il primo obbligo, questo non sembra prevenire un uso assoluto del bene culturale per fini militari, ma solo in quei casi in cui tale utilizzo lo esponga al rischio di distruzione e danneggiamento¹²⁵; tuttavia va notato che, seguendo un'interpretazione più ampia della norma, qualunque scopo militare rappresenterebbe un potenziale pericolo di danneggiamento per il bene culturale.

¹²¹ Convenzione dell'Aja del 1954, art. 4, par. 1: «Le Alte Parti contraenti si obbligano a rispettare i beni culturali, situati sul proprio territorio o su quello delle altre Alte Parti contraenti, astenendosi dall'impiego di tali beni, dei loro dispositivi di protezione e delle loro immediate vicinanze, per scopi che potrebbero esporli a distruzione o a deterioramento in caso di conflitto armato [...]».

¹²² Cfr. R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 123; C. Ehler, *op. cit.*, p. 52.

¹²³ Convenzione dell'Aja del 1954, art. 4, par. 1: «Le Alte Parti contraenti si obbligano a rispettare i beni culturali, situati sul proprio territorio o su quello delle altre Alte Parti contraenti, [...] astenendosi da ogni atto di ostilità verso gli stessi».

¹²⁴ *Ibid.*, parr. 3-4: «3. Le Alte Parti contraenti si obbligano, inoltre, a proibire, a prevenire e, occorrendo, a far cessare qualsiasi atto di furto, saccheggio o di sottrazione di beni culturali, comunque sia praticato, e qualsiasi atto di vandalismo verso gli stessi. Esse si obbligano ad astenersi dal requisire i beni culturali mobili situati nel territorio di un'altra Alta Parte contraente. 4. Esse si obbligano ad astenersi da ogni misura di rappresaglia contro i beni culturali».

¹²⁵ Cfr. C. Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Routledge, New York, 2010, p. 89.

Per fare un esempio, durante la Prima Guerra del Golfo, alcuni aerei da combattimento iracheni erano stati posizionati nei pressi del sito archeologico del Tempio di Ur, mettendo di conseguenza in serio pericolo l'integrità del sito¹²⁶. Lo stesso divieto di utilizzare il bene culturale, o le sue vicinanze, per fini militari si applica anche ai beni presenti nel territorio di un altro Stato, o nel corso di un'occupazione militare¹²⁷.

Il secondo obbligo, sempre ai sensi dell'art. 4, par. 1, riguarda il divieto di compiere atti di ostilità contro i beni culturali, senza tuttavia specificare cosa si debba intendere per "atti di ostilità". In verità, né la Convenzione né i lavori preparatori forniscono informazioni più precise al riguardo; per cui si può presumere che con questa espressione si intendano un'ampia gamma di azioni militari, indipendentemente dal fatto che siano commesse dallo Stato sul cui territorio si trovano i beni culturali o dall'altra Parte belligerante¹²⁸. In maniera analoga, la definizione di "ostilità" (*hostilities*) presente nel *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* parla di «acts of violence by a belligerent against an enemy in order to put an end to his resistance and impose obedience»¹²⁹. Di conseguenza, la Convenzione dell'Aja del 1954 protegge i beni culturali contro qualsiasi atto di distruzione commesso da tutte le parti coinvolte nel conflitto; e questo spiegherebbe la scelta, in sede di elaborazione della bozza, di utilizzare l'espressione "atto di ostilità" invece di optare per la nozione di "attacco", dal momento che quest'ultimo viene normalmente associato alle azioni offensive commesse da uno Stato contro un altro¹³⁰. Inoltre, va sottolineato che la norma vieta l'azione ostile *diretta* contro il bene

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ È quanto avvenne durante la Seconda Guerra del Golfo, quando gli Stati Uniti istituirono una base militare sul sito archeologico dell'antica città di Babilonia. Cfr. R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 125. Si veda anche l'articolo *Babylon wrecked by war*, pubblicato su *The Guardian* (15 gennaio 2005), che riporta le parole dell'allora direttore del Dipartimento del Medio Oriente del British Museum, John Curtis: «This is tantamount to establishing a military camp around the Great Pyramid in Egypt or around Stonehenge in Britain».

¹²⁸ J. Toman, *op. cit.*, p. 139.

¹²⁹ P. Verri, *Dictionary*, cit., p. 57.

¹³⁰ Toman fornisce un'interpretazione di "attacco", alla luce del I Protocollo aggiuntivo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949: «The authors of Protocol I to the Geneva Conventions of 1977 preferred the term 'attack', which is defined in the military instructions of many countries as an offensive act whose purpose is to destroy enemy forces and gain ground. The definition adopted by the Protocol is wider since it also covers defensive acts (particularly, 'counter-attacks') and offensive acts since both of them may affect the protected objectives, in this case cultural property». In J. Toman, *op. cit.*, p. 139. Secondo O'Keefe, invece, l'espressione "ogni atto di ostilità" risulta efficace proprio perché ricomprende un'ampia varietà di azioni distruttive: «The term 'any act of hostility' is significant in forbidding not just attacks against cultural property but also its demolition, whether by

culturale sempre e comunque, indipendentemente che da tale azione scaturisca un danno concreto al bene in questione; dunque, la semplice circostanza di rivolgere un attacco, o una qualunque azione offensiva, contro un bene culturale integra una violazione della Convenzione¹³¹. Infine, secondo la dottrina (O'KEEFE), il divieto di atti di ostilità si estende anche agli altri beni, qualora possa derivarne un danno collaterale per i beni culturali situati nelle vicinanze¹³².

Nonostante la significativa forza normativa degli obblighi di rispetto appena illustrati, questi incontrano comunque un forte limite nella presenza, sempre ingombrante, della "necessità militare": l'art. 4, par. 2, infatti, stabilisce che «[n]on è ammessa alcuna deroga agli obblighi definiti nel primo paragrafo del presente articolo, salvo non sia imposta da una necessità militare». L'inclusione della deroga della "necessità militare", già presente, come si è visto, nella disciplina dell'Aja del 1907, fu al centro di un forte dibattito nel corso dei negoziati della Convenzione del 1954, che vide opporsi due schieramenti: da un lato quello guidato dalla delegazione statunitense e britannica, che invocava l'inclusione della "necessità militare" come un elemento indispensabile per il funzionamento della Convenzione, nonché *conditio sine qua non* i due Paesi non avrebbero aderito al nuovo accordo. Altri Stati (in particolare di matrice socialista, ma non solo)¹³³ erano contrari all'introduzione della deroga, poiché questa avrebbe indebolito in maniera significativa la portata e la protezione offerta dalla Convenzione, aprendo pericolosi spiragli di abusi, a causa dell'ambiguità del concetto in questione¹³⁴; come infatti rilevato correttamente in dottrina (MERRYMAN), «the concept of military necessity is so indefinite and the circumstances of its use in the field so fluid that "necessity" too quickly and easily shades into "convenience"»¹³⁵. Alla fine, fu lo schieramento anglosassone a spuntarla, e la deroga venne introdotta nel testo dell'Accordo¹³⁶; tuttavia le difficoltà

way of explosives or bulldozers or other wrecking equipment. Insofar as it applies to attacks, it applies to all attacks, whether by land, sea or air». In R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 126.

¹³¹ Cfr. C. Ehlert, *op. cit.*, p. 53.

¹³² R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., pp. 131-132.

¹³³ Questi erano Unione Sovietica, Romania, Grecia, Belgio, Ecuador, Spagna, Francia e San Marino.

¹³⁴ Per un'approfondita descrizione del dibattito tra i due blocchi di Stati durante i negoziati, si veda S. E. Nahlik, *La protection internationale des biens culturels*, cit., p. 128 ss.

¹³⁵ J. H. Merryman, *op. cit.*, p. 838.

¹³⁶ Sempre Merryman (*op. cit.*, nota 24) sottolinea l'ironia della decisione finale degli Stati Uniti, a conclusione dei negoziati, di non ratificare la Convenzione, dopo aver tanto insistito sull'introduzione dell'eccezione della necessità militare e minacciando che, in caso contrario, non avrebbero aderito. Attualmente sia gli Stati Uniti che il Regno Unito sono parti della Convenzione dell'Aja del 1954, avendo ratificato l'Accordo rispettivamente nel 2009 e nel 2017.

interpretative e pratiche della norma testimoniano, ancora oggi, il fatto che fu il frutto di un compromesso¹³⁷.

Ad ogni modo, la deroga della “necessità militare” alla quale fa riferimento l’art. 4, par. 2 riguarda tre diverse situazioni. Innanzitutto, dà la possibilità allo Stato sul cui territorio si trova il bene culturale di utilizzarlo per fini militari, qualora ciò sia imposto da ragioni di necessità militare (a tal proposito, infatti, si parla di “necessità militare *imperativa*”). In secondo luogo, costituisce un’eccezione al divieto, per la Parte belligerante, di commettere atti di ostilità contro i beni culturali, se le circostanze della necessità militare lo impongono. Infine, uno Stato parte potrà invocare tale deroga qualora l’altra Parte belligerante abbia violato l’obbligo di non utilizzare il proprio bene culturale per scopi militari. In ogni caso, va sottolineato con forza che il carattere “imperativo” della necessità militare richiede una cauta valutazione dell’obiettivo che si intende raggiungere, nonché della presenza di alternative per la sua realizzazione, oltre che dei danni che potrebbero derivarne per il bene culturale coinvolto. Ciò richiede, dunque, l’applicazione del principio di proporzionalità, che si rende indispensabile per valutare adeguatamente se un’azione potenzialmente dannosa per un bene culturale ricada nella deroga dell’art. 4, par. 2¹³⁸.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente che la presenza della deroga della necessità militare indebolisce considerevolmente la protezione garantita dalla Convenzione dell’Aja del 1954, a causa soprattutto dell’assenza di una definizione di tali eccezionali circostanze all’interno dell’Accordo, o di criteri più precisi per verificarne la sussistenza, che invece continua ad essere lasciata ad una interpretazione ancora vaga e frammentaria. Va comunque detto che non sono mancati, nella storia recente, esempi virtuosi di corretta osservanza degli obblighi di rispetto previsti dall’art. 4 della Convenzione, e in generale delle cautele che devono

¹³⁷ Secondo la dottrina, la Conferenza dell’Aja avrebbe lasciato intenzionalmente vago il testo dell’art. 4, par. 2, così da rendere la norma abbastanza flessibile da coprire un’ampia gamma di necessità militari. Cfr. C. Forrest, *International Law*, cit., p. 90; R. O’Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., pp. 121-123.

¹³⁸ Su questo punto, si veda R. Wolfrum, *op. cit.*, p. 317: «Imperative necessity presupposes that the military objective cannot be reached in any other manner. It is not sufficient that the objective could be more easily attained by endangering the protected object. “Imperative” necessity requires a careful evaluation of the military objective and alternatives for reaching such objective and the cultural property which could be affected, taking into account the fact that not all works of art or places of worship are protected but only the ones of significance. Also the conduct of the other side is of relevance. If the latter has violated its obligation by using cultural property for military purposes, it is easier to come to the conclusion that military necessity imperatively requires to make the respective objects a target».

essere prese quando si conduce un'azione militare che rischia di mettere a repentaglio l'integrità di un sito culturale; a dimostrazione di come i principi alla base della Convenzione dell'Aja del 1954, nel corso degli anni dalla sua adozione, nonostante siano stati spesso oggetto di gravi violazioni (a cominciare dal conflitto nei Balcani), abbiano saputo, in altre circostanze, ispirare comportamenti più rispettosi e attenti verso i beni culturali. Mi riferisco, nello specifico, alla Prima Guerra del Golfo, considerata dalla dottrina un caso emblematico del corretto funzionamento della Convenzione dell'Aja del 1954, perlomeno sotto il profilo del bilanciamento tra la necessità di proteggere i beni culturali e le esigenze militari¹³⁹. Alla Guerra nel Golfo presero parte non solo numerosi Stati aderenti alla Convenzione (tra cui Kuwait, Francia, Egitto, Arabia Saudita e Iraq), ma anche alcune nazioni che non ne erano ancora parte (ossia Canada, Stati Uniti e Gran Bretagna), e che dunque non erano vincolate al rispetto delle sue disposizioni. Nonostante questo, le forze armate statunitensi erano state istruite sul contenuto della Convenzione dell'Aja del 1954, oltre che dei Protocolli del 1977 addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949, applicandosi per non danneggiare i beni culturali presenti nelle zone del conflitto e individuati attraverso una “*no-fire target list*”, ossia un elenco di siti culturalmente sensibili¹⁴⁰.

In tale contesto, con riferimento al già richiamato caso degli aerei iracheni posizionati vicino al Tempio di Ur, dove sorge il celebre monumento di Ziggurat, gli Stati Uniti decisero di non attaccare il sito. La scelta dell'Iraq di parcheggiare due aerei da combattimento nei pressi di un sito culturale, trasformando di conseguenza l'area in un obiettivo militare, appariva come una violazione dell'art. 4, par. 1, che vieta l'utilizzo di un bene culturale o delle sue vicinanze per scopi militari; oltretutto metteva gli americani nella condizione di attaccare il sito senza incorrere in violazioni

¹³⁹ Sul caso della Prima Guerra del Golfo, si veda il contributo di V. A. Birov, *Prize and Plunder: The Pillage of Works of Art and the International Law*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30, n. 1 & 2, 1997, pp. 201-249, in particolare pp. 234-236.

¹⁴⁰ Si veda *Conduct of the Persian War*, Final Report to Congress (Public Law 102-25), aprile 1992 (da qui “*Report to Congress*”). Va notato che, a seguito del bombardamento di Baghdad da parte delle forze statunitensi (16-17 gennaio 1991), furono mosse diverse critiche per la scarsa attenzione riservata alle antichità presenti nell'area. Tuttavia numerosi archeologi furono concordi nel ritenere contenuti i danni ai siti culturali (causati perlopiù indirettamente dalle vibrazioni e dai crolli nelle vicinanze). Per i dettagli, si veda l'articolo di A. G. Artner, *When Human Heritage Sits at Ground Zero*, pubblicato sul *Chicago Tribune* (8 agosto 1993); e anche il *Report to Congress*, p. 611: «Coalition forces continued to respect Iraqi cultural property, even where Iraqi forces used such property to shield military targets from attack. However, some indirect damage may have occurred to some Iraqi cultural property due to the concussive effect of munitions directed against Iraqi targets some distance away from the cultural sites».

del diritto internazionale, trattandosi di un potenziale caso di necessità militare ex art. 4, par. 2. Tuttavia l'attacco non avvenne, poiché le esigenze militari, sulla base di un'accurata valutazione tattica, non giustificavano un'azione che avrebbe, al contrario, messo in grave pericolo l'integrità del sito. Si legge, infatti, nel rapporto del Pentagono al Congresso: «Central Command [...] elected not to attack the aircraft on the basis of respect for cultural property and the belief that positioning of the aircraft adjacent to Ur (without servicing equipment or a runway nearby) effectively had placed each out of action, thereby limiting the value of their destruction by Coalition air forces when weighed against the risk of damage to the temple. Other cultural property similarly remained on the Coalition no-attack list, despite Iraqi placement of valuable military equipment in or near those sites»¹⁴¹.

Per concludere il quadro sul regime di protezione generale disciplinato dalla Convenzione, è opportuno ricordare che il citato studio condotto dalla Croce Rossa Internazionale sulla consuetudine nel diritto internazionale umanitario ha riconosciuto il valore consuetudinario delle disposizioni contenute nell'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1954, dedicando un intero capitolo alla protezione dei beni culturali nei conflitti armati (Capitolo 12). In particolare, la Regola 38 sembra sintetizzare tutta la normativa internazionale in materia di tutela dei beni culturali, sancendo con grande semplicità l'obbligo in capo alle parti di un conflitto di *rispettare* i beni culturali, prestando particolare cura per evitare, nel corso delle operazioni militari, danni agli edifici dedicati alla religione, all'arte, alla scienza, all'educazione e ai monumenti storici, a meno che non si tratti di obiettivi militari, e soprattutto vietando azioni offensive contro quei beni di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli, salvo che questo non sia richiesto da ragioni di necessità militare imperativa¹⁴². Coerentemente, la Regola 39 vieta l'utilizzo di questi beni riconosciuti come patrimonio dei popoli per scopi che possono esporli a danno o distruzione (fatte salve le solite circostanze di una necessità militare imperativa)¹⁴³, mentre la Regola 40 proibisce categoricamente, senza alcuna possibilità di deroga,

¹⁴¹ *Report to Congress*, p. 616.

¹⁴² J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *op. cit.*, p. 127: «Rule 38. Each party to the conflict must respect cultural property: A. Special care must be taken in military operations to avoid damage to buildings dedicated to religion, art, science, education or charitable purposes and historic monuments unless they are military objectives. B. Property of great importance to the cultural heritage of every people must not be the object of attack unless imperatively required by military necessity».

¹⁴³ *Ibid.*, p. 131: «Rule 39. The use of property of great importance to the cultural heritage of every people for purposes which are likely to expose it to destruction or damage is prohibited, unless imperatively required by military necessity».

ogni forma di saccheggio, distruzione o danno intenzionale arrecato ai monumenti storici, alle opere d'arte e di scienza e alle istituzioni dedicate alla religione, alla carità e all'educazione, nonché qualsiasi atto di vandalismo e depredazione commesso ai danni dei beni culturali di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli¹⁴⁴. Si tratta di conclusioni di straordinaria importanza, poiché sanciscono oltre ogni ragionevole dubbio il rango consuetudinario degli obblighi di rispetto dei beni culturali, che devono essere osservati in qualunque contesto armato (internazionale, non internazionale e occupazione militare). A questo bisogna aggiungere che, secondo diversi Autori, il divieto di distruggere gli esempi di patrimonio culturale di straordinaria importanza per l'umanità, che trova fondamento non solo negli obblighi previsti dalla Convenzione dell'Aja del 1954 e nelle norme di diritto internazionale umanitario a tutela dei beni culturali, ma anche negli obblighi previsti dalla Convenzione UNESCO sul Patrimonio Mondiale del 1972, ricadrebbe nella categoria degli obblighi *erga omnes*, vale a dire quelle norme la cui violazione costituisce un'offesa contro l'intera comunità internazionale, che legittima di conseguenza una reazione anche da parte degli Stati non direttamente lesi¹⁴⁵.

Il regime di salvaguardia e rispetto introdotto dalla Convenzione dell'Aja del 1954 ha conferito un vigore immenso alla protezione dei beni culturali, concretizzandola in un sistema articolato di obblighi totalmente assente nei precedenti strumenti pattizi, in particolare nelle Regole dell'Aja del 1907. Tuttavia, come già affermato in precedenza, l'inclusione dell'eccezione della necessità militare ha esposto a numerose critiche il sistema di protezione introdotto dalla Convenzione, limitandone in molti casi l'efficacia e l'operatività¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 132: «Rule 40. Each party to the conflict must protect cultural property: A. All seizure of or destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity, education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science is prohibited. B. Any form of theft, pillage or misappropriation of, and any acts of vandalism directed against, property of great importance to the cultural heritage of every people is prohibited».

¹⁴⁵ Tra questi, A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 68-69; F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas*, cit., p. 634: «In our view, the prohibition of acts of willful and systematic destruction of cultural heritage of great importance for humanity also falls in the category of *erga omnes* obligations; G. R. Galindo, *The UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, in J. Nafzinger, T. Scovazzi (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, Martinus Nijhoff Publishers, Leida, 2008, pp. 399-452, in particolare p. 450: «In conclusion, it seems that the intentional destruction of cultural heritage during armed conflicts, as a part of the body of international humanitarian law, is a strong candidate of *erga omnes* obligations».

¹⁴⁶ Come infatti auspicava Patrick Boylan nel 1993, nel suo commentario alla Convenzione, «[b]earing in mind the precedents of the 1949 *Geneva Conventions* the inclusion of the 'military necessity' exemption was already inappropriate by the time of the 1954 Intergovernmental Conference. It is strongly recommended that in any revision of the 1954 *Convention* or in any new Additional Protocol to it, High Contracting Parties should renounce the provisions of Article 3 (2) allowing the waiving of

Mentre la “protezione generale” è prevista per tutti i beni culturali che rientrano nella definizione dell’art. 1, e per i quali l’individuazione attraverso il segno distintivo dello “scudo blu” è facoltativa, la “protezione speciale”, disciplinata al Capitolo 2 della Convenzione (artt. 8–11), ha invece un regime di applicazione più ristretto. Essa, infatti, è accordata solo ai rifugi destinati ad ospitare, in caso di conflitto armato, beni culturali mobili, nonché ai centri monumentali e ad altri beni immobili “della massima importanza”, in presenza di due condizioni: il bene deve trovarsi ad una distanza sufficiente da un grande centro industriale o da qualunque importante obiettivo militare, e non deve essere utilizzato per fini militari (art. 8, par. 1)¹⁴⁷. I beni che soddisfano questi requisiti possono essere iscritti, su richiesta dello Stato di appartenenza, nel “Registro internazionale dei beni culturali sotto protezione speciale”¹⁴⁸, e devono essere sempre identificati, durante il conflitto, attraverso l’emblema dello “scudo blu” (art. 10). Tuttavia, è precisato che un bene culturale situato vicino ad un importante obiettivo strategico può essere iscritto nel Registro qualora la Parte che ne fa richiesta si impegni a non servirsene in alcun modo a supporto delle operazioni militari¹⁴⁹. Dal momento dell’iscrizione nel Registro, gli Stati parti della Convenzione hanno l’obbligo di assicurare l’immunità ai beni in elenco, «astenedosi da ogni atto di ostilità verso gli stessi e [...] da ogni uso di questi beni o delle loro adiacenze per fini militari»¹⁵⁰. Sfortunatamente, il Registro dei beni sotto protezione speciale ha riscosso, nel corso degli anni, uno scarso successo, causato soprattutto dalla impraticabilità, nella maggior parte dei casi, dei

the provisions of the *Convention* in the case of military necessity. Indeed, this should be seen as one of the highest priorities of the review process». In P. Boylan, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁷ Per quanto riguarda i rifugi di beni culturali mobili, questi possono essere sottoposti a protezione speciale, a prescindere dalla loro collocazione, purché siano costruiti in modo tale da resistere a eventuali bombardamenti (art. 8, par. 2).

¹⁴⁸ Convenzione dell’Aja del 1954, art. 8, par. 6: «La protezione speciale è accordata ai beni culturali mediante la loro iscrizione nel “Registro internazionale dei beni culturali sotto protezione speciale”. L’iscrizione dev’essere operata conformemente alle norme della presente Convenzione e alle condizioni previste nel Regolamento d’esecuzione». Ai sensi dell’art. 12 del Regolamento di esecuzione annesso alla Convenzione, il Registro è tenuto dal Direttore generale dell’UNESCO; le procedure di iscrizione e cancellazione di un bene sono invece descritte agli artt. 13-16 del Regolamento.

¹⁴⁹ È quanto stabilito all’art. 8, par. 5. Va detto che la norma fornisce alcune significative indicazioni su cosa debba intendersi per “uso a fini militari”: rientra in questa fattispecie, ad esempio, un centro monumentale impiegato per il movimento di persone o di materiale militare, sia pure in transito (art. 8, par. 3). Al contrario, non sono considerate “uso per fini militari” la sorveglianza di un bene culturale immobile da parte di guardie armate, o la presenza presso il medesimo di forze di polizia normalmente incaricate di assicurare l’ordine pubblico (art. 8, par. 4). Se invece il bene si trova in prossimità di un porto, una stazione o un aeroporto, lo Stato parte che fa richiesta di iscrizione del bene nel Registro si impegna a deviare da esso ogni traffico (art. 8, par. 5).

¹⁵⁰ Convenzione dell’Aja del 1954, art. 9.

requisiti necessari per accedervi, a cominciare dalla “adeguata distanza” da un potenziale obiettivo militare (condizione difficilmente raggiungibile)¹⁵¹; e questa è stata una delle maggiori critiche rivolte all’impianto originario della Convenzione dell’Aja del 1954, che ha spinto gli Stati a individuare meccanismi di protezione più efficaci.

La protezione speciale assicurata ai beni iscritti nel Registro trova infine un punto di vantaggio, rispetto alla protezione generale, nel regime delle eccezioni: l’immunità dei beni sotto protezione speciale, infatti, può essere sospesa solo nei casi di necessità militare *ineluttabile*; si tratta di una forma “rafforzata” di necessità militare la cui esistenza, a differenza di quella imperativa prevista per i beni sottoposti a protezione generale, richiede una verifica da parte del comandante di una formazione di importanza pari o superiore a quella di una divisione (art. 11, par. 2). Inoltre è stabilito che, laddove le circostanze lo permettano, la Parte avversa sia informata, entro un ragionevole lasso di tempo, della decisione di sospendere l’immunità. Alla luce di questo impianto normativo, è evidente come la sospensione della protezione speciale abbia un margine di discrezione indubbiamente più ristretto rispetto alle possibilità di deroga previste per la protezione generale. Tuttavia rimangono altrettanto evidenti le ambiguità che caratterizzano una soluzione solo in apparenza più rigorosa, e che invece presta il fianco a letture e applicazioni decisamente pericolose. Infatti, da un confronto attento tra la necessità militare imperativa prevista per la protezione generale e quella ineluttabile relativa alla protezione speciale, non sembrano emergere grandi differenze, se non nella scelta delle parole; come se spostare la responsabilità dell’accertamento delle circostanze militari in capo ad un comandante di grado superiore fosse una garanzia inattaccabile di una valutazione compiuta tenendo conto di tutti gli elementi in campo, che richiedono una preparazione ed una sensibilità che vanno ben oltre le

¹⁵¹ Cfr. C. Ehlert, *op. cit.*, p. 57. Attualmente (maggio 2023) risultano iscritti nel Registro 8 rifugi: uno ad Altaussee, in Austria (iscritto il 17 novembre 1967); uno in Germania, presso Oberrieder Stollen (iscritto il 24 aprile 1978); sei nei Paesi Bassi (iscritti il 12 maggio 1969), di cui due a Zandvoort, due a Heemskerk (cancellati il 22 settembre 1994), uno a Steenwijkerwold (cancellato il 22 settembre 1994) e uno a Maastricht. Se per decenni l’unico “centro monumentale” iscritto nel Registro è stata la Città del Vaticano (18 gennaio 1960), la situazione è visibilmente migliorata nel 2015, grazie all’iscrizione, da parte del Messico, di nove centri monumentali presenti sul suo territorio (30 marzo 2015): l’antica città Maya di Calakmul (Campeche); la città pre-ispanica di Chichén Itzá; il sito archeologico di Monte Albán; la città pre-ispanica e il Parco Nazionale di Palenque; la zona archeologica di Paquimé (Casas Grandes); la città pre-ispanica di El Tajín; la città pre-ispanica di Teotihuacán; la città pre-ispanica di Uximal; la zona dei monumenti archeologici di Xochicalco. Cfr. UNESCO, *International Register of Cultural Property under Special Protection*, 23 luglio 2015.

scelte di opportunità tattica. Ciò anche alla luce dell'assoluto potenziale distruttivo della moderna tecnologia militare; scrive infatti NAHLIK: «In view of modern technology of war, is not a temporary withdrawal of immunity sufficient for making a "centre containing monuments" a ruin? Let us hope that at least the commander of a division will know enough about art history not to destroy an object of major importance»¹⁵².

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio previsto dall'Accordo, questo rappresenta uno degli aspetti più delicati e discussi della Convenzione dell'Aja del 1954, che ne hanno inevitabilmente condizionato l'applicazione e l'efficacia. A tal proposito, va ricordato che una delle principali ragioni dietro l'adozione della Convenzione era stata proprio l'esigenza di introdurre una serie di regole relative alla responsabilità penale individuale legata alla distruzione o al danneggiamento di beni culturali durante un conflitto armato¹⁵³. Prendendo ispirazione dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949¹⁵⁴, venne dunque introdotto l'art. 28, che impone agli Stati contraenti di prendere, secondo il proprio diritto penale, «tutte le misure affinché siano perseguite e punite con sanzioni penali o disciplinari le persone, di qualsiasi cittadinanza, che hanno commesso o dato l'ordine di commettere un'infrazione alla presente Convenzione».

La scelta di assegnare alla norma un contenuto così generico, dal momento che non fornisce alcuna indicazione sulle violazioni punibili ai sensi della Convenzione, né contempla il dolo come elemento psicologico necessario per la configurazione della responsabilità, era stata dettata dalla volontà di lasciare gli Stati parti pienamente liberi di decidere l'esatta natura del crimine e le sanzioni da adottare¹⁵⁵. Tuttavia, a

¹⁵² S. E. Nahlik, *International Law*, cit., p. 1086.

¹⁵³ Ciò è dimostrato anche dal primo rapporto presentato dal Segretariato dell'UNESCO alla Conferenza generale sui lavori bozza della Convenzione, che si intitolava appunto *Report on the International Protection of Cultural Property, by Penal Measures, in the Event of Armed Conflict*, allegato a UNESCO, *Measures for Ensuring the Co-operation of Interested States in the Protection, Preservation and Restoration of Antiquities, Monuments and Historical Sites; and Possibility of Establishing an International Fund to Subsidize Such Preservation and Restoration*, Doc. C/PRG/6, UNESCO, 27 marzo 1950. Sul punto si veda R. O'Keefe, *Protection under International Criminal Law*, cit., p. 21.

¹⁵⁴ Più precisamente l'art. 146, par. 1: «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso o dato ordine di commettere l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente».

¹⁵⁵ Occorre comunque precisare che, nel corso dei negoziati sul contenuto dell'art. 28, alcune delegazioni avevano suggerito di indicare, in maniera più dettagliata, le violazioni della Convenzione. Inoltre, sulla base dell'esperienza dell'*Advisory Service on International Humanitarian Law* della Croce Rossa Internazionale, è stato rilevato come una lista di violazioni penalmente sanzionabili «is essential if a coherent and complete system of criminal repression of war crimes is to be instituted

questa ampia libertà di manovra non è corrisposta un'efficace adesione da parte degli Stati, che si sono invece dimostrati riluttanti all'idea di integrare le proprie legislazioni penali sulla base dell'art. 28; con la conseguenza che la norma è rimasta pressoché lettera morta¹⁵⁶. Ciò, comunque, non va in nessun modo a scalfire il valore dell'art. 28, la cui inclusione nella Convenzione dell'Aja del 1954 è stato un indubbio passo avanti nello sviluppo di un regime di responsabilità penale individuale per la distruzione di beni culturali¹⁵⁷.

4.3 Il Secondo Protocollo

Nonostante il grande successo, in termini di consensi, riscosso dalla Convenzione dell'Aja del 1954, gli anni e le situazioni di conflitto armato verificatesi a partire dalla fine del XX secolo hanno gettato una luce su alcune importanti lacune all'interno del suo dispositivo. A cominciare dallo scarso utilizzo del regime di protezione speciale, che fino a pochi anni fa vedeva l'iscrizione di un solo centro monumentale (la Città del Vaticano) nel Registro¹⁵⁸, l'efficacia della Convenzione è stata messa a dura prova dall'assenza di un meccanismo istituzionale in grado di garantirne l'applicazione nelle situazioni di conflitto armato: questo è risultato evidente specialmente durante la guerra tra Iran e Iraq (1980–1988), nella successiva invasione del Kuwait da parte dell'Iraq (1990–1991), ma soprattutto nel corso delle guerre nei territori dell'ex–Jugoslavia¹⁵⁹ e, in tempi più recenti, nei vari conflitti in Siria, Iraq e nel Mali, che si sono contraddistinti per le incalcolabili perdite e distruzioni di beni culturali¹⁶⁰. Inoltre, la mancanza di un adeguato sistema

worldwide». Citato in J. M. Henckaerts, *New rules for the protection of cultural property in armed conflict. The significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 1999, vol. 81, n. 835, p. 613.

¹⁵⁶ Sul punto si vedano J. Toman, *op. cit.*, pp. 294-295; J. M. Henckaerts, *op. cit.*, p. 613.

¹⁵⁷ Cfr. C. Ehlert, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁸ Ciò è dovuto alle difficoltà della procedura di iscrizione, legate soprattutto alle condizioni decisamente problematiche per ottenerla, come la necessaria distanza di un sito culturale da qualunque potenziale obiettivo militare o centro industriale. Cfr. F. Francioni, *Cultural Heritage*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, Oxford Public International Law, 2020, par. 7.

¹⁵⁹ Nel corso degli eventi bellici che caratterizzarono la dissoluzione della Jugoslavia, le parti belligeranti compirono gravissime azioni distruttive di importanti testimonianze artistiche e culturali, come la distruzione del Ponte di Mostar, il bombardamento del centro storico di Dubrovnik e la devastazione e il saccheggio di Vukovar.

¹⁶⁰ Sul punto si vedano UNESCO, *Information on the implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague 1954; 1995 reports*, Doc.

sanzionatorio, al di là del generico impegno previsto dall'art. 28, ha ulteriormente compromesso il buon funzionamento della Convenzione.

Furono queste mancanze, legate in particolare ai tragici episodi di distruzione occorsi durante la guerra in ex-Jugoslavia, a incentivare la nascita di un movimento internazionale, all'inizio degli anni Novanta, finalizzato al rafforzamento della protezione dei beni culturali soprattutto dagli attacchi armati e dagli atti di distruzione intenzionale, integrando la disciplina della Convenzione dell'Aja del 1954 con l'introduzione di norme più specifiche, dettagliate e stringenti¹⁶¹. Al termine di una lunga serie di riunioni di esperti, nella primavera del 1999 venne convocata all'Aja una conferenza internazionale che si concluse con l'adozione del *Secondo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato* (da qui "Secondo Protocollo/Protocollo del 1999")¹⁶²; si tratta di uno strumento autonomo, dotato di un suo procedimento di ratifica, che non modifica ma integra la Convenzione¹⁶³, completandone le disposizioni e introducendo, tra le altre cose, obblighi nuovi per prevenire danni, anche collaterali, ai beni culturali immobili nello svolgimento delle operazioni militari, e individuando forme speciali di responsabilità penale dell'individuo per le violazioni di questi obblighi¹⁶⁴.

Le novità introdotte dal Protocollo del 1999 sono significative e rafforzano considerevolmente la disciplina generale della Convenzione dell'Aja del 1954, anche se limitatamente agli Stati che lo abbiano ratificato. Innanzitutto, esso estende espressamente la protezione dei beni culturali ai conflitti armati di carattere non internazionale che si svolgono all'interno di uno Stato contraente (art. 22); in questo modo viene superata una delle principali criticità della Convenzione del 1954, i cui limiti si sono resi evidenti proprio in relazione ai conflitti non internazionali, in particolare quelli di stampo interetnico, dove i beni culturali venivano fatti oggetto di

CLT.95/WS/13, dicembre 1995, e il *report* dell'UNESCO, *Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria*, 2014.

¹⁶¹ L'iniziativa era partita da un gruppo di Stati (Italia, Paesi Bassi e Russia), che portò il Consiglio esecutivo dell'UNESCO ad approvare, nel maggio 1993, la Decisione 5.5.1 per l'ampliamento e il rafforzamento della disciplina della Convenzione dell'Aja del 1954. Per approfondimenti sul processo di integrazione della Convenzione, si veda G. J. Tanja, *Recent Developments concerning the Law for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, in *Leiden Journal of International Law*, 1994, vol. 7, n. 1, pp. 115-125.

¹⁶² Adottato il 26 marzo 1999, è entrato in vigore nel 2004.

¹⁶³ Secondo Protocollo, art. 2: «Questo Protocollo integra la Convenzione nei rapporti tra le Parti». Attualmente gli Stati parti del Secondo Protocollo sono 86 (maggio 2023).

¹⁶⁴ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 64.

attacchi mirati in quanto simboli dell'identità della parte avversaria. Per quanto riguarda il rafforzamento degli obblighi di tutela, il Protocollo del 1999 stabilisce che le Parti prendano alcune precauzioni volte a evitare o limitare i danni ai beni culturali in caso di conflitto armato, ad esempio verificando preventivamente che essi non rientrino tra gli obiettivi di azioni militari, assumendo a tal fine ogni possibile misura per evitare che possano riportare danni accidentali per effetto delle azioni belliche (art. 7). Inoltre il Secondo Protocollo sostituisce il regime di protezione speciale dalla Convenzione, risultato insoddisfacente, con un nuovo sistema di "protezione rafforzata" (artt. 10–14), applicato anche in questo caso a beni immobili ritenuti importanti per l'umanità e iscritti in un nuovo registro, la "Lista dei beni culturali sotto protezione rafforzata"¹⁶⁵, il cui controllo è affidato al "Comitato per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato" (art. 11)¹⁶⁶ e istituita per superare le carenze e le difficoltà del Registro dei beni sotto protezione speciale previsto dalla Convenzione¹⁶⁷.

Di particolare rilievo è il regime dell'immunità dei beni culturali soggetti a protezione rafforzata: l'art. 12 del Protocollo, infatti, stabilisce che le Parti in conflitto devono

¹⁶⁵ Ai sensi dell'art. 10 del Protocollo, un bene culturale può essere sottoposto a protezione rafforzata, dunque può essere iscritto nella relativa Lista, se vengono soddisfatte le seguenti condizioni: deve trattarsi di un bene culturale della massima importanza per l'umanità; il bene è protetto da adeguate misure legali ed amministrative nazionali, che riconoscano il suo valore culturale e storico e garantiscano il massimo livello di protezione; esso non è usato per scopi militari e la Parte che ha il controllo sul bene ha fatto una dichiarazione a conferma che non verrà mai utilizzato a tale scopo. Sul tema si veda A. Y. Abdulqawi, L. Caraccioli, *La nozione di 'beni culturali sotto protezione rafforzata' e il ruolo dei Comitati dell'UNESCO per la protezione del patrimonio culturale dalla Convenzione del 1972 al Secondo Protocollo del 1999*, in P. Benvenuti, R. Sapienza (a cura di), *op. cit.*, pp. 55-73.

¹⁶⁶ Il Comitato è composto da 12 esperti governativi, designati per quattro anni dalle Parti contraenti (art. 24). Le funzioni del Comitato sono indicate all'art. 27, e comprendono l'attività di monitoraggio della corretta attuazione del Protocollo, promuovendo l'identificazione del bene culturale sotto protezione rafforzata; inoltre può concedere, sospendere o annullare la protezione rafforzata dei beni culturali, istituendo e mantenendo la Lista dei beni culturali sotto protezione rafforzata; considera inoltre le richieste di assistenza internazionale ai sensi dell'art. 32, e gestisce il Fondo per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato.

¹⁶⁷ Ad oggi risultano iscritti nella Lista dei beni sotto protezione rafforzata 18 siti culturali, appartenenti a 11 Stati: Armenia (il Monastero di Geghard e l'Alta Valle dell'Azat), Azerbaijan (la Città fortificata di Baku, col Palazzo degli Shirvanshah e la Torre della Fanciulla; il Parco archeologico di Gobustan), Belgio (la Casa di Victor Horta; le cave neolitiche di selce a Spiennes; il Museo Plantin-Moretus di Anversa e gli archivi dell'Officina Plantiniana), Cambogia (il sito archeologico di Angkor), Cipro (il Villaggio neolitico di Choirokoitia; le Chiese dipinte nella regione dei monti Troodos; la città di Paphos), Repubblica Ceca (Villa Tugendhat a Brno), Georgia (i monumenti storici di Mtskheta), Italia (Castel Del Monte; la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze; Villa Adriana), Lituania (il sito archeologico di Kernavė), Mali (la Tomba di Askia), Messico (Museo Nazionale di Antropologia). Cfr. UNESCO, *List of Cultural Property under Enhanced Protection*, disponibile *online* all'indirizzo www.unesco.org. Da notare che tutti i beni elencati sono anche iscritti nella *World Heritage List* dell'UNESCO (tranne il Museo Nazionale di Antropologia del Messico, che tuttavia è responsabile della salvaguardia di numerosi siti archeologici messicani iscritti nella WHL), e dunque godono anche della protezione garantita dalla WHC.

astenersi da qualunque azione offensiva contro tali beni, con l'obbligo di non utilizzarli a fini militari o anche solo in appoggio ad azioni militari. Ciò significa che, mentre la deroga della necessità militare continua ad operare per i beni sottoposti a protezione generale, non si applicherebbe invece per quelli soggetti a protezione rafforzata, che dunque godrebbero di una maggiore tutela.

Tuttavia, la novità più importante è sicuramente l'introduzione di un regime dettagliato della responsabilità penale dell'individuo per la violazione degli obblighi stabiliti dal Protocollo, distinguendo tra "violazioni gravi" (art. 15, par. 1), che comprendono gli atti di distruzione estesa o di appropriazione su larga scala dei beni culturali sotto protezione rafforzata, o anche il fatto di servirsene a supporto di operazioni militari¹⁶⁸, e le "altre violazioni" (art. 21), che si riferiscono a qualunque utilizzo di un bene culturale in dispregio delle disposizioni della Convenzione e del Protocollo, compresi gli atti di esportazione e rimozione illecita di beni culturali da un territorio occupato¹⁶⁹. Per quanto riguarda i meccanismi di repressione, con riferimento alle violazioni più gravi, il Protocollo applica il principio della giurisdizione penale universale, poiché consente a qualsiasi Stato di esercitare la propria giurisdizione per reprimere queste infrazioni se il presunto colpevole si trova sul suo territorio, dunque indipendentemente dall'esistenza dei tradizionali criteri di collegamento dati dal *locus commissi delicti* o dalla nazionalità del reo (art. 16, par. 1, lett. c))¹⁷⁰. Inoltre, per le medesime ipotesi di reato, è stabilito che la Parte sul cui territorio si trovi il presunto colpevole è obbligata a procedere alla sua estradizione o, in alternativa, a sottoporre il caso alle proprie autorità competenti, in virtù del principio *aut dedere aut iudicare*¹⁷¹; ciò a riprova, come è stato rilevato in dottrina, di

¹⁶⁸ Secondo Protocollo, art. 15, par. 1: «Commette un'infrazione ai sensi del presente Protocollo chiunque, intenzionalmente e in violazione della Convenzione o del presente Protocollo, compie uno degli atti seguenti: a) fa oggetto di un attacco un bene culturale sotto protezione rafforzata; b) utilizza a sostegno di un'azione militare un bene culturale sotto protezione rafforzata o i suoi immediati dintorni; c) distrugge o si appropria su vasta scala dei beni culturali protetti dalla Convenzione e dal presente Protocollo; d) fa oggetto di un attacco un bene culturale coperto dalla Convenzione e dal presente Protocollo; e) ruba, saccheggia o sottrae beni culturali protetti dalla Convenzione e compie atti di vandalismo contro beni culturali coperti dalla Convenzione».

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 21: «Senza pregiudicare l'articolo 28 della Convenzione, ogni Parte adotta le misure legislative, amministrative o disciplinari che potrebbero essere necessarie per far cessare i seguenti atti se sono commessi intenzionalmente: a) qualsiasi utilizzazione di beni culturali in violazione della Convenzione o del presente Protocollo; b) qualsiasi esportazione, altra rimozione o trasferimento di proprietà illeciti di beni culturali da un territorio occupato, in violazione della Convenzione o del presente Protocollo».

¹⁷⁰ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷¹ Sulla regola *aut dedere aut iudicare* come strumento per la repressione statale dei crimini internazionali, si veda M. C. Bassiouni, E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1995.

una forte volontà di assicurare il perseguimento dei comportamenti incriminati, trattandosi di violazioni che ledono un interesse proprio della Comunità internazionale nel suo complesso¹⁷².

Le novità introdotte dal Secondo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954 sono sicuramente sintomatiche di un nuovo e più deciso approccio che la Comunità internazionale ha sviluppato, nel corso della seconda metà del Novecento, verso la tutela dei beni culturali. La presenza di un sistema rafforzato di protezione, di obblighi più precisi e soprattutto di meccanismi di incriminazione delle violazioni di tali obblighi, soprattutto quando commesse in maniera intenzionale, sono tutti segnali di una sempre maggiore e più concreta attenzione verso i beni culturali, ormai annoverati tra i *common goods* della comunità globale meritevoli di essere salvaguardati nell'interesse dell'umanità nel suo complesso. Del resto, l'entrata in scena del Secondo Protocollo si inserisce in un momento molto importante del processo di sviluppo del diritto internazionale in materia, dove al concetto di "bene culturale" è ormai subentrata pienamente la nozione di "patrimonio culturale" introdotta dalla Convenzione UNESCO del 1972, con conseguenze decisive rispetto alla sua identificazione e ai relativi meccanismi di protezione, che proprio nel corso degli anni Novanta si stavano avviando verso la tutela delle forme intangibili della cultura. Questa visione più organica e complessa del patrimonio culturale e della necessità di proteggerlo in quanto strumento dell'identità di un popolo, ulteriormente avvalorata dai tragici episodi di distruzione dei beni culturali avvenuti nel corso delle guerre nell'ex-Jugoslavia, si manifesta perfettamente nell'impostazione normativa del Protocollo del 1999, capace di aggiornare ai nuovi tempi e alle nuove sensibilità i meccanismi originari della Convenzione dell'Aja del 1954. E anche l'esclusione della deroga della necessità militare, perlomeno con riguardo ai beni culturali soggetti a protezione rafforzata, non fa altro che confermare la presa d'atto, da parte dei negoziatori del Protocollo, dell'importanza che la salvaguardia di certi beni riveste per l'intera umanità, nonché la tendenza verso il progressivo riconoscimento del patrimonio culturale come "valore fondamentale" della comunità internazionale¹⁷³.

¹⁷² *Ibid.* Si veda anche U. Leanza, *Il rafforzamento della tutela internazionale*, cit., p. 2061.

¹⁷³ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 65-66.

5. Verso la nozione di “patrimonio culturale”

L'introduzione del concetto di “bene culturale” nel lessico giuridico internazionale da parte della Convenzione dell'Aja del 1954 è stato senza dubbio un momento chiave nell'evoluzione di questa disciplina. Ciò ha permesso, infatti, di individuare con chiarezza certe categorie di beni non per il loro valore economico o di mercato, ma in virtù del loro intrinseco valore culturale, che li rende parte di un patrimonio universale. Questo è reso evidente dal linguaggio utilizzato nel celebre passaggio contenuto nel Preambolo della Convenzione, dove si afferma che «i danni arrecati ai beni culturali [...] costituiscono danno al *patrimonio culturale dell'umanità intera*, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale», che anticipa quelli che saranno i successivi sviluppi rappresentati dal passaggio al concetto più complesso di “patrimonio culturale”, in grado di trascendere il carattere materiale di ciò che deve essere protetto, e che comprende beni senza proprietà la cui conservazione è tuttavia necessaria perché rappresenta un interesse generale della Comunità internazionale¹⁷⁴.

Negli anni successivi all'adozione della Convenzione dell'Aja del 1954, l'espressione “bene culturale” è apparsa in altri strumenti giuridici internazionali, sia a carattere vincolante che di *soft law*. Il più importante tra questi è sicuramente la *Convenzione concernente le misure da adottare per impedire e vietare l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali*, adottata dall'UNESCO nel 1970; anche qui, il significato assegnato al concetto di bene culturale non si fonda sugli interessi e i diritti dei privati, ma di nuovo sull'interesse generale della Comunità internazionale alla conservazione e protezione dei beni culturali dal rischio di perdita e dispersione a causa del traffico illecito. Tale aspetto emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 1 della Convenzione del 1970, che considera “beni culturali” «i beni che, a titolo religioso o profano, sono designati da ciascuno Stato come importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza»¹⁷⁵. Inoltre,

¹⁷⁴ Cfr. F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 226.

¹⁷⁵ L'art. 1 della Convenzione UNESCO del 1970 indica nei particolari le categorie di beni mobili che rientrano nella definizione fornita: «a) collezione ed esemplari rari di flora e fauna, di mineralogia e di anatomia; oggetti che rappresentino un interesse paleontologico; b) i beni riguardanti la storia, ivi compresa la storia della scienza e della tecnica, la storia militare e sociale nonché la vita dei leaders, dei pensatori, degli scienziati e degli artisti nazionali e gli avvenimenti di importanza nazionale; c) il prodotto di scavi archeologici (regolari e clandestini) e di scoperte archeologiche; d) gli elementi provenienti dallo smembramento di monumenti artistici o storici e da luoghi archeologici; e) oggetti d'antiquariato che abbiano più di cento anni quali le iscrizioni, le monete e i sigilli incisi; f) materiale

sulla base dei criteri per l'interpretazione dei trattati indicati dalla *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*¹⁷⁶, anche il contesto, lo scopo e l'oggetto della Convenzione del 1970 forniscono argomenti decisamente persuasivi in tal senso, e confermano che il significato attribuito dall'Accordo all'espressione "bene culturale" va oltre i titoli di proprietà privata, ma si apre all'idea più ampia di "patrimonio". La Convenzione, infatti, si fonda sul riconoscimento, da parte degli Stati, della gravità del fenomeno del traffico illecito di beni culturali, che rappresenta «una delle cause principali di impoverimento del patrimonio culturale dei paesi d'origine di questi beni» (art. 2, par. 1), da cui nasce la necessità di istituire un sistema di cooperazione internazionale in grado di prevenire tale fenomeno e agevolare le restituzioni dei beni sottratti. Per questo motivo «gli Stati partecipanti s'impegnano a combattere tali pratiche con i mezzi di cui dispongono, in particolare sopprimendo le cause, interrompendo il loro svolgersi e aiutando ad effettuare le necessarie riparazioni» (art. 2, par. 2), ad esempio attraverso l'adozione di una specifica regolamentazione nazionale, la creazione di appositi inventari e di servizi nazionali per la gestione del patrimonio culturale e l'introduzione di certificati di esportazione¹⁷⁷. Inoltre, il fatto che a ricadere nell'ambito di applicazione della Convenzione non siano i beni di individui privati, ma quelli acquisiti da musei o istituzioni analoghe quando tali beni

etnologico; g) i beni d'interesse artistico quali: i) quadri, pitture e disegni fatti interamente a mano su qualsiasi supporto e con qualsiasi materiale (esclusi i disegni industriali e i prodotti manufatti decorati a mano), ii) opere originali di arte statuaria e di scultura in qualunque materiale, iii) incisioni, stampe e litografie originali, iv) assemblaggi e montaggi artistici originali, in qualunque materiale; h) manoscritti rari e incunaboli, libri, documenti e pubblicazioni antichi d'interesse particolare (storico, artistico, scientifico, letterario, ecc.) isolati o in collezioni; i) francobolli, marche da bollo e simili, isolati o in collezione; j) archivi, compresi gli archivi fonografici, fotografici e cinematografici; k) oggetti di mobilia aventi più di cento anni e strumenti musicali antichi».

¹⁷⁶ Adottata a Vienna il 22 maggio 1969 ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980. Le regole generali per l'interpretazione dei trattati sono indicate all'art. 31: «1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo. 2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato. 3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti. 4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti». L'art. 32 (*Mezzi complementari di interpretazione*) stabilisce inoltre che si può fare riferimento ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, sia per confermare il significato raggiunto dall'applicazione delle regole previste dall'art. 31, sia nel caso in cui tale significato risulti ancora incerto o poco verosimile.

¹⁷⁷ Per un elenco delle misure che gli Stati devono adottare per prevenire e reprimere il traffico illecito di beni culturali, si vedano gli artt. 5–7 della Convenzione UNESCO del 1970.

siano stati illecitamente esportati dallo Stato di origine, oppure «rubati in un museo o in un monumento pubblico civile o religioso, o in una istituzione simile»¹⁷⁸, non fa che ribadire la natura “pubblicistica” della tutela dei beni culturali prevista dalla Convenzione, sia per quanto riguarda l’interesse dello Stato d’origine a mantenere intatto il proprio patrimonio culturale, sia con riferimento all’impegno del Paese di importazione a cooperare nella prevenzione e soppressione del traffico illecito di beni culturali¹⁷⁹.

Oltretutto, la prassi seguita dall’UNESCO negli anni precedenti e successivi alla Convenzione del 1970 appare del tutto in linea con questa impostazione, ad ulteriore conferma di come l’espressione “bene culturale” venga costantemente utilizzata oltre l’interesse privato del singolo possessore, ma per invocare valori collettivi, ossia l’interesse dello Stato di appartenenza e della Comunità internazionale nel prevenire la perdita di questi beni. Ad esempio, nella *Raccomandazione sui principi internazionali applicabili agli scavi archeologici*, adottata dalla Conferenza generale dell’UNESCO nel 1956¹⁸⁰, viene posta grande enfasi sul valore che la scoperta di reperti archeologici riveste non solo per lo Stato territoriale, ma per l’intera Comunità internazionale, poiché rappresenta sempre un immenso arricchimento intellettuale e una grande opportunità di avvicinamento e dialogo tra i popoli («Convinced that the feelings aroused by the contemplation and study of works of the past do much to foster mutual understanding between nations, and that it is therefore highly desirable to secure international co-operation with regard to them and to further, in every possible way, the fulfilment of their social mission»)¹⁸¹. Anche la *Raccomandazione sulla salvaguardia della bellezza e del carattere dei paesaggi e dei siti* del 1962¹⁸², oltre a evidenziare il valore estetico e culturale dei paesaggi naturali (la Raccomandazione parla di «aesthetic value of landscapes and sites, natural or man-made, and the cultural and scientific importance of wild life»), ne riconosce anche l’immensa forza spirituale, capace di ispirare la vita culturale e artistica dei popoli («on account of their beauty and character, the safeguarding of landscapes and sites [...] is necessary to the life of men for whom they represent a powerful physical,

¹⁷⁸ Convenzione UNESCO del 1970, art. 7, lett. a) e b).

¹⁷⁹ Cfr. F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 227.

¹⁸⁰ UNESCO, *Recommendation on International Principles Applicable to Archeological Excavations*, Doc. 9 C/Resolutions, Nuova Delhi, 5 dicembre 1956.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² UNESCO, *Recommendation concerning the Safeguarding of the Beauty and Character of Landscapes and Sites*, Doc. 12 C/Resolutions, Parigi, 11 dicembre 1962.

moral and spiritual regenerating influence»)¹⁸³; e nonostante il suo carattere non vincolante, la Raccomandazione UNESCO del 1962 ha dato un impulso significativo all'evoluzione del diritto internazionale in materia di beni culturali, configurando non solo la necessità di una protezione congiunta della cultura e dell'ambiente naturale come due elementi imprescindibili per il benessere dell'umanità, ma anche anticipando in maniera evidente la categoria dei "paesaggi culturali", che sarà introdotta successivamente dalla Convenzione UNESCO sul Patrimonio Mondiale. Proseguendo nella ricostruzione della prassi seguita dall'UNESCO all'inizio del suo mandato per rafforzare il valore universale dei beni culturali, tracciando il percorso che porterà alla nozione di "patrimonio culturale", nel 1968 è stata adottata la *Raccomandazione concernente la conservazione dei beni culturali minacciati da lavori pubblici o privati*¹⁸⁴. Quest'ultima, oltre a ricordare che la civiltà contemporanea poggia sulle tradizioni culturali del passato e sulla forza creatrice dell'umanità¹⁸⁵, si rivolge agli Stati invitandoli a salvaguardare i beni culturali, il cui valore trascende l'oggetto materiale in quanto tale, ma è piuttosto «[...] the product and witness of the different traditions and of the spiritual achievements of the past and thus is an essential element in the personality of the peoples of the world»¹⁸⁶, e che rende tali beni dei "tesori dell'umanità" (*treasures of mankind*).

Anche successivamente all'adozione della Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972, vero momento di rottura all'interno della disciplina internazionale per la protezione della cultura, l'espressione "bene culturale" è apparsa in altre due raccomandazioni dell'UNESCO, che hanno ulteriormente contribuito a metterne in luce la varietà dei significati, del resto già completamente sdoganata dall'introduzione del concetto di "patrimonio culturale" ad opera della WHC: la *Raccomandazione concernente lo scambio internazionale di beni culturali* del 1976¹⁸⁷ che, riprendendo i concetti introdotti dalla WCH, sottolinea il valore del bene culturale come fonte di arricchimento della diversità dei popoli, e ribadisce in tal senso la responsabilità degli Stati non solo nei confronti dei propri cittadini, ma verso

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ UNESCO, *Recommendation concerning the Preservation of Cultural Property endangered by Public or Private Works*, Doc. 15 C/Resolutions, Parigi, 19 novembre 1968.

¹⁸⁵ *Ibid.*, Preambolo: «Considering that contemporary civilization and its future evolution rest upon, among other elements, the cultural traditions of the peoples of the world, their creative force and their social and economic development [...]».

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ UNESCO, *Recommendation concerning the International Exchange of Cultural Property*, Doc. 19 C/Resolutions, Nairobi, 26 novembre 1976.

tutta la Comunità internazionale, poiché tutti i beni culturali sono parte del patrimonio culturale dell'umanità, senza distinzione¹⁸⁸. Ma è stata soprattutto la *Raccomandazione per la protezione del patrimonio culturale mobile* del 1978¹⁸⁹ a fornire il contributo più significativo nell'identificazione della complessità del significato di bene culturale, facendone risaltare il valore storico e il suo ruolo fondamentale nell'ambito della ricerca scientifica. In base alla Raccomandazione del 1978, infatti, «“movable cultural property” shall be taken to mean all movable objects which are the expression and testimony of human creation or of the evolution of nature and which are of archaeological, historical, artistic, scientific or technical value and interest [...]»¹⁹⁰.

Alla luce di questa analisi, appare evidente come, a partire dalla Convenzione dell'Aja del 1954, la nozione giuridica di “bene culturale” abbia conosciuto una profonda e continua evoluzione, che ne ha portato alla luce gli elementi di interesse generale sia a livello nazionale che internazionale. Ciò ha reso il passaggio alla nozione di bene culturale inteso come “patrimonio”, se non proprio scontato e inevitabile, quantomeno più logico e naturale. E ci fa capire come l'adozione del successivo e più importante strumento multilaterale dell'UNESCO, la Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972, da un lato abbia segnato l'inizio di un nuovo approccio internazionale alla tutela della cultura, fondato sul principio secondo cui i beni culturali costituiscono un patrimonio comune che gli Stati devono proteggere, non solo dalle guerre ma da qualunque fenomeno ne minacci l'integrità; ma dall'altro sia stata il risultato di un lungo e articolato processo (politico, giuridico e culturale), dal quale è scaturita una nuova coscienza internazionale che ha elevato la cultura a fattore determinante per il perseguimento di alcuni obiettivi fondamentali, come il dialogo pacifico tra i popoli e la promozione dei diritti umani.

6. Cenni introduttivi sulla Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972

¹⁸⁸ *Ibid.*, II. Measures Recommended, par. 2: «Bearing in mind that all cultural property forms part of the common cultural heritage of mankind and that every State has a responsibility in this respect, not only towards its own nationals, but also to the international community as a whole [...]».

¹⁸⁹ UNESCO, *Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property*, Doc. 20 C/Resolutions, Parigi, 28 novembre 1978.

¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 1, lett. a).

Come già anticipato nei paragrafi precedenti, la Convenzione sul Patrimonio Mondiale adottata dall'UNESCO nel 1972 (da qui in avanti "Convenzione del 1972/WHC") occupa una posizione speciale nel quadro giuridico internazionale dedicato alla protezione della cultura; in un certo senso, rappresenta il punto di arrivo (o la punta di diamante) di un certo approccio condiviso verso l'identificazione, la valorizzazione e la trasmissione alle generazioni future di ciò che tutta l'umanità considera "fondamentale e universale", che si tratti di un bene culturale o naturale. E allo stesso tempo, segna l'inizio di una nuova sensibilità e di una nuova attitudine internazionale verso la cultura.

Esistono fondamentalmente tre ragioni per le quali la WHC è ancora oggi un punto di riferimento imprescindibile, non solo nel sistema UNESCO: innanzitutto l'adesione pressoché unanime che essa ha ricevuto nel corso degli anni, dal momento che oggi conta 195 Stati parti. Praticamente l'intera Comunità internazionale; e questo è un dato che ci permette di affermare, senza alcun dubbio, che la WHC è un accordo realmente universale e che alcuni suoi principi, come riconosciuto dalla dottrina più autorevole, fanno parte del diritto internazionale consuetudinario¹⁹¹. Motivo per cui il riferimento alla Comunità internazionale nel suo insieme, quando si parla di proteggere e valorizzare i patrimoni dell'umanità, «cessa di essere una pura finzione giuridica per divenire una realtà a livello politico e istituzionale»¹⁹². In secondo luogo, la disciplina introdotta dalla WHC ha un carattere fortemente innovativo, poiché raccoglie in un unico strumento i beni culturali e naturali di eccezionale valore universale, la cui protezione non può essere demandata ad un singolo Stato, ma chiama in gioco la responsabilità di tutta la Comunità internazionale. Come infatti affermato dallo scienziato RALPH O. SLATYER:

«[T]he philosophy behind the Convention is straightforward: there are some parts of the world's natural and cultural heritage which are so unique and scientifically important to the world as a whole that their conservation and

¹⁹¹ Cfr. F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas*, cit., p. 635; R. O'Keefe, *World Cultural Heritage: Obligations To The International Community As A Whole?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n. 1, pp. 189-209, in particolare pp. 207-208.

¹⁹² F. Francioni, *La protezione internazionale*, cit., p. 24.

protection for present and future generations is not only a matter of concern for individual nations but for the international community as well»¹⁹³

Infine, la WHC ha contribuito alla rilettura e rielaborazione del concetto di “bene culturale”, spianando la strada alla sua dinamica evoluzione nel concetto, più ricco e completo, di “patrimonio culturale”; si tratta di un’espressione che suggerisce (soprattutto nella sua versione inglese “*cultural heritage*”) la presenza di una eredità costituita non solo da elementi materiali, ma anche da quei valori intangibili (religiosi, spirituali, simbolici) che nel bene materiale trovano un veicolo e una rappresentazione¹⁹⁴.

6.1 *Le origini storico-giuridiche della Convenzione*

Nonostante la WHC incarnò perfettamente lo spirito del suo tempo, riflettendo lo *zeitgeist* di un’epoca, in particolare per quanto riguarda la nuova sensibilità globale verso lo sviluppo urbano e il degrado ambientale¹⁹⁵, l’idea dell’esistenza di un “patrimonio culturale comune” e di una cooperazione internazionale impegnata a proteggerlo aveva iniziato a farsi strada, come si è visto nel precedente capitolo, fin dai tempi della Società delle Nazioni, specialmente tra gli anni Venti e Trenta¹⁹⁶. La *Carta di Atene per il restauro dei monumenti storici* del 1931, infatti, conteneva già i semi di questa idea, laddove si affermava che la conservazione dei beni artistici ed archeologici costituisce una priorità della comunità degli Stati («[...] the conservation of the artistic and archaeological *property of mankind* is one that interests the community of the States, which are wardens of civilisation») ¹⁹⁷; questo a ulteriore conferma di come la cooperazione intellettuale sotto la Società delle Nazioni avesse già gettato le basi per molte azioni successive dell’UNESCO, compresa la protezione del patrimonio dell’umanità, promuovendo «[...] the idea of a common heritage of humankind deserving of international conservation through international cooperation and collaboration – a style and an idea that were to feature again when

¹⁹³ R. O. Slayter, *The Origin and Evolution of the World Heritage Convention*, in *Ambio*, 1983, vol. 12, n. 3/4, p. 138.

¹⁹⁴ Si veda F. Francioni, *World Cultural*, cit., p. 251. Si veda anche M. Frigo, *Cultural Property*, cit., pp. 367-378.

¹⁹⁵ Cfr. C. Cameron, M. Rössler, *op. cit.*, p. 1.

¹⁹⁶ Si veda il Cap. 1, par. 8.1.

¹⁹⁷ *Athens Charter*, Principle VII(a).

the functions of the League were taken over by UNESCO in December 1946. From these origins came the development of the World Heritage Convention»¹⁹⁸.

Naturalmente, l'interesse verso la protezione di beni provvisti di uno speciale valore culturale tornò a guadagnare spazio nell'agenda internazionale dopo la Seconda Guerra Mondiale, come parte importante di quella generale e diffusa reazione degli Stati alle drammatiche perdite culturali avvenute durante l'ultimo conflitto. È in questo periodo che la Comunità internazionale inizia a prendere coscienza dei pericoli, al di fuori dei conflitti armati, che minacciano la preservazione di luoghi unici dal punto di vista storico e culturale; in particolare, la sempre più diffusa e inarrestabile industrializzazione, unita allo sviluppo urbano delle città, rivelano un indice di rischio fino a quel momento ignorato, in particolare per la sopravvivenza degli ecosistemi e dei monumenti. Gli anni tra il 1950 e il 1970 furono un laboratorio eccezionale per la cooperazione internazionale nella protezione dei beni culturali, sotto la guida e il coordinamento dell'UNESCO. Sono infatti gli anni delle prime, straordinarie campagne UNESCO per il salvataggio dei grandi capolavori dell'archeologia e dell'antichità dal rischio di sparizione, e che hanno preparato il terreno per l'adozione della WHC, rafforzando il senso di partecipazione e coesione politica tra gli Stati. L'iconica campagna internazionale per il salvataggio dei monumenti nubiani ad Abu Simbel e a Philae (1960–1968), in Egitto, dal rischio di sommersione a causa della costruzione della Grande Diga di Assuan è ancora oggi considerata, universalmente, uno degli eventi che ha portato all'adozione della WHC¹⁹⁹. Come ricordato in dottrina, questa operazione, costata ottanta milioni di

¹⁹⁸ S. Titchen, *op. cit.*, p. 35.

¹⁹⁹ Più precisamente, l'approvazione nel 1954 da parte del governo egiziano del progetto per la costruzione della Grande Diga di Assuan (il piano di *Saad El Aali*) richiamò l'attenzione della Comunità internazionale sui danni che un grande progetto pubblico può arrecare al patrimonio culturale. La realizzazione dell'opera, infatti, avrebbe procurato significativi benefici all'industria e all'agricoltura egiziane, ma sarebbe stata possibile solo al prezzo della sparizione di tutti i monumenti e i siti archeologici presenti nella zona interessata dai lavori, a causa dell'innalzamento delle acque del Nilo e il conseguente allagamento della Nubia, una regione celebre per il suo straordinario patrimonio culturale, tra cui il celebre Tempio di Ramses II ad Abu Simbel e il Santuario di Iside a Philae. A causa delle insistenti pressioni dell'opinione pubblica mondiale, l'UNESCO avviò una campagna internazionale per il salvataggio dei beni culturali esposti al rischio di sommersione. Grazie all'impegno comune e all'entusiasmo con cui la Comunità internazionale rispose all'appello, venne attuato in tempi eccezionalmente rapidi un complesso piano ingegneristico per smantellare i monumenti presenti e ricostruirli in un punto più alto della valle. A tal riguardo, l'UNESCO istituì nel 1962 un organo apposito, l'*Executive Committee of the International Campaign to Save the Monuments of Nubia*, con il compito di vigilare sull'esecuzione dei piani di recupero. I costi dell'operazione (cui presero parte anche ingegneri italiani) furono sostenuti sia dai governi egiziano e sudanese, sia dai contributi volontari offerti dagli Stati e dalle associazioni coinvolte. Sul punto, si veda il contributo di G. Canino, *Il ruolo svolto dall'UNESCO nella tutela del patrimonio mondiale*

dollari e fortemente sostenuta dall'allora Direttore generale dell'UNESCO, RENÉ MAHEU, «ebbe il merito di mostrare al mondo l'importanza della solidarietà e della responsabilità condivisa tra Stati per la tutela dei siti culturali che rivestono un'importanza fondamentale per l'umanità»²⁰⁰. Inoltre conferì grande prestigio e visibilità all'UNESCO, consolidando la sua *leadership* nel campo della cultura e inaugurando una lunga tradizione di campagne internazionali destinate alla protezione e al ripristino di siti e monumenti in pericolo²⁰¹. Tra queste riveste una particolare importanza la campagna avviata nel 1966, dopo che una tempesta di eccezionale portata aveva devastato il nord Italia provocando l'inondazione di Venezia e Firenze, con gravi perdite umane e distruzioni materiali, compreso il danneggiamento di numerosi beni culturali; anche in questo caso, l'UNESCO lanciò un appello alla solidarietà internazionale, che sfociò in una mobilitazione generale per il salvataggio di Venezia e per il recupero dei beni culturali fiorentini danneggiati. Ed è interessante sottolineare come, all'interno dei documenti e delle comunicazioni che accompagnavano queste iniziative dell'UNESCO, si respirasse già una retorica ed un linguaggio che avrebbero successivamente trovato consacrazione nella Convenzione del 1972; in particolare nei continui riferimenti ai beni culturali come “tesori e ricchezze” di proprietà sì degli Stati, ma la cui salvaguardia è un dovere che riguarda tutte le nazioni del mondo²⁰².

L'avvio di nuove campagne per la salvaguardia dei beni a rischio non si svolse all'interno di un vuoto giuridico, ma fu accompagnato da un progressivo rafforzamento dell'attività normativa concernente la protezione, la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali immobili. A partire dalla IX sessione della Conferenza generale UNESCO (1960), durante la quale venne proposta l'adozione di una raccomandazione dedicata alla salvaguardia della bellezza dei siti, compresi i

culturale e naturale, in M. C. Ciciriello (a cura di), *op. cit.*, p. 58 ss.; ma anche A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 25-26; M. Komurcu, *Cultural Heritage Endangered by Large Dams and Its Protection under International Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2001, vol. 20, n. 2, pp. 233-296.

²⁰⁰ A. Vigorito, *op. cit.*, p. 26. Si veda anche UNESCO, *Records of the General Conference eleventh session*, Parigi, 1961, p. 51.

²⁰¹ Cfr. C. Maurel, *Histoire de l'UNESCO - les trente premières années. 1945-1974*, L'Harmattan, Parigi, 2010, p. 287.

²⁰² Basta citare le parole con cui, nel 1966, il Direttore generale René Maheu motivava la Comunità internazionale a intervenire per salvare Firenze e Venezia dall'alluvione: «Each one of us knows himself to be a member of the family of Man. How then could anyone of us remain indifferent to the fate of these most precious jewels of our common human heritage?». In *Appeal of 2nd December 1966 by René Maheu, the Director-General of UNESCO, at the opening of the international campaign for Venice and Florence*, 2 dicembre 1966, disponibile all'indirizzo www.unesco.org.

paesaggi («[...] the safeguarding of the beauty and character of sites as well as of the landscape») ²⁰³, l'attenzione verso la tutela giuridica internazionale della cultura iniziò a svilupparsi in un senso più olistico, fondato su un radicale cambiamento di pensiero verso i beni culturali che avrebbe condizionato l'intera prassi dell'UNESCO negli anni a venire. Per la prima volta, l'idea della conservazione in quanto tale, che era stata al centro delle politiche di tutela nei decenni precedenti, fu rimpiazzata da un nuovo concetto che vedeva nei monumenti culturali e nei siti non più un insieme di beni da proteggere passivamente, ma realtà provviste di un valore per il loro ruolo sociale ed economico. Finalmente il patrimonio culturale veniva riconosciuto come parte integrante e attiva del contesto sociale, specialmente quello urbano; si trattava di una prospettiva totalmente innovativa, che portava a un nuovo livello la sfida per la preservazione di un patrimonio monumentale statico in un ambiente in continua evoluzione ²⁰⁴. Contemporaneamente iniziava ad affermarsi l'idea di considerare gli aspetti culturali anche delle aree naturali, sempre in un'ottica sociale trasversale, focalizzata su tutti gli elementi essenziali per la vita di una comunità.

L'azione normativa dell'UNESCO, nel corso degli anni Sessanta, fu la prova di questo nuovo approccio, che spianò la strada verso l'adozione di un nuovo strumento pattizio. Oltre alla già citata Raccomandazione sulla tutela della bellezza del paesaggio (1962), dove si riconosceva il valore culturale dei paesaggi naturali e il loro legame spirituale con le comunità umane ²⁰⁵, nel 1964 venne adottata la *Carta internazionale sulla conservazione ed il restauro dei monumenti e dei siti* (conosciuta come *Carta di Venezia*) ²⁰⁶, un codice internazionale che doveva servire da guida per le buone pratiche di conservazione. La Carta evoca il concetto di patrimonio comune ²⁰⁷, spingendo l'interesse verso la protezione di monumenti oltre il loro valore

²⁰³ Conferenza generale UNESCO, *Resolution 11/C4.413*, in *Records of the General Conference eleventh session*, Parigi, 1960, p. 51.

²⁰⁴ Cfr. C. Cameron, M. Rössler, *op. cit.*, p. 12.

²⁰⁵ Si veda il par. 5 del presente capitolo.

²⁰⁶ La Carta è stata adottata nel corso del II° Congresso internazionale degli architetti e dei tecnici dei monumenti storici (Venezia, 1964). L'UNESCO prese parte all'adozione del documento, grazie alla presenza del Direttore generale René Maheu durante la sessione di apertura e alla partecipazione dell'allora capo del Settore Cultura dell'Organizzazione, Hiroshi Daifuku. Si veda R. V. Keune, *An interview with Hiroshi Daifuku*, in *CRM: The Journal of Heritage Stewardship*, 2011, vol. 8, n. 1/2, pp. 31-45.

²⁰⁷ Carta di Venezia, Preambolo: «Le opere monumentali dei popoli, recanti un messaggio spirituale del passato, rappresentano, nella vita attuale, la viva testimonianza delle loro tradizioni secolari. L'umanità, che ogni giorno prende atto dei valori umani, le considera *patrimonio comune*, riconoscendosi responsabile della loro salvaguardia di fronte alle generazioni future. Essa si sente in dovere di trasmetterle nella loro completa autenticità». Corsivo aggiunto.

specifico, considerandoli all'interno del contesto urbano e rurale; a tal proposito, fornisce una definizione di "monumento storico" dove si afferma, molto chiaramente, che esso «[...] comprende tanto la creazione architettonica isolata quanto l'ambiente urbano o paesistico che costituisca la testimonianza di una civiltà particolare, di un'evoluzione significativa o di un avvenimento storico. Questa nozione si applica non solo alle grandi opere ma anche alle opere modeste che, con il tempo, abbiano acquistato un significato culturale»²⁰⁸. Tuttavia, pur esprimendo la volontà di considerare, nelle pratiche di restauro, anche le nuove esigenze sociali, la Carta dà la precedenza ai valori storici ed estetici, che devono sempre guidare la conservazione di un bene culturale immobile²⁰⁹. Inoltre, contestualmente alla Carta di Venezia, su iniziativa dell'UNESCO venne adottata una risoluzione per l'istituzione del Consiglio Internazionale dei Monumenti e dei Siti (*International Council of Monuments and Sites* – ICOMOS), una nuova organizzazione non governativa espressamente impegnata nella individuazione e preservazione di quei monumenti storici riconosciuti come "patrimonio mondiale". Si legge infatti chiaramente nel testo della risoluzione «[...] the necessity of creating such an organisation [comes from the need] to coordinate international effort for the preservation and the appreciation of the *world heritage of historic monuments*»²¹⁰. E la presenza dell'espressione "patrimonio mondiale di monumenti storici" sembrava presagire il ruolo centrale che avrebbe avuto l'ICOMOS nel sistema di protezione introdotto dalla Convenzione del 1972, in qualità di organismo consultivo del Comitato per il Patrimonio Mondiale (*World Heritage Committee*) nel processo di valutazione dei beni culturali proposti dagli Stati all'iscrizione nella Lista del Patrimonio Mondiale (*World Heritage List* – WHL)²¹¹.

²⁰⁸ *Ibid.*, art. 1.

²⁰⁹ Lo si deduce, in particolare, dalla definizione di "restauro" (art. 9), focalizzata sugli obiettivi e le esperienze richieste: «Il restauro è un processo che deve mantenere un carattere eccezionale. Il suo scopo è di conservare e di rivelare i valori formali e storici del monumento e si fonda sul rispetto della sostanza antica e delle documentazioni autentiche. Il restauro deve fermarsi, dove ha inizio l'ipotesi: qualsiasi lavoro di completamento, riconosciuto indispensabile per ragioni estetiche e teoriche, deve distinguersi dalla progettazione architettonica e dovrà recare il segno della nostra epoca. Il restauro sarà sempre preceduto e accompagnato da uno studio archeologico e storico del monumento».

²¹⁰ Congresso internazionale degli architetti e dei tecnici dei monumenti storici, *Resolution concerning the creation of an international non-governmental organization for monuments and sites*, Venezia, 1964. Corsivo aggiunto.

²¹¹ Il ruolo dell'ICOMOS all'interno del sistema creato dalla WHC è disciplinato ai parr. 34-35 delle *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention* (Doc. WHC.23/01, ultima versione 24 settembre 2023). Ai sensi del par. 34: «ICOMOS (the International Council on Monuments and Sites) is a non-governmental organization with headquarters in Charenton-le-Pont, France. Founded in 1965, its role is to promote the application of theory, methodology and scientific

Ad ogni modo, uno dei contributi più importanti in vista della creazione di un sistema internazionale dedicato alla protezione dei monumenti e dei siti culturali arrivò nel 1965, in occasione della Conferenza sulla cooperazione internazionale tenutasi a Washington, con la proposta da parte del Presidente del Consiglio sulla qualità ambientale (*Council on Environmental Quality*), RUSSELL E. TRAIN, di istituire un fondo per il patrimonio mondiale (*World Heritage Trust*), ossia un fondo finanziario «[...] that would be responsible to the world community for the stimulation of international cooperative efforts to identify, establish, develop, and manage the world's superb natural and scenic areas and historic sites for the present and future benefit of the entire world citizenry»²¹². La proposta di Train, che metteva sullo stesso piano la protezione del patrimonio culturale e quella del patrimonio naturale²¹³, venne accolta con entusiasmo non solo dall'UNESCO, che si premurò di inserirla all'interno dei propri programmi, ma anche dall'Unione Mondiale per la Conservazione della Natura (*International Union for Conservation of Nature – IUCN*), un'organizzazione non governativa fondata nel 1948, operante nel campo della salvaguardia e dell'uso sostenibile delle risorse naturali; quest'ultima si attivò subito con grande sollecitudine per promuovere l'adozione di una nuova convenzione internazionale per la salvaguardia di alcuni parchi naturali percepiti come tesori meritevoli di protezione nell'interesse dell'umanità, in quanto habitat di diverse specie in via di estinzione.

Nello stesso periodo e con un percorso parallelo, ma disgiunto, iniziavano i lavori per l'adozione di un nuovo strumento pattizio. Nel corso della XIV sessione della Conferenza generale dell'UNESCO (1966), venne dato incarico al Direttore generale di elaborare un progetto di convenzione riguardante la protezione internazionale dei monumenti e dei siti culturali («[...] to study the possibility of arranging an

techniques to the conservation of the architectural and archaeological heritage. Its work is based on the principles of the 1964 International Charter on the Conservation and Restoration of Monuments and Sites (the Venice Charter). 35: The specific role of ICOMOS in relation to the Convention includes: evaluation of properties nominated for inscription on the World Heritage List, monitoring the state of conservation of World Heritage cultural properties, reviewing requests for International Assistance submitted by States Parties, and providing input and support for capacity building activities».

²¹² *Remarks of the Honourable Russell E. Train*, Venezia, 16 novembre 2002, consultabile online all'indirizzo www.unesco.org. Si veda anche R. L. Meyer, *Travaux Préparatoires for the UNESCO World Heritage Convention*, in *Earth Law Journal*, 1976, vol. 2, pp. 45-81.

²¹³ Va detto che la proposta statunitense venne rielaborata come bozza di un nuovo accordo intitolato *World Heritage Trust Convention*. Per il testo, si veda UNESCO, *International Regulations for the Protection of Monuments, Groups of Buildings and Sites*, Doc. SHC/MD/18 Add.1, Parigi, 10 marzo 1972.

appropriate system of international protection, at the request of the States concerned, for a few of the monuments that form an integral part of the cultural heritage of mankind, [and also] to co-ordinate and secure the international adoption of appropriate principles and scientific, technical and legal criteria for the protection of cultural property, monuments and sites»²¹⁴. E fu grazie alla convergenza di queste diverse forze (quelle impegnate nella tutela dei beni culturali, e quelle invece più attive sul piano ambientale) che iniziò a prendere forma, in seno all'UNESCO, l'idea di pervenire ad un accordo che combinasse la protezione del patrimonio culturale e del patrimonio naturale.

In risposta all'incarico che gli era stato assegnato, nel corso della XVI sessione della Conferenza generale del 1970 il Direttore generale presentò un documento intitolato *Preliminary Study on the Legal and Technical Aspects of a Possible International Instrument for the Protection of Monuments and Sites of Universal Value*, dove si salutava con grande interesse la creazione di un nuovo sistema di regole internazionali per la protezione di monumenti e siti di valore universale²¹⁵. Le attività di studio e ricerca così intraprese culminarono nell'elaborazione di un progetto di convenzione (*Preliminary Draft Convention concerning the Protection of Monuments, Groups of Buildings and Sites of Universal Value*) che venne presentato durante la sessione della Conferenza generale del 1971²¹⁶; il progetto, tuttavia, era ancora circoscritto alla tutela di beni culturali immobili di valore universale (come del resto suggeriva il titolo), che non venivano nemmeno inquadrati con l'espressione "patrimonio culturale".

Contemporaneamente, gli sforzi e le ricerche condotte dall'IUCN portarono all'elaborazione di un altro progetto di accordo dal titolo *Convention on Conservation of the World Heritage*, quest'ultimo dedicato alla protezione delle aree naturali²¹⁷. Il momento era dunque assolutamente propizio per l'adozione di un testo che combinasse la protezione dei siti culturali e dei siti naturali, stante la crescente consapevolezza che si stava diffondendo all'interno della Comunità internazionale

²¹⁴ Conferenza generale UNESCO, *Resolutions 14C/3.341–3.342*, in *Records of the General Conference fourteenth session*, Parigi, 1966, pp. 61-62.

²¹⁵ Nel documento si affermava che la creazione di questo nuovo strumento era «not only possible but desirable». Si veda UNESCO, *Desirability of Adopting an International Instrument for the Protection of Monuments and Sites of Universal Value*, Doc. 16C/19, Annex II, Parigi, 1970, par. 93.

²¹⁶ Conferenza generale UNESCO, *Resolution 3.412 on the 16th Session of the UNESCO General Conference*, Doc. SHC/MD/17, Annex 2, Parigi, 1971, p. 3.

²¹⁷ IUCN, *Convention on Conservation of World Heritage*, Doc. IUCN-Draft 6, ottobre 1971.

sul legame inscindibile tra patrimonio culturale e naturale. L'idea di estendere il campo della futura convenzione anche alla salvaguardia dei beni naturali arrivò nell'aprile del 1972, nel corso di uno *Special Meeting of Governmental Experts* convocato a Parigi dal Direttore generale per esaminare e concludere la bozza finale dell'accordo; inoltre fu in questa sede che si decise di racchiudere le tre categorie di beni culturali indicate nella bozza (ossia i monumenti, i gruppi di edifici e i siti) nel concetto unitario di "patrimonio culturale"²¹⁸. A tal proposito, va rilevato come la scelta di abbandonare il concetto di "bene" in favore dell'espressione "patrimonio culturale" rispondesse anche alla necessità di far convivere elementi culturali e naturali all'interno del medesimo strumento giuridico: infatti, come è stato giustamente rilevato in dottrina, «[i]t would have been quite impracticable [...] to bring under the concept of 'property' natural sites that cannot be properly defined in terms of 'natural property'»²¹⁹. Tuttavia, bisogna ricordare che l'idea di estendere il campo di applicazione della futura convenzione anche agli elementi naturali si scontrava con un limite statutario dell'UNESCO, che circoscrive le competenze dell'Organizzazione «[...] alla conservazione ed alla tutela del patrimonio universale rappresentato da libri, opere d'arte ed altri monumenti d'interesse storico o scientifico»²²⁰. Nonostante questo ostacolo, la proposta riscosse un discreto successo; e il 16 novembre 1972, in occasione della XVII sessione della Conferenza generale UNESCO, venne adottata la Convenzione sul patrimonio culturale e naturale mondiale. Contestualmente, l'Organizzazione adottò anche la *Raccomandazione concernente la protezione, a livello nazionale, del patrimonio culturale e naturale*²²¹, nella quale si indicavano a tutti gli Stati membri, indipendentemente dalla ratifica della Convenzione, le linee guida da seguire nei rispettivi ordinamenti per dare tutela adeguata al proprio patrimonio culturale e naturale di "eccezionale valore universale" (*outstanding universal value*). La decisione finale di far rientrare nel nuovo strumento convenzionale anche la tutela dei beni naturali fu profondamente influenzata dai grandi fervori ambientalisti che,

²¹⁸ Si veda al riguardo il *report* finale *Special committee of government experts to prepare a draft convention and a draft recommendation to Member States concerning the protection of monuments, groups of buildings and sites*, Doc. SHC.72/CONF.37/19, Parigi, 21 aprile 1972.

²¹⁹ F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 229. Sul punto si veda anche J. Blake, *On Defining the Cultural Heritage*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2000, vol. 49, n. 1, pp. 61-85.

²²⁰ Costituzione UNESCO, art. I, par. 2, lett. c).

²²¹ Conferenza generale UNESCO, *Recommendation concerning the Protection, at National Level, of the Cultural and Natural Heritage*, Doc. 17 C/Resolutions, Parigi, 16 novembre 1972.

alla fine degli anni Sessanta, avevano iniziato a diffondersi all'interno della Comunità internazionale, e che portarono alla convocazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, tenutasi a Stoccolma nel giugno del 1972. Nel Preambolo dell'omonima dichiarazione di principi (la *Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano*), adottata a conclusione dei lavori, si afferma che «[b]oth aspects of man's environment, the natural and the man-made, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights – the right to life itself»²²². Questa definizione, individuando quali elementi costitutivi dell'ambiente umano sia i beni naturali che quelli frutto dell'attività dell'uomo, categoria nella quale la dottrina colloca i beni culturali, cancella ogni dubbio sull'esistenza di uno stretto vincolo tra cultura e natura, reso ancora più saldo dal ruolo essenziale che entrambe queste dimensioni giocano nella tutela dei diritti fondamentali²²³. L'introduzione della nozione di "ambiente umano" visto come un patrimonio comune da trasmettere alle future generazioni rappresenta un momento cruciale nella storia del diritto internazionale contemporaneo, che ha segnato in particolare l'evoluzione (parallela) delle norme in materia ambientale e del diritto dei beni culturali²²⁴. Il valore della Convenzione del 1972, che ancora oggi costituisce l'unico accordo internazionale dedicato alla salvaguardia dei beni culturali che si applica anche al patrimonio naturale²²⁵, è stato quello di recepire pienamente questa visione congiunta della natura e della cultura come due facce della stessa medaglia, e di averla sintetizzata

²²² *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stoccolma, 16 giugno 1972. Per un commento alla Dichiarazione, si veda L. B. Sohn, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, in *Harvard International Law Journal*, 1973, vol. 14, n. 3, pp. 423-515.

²²³ A conferma dell'importante legame tra i due strumenti (la Dichiarazione di Stoccolma e la Convenzione sul Patrimonio Mondiale), si può ricordare quanto indicato nell'*Action Plan* della Dichiarazione di Stoccolma, che sollecitava gli Stati, senza troppi giri di parole, ad adottare l'imminente Convenzione UNESCO: «Governments should: a) noting that the draft convention prepared by UNESCO concerning the protection of the world natural and cultural heritage marks a significant step toward the protection, on an international scale, of the environment, examine this draft convention with a view to its adoption at the next General Conference of UNESCO». Si veda *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, Stoccolma, 5-6 giugno 1972, p. 25.

²²⁴ Sul punto, si vedano A. Vigorito, *op. cit.*, p. 29; S. I. Dailoo, F. Pannekoek, *Nature and Culture: A New World Heritage Context*, in *International Journal of Cultural Property*, 2008, vol. 15, n. 1, pp. 25-48; M. L. Pecoraro, *Uomo, natura, cultura e la Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale*, in M. C. Ciciriello (a cura di), *op. cit.*, p. 291 ss.

²²⁵ La convivenza in un unico strumento normativo della tutela del patrimonio culturale e di quello naturale è senza dubbio uno dei punti di forza della Convenzione UNESCO del 1972. Come giustamente sottolineato in dottrina da Marco Gestri, «[n]on è da trascurare poi, da un punto di vista concettuale, l'attenzione congiunta rivolta alla conservazione sia del patrimonio culturale che di quello naturale, frutto della consapevolezza dei legami inscindibili tra le due dimensioni». Si veda M. Gestri, *op. cit.*, p. 115.

nella nozione di “patrimonio dell’umanità”, individuando nello stesso tempo non solo precisi obblighi in capo ai singoli Stati parti circa l’identificazione, la valorizzazione e la tutela dei beni protetti dalla Convenzione, ma anche una responsabilità condivisa dalla Comunità internazionale nel suo complesso, alla luce dell’interesse universale alla loro conservazione e trasmissione alle generazioni future.

6.2 La nozione di “patrimonio dell’umanità” e l’evoluzione del concetto di patrimonio culturale

Prima di procedere all’analisi della nozione di “patrimonio dell’umanità” e del quadro di protezione giuridica istituito dalla Convenzione del 1972, fondato su un sistema di cooperazione internazionale il cui fine è fornire un supporto agli Stati nel processo di identificazione e conservazione del proprio patrimonio culturale e naturale, è opportuno spendere alcune parole sull’ambito di applicazione della Convenzione, che è prevalentemente riferito al tempo di pace. In realtà, non ci sono disposizioni all’interno dell’accordo che ne impediscano l’applicazione durante i conflitti armati²²⁶; al contrario, secondo la dottrina (TOMAN), la Convenzione continua ad operare anche in situazioni di conflitto²²⁷. In tale circostanza, le regole di diritto internazionale umanitario funzioneranno come *lex specialis* rispetto alla *lex generalis* rappresentata dagli obblighi della Convenzione del 1972²²⁸. Tuttavia, va sottolineato come, in termini generali, la distinzione tra convenzioni che proteggono i beni culturali in tempo di pace o in tempo di guerra non risulti particolarmente utile. Come del resto affermato in dottrina (BASSIOUNI), «the question concerns not the context, but the object of the protection»²²⁹, ed è evidente che, sotto questo aspetto, la Convenzione

²²⁶ Come affermato anche da R. O’Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 310.

²²⁷ Si veda J. Toman, *op. cit.*, p. 369. Secondo l’Autore, è lo stesso Preambolo della Convenzione a suggerire questa possibilità, laddove si parla di «cause tradizionali di degradazione» che minacciano costantemente l’integrità del patrimonio culturale e naturale e che comprenderebbero, implicitamente e a rigor di logica, anche le guerre, sia internazionali che interne. Anche la giurisprudenza penale internazionale è giunta, sostanzialmente, alle stesse conclusioni, e considera la WHC pienamente operativa anche nel contesto di un conflitto armato. Nel caso ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-T, sentenza del 31 gennaio 2005, riferendosi all’attacco contro la città vecchia di Dubrovnik del 6 dicembre 1991, si afferma (par. 279): «The Old Town is also legally distinct from the rest of the wider city because the Old Town, in its entirety including the medieval walls, enjoys a World Heritage listing and the protections and immunities that are consequent on that listing».

²²⁸ Cfr. R. O’Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 312.

²²⁹ M. C. Bassiouni, *Reflections on Criminal Jurisdiction in International Protection of Cultural Property*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1983, vol. 10, n. 2, p. 287.

L’Autore poi aggiunge: «Since archaeological, national, historical, and other property of national and

dell'Aja del 1954 e la Convenzione del 1972 condividono pienamente lo stesso obiettivo.

Passando invece alle tipologie di beni che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione del 1972, qui si riscontrano le prime significative differenze rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1954, e in generale agli accordi culturali precedenti. A tal proposito, l'art. 1 della WHC definisce il concetto di "patrimonio culturale" (*cultural heritage*), indicando tre categorie di beni che ricadono in questa definizione:

i "monumenti" (*monuments*), che comprendono opere architettoniche, plastiche o pittoriche monumentali, elementi o strutture di carattere archeologico, iscrizioni, grotte e gruppi di elementi di valore universale eccezionale dall'aspetto storico, artistico o scientifico; gli "agglomerati" (*groups of buildings*), ossia gruppi di costruzioni isolate o riunite che, per la loro architettura, unità o integrazione nel paesaggio hanno valore universale eccezionale dall'aspetto storico, artistico o scientifico; e i "siti" (*sites*), che si riferiscono alle opere dell'uomo o alle opere coniugate dell'uomo e della natura, come anche le zone, compresi i siti archeologici, di valore universale eccezionale dall'aspetto storico ed estetico, etnologico o antropologico.

L'art. 2, invece, definisce la categoria di "patrimonio naturale" (*natural heritage*), nella quale fa rientrare:

i "monumenti naturali" (*natural features*), costituiti da formazioni fisiche e biologiche o da gruppi di tali formazioni di valore universale eccezionale dall'aspetto estetico o scientifico; le "formazioni geologiche e fisiografiche" (*geological and physiographical formations*) e le zone strettamente delimitate costituenti l'habitat di specie animali e vegetali minacciate, di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico o conservativo; e infine i "siti naturali" (*natural sites*), o le zone naturali strettamente delimitate di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico, conservativo o estetico naturale.

cultural heritage are the intended objects of international protection, there is no conceptual difference in the legal nature of the protection. The differences concern the types of protective measures which should apply, such as those measures applicable to individuals acting in their private and personal capacity, and those applicable to states and individuals acting in their official capacity or pursuant to state-sponsored policy. The applicable conventions do not make such distinctions, but reflect the very questionable historical division of the international law of war and peace».

Dunque, messo da parte il concetto di “bene”, la Convenzione del 1972 adotta a piene mani il nuovo concetto di “patrimonio”, applicandolo sia alla dimensione culturale che a quella naturale; ed è in questo semplice passaggio terminologico che si esprime tutta la novità incarnata dalla WHC, poiché il termine “patrimonio” implica i valori storici ed ereditari dei beni ai quali si riferisce, la loro importanza per le generazioni future e, di conseguenza, la necessità universale di proteggerli²³⁰.

Tuttavia la Convenzione, a dispetto del suo nome, non definisce con chiarezza cosa debba intendersi per “patrimonio mondiale” (o “dell’umanità”), ma si limita a stabilire il requisito fondamentale che tale patrimonio deve possedere, ossia un “eccezionale valore universale” (*outstanding universale value*) che, una volta rilevato sulla base di una formale procedura regolata dalla Convenzione stessa, porta all’iscrizione nella Lista del Patrimonio Mondiale (*World Heritage List*). In altre parole, il significato di “patrimonio mondiale” non scaturisce da una precisa definizione che ne esplicita il senso, ma dal testo complessivo della Convenzione, dalle sue disposizioni e dagli specifici criteri che consentono di identificare questi esempi straordinari di patrimonio culturale e naturale. Si tratta di un concetto che attraversa tutta la Convenzione, fin dal Preambolo, dove infatti si afferma che «[...] alcuni beni del patrimonio culturale e naturale presentano un interesse eccezionale che richiede la loro conservazione come parte del patrimonio mondiale di tutta l'umanità, [e] che, in relazione all'ampiezza e alla gravità dei nuovi pericoli che incombono, tutta la collettività internazionale deve partecipare alla tutela del patrimonio naturale e culturale di valore universale eccezionale»²³¹.

Va inoltre sottolineato che il principio del patrimonio comune dell’umanità non nasce con la Convenzione del 1972, ma è stato elaborato nel diritto internazionale moderno in rapporto allo stato delle risorse degli spazi comuni, come i fondali marini e la luna. Nel caso dei beni culturali gioca un ruolo molto diverso, poiché non va a modificare lo status giuridico dei beni, che rimangono sottoposti alla sovranità dello Stato territoriale o alla proprietà di privati, ma indica che, accanto ai titoli nazionali, esiste un interesse generale della Comunità internazionale affinché questi beni

²³⁰ A. Yusuf, *Article 1 – Definition of Cultural Heritage*, in F. Francioni, F. Lenzerini (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., p. 27. Si veda anche T. Scovazzi, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale nella sua applicazione ai beni culturali*, in A. Cannone (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci Editore, Bari, 2014, pp. 1-18.

²³¹ Convenzione del 1972, Preambolo, alinea 6 e 7.

vengano conservati e protetti. Ciò significa che lo Stato territoriale non può invocare l'eccezione del dominio riservato per giustificare qualunque utilizzo o regolamentazione di un bene riconosciuto come "patrimonio dell'umanità", e che potrebbe mettere a repentaglio il suo valore universalmente eccezionale; il dominio riservato dello Stato dovrà sempre cedere di fronte all'interesse predominante alla conservazione dei beni che presentano questo eccezionale valore²³².

Appare chiaro, quindi, che la scelta del termine "patrimonio" è stata sì dettata, come ricordato in precedenza²³³, dalla necessità di individuare un concetto nel quale far convivere la protezione della cultura e della natura; ma anche, e non meno importante, dall'esigenza di superare i limiti di portata e di significato del concetto di "bene", facendo affidamento su un'espressione capace di catturare una maggiore complessità di valori, e soprattutto l'idea fondamentale di un'eredità da preservare e trasmettere, che costituisce la *ratio* della Convenzione. La conseguenza di questo passaggio nominale è di fondamentale importanza, poiché consolida intorno alla "cultura", in presenza di determinate condizioni, un interesse universale alla sua protezione. Ciò richiede inevitabilmente, come affermato in dottrina (FRANCIONI), «a radical shift in perspective from the national interest of the State to which the property belongs, to the general interest of humanity in identifying and preserving a cultural or natural site so exceptional as to be of universal value»²³⁴.

Nel corso dei cinquant'anni che sono trascorsi dalla sua adozione, la WHC si è continuamente evoluta, adattandosi alle nuove sensibilità. Ciò è stato possibile attraverso una costante reinterpretazione della nozione di "patrimonio dell'umanità" e dei criteri di valutazione dell'*outstanding universal value*, che ha portato ad un ampliamento non solo del campo di applicazione della Convenzione, ma del significato stesso di cultura come *common good* di interesse internazionale, portando alla luce anche i valori intangibili, oltre che estetici, di cui il bene culturale è espressione. Tale carattere straordinariamente dinamico della nozione di patrimonio dell'umanità ha permesso alla WHC di evolversi in maniera silenziosa²³⁵, senza che venissero introdotte modifiche al testo dell'accordo ma attraverso un continuo aggiornamento delle *Operational Guidelines for the Implementation of the World*

²³² Cfr. F. Francioni, *La protezione internazionale*, cit., pp. 23-25. Si veda anche K. Baslar, *op. cit.*

²³³ Si veda il paragrafo precedente.

²³⁴ F. Francioni, *A Dynamic Evolution*, cit., p. 229.

²³⁵ *Ibid.* Sull'evoluzione "silenziosa" della Convenzione del 1972, si veda, dello stesso Autore, *World Cultural Heritage*, cit., pp. 251-257.

Heritage Convention – da qui *Operational Guidelines*)²³⁶, che rappresentano le linee guida indispensabili per l'implementazione della Convenzione²³⁷. Questo costante lavoro di adattamento delle *Operational Guidelines* alle necessità tecniche e politiche, in costante mutamento, legate all'identificazione, gestione e conservazione del patrimonio mondiale, ha ampliato la portata della WHC, identificando nuove tipologie di beni da proteggere che hanno aperto ad originali prospettive di tutela.

6.2.1 I “paesaggi culturali”

Come appena anticipato, la dinamica reinterpretazione del concetto di “patrimonio” costituisce una delle peculiarità della Convenzione UNESCO del 1972, che le ha consentito di evolversi ed espandere il proprio ambito di applicazione oltre le specifiche definizioni di patrimonio culturale e naturale contemplate nel suo testo. Tale processo ha avuto implicazioni molto importanti sotto almeno due profili: da un lato, ha rappresentato un primo tentativo (mai sperimentato prima) di conciliare l'idea del valore universale del patrimonio culturale con il concetto di diversità culturale, promuovendo un utilizzo della WHL come strumento capace di riflettere la diversità intellettuale, religiosa, estetica e sociologica dell'umanità. In secondo luogo, dal momento che il concetto di “patrimonio” riesce a racchiudere insieme valori culturali e naturali, ciò ha agevolato l'individuazione di nuove categorie di beni originariamente non contemplate nel testo della Convenzione.

Proprio a tal riguardo, all'inizio degli anni Novanta è stata introdotta la categoria dei “paesaggi culturali” (*cultural landscapes*)²³⁸, una nuova forma di patrimonio culturale

²³⁶ *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*, Doc. WHC.23/01, 24 settembre 2023 (ultima versione).

²³⁷ Le regole contenute nelle *Operational Guidelines* e nei documenti allegati, la cui elaborazione è affidata al Comitato per il Patrimonio Mondiale (*World Heritage Committee*), riguardano l'intera gestione e implementazione della Convenzione del 1972, dall'interpretazione delle definizioni dei beni contemplati nel testo convenzionale fino alle modalità di iscrizione degli stessi nella WHL. In particolare, esse contengono: i criteri per la selezione dei beni culturali e naturali che andranno iscritti nella WHL; le modalità di presentazione delle candidature all'iscrizione nella Lista; le modalità di verifica dello stato di conservazione degli elementi iscritti; la definizione dell'assetto amministrativo della Convenzione; le procedure che gli Stati devono seguire per le richieste di assistenza tecnica. La prima versione delle *Operational Guidelines* è stata elaborata nel 1977, in occasione della prima riunione del Comitato per il Patrimonio Mondiale, e da allora vengono costantemente aggiornate. Il testo delle *Operational Guidelines* è disponibile *online* all'indirizzo <https://whc.unesco.org>.

²³⁸ Per un'analisi accurata della categoria dei “paesaggi culturali”, si vedano A. Strecker, *Landscape Protection in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, in particolare pp. 61-93; K. Whitby-Last, *Part II Commentary, Art. 1 Cultural Landscapes*, in F. Francioni, F. Lenzerini (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., pp. 51-61.

ricavata da un'interpretazione estensiva della categoria dei "siti" che, nella definizione fornita dall'art. 1, comprende non solo le aree archeologiche, ma anche le opere frutto del lavoro combinato dell'uomo e della natura (*combined works of nature and man*). Ai sensi del par. 47 delle *Operational Guidelines*, i "paesaggi culturali" consistono in quelle aree per la cui gestione l'uomo adotta delle tecniche in grado di contribuire alla conservazione delle caratteristiche fisiche del sito, instaurando nel contempo un legame spirituale con esso²³⁹. In altre parole, essi sono testimonianze eccezionali dell'incontro tra l'elemento naturale e la mano dell'uomo, nonché il veicolo delle storie e dei valori che nascono da questa unione. Il par. 47bis prosegue individuando tre diverse categorie di paesaggi culturali: i "paesaggi progettati e creati intenzionalmente dall'uomo" (*landscape designed and created intentionally by man*), che includono parchi e giardini costruiti per ragioni estetiche, spesso adiacenti a edifici o complessi religiosi²⁴⁰; i "paesaggi organicamente evoluti" (*organically evolved landscapes*), ossia quei luoghi nati per esigenze sociali, economiche, amministrative o religiose, e che nel tempo hanno acquisito nuove caratteristiche in associazione e in correlazione con l'ambiente circostante (categoria che, a sua volta, comprende il c.d. "paesaggio relitto" e il c.d. "paesaggio

²³⁹ *Operational Guidelines*, par. 47: «Cultural landscapes [...] are illustrative of the evolution of human society and settlement over time, under the influence of the physical constraints and/or opportunities presented by their natural environment and of successive social, economic and cultural forces, both external and internal. They should be selected on the basis both of their Outstanding Universal Value and of their representativity in terms of a clearly defined geo-cultural region. They should be selected also for their capacity to illustrate the essential and distinct cultural elements of such regions. The term "cultural landscape" embraces a diversity of manifestations of the interaction between humankind and the natural environment. Cultural landscapes often reflect specific techniques of sustainable land use, considering the characteristics and limits of the natural environment they are established in, and may reflect a specific spiritual relationship to nature. Protection of cultural landscapes can contribute to current techniques of sustainable land use and can maintain or enhance natural values in the landscape. The continued existence of traditional forms of land use supports biological diversity in many regions of the world. The protection of traditional cultural landscapes is therefore helpful in maintaining biological diversity». L'importanza della salvaguardia del legame spirituale con la natura è adeguatamente specificata all'art. 9 dell'Allegato 3 alle *Operational Guidelines*, dove si afferma che: «Cultural landscapes often reflect specific techniques of sustainable land use, considering the characteristics and limits of the natural environment they are established in, and a *specific spiritual relation to nature*» (corsivo aggiunto). Va segnalata anche la definizione di "paesaggio culturale" contenuta nella *Raccomandazione del Comitato dei Ministri relativa alla conservazione dei siti culturali integrata alle politiche riguardanti il paesaggio* del Consiglio d'Europa (n. R(95)9), art. 1: «Specific topographically delimited parts of the landscape, formed by various combinations of human and natural agencies, which illustrate the evolution of human society, its settlement and character in time and space and which have acquired socially and culturally recognised values at various territorial levels, because of the presence of physical remains reflecting past land use and activities, skills or distinctive traditions, or depiction in literary and artistic works, or the fact that historic events took place there».

²⁴⁰ Come il "paesaggio culturale di Sintra", in Portogallo (iscritto nella WHL nel 1995).

vivente”)²⁴¹. Infine, i “paesaggi culturali associativi” (*associative cultural landscapes*), degni di nota in quanto luoghi di aggregazione di fenomeni religiosi, artistici o culturali legati al sito.

L’aspetto significativo delle definizioni appena citate risiede nel fatto che esse non si concentrano esclusivamente sugli elementi materiali del paesaggio, ma considerano anche i valori intangibili, siano essi religiosi, sociali, spirituali, che esso rappresenta. Anzi, in certi contesti sono proprio i valori spirituali e associativi l’elemento di grande eccezionalità di un sito, al punto da prevalere sulle sue caratteristiche fisiche ed estetiche: è il caso del Parco Nazionale del Tongariro, in Nuova Zelanda, un’area iscritta nella WHL originariamente come patrimonio culturale e naturale misto (*mixed cultural and natural heritage*), poi convertita in paesaggio culturale a partire dal 1993 in virtù dei suoi straordinari significati culturali, rappresentati dal vincolo spirituale che lega la comunità Maori a quel territorio²⁴². In questo modo, è evidente come la conservazione di un luogo, nel caso dei *cultural landscapes*, diventi lo strumento attraverso cui promuovere anche il rispetto delle tradizioni e delle identità culturali di cui esso è una sintesi e, soprattutto, una testimonianza²⁴³.

L’introduzione della categoria dei “paesaggi culturali” costituisce una tappa eccezionale nell’evoluzione della nozione di patrimonio culturale, alla luce del principio del “patrimonio dell’umanità”. Essa ha infatti contribuito a spostare il baricentro da una tradizionale concezione “monumentalista” e tipicamente europea della nozione di patrimonio culturale, incentrata sugli aspetti estetici e storici della cultura²⁴⁴, ad una lettura più complessa e trasversale, in grado di abbracciare anche

²⁴¹ A titolo di esempio, si possono citare il sito di “Portovenere, Cinque Terre e le Isole (Palmaria, Tino, Tinetto)”, iscritto nella WHL nel 1997 come “paesaggio organico vivente” (*continuing landscape*), dal momento che il processo evolutivo risulta ancora in corso e il sito continua a svolgere un ruolo attivo nella società. E così pure il “paesaggio minerario di Cornwall e del West Devon”, nel Regno Unito, iscritto come “paesaggio fossile” (*relict landscape*) poiché si tratta di un sito il cui processo evolutivo si è interrotto, pur conservando intatte e visibili le caratteristiche fondamentali.

²⁴² Sulla base del *report* presentato dall’ICOMOS (*International Council of Monuments and Sites*), l’organizzazione che assiste il Comitato per il Patrimonio Mondiale nel processo di valutazione e selezione dei beni culturali candidati dagli Stati alla WHL, il Parco Nazionale di Tongariro «is the first property to be nominated for consideration under the revised guidelines relating to cultural landscapes. [...] The mountain that lie at the heart of the Tongariro National Park are of great cultural and religious significance to the Maori people and are potent symbols of the fundamental spiritual connections between this human community and its natural environment». Cfr. Advisory Body Evaluation (ICOMOS), *Tongariro National Park*, Doc. 421rev, ottobre 1993, pp. 138-139.

²⁴³ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 33.

²⁴⁴ La nozione originaria di “patrimonio culturale” di cui all’art. 1 della WHC è profondamente debitrice della tradizionale visione monumentalista del mondo occidentale, fondata sull’esistenza di un eccezionale valore universale dal punto di vista storico ed estetico. La presenza di questo legame era molto chiara già nei lavori preparatori della Convenzione: nel suo *report* sulla bozza preliminare della

i valori sociali e antropologici che il bene culturale incarna, avvicinando così la protezione giuridica dei beni culturali alla tutela dei diritti fondamentali. E questo progressivo cambiamento di prospettiva nel processo di identificazione e valorizzazione del patrimonio culturale non solo ha irreversibilmente scandito l'evoluzione "silenziosa" della WHC, ampliandone l'ambito di applicazione, ma ha ridefinito il concetto stesso di "protezione" del patrimonio culturale e il suo ruolo nella società, trovando spazio e ulteriori sviluppi negli strumenti internazionali successivi.

6.2.2 *Segue: il requisito di "eccezionale valore universale"*

A fianco dell'introduzione della categoria dei paesaggi culturali, l'evoluzione del concetto di patrimonio culturale all'interno della WHC è stata accompagnata dalla sistematica reinterpretazione dell'espressione "eccezionale valore universale" (*outstanding universal value* – OUV), che rappresenta il requisito fondamentale perché un bene culturale o naturale possa essere iscritto nella WHL. L'espressione OUV fa infatti riferimento a quegli elementi del patrimonio culturale e naturale le cui caratteristiche sono talmente straordinarie da renderli meritevoli di tutela non solo nell'interesse dello Stato di appartenenza, ma anche della Comunità internazionale²⁴⁵.

La presenza di questo "eccezionale valore universale" come elemento fondante sul quale si regge tutto l'impianto normativo della Convenzione del 1972 rappresenta, ancora oggi, uno dei suoi aspetti più controversi e criticati, e non senza ragione: il fatto che l'OUV costituisca l'unico ed essenziale presupposto perché un bene possa accedere ai privilegi della protezione internazionale prevista dall'Accordo, e che questo avvenga sulla presenza o meno di condizioni sì variegata, ma pur sempre

Convenzione, il Direttore generale dell'UNESCO affermò che il regime di protezione poteva essere accordato «[...] only to such examples of the property defined in Article 1 as merit designation, by virtue of their exceptional aesthetic or natural interest or their great importance as unique evidence of vanished civilizations or as irreplaceable architectural masterpieces typifying a particular period, an historical past or the genius of a people. as monuments. groups of buildings and sites of universal interest». Si veda *Preliminary report drawn up in accordance with Article 10. 1 of the Rules of Procedure concerning Recommendations to Member States and International Conventions covered by the terms of Article IV, paragraph 4 of the Constitution*, Doc. SHC/MD/17, Annex 2, Parigi, 30 giugno 1971.

²⁴⁵ Come stabilito al par. 49 delle *Operational Guidelines*: «Outstanding Universal Value means cultural and/or natural significance which is so exceptional as to transcend national boundaries and to be of common importance for present and future generations of all humanity. As such, the permanent protection of this heritage is of the highest importance to the international community as a whole [...]».

prestabilite “dall’alto”²⁴⁶, rischia di trasformare la sconfinata e diversificata ricchezza dei patrimoni culturali e naturali in un banale sistema bipolare che vede contrapporsi “patrimoni dell’umanità”, in quanto tali ammessi alla tutela internazionale, e “non patrimoni dell’umanità”, e per questo motivo esclusi dall’*inner circle* della WHC. Naturalmente non è così, la Convenzione del 1972 non è stata concepita per fissare una gerarchia internazionale di beni culturali e naturali, dove lo spartiacque è rappresentato da un presunto e sfuggente concetto di “eccezionale valore universale”. Oltretutto, a smentire chiaramente questa impostazione ci pensa la Convenzione stessa, quando afferma che «[i]l fatto che un bene del patrimonio culturale e naturale non sia stato iscritto in uno dei due elenchi menzionati nei paragrafi 2 e 4 dell’articolo 11 non significa in alcun modo ch’esso non abbia un valore universale eccezionale a fini diversi da quelli risultanti dall’iscrizione in questi elenchi» (art. 12). Tuttavia, è innegabile che l’impostazione palesemente estetica e monumentalista alla base della concezione di “patrimonio culturale” che aveva ispirato l’adozione della Convenzione abbia portato, soprattutto nei primi anni, ad un forte sbilanciamento all’interno della WHL e in generale nell’implementazione della Convenzione, favorendo certe categorie di beni, con determinate caratteristiche e tipiche di certe regioni del mondo (in particolare nel continente europeo), ma risultando poco congeniale ad altre sensibilità e forme culturali, appartenenti soprattutto al mondo africano e orientale, che di conseguenza sono rimaste tagliate fuori dalla visione universalistica promossa dalla Convenzione²⁴⁷.

²⁴⁶ I criteri di valutazione dell’OUV, che sono indicati nelle *Operational Guidelines* (par. 77), sono stabiliti dal Comitato per il Patrimonio Mondiale, un organo intergovernativo composto da 21 membri eletti dagli Stati parti, la cui funzione principale è identificare, sulla base delle *tentative lists* presentate dagli Stati, i beni di eccezionale valore universale che devono essere iscritti nella *World Heritage List* (art. 11, par. 2 della Convenzione) e nella *World Heritage List in Danger* (WHLD), un elenco di beni di eccezionale valore universale per la cui salvaguardia sono richiesti interventi specifici e urgenti (art. 11, par. 4). A tal proposito il Comitato, ai sensi dell’art. 11, par. 5, «definisce i criteri in base ai quali un bene del patrimonio culturale e naturale può essere iscritto nell’uno o nell’altro elenco di cui ai paragrafi 2 e 4 del presente articolo».

²⁴⁷ Poco dopo l’entrata in vigore della Convenzione (17 dicembre 1975), ci fu da parte degli Stati una vera corsa all’inserimento di beni nella WHL, quasi nel tentativo di certificare la maggiore qualità degli stessi; del resto, l’Accordo stesso lo consentiva, dal momento che nessuna disposizione al suo interno fissa limiti al numero massimo di beni che possono essere iscritti nella WHL, né stabilisce soglie massime per ciascuno Stato. Tale circostanza aveva portato ad una situazione di carenza di rappresentatività internazionale della WHL, come riscontrato in dottrina (si veda C. Levy-Strauss, *Diversité, universalité et représentativité dans la liste du patrimoine mondial*, in F. Francioni, A. Del Vecchio, P. De Caterini (a cura di), *op. cit.*, p. 21 ss.; A. Vigorito, *op. cit.*, p. 33). In particolare, uno studio compiuto in occasione della XVII sessione del *World Heritage Committee* (Colombia, dicembre 1993), evidenziò una serie di lacune e squilibri all’interno della Lista: l’Europa risultò essere sovra rappresentata rispetto al resto del mondo (su 320 beni iscritti all’epoca, il 55% apparteneva a Stati del Vecchio Continente, il 22% a Stati della regione Asia-Pacifico, il 9% a Stati dell’America Latina, l’8% a

Al fine di superare queste lacune e criticità, a partire dagli anni Novanta, contemporaneamente all'individuazione di nuove categorie di beni come i "paesaggi culturali", è iniziato un processo di costante aggiornamento e revisione dei criteri di OUV, in risposta all'esigenza, sempre più centrale, di esprimere la diversità e la varietà dei patrimoni iscritti, nel tentativo di mettere in risalto tutti gli aspetti, tangibili e intangibili, che rendono potenzialmente straordinario un elemento culturale e naturale²⁴⁸.

Il risultato di questa riflessione ha portato ad un significativo ampliamento dello spettro di valutazione dell'OUV di un bene culturale, in grado di tener conto non solo delle sue caratteristiche estetiche e architettoniche, ma anche di altri aspetti ugualmente fondamentali, come il rapporto tra il bene culturale e l'ambiente in cui è inserito, o anche il legame tra la salvaguardia del patrimonio culturale tangibile e la tutela delle componenti intangibili²⁴⁹.

Stati arabi e solo il 5% a Stati africani); le città storiche e gli edifici religiosi erano ugualmente sovra rappresentati rispetto agli altri beni; la Cristianità rispetto alle altre religioni; le altre epoche storiche rispetto alla preistoria e al XX secolo; l'architettura d'élite sovra rappresentata rispetto all'architettura popolare (si veda *Report of the Expert Meeting on the "Global Strategy" and Thematic Studies for a Representative World Heritage List (UNESCO Headquarters, 20-22 June 1994)*, Doc. WHC-94/CONF.003/INF.6, Parigi, 13 ottobre 1994, p. 3). Venne inoltre constatato che la Lista era stata compilata sulla base di una concezione quasi esclusivamente "monumentalista". Gli esperti, pertanto, proposero di iniziare a scegliere i beni da iscrivere tenendo conto non solo delle loro caratteristiche estetiche, ma anche degli aspetti storici, antropologici, sociali, economici e simbolici. Lo scopo della WHL, infatti, è quello di riflettere la diversità culturale dell'umanità; in altri termini, non deve trattarsi di una semplice cronaca di avvenimenti storici o artistici, ma deve recensire le manifestazioni delle identità culturali che formano il patrimonio dell'umanità.

²⁴⁸ Il processo di rinnovamento della Convenzione del 1972 non si limitava solo alla revisione dei criteri di OUV, ma intendeva essere molto più radicale. L'obiettivo era quello di sollecitare gli Stati ad adottare un nuovo approccio nei confronti della Convenzione, in grado di valorizzare il maggior numero di espressioni del patrimonio culturale. Per questo motivo, nel 1994 il *World Heritage Committee* lanciò la *Global Strategy for a Representative, Balanced and Credible World Heritage List* che, ai sensi del par. 55 delle *Operational Guidelines*, «is designed to identify and fill the major gaps in the World Heritage List». Nel fare questo, gli Stati parti della Convenzione sono invitati a valutare se il proprio patrimonio culturale e naturale è già sufficientemente rappresentato nella Lista, e in tal caso a rallentare le nuove candidature, oppure a proporre quei beni che rientrano nelle categorie meno rappresentate (*Operational Guidelines*, par. 59). Al contrario, gli Stati che hanno meno visibilità nella Lista sono incoraggiati a presentare un maggior numero di candidature, potenziando le capacità tecniche delle proprie istituzioni dedicate alla protezione del proprio patrimonio anche attraverso la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali con altri Stati (*Operational Guidelines*, par. 60).

²⁴⁹ Attualmente i criteri sono dieci (i primi sei riguardano il patrimonio culturale, gli ultimi quattro quello naturale) e sono elencati al par. 77 delle *Operational Guidelines*: «Nominated properties shall therefore: (i) represent a masterpiece of human creative genius; (ii) exhibit an important interchange of human values, over a span of time or within a cultural area of the world, on developments in architecture or technology, monumental arts, town-planning or landscape design; (iii) bear a unique or at least exceptional testimony to a cultural tradition or to a civilization which is living or which has disappeared; (iv) be an outstanding example of a type of building, architectural or technological ensemble or land-scape which illustrates (a) significant stage(s) in human history; (v) be an outstanding example of a traditional human settlement, land-use, or sea-use which is representative of a culture (or cultures), or human interaction with the environment especially when it has become vulnerable under the impact of irreversible change; (vi) be directly or tangibly associated with events

Nel 1994, in occasione della XVIII sessione del Comitato per il Patrimonio Mondiale, è stata effettuata una prima revisione dei criteri di OUV, che ha segnato il passaggio dall'impostazione prevalente, basata sul valore artistico ed estetico di un bene, ed esteso la valutazione alla dimensione antropologica del patrimonio, in grado di riflettere i valori umani, le culture viventi e l'interazione tra cultura e natura. Questo processo di revisione ha contribuito, in parte, a risolvere e colmare alcune lacune rappresentative all'interno della WHL, con riferimento alle tipologie di patrimonio culturale, le regioni e i periodi storici meno presenti nella Lista. Nuove forme di patrimonio hanno iniziato ad essere candidate e iscritte nella Lista, come i già citati "paesaggi culturali", ma anche corsi d'acqua ingegnosi e sistemi di gestione idrica (come il sistema di irrigazione del Dujiangyan, in Cina, o il sistema di gestione dell'acqua di Augusta, in Germania)²⁵⁰, architetture moderne (ad esempio gli edifici progettati da Frank Lloyd Wright, tra cui il Museo Guggenheim di New York e la *Fallingwater House*, in Pennsylvania)²⁵¹, linee ferroviarie (come la *Darjeeling Himalayan Railway* in India, o la Ferrovia Retica nel paesaggio dell'Albula e del Bernina, sito transnazionale condiviso da Italia e Svizzera)²⁵², e luoghi considerati patrimonio industriale (ad esempio i siti di Crespi d'Adda e di Ivrea, la Città di Adriano Olivetti, in Italia)²⁵³.

Esistono inoltre siti di grande valore spirituale: in base ai criteri (iii) e (vi), infatti, un bene possiede un OUV laddove apporti una testimonianza unica su una tradizione culturale o una civiltà presente o passata; oppure qualora sia materialmente connesso con una tradizione vivente, credenze, idee o opere artistiche di eccezionale valore universale. A titolo di esempio, si può citare il paesaggio culturale di Le Morne, nelle Mauritius, un sito iscritto nel 2008 nella WHL proprio in virtù dei criteri da ultimo citati, trattandosi di un luogo in cui, tra il XVIII e il XIX secolo,

or living traditions, with ideas, or with beliefs, with artistic and literary works of outstanding universal significance. [...]; (vii) contain superlative natural phenomena or areas of exceptional natural beauty and aesthetic importance; (viii) be outstanding examples representing major stages of earth's history, including the record of life, significant on-going geological processes in the development of landforms, or significant geomorphic or physiographic features; (ix) be outstanding examples representing significant on-going ecological and biological processes in the evolution and development of terrestrial, fresh water, coastal and marine ecosystems and communities of plants and animals; (x) contain the most important and significant natural habitats for in-situ conservation of biological diversity, including those containing threatened species of Outstanding Universal Value from the point of view of science or conservation».

²⁵⁰ Iscritti nella WHL rispettivamente nel 2000 e nel 2019.

²⁵¹ Sito iscritto nel 2019.

²⁵² Iscritti rispettivamente nel 1999 e nel 2008.

²⁵³ Iscritti nel 1995 e nel 2018.

trovavano rifugio gli schiavi in fuga verso la libertà, e per questo divenuto un simbolo del loro sacrificio e della lotta contro la schiavitù²⁵⁴. Lo stesso dicasi per il sito di Robben Island, in Sudafrica, anch'esso iscritto nella WHL in base ai criteri (iii) e (vi) a causa degli eventi storici ai quali è associato, in particolare al regime segregazionista dell'*apartheid*, i cui edifici «bear eloquent witness to its sombre history [and] symbolize the triumph of the human spirit, of freedom and of democracy over oppression»²⁵⁵. O ancora, il già citato Parco Nazionale di Tongariro, la cui salvaguardia in quanto patrimonio dell'umanità è strettamente legata al diritto della comunità Maori di continuare a seguire il proprio stile di vita tradizionale, praticando i propri riti religiosi e rispettando il vincolo spirituale che la lega a quel territorio. Gli esempi citati mettono quindi ulteriormente in luce il legame tra la protezione del patrimonio culturale e la tutela dei diritti fondamentali, che può rendere anche un bene insignificante sotto il profilo architettonico (come una prigione) un patrimonio dell'umanità, laddove sia associato a episodi unici e drammatici della storia umana; oppure riconoscendo il valore culturale di un sito naturale (come una montagna al centro di una riserva), nel caso sia legato a tradizioni e culture viventi. E questo rafforzamento delle prospettive di valutazione dell'OUV, che si spingono oltre il valore estetico e materiale del bene, ha indotto parte della dottrina a ritenere che tutti questi riferimenti alle manifestazioni intangibili della cultura estendano il campo di applicazione della WHC anche al patrimonio immateriale, qualora esso trovi una concreta manifestazione nel patrimonio materiale (che rimane, in ogni caso, la *conditio sine qua non* per l'applicazione del regime giuridico della WHC)²⁵⁶.

²⁵⁴ *Examination of nomination of natural, mixed and cultural properties to the World Heritage List - Le Morne Cultural Landscape (MAURITIUS)*, Decision 32 COM 8B.18: «Le Morne Cultural Landscape is an exceptional testimony to maroonage or resistance to slavery in terms of the mountain being used as a fortress to shelter escaped slaves, with physical and oral evidence to support that use. [...] Criterion (iii): The mountain is an exceptional testimony to maroonage or resistance to slavery in terms of it being used as a fortress for the shelter of escaped slaves, with evidence to support that use. Criterion (vi): the dramatic form of the mountain, the heroic nature of the resistance it sheltered, and the longevity of the oral traditions associated with the maroons, has made Le Morne a symbol of slaves' fight for freedom, their suffering, and their sacrifice [...]». Da notare che il sito di Le Morne è stato al centro di un'interessante controversia in materia di investimenti, il caso *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32 (lodo del 18 febbraio 2020). Per un'accurata analisi di questo caso, si veda il contributo di E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972 nelle controversie arbitrali internazionali sugli investimenti*, in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press, Bologna, 2021, p. 446 ss.

²⁵⁵ Cfr. *Robben Island (South Africa)*, Decision 23 COM VIII.C.1.

²⁵⁶ Si veda A. Yusuf, *op. cit.*, p. 37: «The inclusion in criterion (vi) of the requirement that the property 'be directly or tangibly associated with events, living traditions, beliefs, ideas or artistic and literary works of outstanding universal significance' took into account, for the first time, certain aspects of

Il processo di revisione dei criteri di OUV, e il conseguente ampliamento della portata della WHC, ha coinvolto anche un altro importante elemento del suo regime normativo, ossia il concetto di “autenticità”, che insieme all’ “integrità” rappresenta una delle condizioni preliminari perché un bene possa accedere alla WHL. In passato, infatti, l’applicazione del requisito dell’autenticità, per anni legato alla concezione classica prevista dalla Carta di Venezia del 1964, che promuove un approccio rigoroso alla conservazione e al restauro fondato sul rispetto dello status originale, dei materiali e della struttura degli antichi monumenti, si è spesso scontrata con situazioni in cui ragioni politiche ed esigenze di sviluppo mal si conciliavano con questa visione rigida e tradizionalista²⁵⁷. La necessità di aggiornare e rivitalizzare il requisito dell’autenticità si è manifestata soprattutto nella prassi del Comitato per il Patrimonio Mondiale, con riferimento a quelle regioni del mondo dove i materiali impiegati per la costruzione di edifici e monumenti non sono quelli tipici della tradizione europea (come il marmo e la pietra), bensì materiali maggiormente esposti al deterioramento, e che quindi richiedono costanti interventi di manodopera e sostituzione²⁵⁸. Per questo motivo, onde consentire l’iscrizione di queste categorie di edifici nella Lista, si è reso indispensabile ridefinire il concetto di autenticità in termini di fedeltà alla funzione religiosa, economica e sociale di un bene, piuttosto che alla sua esatta corrispondenza all’originaria struttura fisica e ai materiali impiegati. La svolta, in tal senso, è arrivata con l’adozione nel 1994 del *Documento di Nara sull’autenticità*²⁵⁹, che ha fissato una serie di standard professionali e di linee

intangible heritage and made the Convention applicable to such heritage where it is closely associated with tangible heritage».

²⁵⁷ Si può citare il caso della Città Medievale di Rodi (Grecia), iscritta nella WHL nel 1988, nonostante le numerose aggiunte apportate alla struttura medievale originaria durante il periodo di amministrazione da parte dell’Italia (1920–1930). Anche se il caso più eclatante di allontanamento dai principi della Carta di Venezia e dal criterio dell’autenticità è stata l’iscrizione, nel 1980, del Centro Storico di Varsavia, comprensivo della vecchia Piazza del Mercato. Nel corso della rivolta dell’esercito polacco per la liberazione della città dall’occupazione nazista (agosto 1944), la piazza era stata radicalmente distrutta dalle armate tedesche. Al termine della guerra, la piazza venne ricostruita dal popolo polacco, in quanto elemento fondamentale della loro identità, nonché potente simbolo della rinascita della nazione. Naturalmente l’iscrizione del sito nella WHL non poteva avvenire sulla base dell’autenticità del bene in quanto esempio straordinario di centro urbano medievale; per cui si optò per un’iscrizione in virtù del criterio (ii) (*interchange of human values*), e per il valore associativo della piazza, in quanto memoriale della brutalità e della crudeltà della guerra (criterio (vi)).

²⁵⁸ Ciò è particolarmente vero con riferimento al legno, il cui impiego nella costruzione di edifici è molto diffuso in Giappone, Cina e nei paesi nordici.

²⁵⁹ Adottato durante la Conferenza internazionale di Nara sull’autenticità (Giappone, 1–6 novembre 1994), alla quale hanno preso parte esperti dell’UNESCO, del Centro internazionale di studi per la conservazione ed il restauro dei beni culturali (*International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property* – ICCROM) e dell’ICOMOS.

guida nella conduzione degli interventi di conservazione e restauro dei monumenti e dei siti storici e archeologici.

6.3 *Il sistema di protezione previsto dalla Convenzione*

Proseguendo nell'analisi del sistema di protezione previsto dalla WHC, quest'ultimo, come già ampiamente sottolineato, non si applica a tutti i beni culturali e naturali, ma solo a quei beni che, in virtù delle loro straordinarie caratteristiche e del loro significato universale, hanno un'importanza tale da spingere la Comunità internazionale nel suo insieme a cooperare al fine di garantirne la conservazione, nell'interesse non solo dello Stato di appartenenza, ma dell'intera umanità. E solo questi beni possono essere iscritti nella Lista del Patrimonio Mondiale e nella Lista del Patrimonio Mondiale in Pericolo (*World Heritage List in Danger – WHLD*), e di conseguenza beneficiare dei meccanismi di tutela introdotti dalla Convenzione.

Il sistema delle Liste rappresenta, ancora oggi, uno degli aspetti più celebrati e di maggior richiamo della WHC. I numeri registrati dalla Lista del Patrimonio Mondiale, in un certo senso, sono il manifesto più efficace del successo della Convenzione: nel momento in cui si scrive, l'UNESCO ha riconosciuto come "patrimoni dell'umanità" un totale di 1199 siti (di cui 933 culturali, 227 naturali e 39 misti), presenti in 168 Stati parti dell'Accordo²⁶⁰. Si tratta dunque di uno strumento che, per quanto preveda importanti responsabilità in capo agli Stati di appartenenza dei siti iscritti, comporta anche indubbi vantaggi, sia sotto il profilo del prestigio che il marchio "patrimonio UNESCO" conferisce a questi beni e agli Stati proprietari, sia per la possibilità di usufruire della cooperazione internazionale per la loro protezione.

Il regime di tutela giuridica dei beni iscritti nelle Liste, infatti, prevede un doppio livello di protezione, che si muove in equilibrio tra il rispetto della sovranità dello Stato e l'osservanza degli interessi sovranazionali. La Convenzione del 1972 opera nel pieno rispetto del principio di sovranità territoriale, dal momento che afferma che

²⁶⁰ Numeri aggiornati a marzo 2024. Attualmente l'Italia risulta in testa per numero di iscrizioni (58), seguita da Cina (56), Germania (51), Spagna (49), Francia (49), India (40), Messico (35), Regno Unito (33) e Russia (30). Vale la pena sottolineare che l'importanza dell'Italia nella protezione internazionale della cultura non si limita al suo primato di siti UNESCO, ma trova conferma nel contributo annuale che lo Stato italiano versa all'Organizzazione, calcolato intorno ai 12 milioni di dollari. Questo rende l'Italia l'ottavo contributore ordinario ma il primo finanziatore per contributi extra bilancio, che si aggirano intorno ai 30 milioni di dollari all'anno, ponendola ai vertici dei contributori complessivi dell'UNESCO (subito dopo il Giappone).

l'obbligo di tutelare, conservare, valorizzare e trasmettere alle generazioni future il patrimonio culturale e naturale mondiale spetta, prima di tutto, allo Stato sul cui territorio è situato il bene da salvaguardare²⁶¹. Tale Stato deve, *in primis*, agire direttamente al massimo delle proprie risorse (*to the utmost of its own resources*, nel testo originale), e solo se del caso (*where appropriate*) ricorrere al sistema di cooperazione internazionale previsto dalla Convenzione²⁶². Di conseguenza l'intervento della Comunità internazionale è complementare rispetto all'azione nazionale, ed opera solo a sostegno degli Stati che non dispongono autonomamente di tutti i mezzi necessari ad assicurare una tutela adeguata al proprio patrimonio; come, del resto, emerge dal Preambolo stesso della WHC, dove si afferma che «[...] spetta alla collettività internazionale di partecipare alla protezione del patrimonio culturale e naturale di valore universale eccezionale mediante un'assistenza collettiva che, senza sostituirsi all'azione dello Stato interessato, la completerà efficacemente»²⁶³. In tal senso si esprime, in modo molto chiaro, l'art. 6, par. 1 della Convenzione: «Nel pieno rispetto della sovranità degli Stati sul cui territorio è situato il patrimonio culturale e naturale di cui agli articoli 1 e 2 e impregiudicati i diritti reali previsti dalla legislazione nazionale su detto patrimonio, gli Stati partecipi della presente Convenzione riconoscono che esso costituisce un patrimonio universale alla cui protezione l'intera comunità internazionale ha il dovere di cooperare». Inoltre, sempre in ossequio al principio di sovranità, il sistema di assistenza e di

²⁶¹ Convenzione del 1972, art. 4: «Ogni Stato parte della presente Convenzione riconosce che l'obbligo di assicurare l'identificazione, la tutela, la conservazione, la valorizzazione e la trasmissione alle future generazioni del patrimonio culturale e naturale, menzionato negli articoli 1 e 2 e situato sul suo territorio, incombe in primo luogo su di lui». Va segnalato l'importante riferimento alla c.d. *responsabilità intergenerazionale*, che secondo Marco Gestri «ha trovato [nella Convenzione del 1972] una delle prime più significative espressioni». In M. Gestri, *op. cit.*, p. 115.

²⁶² Così prosegue l'art. 4: «Esso [lo Stato] si sforza di agire a tal fine sia direttamente con il massimo delle sue risorse disponibili, sia, all'occorrenza, per mezzo dell'assistenza e della cooperazione internazionale di cui potrà beneficiare, segnatamente a livello finanziario, artistico, scientifico e tecnico». Le misure che lo Stato responsabile può adottare al fine di assicurare una tutela realmente efficace al proprio patrimonio sono indicate all'art. 5 della Convenzione. Queste comprendono l'avvio di una politica intesa ad assegnare ai beni culturali e naturali una funzione nella vita collettiva; l'istituzione di uno o più servizi nazionali di protezione, conservazione e valorizzazione; il finanziamento di studi e di ricerche per trovare soluzioni adatte a fronteggiare al meglio i pericoli che minacciano il patrimonio.

²⁶³ Il ruolo complementare della cooperazione internazionale nella protezione dei patrimoni dell'umanità è precisato anche al par. 233 delle *Operational Guidelines*: «The Convention provides International Assistance to States Parties for the protection of the world cultural and natural heritage located on their territories and inscribed, or potentially suitable for inscription on the World Heritage List. International Assistance should be seen as supplementary to national efforts for the conservation and management of World Heritage and Tentative List properties when adequate resources cannot be secured at the national level».

cooperazione internazionale può essere attivato esclusivamente per i beni rispetto ai quali lo Stato proprietario ha chiesto e ottenuto l'iscrizione nella WHL, o per quelli che, a suo giudizio, presentano le caratteristiche necessarie all'iscrizione²⁶⁴.

Per la redazione della WHL, è necessario che ogni Parte contraente della Convenzione compili una lista indicativa (*tentative list*) dei beni situati sul proprio territorio che, a giudizio dei competenti organi nazionali, presentano quelle caratteristiche di *outstanding universal value* necessarie all'iscrizione. Nel caso dei beni culturali, le liste preliminari redatte da ciascuno Stato verranno esaminate prima dal Consiglio Internazionale dei Monumenti e dei Siti (ICOMOS)²⁶⁵, e successivamente dal Comitato per il Patrimonio Mondiale, al quale spetta la decisione finale relativa all'iscrizione. Lo stesso dicasi per il processo di candidatura dei beni naturali, con la differenza che, in questo caso, l'esame preliminare è affidato all'Unione Mondiale per la Conservazione della Natura (IUCN)²⁶⁶.

Nella proposta di iscrizione, lo Stato deve fornire tutte le informazioni necessarie a rivelare l'eccezionale valore universale del bene che intende candidare. Innanzitutto devono essere soddisfatti i già citati requisiti di "autenticità" e "integrità" (definiti ai parr. 79–95 delle *Operational Guidelines*); il giudizio sull'autenticità, che è quello che, come si è visto, ha ricevuto maggiore attenzione nel corso degli anni, prevede una valutazione dell'attendibilità di tutte le fonti di informazione che giustificano il riconoscimento dello straordinario valore del bene, tra cui: forma e design; materiale e sostanza; uso e funzione e tradizioni e tecniche²⁶⁷. L'integrità, invece, rappresenta la misura delle condizioni materiali e degli elementi che caratterizzano il bene nella sua interezza²⁶⁸. Inoltre, su iniziativa dello Stato di appartenenza, il bene deve

²⁶⁴ Convenzione del 1972, art. 13, par. 1: «Il Comitato del patrimonio mondiale riceve ed esamina le domande d'assistenza internazionale formulate dagli Stati partecipi della presente Convenzione per quanto concerne i beni del patrimonio culturale e naturale situati sul loro territorio, iscritti o suscettivi d'essere iscritti negli elenchi di cui ai paragrafi 2 e 4 dell'articolo 11. Queste domande possono vertere sulla protezione, la conservazione, valorizzazione o restaurazione di questi beni».

²⁶⁵ Sul ruolo dell'ICOMOS nel sistema di protezione della Convenzione del 1972, si veda il paragrafo 6.1 del presente capitolo, in particolare la nota 211.

²⁶⁶ L'IUCN, come già spiegato in precedenza (si veda il par. 6.1), ha giocato un ruolo molto importante negli anni precedenti l'adozione della Convenzione, soprattutto per quanto riguardava l'estensione del suo ambito di applicazione anche ai patrimoni naturali. Per approfondimenti sulle competenze e le attività dell'ICOMOS e dell'IUCN nel quadro della Convenzione del 1972, si veda M. C. Ciciriello, *L'ICCROM, l'ICOMOS e l'IUCN e la salvaguardia del patrimonio mondiale culturale e naturale*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, p. 109 ss. Per lo svolgimento del processo di iscrizione, si veda A. Cannone, *Listing e delisting nella Convenzione sul patrimonio mondiale e culturale e naturale del 1972*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, pp. 23-36.

²⁶⁷ Così è stabilito nel Documento di Nara del 1994, all'art. 13.

²⁶⁸ *Operational Guidelines*, par. 88: «Integrity is a measure of the wholeness and intactness of the natural and/or cultural heritage and its attributes [...]».

godere di un sistema di protezione e di gestione adatto ad assicurarne la salvaguardia e soddisfare almeno uno dei dieci criteri per la valutazione dell'eccezionale valore universale (elencati al par. 77 delle *Operational Guidelines*), di cui si è già ampiamente parlato nel paragrafo precedente.

Una volta accolta la domanda di iscrizione nella WHL, lo Stato al quale il bene appartiene diventa responsabile della sua tutela nei confronti dell'intera Comunità internazionale. Di conseguenza, esso dovrà svolgere un'attività di monitoraggio interno per verificare che le autorità competenti adempiano gli impegni di salvaguardia assunti, informando il Comitato per il Patrimonio Mondiale di tutte le attività, già avviate o da intraprendere, che potrebbero compromettere l'eccezionale valore universale del bene iscritto. Inoltre, l'inserimento di un bene nella WHL dà allo Stato di appartenenza il vantaggio di poter chiedere per la salvaguardia di quel bene, se necessario, l'assistenza internazionale prevista dalla Convenzione.

Dunque, il sistema di protezione congiunta del bene culturale o naturale iscritto nella Lista si esprime attraverso il rapporto che intercorre tra lo Stato territoriale, sul quale incombe la responsabilità primaria di protezione, e il Comitato per il Patrimonio Mondiale, che rappresenta l'interesse della Comunità internazionale alla conservazione dei patrimoni dell'umanità²⁶⁹. Quest'ultimo dispone di un ampio ventaglio di funzioni per garantire l'osservanza e la corretta applicazione della Convenzione del 1972. Accanto al potere decisionale sull'iscrizione dei beni candidati dagli Stati nella Lista del patrimonio mondiale (art. 11), il Comitato può disporre la cancellazione dei beni dalla Lista, qualora vengano meno le condizioni che ne giustificano l'iscrizione; si pronuncia sulle richieste di assistenza internazionale da parte degli Stati nella gestione dei beni protetti, autorizzando le necessarie analisi e consultazioni prima di prendere una decisione; inoltre amministra il fondo del patrimonio mondiale, nel quale confluiscono sia i contributi ordinari degli Stati, sia i contributi straordinari al di fuori della Convenzione²⁷⁰; ed è grazie alla disponibilità dei fondi che è possibile attivare l'assistenza internazionale

²⁶⁹ Il Comitato per il patrimonio mondiale, insieme all'Ufficio del Comitato, fa oggi parte del Centro per il patrimonio mondiale (*World Heritage Centre*), un organo creato nel 1992 la cui funzione principale è coordinare le attività relative al patrimonio mondiale e assicurare la corretta gestione della Convenzione del 1972. Quest'ultimo organizza gli incontri annuali del Comitato e fornisce assistenza nella preparazione delle liste preliminari e delle candidature per la Lista del patrimonio mondiale; inoltre mobilita l'assistenza internazionale, attraverso interventi di emergenza qualora un sito sia minacciato.

²⁷⁰ Convenzione del 1972, artt. 15-18.

prevista dalla Convenzione, soprattutto per i paesi in via di sviluppo che non dispongono di risorse economiche sufficienti per proteggere autonomamente i propri patrimoni.

Nello svolgimento delle sue funzioni, il Comitato non agisce in maniera totalmente isolata e autonoma, ma può contare sull'assistenza sia dell'ICOMOS e dell'IUCN, il cui compito principale, come già visto, è fornirgli consulenza nella valutazione dei beni culturali e naturali candidati dagli Stati membri, sia dal Centro internazionale per lo studio della conservazione e del restauro dei beni culturali (*International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property – ICCROM*), un'altra organizzazione intergovernativa al servizio dei suoi Stati membri impegnata nella promozione della conservazione di tutte le forme di patrimonio culturale. La partecipazione diretta di questi organismi non governativi, scientifici e professionali nelle procedure di decisione non va assolutamente sottovalutata, poiché rafforza l'interesse generale dell'umanità nella gestione del sistema di cooperazione previsto dalla Convenzione, garantendo un bilanciamento tra valutazioni politiche ed esigenze culturali e scientifiche nel processo di identificazione e salvaguardia dei patrimoni dell'umanità.

Lo sviluppo progressivo della nozione di “patrimonio culturale” e dell'efficacia della Convenzione del 1972 nella protezione dei beni iscritti nelle Liste ha investito anche i meccanismi di controllo a disposizione del Comitato sullo stato di conservazione dei patrimoni dell'umanità, attraverso concessioni a forme di intervento sempre più incisive nella sfera della giurisdizione nazionale. Questo è stato possibile, in particolare, attraverso un'interpretazione più ampia dell'art. 29 della Convenzione, che prevede un generico obbligo in capo agli Stati parti di presentare rapporti alla Conferenza generale dell'UNESCO sulle azioni intraprese, a livello nazionale, nell'adempimento degli obblighi previsti²⁷¹. Per i primi venticinque di vita della Convenzione, questa disposizione è rimasta praticamente inefficace, dal momento che la sua applicazione era lasciata alla discrezione degli Stati. Tuttavia nel 1997,

²⁷¹ *Ibid.*, art. 29: «1. Gli Stati partecipi della presente Convenzione indicano nei rapporti che presenteranno alla Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura, alle date e nella forma da questa determinate, le disposizioni legislative e regolamentari e gli altri provvedimenti presi per l'applicazione della Convenzione, come anche l'esperienza acquisita in questo campo. 2. Questi rapporti sono resi noti al Comitato del patrimonio mondiale. 3. Il Comitato presenta un rapporto sulle sue attività a ciascuna delle sessioni ordinarie della Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura».

dopo una serie di intensi negoziati condotti all'interno del Comitato per il Patrimonio Mondiale, la XXIX Conferenza generale dell'UNESCO e l'XI Assemblea generale degli Stati parti hanno deciso di utilizzare l'art. 29 come base giuridica per la creazione di un sistema di controllo sistema, basato sulla periodica presentazione di report da parte dei Paesi membri sullo stato di conservazione dei loro patrimoni iscritti nelle Liste²⁷².

In aggiunta a questo, il Comitato per il Patrimonio Mondiale dispone di un certo potere discrezionale rispetto all'eventuale iscrizione nella *World Heritage List in Danger* di un bene culturale o naturale già presente nella WHL, purché ricorra una delle seguenti condizioni: che siano necessari interventi di manutenzione straordinaria per garantire la salvaguardia del bene; oppure che sia lo stesso Stato di appartenenza a presentare una richiesta di assistenza in base alla Convenzione; o ancora, che il bene sia minacciato da danni seri e specifici legati ad attività umane (ad esempio progetti di grandi lavori pubblici o privati, rapido sviluppo urbano e turistico, l'abbandono del bene, un conflitto armato o la minaccia di tale conflitto), ai sensi dell'art. 11 par. 4 della Convenzione, oppure a fenomeni e catastrofi naturali (come terremoti, eruzioni vulcaniche, inondazioni, etc.)²⁷³. Tuttavia la Convenzione non chiarisce se per l'iscrizione di un bene nella WHLD sia richiesto il consenso dello Stato di appartenenza²⁷⁴. Al riguardo parte della dottrina (VIGORITO) ritiene che questa condizione non sia necessaria, portando diverse e interessanti motivazioni e confermando, in tal modo, la natura "pubblicistica" e prevalente dell'obbligo di

²⁷² Si veda B. Boer, *Article 29 Reports*, in F. Francioni, F. Lenzerini (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., pp. 335–344.

²⁷³ Il par. 179 delle *Operational Guidelines* è molto preciso, in questo senso, ed indica i criteri che il Comitato deve applicare per valutare se iscrivere o meno un bene culturale nella WHLD, distinguendo tra *ascertained danger* e *potential danger*. Nel primo caso, «[t]he property is faced with specific and proven imminent danger, such as: i) serious deterioration of materials; ii) serious deterioration of structure and/or ornamental features; iii) serious deterioration of architectural or town-planning coherence; iv) serious deterioration of urban or rural space, or the natural environment; v) significant loss of historical authenticity; vi) important loss of cultural significance». Nel secondo caso, «[t]he property is faced with threats which could have deleterious effects on its inherent characteristics. Such threats are, for example: i) modification of juridical status of the property diminishing the degree of its protection; ii) lack of conservation policy; iii) threatening effects of regional planning projects; iv) threatening effects of town planning; v) outbreak or threat of armed conflict; vi) threatening impacts of climatic, geological or other environmental factors». Il successivo par. 180 applica la stessa distinzione indicando i criteri per l'iscrizione di un bene naturale nella WHLD.

²⁷⁴ Attualmente (maggio 2023) i beni iscritti nella WHLD sono 55, appartenenti prevalentemente alle regioni dell'Africa e dell'Asia minore.

salvaguardia dei beni di eccezionale valore universale²⁷⁵. Innanzitutto, la necessità del consenso non solo non è espressamente prevista dall'Accordo, ma risulta obiettivamente impossibile da soddisfare qualora i pericoli cui il bene è esposto siano riconducibili al comportamento dello Stato stesso; anzi, in tali casi l'iscrizione del bene minacciato nella WHLD assolve una funzione sanzionatoria, poiché rappresenta lo strumento a disposizione del Comitato per denunciare il comportamento negligente dello Stato davanti alla Comunità internazionale, inducendolo così a correggere la propria condotta in conformità agli obblighi previsti dall'Accordo.

Inoltre la Convenzione stessa sembra suggerire un potere autonomo del Comitato, in tal senso, quando afferma che quest'ultimo può «in caso di urgenza [...] in qualsiasi momento procedere ad una nuova iscrizione nell'elenco del patrimonio mondiale in pericolo e dare diffusione immediata» (art. 11, par. 4). In questo caso sono le condizioni di immediatezza alle quali fa riferimento l'accordo a escludere la necessità del consenso dello Stato, che rischierebbe di ritardare in maniera irreparabile l'intervento tempestivo del Comitato.

Un'ulteriore conferma del carattere facoltativo del consenso dello Stato viene dalla prassi del Comitato, che negli anni ha registrato episodi di iscrizione di beni nella WHLD con l'approvazione dello Stato d'appartenenza²⁷⁶, ma anche casi in cui si è proseguito in assenza di un preventivo consenso²⁷⁷, fino ad arrivare a situazioni in

²⁷⁵ Sulla questione si veda A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 41-43, e soprattutto G. P. Buzzini, L. Condorelli, *Article 11 – List of World Heritage in Danger and Deletion of a Property from the World Heritage List*, in F. Francioni, F. Lenzerini (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., pp. 175-199.

²⁷⁶ Sono le ipotesi in cui lo Stato di appartenenza avanza esplicitamente una richiesta di assistenza ai sensi della Convenzione. Esempio, a tal proposito, il caso dei Buddha di Bamiyan, in Afghanistan, distrutti dal regime talebano nel marzo 2001. In seguito, l'Amministrazione di transizione afgana (*Transitional Islamic State*), subentrata al regime fondamentalista, presentò al Comitato per il Patrimonio Mondiale una richiesta di iscrizione del bene nella WHLD e l'avvio di una campagna di assistenza internazionale per la ricostruzione del sito. Richieste simili furono avanzate dal governo di Kabul anche per il recupero del minareto e dei resti archeologici della valle di Jam.

²⁷⁷ Si tratta delle situazioni di bisogno immediato (*urgent need*) in cui il Comitato, per ragioni di emergenza, può agire nel silenzio dello Stato interessato. Si può richiamare a tal proposito il caso del nucleo urbano di Dubrovnik, distrutto da un bombardamento nel dicembre 1991 da parte dell'Armata popolare jugoslava (*Yugoslavian National Army*). All'epoca il sito era già iscritto nella WHL e il Comitato procedette all'iscrizione nella WHLD senza aver ottenuto il preliminare consenso dello Stato preliminare, che al contrario era rimasto silente di fronte agli appelli dell'UNESCO per la messa in sicurezza del centro storico della città, gravemente minacciata dalle operazioni militari legate al conflitto in corso nei Balcani. Il bombardamento di Dubrovnik rese inoltre evidente la presenza di una situazione di *urgent need* cui far fronte con interventi di manutenzione straordinaria per ripristinare un'adeguata salvaguardia del sito. Si veda al riguardo il *report* del Comitato, *Inscription on the List of World Heritage in Danger: Old City of Dubrovnik (Yugoslavia)*, Doc. CONF 002 XV.F, 12 dicembre 1991. Un episodio simile (di iscrizione avvenuta nel silenzio dello Stato interessato) si è verificato nel 2004, quando il Comitato ha deciso di iscrivere nella WHLD la Cattedrale di Colonia, le cui

cui l'iscrizione è avvenuta a fronte di una ferma opposizione da parte dello Stato²⁷⁸; in entrambi questi casi, pur in assenza di una richiesta di assistenza da parte dello Stato territoriale, risultano soddisfatti gli altri due presupposti indicati dall'art. 11, par. 4 (ossia la minaccia di danni seri e specifici per il bene, riconducibili al comportamento dello Stato, e la conseguente necessità di interventi di manutenzione straordinaria per garantirne la salvaguardia). Tale prassi sta a dimostrare il carattere profondamente autonomo dell'azione del Comitato rispetto all'iscrizione di un bene nella WHLD e che già figura nella WHL, indipendentemente dalla volontà dello Stato territoriale. Questa libertà di manovra del Comitato testimonia con forza l'esistenza di un interesse collettivo alla tutela dei beni di eccezionale valore universale, che sembra affermare la prevalenza dell'interesse internazionale alla salvaguardia del bene sull'interesse locale dello Stato, introducendo così un'importante eccezione al principio di sovranità. A ulteriore conferma dell'esistenza di questo interesse collettivo intervengono le disposizioni della Convenzione stessa, a cominciare dal Preambolo, dove si afferma che la degradazione o la sparizione di un bene del patrimonio culturale e naturale è un impoverimento nefasto del patrimonio di tutti i popoli del mondo; o ancora, che l'intera Comunità internazionale deve contribuire alla protezione dei beni di *outstanding universal value* (art. 6, par. 1), e che ciascuna Parte della Convenzione deve «[...] astenersi deliberatamente da ogni provvedimento atto a danneggiare direttamente o indirettamente il patrimonio culturale e naturale di cui agli articoli 1 e 2 e situato sul territorio di altri Stati partecipi della presente Convenzione»²⁷⁹. E anche

caratteristiche di *outstanding universal value* rischiavano di essere compromesse a causa di un progetto per la costruzione di nuovi e moderni edifici in prossimità della stessa. Sul tema si veda D. Zacharias, *Cologne Cathedral versus Skyscrapers – World Cultural Heritage Protection as Archetype of a Multilevel System*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2006, vol. 10, pp. 273-366. Ad ogni modo, nel luglio 2006 il Comitato ha rimosso la Cattedrale di Colonia dalla WHLD reintegrandola nella WHL, dopo aver riscontrato un cambiamento di condotta da parte della Germania (nello specifico, l'interruzione del progetto edilizio che stava mettendo a rischio l'integrità del sito). Si veda *Decisions adopted at the 30th Session of the World Heritage Committee (Vilnius, 2006)*, Doc. WHC-06/30.COM/19, Parigi, 23 agosto 2006, p. 46.

²⁷⁸ È il caso della valle di Kathmandu, iscritta dal Comitato nella WHLD nonostante la ferma opposizione da parte del Nepal. Cfr. *Decisions adopted by the 27th Session of the World Heritage Committee in 2003*, Doc. WHC-03/27.COM/24, Parigi, 10 dicembre 2003, pp. 64-65. Il sito è stato poi rimosso dalla WHLD nel 2007 (si veda *Decisions adopted at the 31st Session of the World Heritage Committee (Christchurch, 2007)*, Doc. WHC-07/31.COM/24, Parigi, 31 luglio 2007, p. 32).

²⁷⁹ Convenzione del 1972, art. 6, par. 3.

in quest'ultima ipotesi, l'obbligo di evitare comportamenti lesivi del patrimonio altrui risponde all'esigenza "pubblicistica" di proteggere beni considerati comuni²⁸⁰. Va detto, per completezza, che altra autorevole dottrina (FRANCONI) va ancora più a fondo della questione, ravvisando nel linguaggio usato dall'art. 11, par. 4 una perfetta cooperazione tra lo Stato parte sul cui territorio si trova il bene minacciato e il Comitato, che ha invece la responsabilità di gestire la WHLD²⁸¹. La norma, tuttavia, non sembra tenere in considerazione l'ipotesi che tale cooperazione fallisca, eventualità che si verifica nei casi in cui lo Stato parte non approvi l'iscrizione del suo bene nella WHLD, per le ragioni più svariate (che possono essere tecniche, politiche, o anche solo per semplice orgoglio nazionale), ignorando le raccomandazioni del Comitato e dei competenti organi consultivi. Queste situazioni, che vanno a toccare un nervo scoperto della Convenzione, sono estremamente delicate e significative, poiché mettono chiaramente in luce il difficile bilanciamento tra il principio di sovranità dello Stato parte verso i patrimoni UNESCO presenti sul suo territorio (come riconosciuto dall'art. 6, par. 1), e il principio del "patrimonio dell'umanità", che presuppone invece il riconoscimento di un interesse generale di tutta la Comunità internazionale verso la salvaguardia dell'*outstanding universal value* dei beni iscritti nella WHL. Non è escluso, inoltre, che da questo contrasto di posizioni possano sorgere delle vere e proprie controversie, che vedono da un lato lo Stato territoriale, e dall'altro vari e differenti attori interessati (ad esempio membri del Comitato, organi consultivi, comunità indigene locali legate alla conservazione del sito in pericolo, o la stessa UNESCO). E tali controversie potrebbero riguardare sicuramente questioni di fatto, ma anche questioni di diritto inerenti all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione, a cominciare dal significato dell'art. 11, par. 4. Tuttavia la Convenzione non contiene nessuna disposizione vincolante, né alcuna

²⁸⁰ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 42-43. Sul patrimonio culturale come *common good* la cui tutela risponde ad un interesse collettivo della Comunità internazionale è intervenuta anche la giurisprudenza internazionale. A tal riguardo, si può richiamare un passaggio particolarmente significativo della *separate opinion* del giudice Cançado Trindade nel caso *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Order of 18 July 2011 (in *I.C.J. Reports 2011*, p. 537), dove si legge (par. 115): «It is beyond doubt that the States, as promoters of the *common good*, are under the duty of co-operation between themselves to that end of the safeguard and preservation of the cultural and spiritual heritage».

²⁸¹ In condizioni normali, infatti, l'applicazione dell'art. 11 par. 4 dovrebbe avvenire in un contesto caratterizzato dalla presenza di pericoli reali o potenziali che mettono a repentaglio la conservazione del bene «per la cui salvaguardia sono necessari grandi lavori e per i quali è stata chiesta l'assistenza giusta la presente Convenzione».

clausola giurisdizionale o arbitrale per la soluzione di eventuali controversie relative all'interpretazione e all'applicazione del suo testo²⁸².

Proseguendo con le funzioni del Comitato, questo ha l'obbligo di controllare annualmente lo stato di conservazione dei beni iscritti nella WHLD (ai sensi dei parr. 190-191 delle *Operational Guidelines*). Sulla base di questa verifica, può decidere di adottare eventuali misure supplementari per assicurare l'effettiva salvaguardia del bene; di ritirarlo dalla Lista dei beni in pericolo, nel caso in cui le minacce che ne avevano motivato l'iscrizione siano cessate; oppure, come *extrema ratio*, di cancellarlo da entrambe le Liste, qualora abbia riportato danni tali da perdere quell'eccezionale valore universale che ne giustificava l'iscrizione.

Per quanto riguarda l'assistenza internazionale di cui gli Stati parti possono beneficiare nella gestione dei beni iscritti in una delle due Liste, e in generale dei beni in possesso delle caratteristiche necessarie all'iscrizione, come già anticipato, ha natura complementare, in quanto è attivabile solo qualora lo Stato non sia in grado autonomamente di garantire una tutela adeguata. L'assistenza offerta dalla Convenzione²⁸³ varia a seconda della natura della richiesta presentata dallo Stato, e può assumere tre diverse forme. Esiste innanzitutto l'assistenza d'urgenza (*emergency assistance*), che riguarda tutte quelle ipotesi in cui i beni iscritti nelle due Liste sono minacciati da pericoli gravi, dovuti a fenomeni improvvisi e inattesi, che ne hanno pregiudicato o rischiano di pregiudicarne l'integrità. In tale ipotesi la richiesta può essere avanzata dallo Stato d'appartenenza del bene, sia perché esso vuole adottare delle misure d'urgenza, sia perché intende predisporre un piano straordinario di salvaguardia. Un caso emblematico di attivazione dell'assistenza d'urgenza da parte dell'UNESCO è stato quello per la messa in sicurezza del patrimonio di Timbuctù, un sito di straordinario valore culturale iscritto nella WHL dal

²⁸² F. Francioni, *World Cultural*, cit., pp. 262-263. Tale importante lacuna ha creato un clima di forte incertezza soprattutto nel caso del 1998 relativo al Parco Nazionale Kakadu (Australia), un sito iscritto nella WHL nel 1981 come patrimonio misto. Questo caso destò diverse problematiche, tutte riconducibili alla necessità o meno di ottenere il consenso dell'Australia per l'iscrizione del sito nella WHLD, a causa dei rischi derivanti dall'apertura di una miniera di uranio in una piccola enclave all'interno del Parco, a Jabiluka. Il fermo rifiuto opposto dal governo australiano all'iscrizione nella Lista del Patrimonio Mondiale in Pericolo, anche di fronte alle raccomandazioni del Comitato e alle proteste da parte delle comunità indigene locali, che vedevano nelle operazioni minerarie una dissacrazione delle loro terre ancestrali, spinse il Comitato a non iscrivere il sito nella WHLD. Alla fine, come conseguenza dell'unanime reazione mondiale al caso in questione, i lavori per la miniera di uranio di Kakadu vennero interrotti e, grazie al dialogo costruttivo tra l'UNESCO e l'industria mineraria internazionale, i patrimoni dell'umanità vennero dichiarati aree protette dalle attività minerarie (si veda UNESCO, *World Park Congress Declaration*, Sudafrica, 2003).

²⁸³ Ai sensi dell'art. 22 della Convenzione del 1972 e del par. 235 delle *Operational Guidelines*.

1988 e gravemente danneggiato dalle azioni di deliberata distruzione compiute dal gruppo fondamentalista di *Ansar Dine* nel 2012²⁸⁴. Esiste poi un'assistenza preparatoria (*preparatory assistance*), che consiste nella richiesta che gli Stati rivolgono all'UNESCO per ottenere aiuto e sostegno nella compilazione delle liste indicative, e in generale nello svolgimento delle procedure per la presentazione della domanda di iscrizione di un bene nella Lista del patrimonio mondiale. Infine l'assistenza di conservazione e gestione (*conservation and management assistance*) può essere chiesta dagli Stati per far fronte a tutte le problematiche relative ad una corretta ed efficace gestione del bene protetto dalla Convenzione, come la necessità di aiuto nella formazione di personale specializzato nella salvaguardia dei beni culturali e naturali, fornitura di attrezzature, o sostegno per l'avvio di campagne di sensibilizzazione ed educazione dell'opinione pubblica alla protezione del patrimonio.

Ciascuna di queste forme di assistenza internazionale è finanziata dal Fondo del patrimonio mondiale, creato in applicazione della Convenzione e costituito dai contributi – obbligatori e volontari – degli Stati parti²⁸⁵. Oltre ai contributi degli Stati membri, le risorse del Fondo possono attingere a versamenti, donazioni o legati da parte di altri Stati, dalla stessa UNESCO, da organismi pubblici o privati e da persone fisiche, nonché ad ogni altra forma di sostegno autorizzata dal regolamento elaborato dal Comitato per il Patrimonio Mondiale. Le spese di gestione dell'assistenza internazionale non ricadono comunque interamente sul Fondo: considerata la natura complementare dell'intervento della Comunità internazionale a fronte della richiesta di assistenza di uno Stato, quest'ultimo, salvo l'ipotesi che le

²⁸⁴ Ansar Dine (che significa "Difensori della fede") è un gruppo estremista salafita legato ad *Al Qaeda*, che a partire dall'aprile 2012 ha preso il controllo dell'Azawad, una regione settentrionale del Mali vicina alla frontiera con la Mauritania, l'Algeria e il Niger. Il gruppo non aveva mire secessionistiche, ma perseguiva l'obiettivo (dichiarato) di imporre la legge coranica in tutto il paese, dove per giunta prevale la religione musulmana. Ciò prevedeva la distruzione di tutti i luoghi di culto e pellegrinaggio presenti nella regione di Azawad che non rispondevano alla rigida interpretazione dell'Islam promossa dal gruppo. In seguito ai gravissimi danni provocati a due siti UNESCO presenti nella regione, ossia i mausolei di Timbuctù e la Tomba di Askia, a Gao (un monumento funebre del XV secolo, ritenuto il luogo di sepoltura di Askia Mohammad I, primo imperatore di Songhai), il Comitato per il Patrimonio Mondiale è intervenuto istituendo un fondo speciale foraggiato dai contributi degli Stati membri dell'UNESCO e di altre organizzazioni internazionali attive nel Mali. Accanto all'istituzione del fondo, il Comitato ha disposto l'invio nella regione di un gruppo di esperti incaricato di valutare l'entità dei danni, insieme alle autorità locali, definendo gli interventi da intraprendere per il recupero dei beni in pericolo. In tale circostanza il Comitato è intervenuto dopo che il governo del Mali ha chiesto all'UNESCO l'iscrizione dei siti colpiti nella WHLD. Si veda *Decisions adopted by the World Heritage Committee at its 36th Session (Saint-Petersburg, 2012)*, Doc. WHC-12/36.COM/19, luglio 2012, pp. 145-147.

²⁸⁵ Art. 15 della Convenzione del 1972 e par. 227 delle *Operational Guidelines*.

sue risorse finanziarie non glielo consentano, deve farsi carico di una parte dei costi delle operazioni di intervento e assistenza²⁸⁶.

6.4 La cancellazione di un bene dalla WHL

Alla luce di quanto illustrato nel precedente paragrafo, il sistema di protezione dei patrimoni dell'umanità disciplinato dalla WHC prevede la possibilità di iscrivere un bene culturale e naturale, già presente nella WHL, nella Lista del Patrimonio Mondiale in Pericolo, qualora sia minacciato da pericoli legati ad attività umane (come la realizzazione di progetti di lavori pubblici, le conseguenze del rapido sviluppo urbano, i conflitti armati, l'incuria del bene) o alle conseguenze riconducibili a catastrofi naturali, come terremoti e inondazioni.

Quando poi il bene è stato danneggiato al punto da aver perso le caratteristiche *outstanding universal value* che ne avevano giustificato l'iscrizione, o nel caso in cui la sua integrità fosse già minacciata dall'azione dell'uomo al momento dell'iscrizione e lo Stato di appartenenza non abbia adottato le misure di recupero necessarie, il Comitato per il Patrimonio Mondiale può disporre la cancellazione del bene dalla WHL²⁸⁷; questo sulla base di quanto stabilito nelle *Operational Guidelines* (parr. 169-176), dal momento che nel testo della Convenzione non si rinviene alcun riferimento esplicito alla possibilità di rimuovere un bene dalla Lista.

Nel caso di un bene culturale, tale eventualità si è verificata per la prima volta nel 2009, quando il Comitato ha disposto la rimozione dalla Lista della Valle dell'Elba a Dresda²⁸⁸, a seguito della costruzione di un ponte stradale a quattro corsie che

²⁸⁶ Art. 25 della Convenzione del 1972.

²⁸⁷ Sull'argomento, si veda il contributo di I. C. Macchia, *Il mantenimento dell'Outstanding Universal Value dei siti UNESCO: prassi internazionale ed italiana*, in E. Baroncini, *Tutela e valorizzazione*, cit., pp. 307-330.

²⁸⁸ Si veda *Final Decisions of the 33rd Session of the World Heritage Committee (Seville, 2009)*, Doc. WHC-09/33.COM/20, pp. 43-44. Il sito era stato iscritto nel 2004 come paesaggio culturale in forza dei criteri (ii), (iii), (iv) e (v) ex par. 77 delle *Operational Guidelines*: «Criterion (ii): The Dresden Elbe Valley has been the crossroads in Europe, in culture, science and technology. Its art collections, architecture, gardens, and landscape features have been an important reference for Central European developments in the 18th and 19th centuries. Criterion (iii): The Dresden Elbe Valley contains exceptional testimonies of court architecture and festivities, as well as renowned examples of middle-class architecture and industrial heritage representing European urban development into the modern industrial era. Criterion (iv): The Dresden Elbe Valley is an outstanding cultural landscape, an ensemble that integrates the celebrated baroque setting and suburban garden city into an artistic whole within the river valley. Criterion (v): The Dresden Elbe Valley is an outstanding example of land use, representing an exceptional development of a major Central-European city. The value of this cultural landscape has long been recognized, but it is now under new pressures for

avrebbe compromesso irrimediabilmente lo straordinario valore universale del sito. Inizialmente il Comitato tentò, in varie occasioni, di convincere le autorità di Dresda a sospendere o modificare il progetto. A tal proposito decise di iscrivere il sito nella Lista del patrimonio mondiale in pericolo, allo scopo di denunciare il comportamento della Germania alla Comunità internazionale, nella speranza che questo potesse bastare a dissuadere le autorità locali dalla realizzazione del piano urbanistico. Venne inviata sul posto anche una delegazione formata da esperti dell'UNESCO e dell'ICOMOS, che invano propose ai responsabili del progetto di costruire un tunnel invece di un ponte. Tutte queste iniziative si rivelarono inutili, per cui l'UNESCO decise di cancellare il sito dalla Lista del patrimonio mondiale. Si trattava di una decisione che aveva un evidente significato sanzionatorio nei confronti della Germania, dal momento che quest'ultima, disattendendo gli inviti dell'Organizzazione, si era resa responsabile della violazione della Convenzione del 1972, perdendo così quei privilegi di assistenza tecnica e finanziaria riservati ai soli beni iscritti nella Lista²⁸⁹. Tuttavia, come è stato rilevato in dottrina²⁹⁰, per quanto sia comprensibile la necessità di sanzionare lo Stato che abbia intenzionalmente violato gli obblighi previsti dalla Convenzione del 1972, il valore sanzionatorio della cancellazione di un bene dalla Lista va a ricadere, per forza di cose, sullo stesso bene, che viene così privato di un importante strumento di tutela proprio in un momento di grave emergenza, causata dalla realizzazione del progetto urbanistico e dall'impatto ambientale che ne deriverà.

Dresda non è stato l'unico sito ad aver perduto lo status di patrimonio dell'umanità: nel 2007, quindi già prima della cancellazione della Valle dell'Elba, il Comitato aveva deciso di rimuovere dall'elenco il Santuario dell'Orice d'Arabia in Oman (*Arabian Oryx Sanctuary*), un'oasi paesaggistica celebre per la sua rara e preziosa fauna²⁹¹, a

change». Cfr. *Decisions adopted at the 28th Session of the World Heritage Committee (Suzhou, 2004)*, Doc. WHC-04/28.COM/26, ottobre 2004, p. 39.

²⁸⁹ Sulle conseguenze della cancellazione della Valle dell'Elba dalla WHL, si vedano in particolare E. J. Goodwin, *The Consequences of Deleting World Heritage Site*, in *King's Law Journal*, 2010, vol. 21, pp. 283-309; S. von Schorlemer, *Compliance with the UNESCO World Heritage Convention: Reflections on the Elbe Valley and the Dresden Waldschlosschen Bridge*, in *German Yearbook of International Law*, 2008, vol. 51, pp. 321-390.

²⁹⁰ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 80.

²⁹¹ Il sito ospita alcune specie animali rarissime, come l'ubara, lo stambecco della Nubia e l'orice.

seguito della iniqua decisione del governo di Mascate di ridurre l'area del parco del 90% e, di conseguenza, la popolazione degli orici²⁹².

Il terzo e ultimo caso di cancellazione di un bene dalla WHL riguarda Liverpool "Città marittima mercantile", un sito originariamente iscritto (nel 2004) per il suo impatto storico e architettonico, essendo stato uno straordinario centro di scambi commerciali a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo²⁹³. Nel 2012, in seguito all'approvazione da parte della municipalità del piano *Liverpool Waters*, un progetto edilizio per il recupero e lo sviluppo di spazi portuali abbandonati (molti dei quali facenti parte della *buffer zone* del sito UNESCO) e per la costruzione di un nuovo stadio a *Bramley Moore Dock*, il Comitato per il Patrimonio Mondiale ha deciso di iscrivere il sito nella WHLD, affermando che i nuovi lavori ne avrebbero compromesso l'integrità e le caratteristiche di eccezionale valore universale.

Autorizzando questi progetti, per quanto molto vantaggiosi sotto il profilo economico e lavorativo, la municipalità di Liverpool e in generale il governo inglese sembravano ignorare le richieste presentate dal Comitato già all'epoca dell'iscrizione nella WHL, quando si raccomandava «that the authorities pay particular attention to monitoring the processes of change in the World Heritage areas and their surroundings in order not to adversely impact the property. This concerns especially changes in use and new construction»²⁹⁴. Dal momento che le richieste da parte dell'Organizzazione (nello specifico, l'interruzione dei lavori) sono rimaste inascoltate, e riscontrando una perdita irreversibile nel valore storico del sito causata dalla costruzione dei nuovi edifici, nel luglio 2021 il Comitato ha deciso di cancellare Liverpool dalla WHL, «[noting] with deep regret that inadequate governance processes, mechanisms, and regulations for new developments in and around the World Heritage property, have resulted in serious deterioration and irreversible loss of attributes conveying the OUV of the property along with significant loss to its authenticity and integrity, [...], and

²⁹² Si veda *Decisions adopted at the 31st Session of the World Heritage Committee (Christchurch, 2007)*, Doc. WHC-07/31.COM/24, pp. 50-51, dove si legge: «The World Heritage Committee, [...], Noting with alarm that despite several years of intensive efforts, the wild population of Arabian Oryx in the property is in serious decline and its future viability is uncertain, [...], Notes with deep regret that the State Party failed to fulfill its obligations defined in the Convention, in particular the obligation to protect and conserve the World Heritage property of the Arabian Oryx Sanctuary, [...], thus destroying the property's Outstanding Universal Value and integrity; [...]; Decides to delete the Arabian Oryx Sanctuary (Oman) from the World Heritage List».

²⁹³ Si veda *Decisions adopted at the 28th Session of the World Heritage Committee (Suzhou, 2004)*, Doc. WHC-04/28.COM/26, Parigi, 29 ottobre 2004, pp. 44-45.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 44.

that the State Party has not fulfilled its obligations defined in the Convention with respect to protecting and conserving the OUV, as inscribed, of the World Heritage property of Liverpool – Maritime Mercantile City»²⁹⁵.

Se Dresda, l'Oman e Liverpool rappresentano, almeno per ora, casi eccezionali nella prassi del Comitato, e in quanto tali dimostrativi della gravità della scelta di cancellare un sito dalla WHL, sono invece numerosi gli episodi in cui l'UNESCO, nel corso degli anni, ha richiamato lo Stato interessato alle proprie responsabilità in base alla Convenzione, ogni volta che si presentavano situazioni di pericolo o cattiva manutenzione dei beni iscritti. Oltre al già citato caso del 2004 relativo all'iscrizione nella WHLD della Cattedrale di Colonia, il cui eccezionale valore universale rischiava di essere pregiudicato dal progetto per la costruzione di nuovi e moderni edifici in prossimità del sito²⁹⁶, si può ricordare l'analogo episodio che ha coinvolto il centro storico di San Pietroburgo e la decisione delle autorità russe di costruire nell'area una torre di 400 metri, con effetti deleteri per l'eccezionale valore universale del sito. Anche in questa occasione il Comitato ha minacciato di rimuovere sito della Lista se le autorità non avessero modificato il progetto²⁹⁷. Evidentemente la posizione decisa dell'UNESCO ha avuto effetto, a differenza di quanto accaduto a Dresda, e nel 2010 il piano di costruzione della torre è stato rivisto, spingendo il Comitato a sospendere la procedura per la cancellazione.

Anche l'Italia si è dovuta confrontare con problemi legati alla cattiva manutenzione di un'area archeologica iscritta nella Lista del patrimonio mondiale, nello specifico il crollo della *Schola Armaturarum* e del muro perimetrale della "Casa del moralista" a Pompei. Per far fronte a questo problema, aggravato per giunta dalle insistenti piogge che nel 2010 si sono abbattute sulla Campania, il governo italiano e l'UNESCO hanno sottoscritto nel novembre 2011 un accordo di cooperazione per il recupero dei siti archeologici di Pompei, Ercolano e Torre Annunziata, iscritti nella Lista del patrimonio mondiale dal 1997²⁹⁸. Tale documento prevedeva l'invio di un gruppo di esperti dell'UNESCO in appoggio alle autorità italiane al fine di migliorare

²⁹⁵ *Decisions adopted during the extended 44th Session of the World Heritage Committee (Fuzhou (China) / Online meeting, 2021)*, Doc. WHC/21/44.COM/18, Parigi, 31 luglio 2021, pp. 56-57.

²⁹⁶ Si veda *supra*, nota 277. Si veda anche *Decisions of the 28th session of the World Heritage Committee (Suzhou, 2004)*, Doc. WHC-04/28.COM/26, Parigi, 29 ottobre 2004, p. 116.

²⁹⁷ *Final Decisions of the 33rd Session of the World Heritage Committee (Seville, 2009)*, Doc. WHC-09/33.COM/20, pp. 150-151.

²⁹⁸ Cfr. la notizia *UNESCO and Italy agree to cooperate on the restoration of Pompeii* (29 novembre 2011), disponibile *online* all'indirizzo <http://whc.unesco.org>.

la conservazione delle aree archeologiche, adeguandola alle raccomandazioni periodiche del Comitato per il patrimonio mondiale.

Quelli richiamati sono solo alcuni esempi dell'impatto che la Convenzione del 1972 ha avuto nell'evoluzione della tutela internazionale dei beni culturali. Attraverso, infatti, la realizzazione di un sistema normativo ampiamente condiviso per l'identificazione e la protezione di beni considerati universali in virtù del loro straordinario valore culturale e naturale, la Convenzione ha saputo istituzionalizzare, sotto l'egida dell'UNESCO, la cooperazione internazionale in materia²⁹⁹, dando un impulso sicuramente importante al progressivo riconoscimento del valore universale della cultura e inaugurando una nuova stagione nella concezione e protezione

²⁹⁹ Uno dei punti di forza della cooperazione internazionale per la tutela dei beni culturali è rappresentato, senza dubbio, dalle numerose campagne lanciate negli anni dall'UNESCO per il salvataggio di siti in pericolo, sempre nel quadro della Convenzione del 1972. Tra queste, oltre ai già citati casi relativi alla Valle di Bamiyan e al centro storico di Dubrovnik (rispettivamente le note 274 e 275), si può ricordare il programma lanciato dall'UNESCO nel 1993 per la salvaguardia di Angkor, in Cambogia, uno dei più importanti siti archeologici dell'Asia Sud Orientale in quanto racchiude le vestigia delle capitali dell'Impero Khmer, tra cui il celebre complesso templare comprendente i templi di Angkor Wat e Bayon (si veda *Report of the Rapporteur of the seventeenth session of the Bureau of the World Heritage Committee*, Doc. WHC.93/CONF.002/2, 9 agosto 1993, pp. 19-20). L'avvio di questa campagna per proteggere il sito, martoriato da anni di guerra civile, portò all'iscrizione del medesimo nella WHLD, e fornì il contesto per la realizzazione di numerosi altri progetti per il suo recupero. Nonostante nel 2004 il sito di Angkor sia stato rimosso dalla WHLD e reintegrato pienamente nella WHL (*Decisions of the 28th session of the World Heritage Committee*, Doc. WHC-04/28.COM/26, 29 ottobre 2004, p. 145), l'UNESCO ha continuato a monitorare lo stato di conservazione del sito attraverso un piano di gestione particolarmente attento alle continue scoperte archeologiche e al paesaggio della regione, compreso il suo patrimonio vivente (*Decisions adopted during the extended 44th Session of the World Heritage Committee (Fuzhou (China) / Online meeting, 2021)*, Doc. WHC/21/44.COM/18, Parigi, 31 luglio 2021, p. 237). È possibile ricordare anche l'azione dell'UNESCO nella Repubblica Democratica del Congo (RDC), i cui cinque patrimoni dell'umanità hanno subito gravissimi danni nel corso di anni di conflitto (nella fattispecie i siti sono il Parco nazionale di Garamba, di Kahuzi-Biega, di Salonga, del Virunga e la Riserva naturale di Okapi - tutti ancora iscritti nella WHLD, eccetto il Parco di Salonga). Nel maggio 2000, l'Organizzazione ha avviato un progetto per la conservazione del patrimonio naturale in tempo di guerra, allo scopo di denunciare e contrastare i danni che i conflitti armati arrecano alla biodiversità e alle aree protette (*Biodiversity Conservation in Regions of Armed Conflict - Protecting World Heritage Sites in the Democratic Republic of the Congo*, UNESCO/DRC/UNFIP Project 243ZAI70). Il progetto, entrato nella sua terza e ultima fase nel 2010, mirava a favorire la conservazione del patrimonio ecologico congolese attraverso il coinvolgimento delle comunità locali, allo scopo di salvaguardare l'integrità dei siti patrimonio dell'umanità dagli effetti distruttivi della guerra. Un momento decisivo, in tal senso, è stato l'incontro tra le autorità dell'RDC e l'UNESCO, avvenuto a Kinshasa nel gennaio 2011 e conclusosi con l'adozione della Dichiarazione di Kinshasa, che ha sancito l'impegno del governo congolese ad applicare le misure stabilite dal Comitato per il Patrimonio Mondiale per il ripristino dell'eccezionale valore universale dei siti danneggiati (*Déclaration de Kinshasa sur les Sites du patrimoine mondial de la République Démocratique du Congo*, 14 gennaio 2011). Il progetto dell'UNESCO per la salvaguardia dei siti naturali di eccezionale valore universale in RDC ha beneficiato dell'assistenza di numerose agenzie (tra cui i Programmi delle Nazioni Unite per lo sviluppo e l'ambiente e la Missione ONU per la RDC), oltre che del contributo di diversi Stati, tra cui l'Italia e il Belgio.

giuridica dei beni culturali. E questo ci porta ad alcune considerazioni conclusive sulla WHC, prima di procedere con le successive tappe di questo percorso giuridico.

6.5 L'impatto della Convenzione del 1972 sull'evoluzione della protezione internazionale dei beni culturali: alcuni spunti critici e considerazioni conclusive

La panoramica sulla Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972 presentata nelle pagine precedenti si è focalizzata, più che sul funzionamento del suo dispositivo, sull'importanza del principio del "patrimonio comune dell'umanità" e come questo abbia ridefinito e portato ad un nuovo livello il diritto internazionale dei beni culturali. Il contributo della Convenzione, in questo senso, ha avuto un significato realmente trasversale, che ha interessato diverse discipline internazionalistiche, non solo quella relativa ai beni culturali. L'impatto che essa ha prodotto, infatti, non si è limitato solo alla sua c.d. "evoluzione interna", ossia alla sua capacità di rinnovarsi e autodeterminarsi come singolo strumento pattizio nel quadro giuridico di riferimento, ossia il sistema UNESCO, ma riguarda anche l'influenza "esterna" che ha esercitato negli anni, sia indicando la via (grazie alle sue irrisolte lacune) degli sviluppi successivi in materia, sia stabilendo dei punti di contatto tra la protezione internazionale del patrimonio culturale e altri settori del diritto internazionale³⁰⁰. La "magia" della sua evoluzione interna, come si è visto, si è compiuta attraverso la sistematica interpretazione del suo testo, che anche senza una formale revisione è stato adattato alle esigenze di cambiamento tecnico e politico dei meccanismi di gestione e conservazione dei siti, grazie al continuo aggiornamento delle *Operational Guidelines*. Questo processo ha portato alle novità analizzate nei paragrafi precedenti: un costante ampliamento della sfera di applicazione della Convenzione, con l'introduzione di categorie originali (i *cultural landscapes*) e di nuovi criteri di *outstanding universale value*, come il significato associativo di un sito culturale e il suo legame con le comunità locali, o l'attenzione per la biodiversità nella valutazione di un bene naturale; l'introduzione di nuove procedure per il monitoraggio sullo stato di conservazione dei patrimoni UNESCO, attraverso l'interpretazione "creativa" dell'art. 29; e anche la prassi seguita dal Comitato per il Patrimonio Mondiale nell'iscrizione di patrimoni a rischio nella WHLD è sicuramente

³⁰⁰ Cfr. F. Francioni, *World Cultural*, cit., pp. 251-252.

dimostrativa dei profondi cambiamenti che, nei cinquant'anni dalla sua adozione, hanno attraversato la Convenzione del 1972, e in generale l'approccio internazionale alla tutela non solo dei patrimoni UNESCO, ma dei patrimoni culturali e naturali nel loro complesso³⁰¹. Ed è forse questo l'unico elemento indiscutibile del contributo dato dalla Convenzione del 1972, ossia l'aver concepito, all'interno di un unico strumento, la protezione della cultura e della natura come due componenti fondamentali e inscindibili della vita umana, il cui destino è legato alla difesa e promozione di alcuni diritti fondamentali, come il diritto alla vita, alla libertà religiosa, alla non discriminazione, e il diritto delle popolazioni indigene al proprio patrimonio culturale³⁰².

Per quanto riguarda invece il suo impatto esterno, la WHC ha letteralmente ispirato un nuovo modo di intendere il diritto internazionale dei beni culturali, a partire dalla nozione base di "bene culturale". Attraverso l'introduzione del concetto di "patrimonio", la Convenzione ha esteso gli orizzonti della disciplina oltre le minacce tradizionali rappresentate dai conflitti armati e dal fenomeno del traffico illecito, spianando la strada a nuovi e stimolanti sviluppi, dove il patrimonio culturale non è più rappresentato solo da un insieme di beni materiali da proteggere dalle calamità, ma è prima di tutto una complessità di valori tangibili e intangibili che hanno un ruolo attivo nella società e nelle politiche di sviluppo sostenibile, e che per questo motivo vanno promossi e valorizzati. Il ruolo sempre più importante che la tutela del patrimonio culturale ha progressivamente acquisito nel quadro giuridico internazionale trova inoltre conferma nella giurisprudenza delle corti internazionali, dove la WHC è stata interpretata come diritto applicabile, o perlomeno ha ricevuto una considerazione legale, spesso in aree diverse dalla protezione dei beni culturali. Nel diritto internazionale penale, ad esempio, il concetto di "patrimonio dell'umanità" è stato spesso richiamato per valutare la gravità degli attacchi contro certi beni culturali, agevolando il loro inquadramento tra i crimini internazionali dell'individuo. Ancora, nell'ambito del diritto internazionale dell'economia, specialmente negli arbitrati sugli investimenti, la WHC ha avuto un peso decisivo ed ha trovato

³⁰¹ Non bisogna infatti dimenticare l'evoluzione parallela che, a partire dall'introduzione del concetto di "ambiente umano" con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, hanno avuto il diritto dei beni culturali e le norme in materia ambientale.

³⁰² Per una panoramica completa sui diritti fondamentali associati alla tutela del patrimonio culturale, e che sono a rischio in modo particolare nei casi di distruzione intenzionale di beni culturali, si veda F. Lenzerini, *Intentional Destruction of Cultural Heritage*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak, (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 86-90.

applicazione all'interno di alcune controversie Stato-investitori; in questi casi, le disposizioni a tutela del patrimonio dell'umanità contenute nella Convenzione sono state intese come un interesse legittimo dello Stato, in grado di conferirgli un ampio margine di apprezzamento nell'interpretazione degli obblighi derivanti da un accordo sugli investimenti.

Nonostante gli innegabili benefici che la Convenzione del 1972 ha portato alla tutela internazionale dei beni culturali, rimangono altrettanto forti le criticità e le lacune che essa si porta dietro dai tempi della sua adozione. Uno degli aspetti più controversi è, per esempio, la mancanza di meccanismi sanzionatori alternativi alla cancellazione di un sito dalla WHL, che siano in grado di colpire lo Stato responsabile della violazione della Convenzione, senza compromettere ulteriormente la salvaguardia del patrimonio culturale o naturale. A tal proposito, la dottrina (VIGORITO) ha suggerito la possibilità di rafforzare i poteri di intervento del Comitato per il Patrimonio Mondiale, dal momento che, allo stato attuale, non può né adottare decisioni o raccomandazioni per indirizzare la politica culturale degli Stati parti, né adire un organo giurisdizionale per far accertare una violazione della Convenzione³⁰³. In aggiunta a questo, la stessa dottrina ha avanzato l'idea di elaborare meccanismi che legittimino il Comitato a sostituirsi, di sua iniziativa, allo Stato che non possa o non intenda agire per tutelare un bene situato sul suo territorio e iscritto nella WHL. Quest'ultima ipotesi, che in parte già si realizza quando il Comitato, come si è visto, procede autonomamente all'iscrizione di un bene a rischio nella WHLD, anche in assenza del consenso dello Stato, è tuttavia al momento ancora impraticabile in termini assoluti, dal momento che l'ampio consenso maturato intorno alla Convenzione del 1972 trova la sua principale motivazione nell'attenzione prestata alla *domestic jurisdiction*, laddove l'accordo attribuisce la responsabilità principale per la tutela dei beni iscritti nella WHL agli Stati sul cui territorio essi sono situati, e sancisce la natura complementare di una eventuale assistenza internazionale³⁰⁴.

³⁰³ A. Vigorito, *op. cit.*, pp. 80-81.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 81. Va detto che una proposta di modifica della Convenzione del 1972, in tal senso, fu avanzata dall'Italia dopo la distruzione del centro storico di Dubrovnik. Nello specifico, il 5 novembre 1991, su proposta del governo italiano, la Conferenza Generale dell'UNESCO adottò la Risoluzione 26C/3.9, in cui si riconosceva la debolezza dell'attuale sistema internazionale di protezione del patrimonio culturale e si ammetteva la necessità di rafforzare i poteri e i mezzi di intervento dell'Organizzazione. Il governo italiano decise quindi di avanzare una proposta di revisione da sottoporre al Consiglio esecutivo dell'UNESCO nel maggio del 1992. La proposta (molto audace) prevedeva, in sintesi: la rinuncia, da parte dello Stato territoriale, alla titolarità esclusiva della

Un altro aspetto particolarmente delicato della Convenzione del 1972, e che ne condiziona inevitabilmente il funzionamento, riguarda il ruolo preponderante svolto dagli Stati nel processo di identificazione e iscrizione di un bene nelle Liste. E probabilmente è da qui che emerge il compromesso alla base della Convenzione, sempre in bilico tra esigenze universaliste e rispetto della *domestic jurisdiction* dello Stato. Si tratta di un Accordo che si rivolge agli Stati e mette in prima linea la volontà degli Stati, senza tante vie di mezzo. Questo è riscontrabile prima di tutto nel ruolo chiave che la sovranità territoriale gioca nel processo di individuazione dei patrimoni dell'umanità. Ai sensi dell'art. 11 par. 3, infatti, l'iscrizione di un bene nella WHL può avvenire solo in presenza del consenso dello Stato³⁰⁵; ciò significa che tutto inizia e finisce con lo Stato, dal momento che la conclusione di questo processo di iscrizione del bene nella Lista (da lui avviato) comporta la sua responsabilità primaria di fronte alla Comunità internazionale, e l'impegno a proteggere le eccezionali caratteristiche del bene iscritto a beneficio delle generazioni future. Inoltre, lo stesso organo incaricato di decidere quali beni iscrivere nella Lista, ossia il Comitato per il Patrimonio Mondiale, per quanto garante degli interessi della Comunità internazionale, rimane pur sempre un organo intergovernativo, oltretutto dotato di ampi poteri discrezionali nel processo di iscrizione. E la circostanza che esso sia affiancato, in questo procedimento, da organi consultivi (ICOMOS, ICCROM, IUCN), la cui presenza serve teoricamente a controbilanciare e limitare l'ampia discrezionalità di cui gode, non diminuisce in alcun modo il rischio di eccessiva politicizzazione del processo di iscrizione, anche alla luce del fatto che non esiste

sovranità sul bene iscritto nella WHL, per condividere con la Comunità internazionale la responsabilità relativa alla salvaguardia; l'attribuzione all'UNESCO di poteri di verifica sull'applicazione della Convenzione e di intervento in caso di necessità; l'assegnazione al Comitato di poteri ispettivi e di controllo tecnico sull'attuazione dei lavori intrapresi dallo Stato territoriale per la salvaguardia di un bene iscritto nella WHL; l'introduzione di meccanismi di coordinamento fra la Convenzione del 1972 e la Convenzione dell'Aja del 1954, al fine di rafforzare l'azione dell'UNESCO in caso di rischi derivanti da eventi bellici. Tuttavia gli esperti respinsero la proposta perché ritenevano che minasse la Convenzione nel suo maggiore punto di forza, ossia la titolarità esclusiva da parte dello Stato territoriale della sovranità sul bene da proteggere. Sulla proposta italiana di modifica della WHC, si veda M. Sabatini, *Il rafforzamento della Convenzione: dalla revisione del testo normativo alla revisione degli Orientamenti applicativi. L'azione italiana e i suoi obiettivi politici*, in M. C. Ciciriello (a cura di), *La protezione*, cit., p. 179 ss.

³⁰⁵ Convenzione del 1972, art. 11, par. 3: «L'iscrizione di un bene nell'elenco del patrimonio mondiale può avvenire soltanto col consenso dello Stato interessato. L'iscrizione di un bene situato su un territorio oggetto di rivendicazione di sovranità o di giurisdizione da parte di più Stati non pregiudica affatto i diritti delle parti contendenti».

alcun accordo tra il Comitato e i suoi organi consultivi che stabilisca se e quando un bene nominato soddisfi i criteri di *outstanding universal value* e di autenticità³⁰⁶. Va detto che l'elemento della politicizzazione del patrimonio culturale, inteso come processo di identificazione di ciò che costituisce patrimonio culturale, è alla base stessa della Convenzione del 1972³⁰⁷. Un accordo che fa di un concetto vago e profondamente idealizzato come quello di *outstanding universal value* un criterio concreto, scientificamente provato, capace di guidare "dall'alto" l'individuazione e la selezione di beni culturali e naturali, è inevitabilmente (e involontariamente?) uno strumento politico. Non c'è da stupirsi, considerato il tema al centro del dibattito. Il patrimonio culturale è da sempre, del resto, un terreno politico, nonché un luogo di confronto, e talvolta di sano conflitto, tra visioni e concezioni diverse, alcune più vicine all'idea classica, estetica e monumentale della cultura (riconducibili, generalmente, al concetto di *Authorized Heritage Discourse* – AHD), altre invece più atipiche e marginali, che sfidano la tradizione ponendosi in maniera "dissonante" (*dissonant heritage*) rispetto ai modelli codificati³⁰⁸. Ecco, la Convenzione del 1972 annulla completamente questo conflitto, nel bene e nel male; e lo fa non solo sotto il profilo sostanziale, ossia nell'individuazione dei beni "speciali" che ricadono sotto la sua protezione³⁰⁹, ma soprattutto nell'approccio c.d. *top down* alla loro identificazione, che vedrebbe in prima linea gli Stati e i professionisti del mondo della cultura, escludendo da questo processo i cittadini, le comunità, e in generale tutti

³⁰⁶ Sul punto si veda, T. Scovazzi, *Article 8-11*, in F. Francioni, F. Lenzerini (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., pp. 157-174.

³⁰⁷ Sul tema si veda L. Amineddoleh, *The Politicizing of Cultural Heritage*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2020, vol. 45, pp. 333-392.

³⁰⁸ Il concetto di "patrimonio dissonante" è stato introdotto per la prima volta, nel mondo accademico, dagli studiosi John E. Tunbridge e Gregory Ashworth con la loro opera *Dissonant Heritage: The Management of the Past as a Resource in Conflict* (J. Wiley, New York, 1996). Con questa espressione essi indicavano la natura conflittuale del patrimonio culturale, derivante dalla presenza di diversi attori e dai significati contrastanti che essi attribuiscono al passato: «These contested interpretations of objects, places, events, persons or practices from the past create dissonance and challenge the dominant perception of heritage as connected to comfortable, harmonious and consensual views about the meaning of the past. Furthermore, [Tunbridge and Ashworth] notice that not only what is interpreted, but how it is interpreted and by whom, will create quite specific messages about the value and meaning of specific heritage places and the past it represents». In V. Kisić, *Governing Heritage Dissonance. Promises and Realities of Selected Cultural Policies*, European Cultural Foundation/Riksbankens Jubileumsfond, 2013, p. 50. Per approfondimenti sul tema, si veda anche L. Smith, *Uses of Heritage*, Routledge, Londra/New York, 2006.

³⁰⁹ Nonostante il dominio incontrastato, in termini di iscrizioni, delle incarnazioni più "classiche" di patrimonio culturale all'interno della WHL (monumenti, centri storici e siti archeologici), non mancano episodi interessanti e "fuori dal coro", per quanto si tratti sempre di presenze timide, come ad esempio i luoghi della memoria di atrocità passate – i già citati casi di Le Morne (nelle Mauritius) e di Robben Island (in Sudafrica), o anche il Campo di concentramento e di sterminio di Auschwitz-Birkenau, iscritto nella WHL nel 1979.

quegli attori che, pur avendo un contatto diretto e quotidiano con il patrimonio culturale, non appartengono alle élite degli esperti. Proprio per queste ragioni la Convenzione del 1972, con la sua vocazione “universalista” affidata alle decisioni degli Stati e dei professionisti del settore, si è attirata nel corso degli anni numerose critiche, soprattutto dal mondo dell’antropologia, che servendosi dei concetti di AHD e *dissonant heritage* ha messo in luce «the top-down elitist approach to the ‘democratization’ of culture and the privilege of professionals and institutions as gatekeepers of heritage work»³¹⁰. Vista in questa ottica, la WHC rappresenta la punta di diamante della concezione tradizionale, statica ed eurocentrica di patrimonio culturale, inteso come un insieme di resti materiali che l’uomo eredita dal passato e che vanno preservati nella loro immutabilità³¹¹; e secondo questa impostazione, che trova nella WHC il proprio campione, gli Stati sono le uniche autorità legali responsabili per la protezione del patrimonio culturale presente nel proprio territorio, e spetta a loro prima di tutto il compito di educare il popolo al rispetto di questo patrimonio (come del resto affermato all’art. 27 della Convenzione stessa)³¹².

La dimostrazione più lampante del modello culturale che ha ispirato la Convenzione, e che continua a caratterizzarla, nonostante i grandi cambiamenti che l’hanno attraversata, è la centralità della Lista nel suo sistema di protezione. La WHL è ancora oggi lo strumento con il quale viene identificata la Convenzione, e il marchio “patrimonio UNESCO” un certificato di eccellenza che attira visibilità e prestigio, generando ostinatamente tra gli Stati una competizione globale per ottenere il maggior numero di iscrizioni che poco a poco vedono con le esigenze di salvaguardia e promozione della diversità culturale. Nonostante la presenza di un organo di

³¹⁰ V. Kisić, *op. cit.*, p. 64.

³¹¹ «The AHD defines heritage as aesthetically pleasing material objects, sites, places and landscapes that are non-renewable. The AHD assumes that heritage is something that is “found”. Like the monolith from the movie “2001: A Space Odyssey”, heritage travels immutable through time and space, and its value – its essence – is something that will speak to present and future generations». Il passaggio citato proviene da una mia relazione dal titolo “From Dissonant to Assonant Heritage: the UNESCO role”, che ho presentato in occasione del *workshop* “Dissonant Heritage: Concepts, Critiques, Cases”, organizzato dall’Università di Bologna e dell’Università “Jagielloński” di Cracovia, all’interno del consorzio Una Europa (16-20 novembre 2021).

³¹² Convenzione del 1972, art. 27: «1. Gli Stati partecipanti della presente Convenzione si sforzano con tutti i mezzi appropriati, segnatamente con programmi d’educazione e informazione, di consolidare il rispetto e l’attaccamento dei loro popoli al patrimonio culturale e naturale definito negli articoli 1 e 2 della Convenzione. 2. Essi si impegnano a informare ampiamente il pubblico sulle minacce incombenti su questo patrimonio e sulle attività intraprese in applicazione della presente Convenzione».

coordinamento come il Centro per il Patrimonio Mondiale e gli sforzi per promuovere un utilizzo più equo e bilanciato della Lista, attraverso la presenza attiva di una *Global Strategy for a Representative, Balanced and Credible World Heritage List*, questi non hanno prodotto ad oggi risultati significativi, segno di una serie di problematiche nell'implementazione della Convenzione ancora ben radicate e difficilmente superabili. Anche se i numeri di siti iscritti nella Lista possono sembrare incoraggianti, tuttavia si riscontrano al suo interno ancora forti sbilanciamenti sotto il profilo della rappresentatività, con una distribuzione delle iscrizioni nettamente a vantaggio del continente europeo e del Nord America³¹³, oltre che una differenza massiccia tra i patrimoni culturali iscritti e quelli naturali. La stessa categoria dei “paesaggi culturali”, inizialmente salutata con entusiasmo e divenuta presto molto popolare, non ha prodotto il rilancio tanto atteso del patrimonio culturale proveniente dalle regioni meno rappresentate, ma ha paradossalmente confermato l'egemonia europea anche in questa categoria, con la conseguenza di indebolire invece di trainare la *Global Strategy*³¹⁴.

Tutto ciò dimostra come la Lista del Patrimonio Mondiale sia, da un lato, un indiscutibile fiore all'occhiello della Convenzione, oltre che un marchio di prestigio dei beni culturali e naturali che continua a fare gola agli Stati; ma, dall'altro lato, lo specchio del funzionamento parziale di un accordo che, arrivati a questo punto, richiederebbe interventi strutturali ben più decisi e radicali dell'interpretazione evolutiva dei suoi concetti base, a cominciare dal rafforzamento della partecipazione pubblica (soprattutto delle comunità locali) nel processo di candidatura dei siti UNESCO, l'individuazione di meccanismi sanzionatori più precisi e alternativi alla cancellazione di un bene dalla Lista attraverso i quali penalizzare gli Stati inadempienti, e il conferimento agli organi amministrativi della Convenzione, a cominciare dal Comitato sul Patrimonio Mondiale, di poteri di intervento più incisivi, sia per quanto riguarda la capacità di indirizzare le politiche culturali degli Stati,

³¹³ Sulla base dei dati più recenti, quasi la metà dei siti UNESCO sono distribuiti tra Europa e Nord America (546 iscrizioni divise tra 50 Stati, pari al 47,19%); 277 in Asia e nell'area del Pacifico (23,94%); 146 in America Latina e nei Caraibi (12,62%); 98 in Africa (8,47%); 90 negli Stati arabi (7,78%). Se confrontati con i dati forniti dallo studio del 1993 (vedi *supra* nota 247), si registra un lieve miglioramento, soprattutto per quanto riguarda le regioni dell'Asia-Pacífico e dell'Africa, ma i risultati sono ancora insufficienti. I dati sono verificabili sul sito della *World Heritage List* all'indirizzo <https://whc.unesco.org>.

³¹⁴ Per un contributo critico sulla categoria dei “paesaggi culturali”, si veda C. Brumann, A. E. Gfeller, *Cultural landscapes and the UNESCO World Heritage List: perpetuating European dominance*, in *International Journal of Heritage Studies*, 2022, vol. 28, n. 2, pp. 147-162.

sempre nel rispetto degli equilibri tra interessi sovrani e istanze internazionali, sia per quanto riguarda la possibilità di sostituirsi allo Stato nella gestione e nel recupero di siti a rischio³¹⁵.

Questioni di bilanciamento, quindi, da cui dipendono la credibilità e il futuro della Convenzione, che rimane comunque un pilastro fondamentale della tutela internazionale dei beni culturali.

7. Dal patrimonio monumentale alle tradizioni orali: la Convenzione UNESCO del 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale

Gli aspetti critici sollevati nel paragrafo precedente e relativi all'impatto della WHC non servono solo a metterne in luce le lacune, ma esprimono anche la portata ambiziosa di un testo che occupa un posto centrale nel diritto internazionale dei beni culturali, e che continua a svolgere un ruolo fondamentale nell'evoluzione di questa disciplina. Se la Convenzione del 1972, da un lato, rappresenta lo strumento che meglio incarna un preciso modello di patrimonio (culturale e naturale) legato agli aspetti monumentali, fisici ed estetici, e fondato sull'esistenza di caratteristiche eccezionali e universali, dall'altro lato il carattere dinamico dei concetti alla base del suo dispositivo (*in primis* la nozione di "patrimonio dell'umanità" e il concetto di *outstanding universal value*), come si è visto, hanno permesso alla Convenzione di adeguarsi alle nuove sensibilità, fornendo un impulso decisivo all'evoluzione del concetto di patrimonio culturale e delle norme giuridiche per la sua protezione. In questo senso essa è stata realmente un momento di svolta, un autentico crocevia, che ha segnato il punto di arrivo di una concezione classica, materiale e conservativa della cultura, e gradualmente l'inizio di un nuovo "discorso" sul patrimonio culturale, costruito sulla relazione stretta tra la salvaguardia di tutte le sue componenti – tangibili e intangibili – e fondato di conseguenza sull'esigenza di un approccio non settoriale, ma unitario, alla sua tutela³¹⁶.

³¹⁵ In tal senso si esprime anche la dottrina: «In this respect, as well as in others, the future of the World Heritage Convention depends to a large on its capacity to maintain a balance between the general interest of the international community to preserve and protect cultural sites of outstanding universal importance and the particular interests and rights of the local people and communities who have contributed to their creation and maintenance and who legitimately claim to remain actors in their sustainable development and transmission to future generations». In F. Francioni, *World Cultural*, cit., p. 271.

³¹⁶ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 37.

E tale impostazione, che vede nel patrimonio culturale una complessità di valori la cui piena identificazione e comprensione è essenziale per individuare le politiche di salvaguardia più adeguate, ha scandito il percorso evolutivo del diritto internazionale dei beni culturali, trovando conferma in alcune disposizioni contenute nei successivi strumenti UNESCO. Anticipando, in certa misura, gli strumenti che verranno analizzati nelle prossime pagine, si possono citare l'art. 7 della Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale del 2001³¹⁷ e l'art. 4 della Convenzione per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005³¹⁸, che insistono sull'importanza della tutela del patrimonio in tutte le sue forme per promuovere il dialogo tra le culture.

Resta comunque il fatto che le categorie di norme internazionali analizzate finora, compresa la WHC, si riferiscono tutte a beni culturali, mobili o immobili, sempre di natura materiale, conformemente alla concezione occidentale del patrimonio culturale come espressione artistica, monumentale e, in ogni caso, materiale, della creatività umana. Bisogna precisare che il carattere immateriale di un bene non ha mai rappresentato un ostacolo alla previsione di una sua tutela giuridica; basti pensare ai sistemi di garanzia internazionale dei diritti della proprietà intellettuale, che si applicano anche ai prodotti culturali come la musica, la letteratura e le arti visive³¹⁹. Tuttavia non si tratta di strumenti internazionali specificamente culturali, dal momento che il loro scopo è proteggere l'interesse dell'autore di un'opera o di un'invenzione inerente al suo sfruttamento economico, non l'espressione artistica in quanto tale, né tantomeno le strutture e istituzioni sociali alla base del processo di creazione delle espressioni culturali che caratterizzano una determinata società. Per questo motivo, a partire dalla fine del XX secolo, sono state intraprese molteplici iniziative a livello diplomatico al fine di sviluppare un diritto internazionale specifico

³¹⁷ *UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity*, 31C/Res. 15, Parigi, 2 novembre 2001, art. 7 (*Cultural heritage as the wellspring of creativity*): «Creation draws on the roots of cultural tradition, but flourishes in contact with other cultures. For this reason, heritage in all its forms must be preserved, enhanced and handed on to future generations as a record of human experience and aspirations, so as to foster creativity in all its diversity and to inspire genuine dialogue among cultures».

³¹⁸ *Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali*, art. 4: «[...] La diversità culturale non è riflessa unicamente nelle varie forme mediante cui il patrimonio culturale dell'umanità viene espresso, arricchito e trasmesso grazie alla varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso modi distinti di creazione artistica, di produzione, di diffusione, di distribuzione e di apprezzamento delle espressioni culturali [...]. "Interculturalità" rimanda all'esistenza e all'interazione equa tra culture diverse nonché alla possibilità di produrre espressioni culturali condivise attraverso il dialogo e il rispetto reciproco».

³¹⁹ Si pensi, per citarne solo una, alla *Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale*, firmata a Stoccolma il 14 luglio 1967.

per la protezione delle forme immateriali del patrimonio culturale e delle manifestazioni viventi della cultura e della sua diversità. La prima di queste iniziative risale al 1989 ed è rappresentata dalla *Raccomandazione UNESCO per la salvaguardia della cultura tradizionale e del folklore*³²⁰, uno strumento di *soft law* che testimonia ancora il clima di guerra fredda nella sua opposizione tra cultura d'élite e cultura popolare e vernacolare, e nell'utilizzo del termine "folklore", al giorno d'oggi considerato riduttivo nell'accezione in cui si riferisce a tradizioni che hanno perso la loro vitalità e la loro capacità di riprodursi, e dunque sono reinterpretate per ragioni fondamentalmente commerciali³²¹.

Nel corso degli anni Novanta, due iniziative dell'UNESCO hanno dato vita ad un nuovo approccio nella protezione delle culture viventi. La prima consiste nell'adozione di linee direttrici per la salvaguardia dei tesori umani viventi (*Guidelines for Human Living Treasures*), un programma lanciato nel 1994 al fine di stimolare lo sviluppo di una legislazione interna capace di garantire la sopravvivenza di arti e mestieri antichi che rischiano di scomparire in una economia globalizzata, ma ancora molto importanti per la coesione della società e per la conservazione del patrimonio culturale materiale. La seconda iniziativa consiste invece nel programma approvato nel 1997 dalla Conferenza generale UNESCO per la proclamazione dei capolavori del patrimonio orale e immateriale dell'umanità (*Programme on the Proclamation of the Masterpieces of Oral and Intangible Heritage*), che mira a selezionare, attraverso un concorso internazionale, le forme e i luoghi di celebrazione delle tradizioni culturali di eccellente qualità nell'ambito del teatro, della danza, del mimo, della musica e in altri campi. È sulla base di queste esperienze che, all'inizio del 2000, in

³²⁰ UNESCO, *Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, Parigi, 15 novembre 1989.

³²¹ In certi casi, all'origine della perdita di significato di un'usanza o tradizione c'è la sistematica banalizzazione dell'espressione culturale che essa incarna, spesso legata a politiche che impediscono ad una comunità di poter esercitare le attività da essa percepite come fondamentali per esprimere e realizzare la propria identità. Le conseguenze di questo processo di mortificazione ed emarginazione è lo svuotamento del valore simbolico e spirituale di un'espressione culturale, che finisce per indebolire profondamente le comunità che in essa si identificano. Un esempio efficace è fornito da alcuni riti dei Nativi americani (in particolare la *sun dance* e la *ghost dance*) che, nel corso del XX secolo, sono stati oggetto di costante ostruzionismo da parte del governo statunitense, a seguito del quale il significato spirituale di essi – trasformati da espressioni dell'identità e della fierezza delle tribù che vi si rispecchiavano a semplici manifestazioni folkloristiche – è andato in massima parte perduto, e con esso anche una parte dell'identità culturale delle comunità interessate. Cfr. F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 10. Sul tema, sempre dello stesso autore, si veda *Intangible Cultural Heritage in Danger: A Part of the Human Memory that is Disappearing*, in *Symposium: The Transmission and Present State of Cultural Heritage*, Japan-Italy Association of World Heritage Studies, Kyoto, 2002, p. 72 ss.

seno all'UNESCO è stata presa la decisione di avviare dei negoziati per adottare uno strumento normativo multilaterale sulla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Un primo passo fu fatto nel marzo 2001 da una riunione di esperti organizzata a Grinzane Cavour, al fine di formulare una definizione del concetto assai elusivo di "patrimonio immateriale". La definizione adottata dal gruppo di esperti aveva un carattere prevalentemente antropologico ed includeva nella nozione di patrimonio immateriale «the social, intellectual and cultural processes that from generation to generation, by oral transmission, by imitation or by other means of learning have made possible the development of a distinct cultural tradition whose preservation and protection is important for the safeguarding of the cultural diversity and creativity of humanity»³²². Questa definizione è stata successivamente rielaborata e adottata, con alcune modifiche, nel testo della *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* (da qui "Convenzione del 2003"), adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO il 17 ottobre 2003 ed entrata in vigore il 20 gennaio 2006, e che oggi conta 183 Stati parti³²³.

Nonostante questa Convenzione sia, da un punto di vista formale, uno strumento tradizionale di creazione consensuale di obblighi interstatali, da un punto di vista sostanziale essa istituisce un sistema di obblighi internazionali che gli Stati contraenti assumono nei confronti dei gruppi umani, delle comunità culturali, stabiliti nel loro territorio o all'estero, allo scopo di salvaguardarne le tradizioni e la cultura vivente. In questo senso, l'idea di una salvaguardia del patrimonio culturale immateriale risulta molto vicina alla protezione dei diritti umani. Come per questi ultimi, infatti, l'oggetto della salvaguardia non è un interesse dello Stato, ma al contrario il valore umano dell'autonomia creatrice, della libertà di manifestazione delle proprie credenze e convinzioni, sia individualmente che in comunità, tanto in pubblico che in privato, dei popoli, dei gruppi o delle minoranze. Come per i diritti umani, l'obbligo internazionale che deriva da questo strumento di protezione del patrimonio culturale tende a penetrare nel *dominio riservato* dello Stato, e impone ad esso regole di rispetto e di impegno verso gli individui e le comunità culturali situate sul proprio territorio.

³²² *Final Report International Round Table on 'Intangible Cultural Heritage – Working Definitions' 14 – 17 March, Turin, Italy*, Doc. RIO/ITH/2002/INF/5, 11 gennaio 2002, p. 19.

³²³ Numeri aggiornati a marzo 2024.

La ragione d'essere della Convenzione del 2003, dunque, risiede nel fatto che la protezione del patrimonio culturale immateriale non è rivolta alla salvaguardia dell'interesse nazionale di ciascuno Stato, ma piuttosto alla conservazione di un bene collettivo della Comunità internazionale nel suo insieme, ossia la varietà e diversità culturale dell'umanità³²⁴. Allo stesso tempo, il legame tra la Convenzione del 2003 e i diritti umani si manifesta nell'esclusione dal campo di applicazione della Convenzione stessa delle pratiche e tradizioni che non sono compatibili con i diritti umani riconosciuti a livello internazionale (ad esempio le pratiche discriminatorie nei confronti delle donne, o contrarie alla dignità umana)³²⁵, e dall'altra parte in una forte connotazione del patrimonio immateriale come elemento fondamentale dell'identità dei gruppi umani che l'hanno creato e di cui sono depositari. Questo ultimo aspetto è ben sottolineato dall'art. 2, che fornisce una definizione estremamente esaustiva di "patrimonio culturale immateriale", col quale si intendono «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana». Il comma 2 prosegue indicando le manifestazioni del "patrimonio immateriale", che comprendono le tradizioni ed espressioni orali (compreso il linguaggio), le arti dello spettacolo, le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi, le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo, e l'artigianato tradizionale. L'aspetto significativo di questa definizione è dato dal ruolo importante che la Convenzione del 2003 attribuisce, sul piano normativo, alle comunità, gruppi o anche individui che creano, mantengono e trasmettono il loro patrimonio immateriale nel quadro delle misure di salvaguardia adottate da ciascuno Stato. Come infatti stabilito all'art. 15 della Convenzione

³²⁴ Ciò risulta dallo stesso Preambolo della Convenzione del 2003: «[...] considerando l'importanza del patrimonio culturale immateriale in quanto fattore principale della diversità culturale e garanzia di uno sviluppo duraturo [...]».

³²⁵ Così è stabilito all'art. 2 (*Definizioni*), dove si afferma che la Convenzione si applica solamente al patrimonio culturale immateriale «nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile».

«[n]ell'ambito delle sue attività di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, ciascuno Stato contraente farà ogni sforzo per garantire la più ampia partecipazione di comunità, gruppi e, ove appropriato, individui che creano, mantengono e trasmettono tale patrimonio culturale, al fine di coinvolgerli attivamente nella sua gestione».

Se sul piano sostanziale la Convenzione del 2003 risulta assolutamente innovativa, portando ad un ulteriore sviluppo la nozione di "patrimonio culturale", sul piano istituzionale, sfortunatamente, essa si è rivelata piuttosto debole e deludente, rispetto alle sue ambizioni normative. Seguendo in maniera pedissequa il modello della Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972, la Convenzione del 2003 prevede la creazione di un Comitato per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (art. 5), la cui funzione è di stabilire e pubblicare una Lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale. Si tratta, tuttavia, di un organo statale, che non include i rappresentanti della comunità il cui patrimonio culturale è oggetto delle delibere del Comitato³²⁶. Ciò induce a dubitare su come il patrimonio culturale immateriale possa effettivamente essere salvaguardato da un organo diplomatico che non ammette una partecipazione istituzionale dei rappresentanti delle comunità che creano e mantengono questo patrimonio.

Nonostante questo aspetto di debolezza, la Convenzione del 2003 ha avuto il merito di attirare l'attenzione internazionale sull'impatto della globalizzazione sulla varietà delle culture del mondo, stimolando la negoziazione, in breve tempo, di un nuovo strumento pattizio espressamente dedicato a definire e salvaguardare la "diversità culturale", un concetto che ancora oggi rappresenta la tappa conclusiva del lungo percorso di evoluzione della nozione di "patrimonio culturale" e della sua protezione giuridica nel sistema UNESCO.

8. La protezione della cultura nell'epoca della globalizzazione, tra "eccezione culturale" e "diversità culturale"

³²⁶ Va comunque notato che l'art. 9 della Convenzione del 2003 prevede la possibilità che il Comitato ammetta a partecipare alle proprie riunioni organizzazioni non governative, competenti nel campo del patrimonio culturale immateriale. Inoltre l'art. 8, par. 4 conferisce al Comitato il potere di invitare le organizzazioni private o pubbliche, così come gli individui competenti, per consultazioni su materie specifiche.

L'interesse per la nozione di "diversità culturale", intesa come bene giuridico meritevole di tutela da parte del diritto internazionale, è sempre stato al centro dell'azione dell'UNESCO; anzi, in un certo senso affonda le proprie radici nell'istituzione dell'UNESCO stessa, come del resto risulta dalla sua Costituzione, dove si afferma chiaramente che uno degli obiettivi principali dell'Organizzazione è «garantire agli Stati membri [...] l'indipendenza, l'integrità e la feconda *diversità* delle loro culture e dei loro sistemi di educazione»³²⁷. Non è azzardato, quindi, considerare la diversità culturale uno dei pilastri fondanti dell'UNESCO, dal momento che è nel favorire tale "feconda diversità" che va individuata, come si è visto, la *ratio* istitutiva dell'Agenzia delle Nazioni Unite. Ed è innegabile che, nel corso degli anni e al netto dei continui conflitti e dell'instabilità delle relazioni tra gli Stati, l'azione dell'UNESCO abbia accompagnato il passaggio dai semplici "scambi culturali", che hanno sempre caratterizzato la storia della civiltà, alla creazione di un sistema di cooperazione culturale internazionale³²⁸, trovando il proprio elemento strutturale più importante nella diversità culturale³²⁹.

Fin dagli albori del diritto internazionale della cultura, dunque, la diversità culturale ha svolto un ruolo determinante nell'azione dell'UNESCO, acquisendo un'importanza sempre più decisiva col progredire delle minacce alle quali è esposta la cultura in tutte le manifestazioni. Se fino a pochi decenni fa i rischi principali per la protezione dei beni culturali erano limitati ai conflitti armati e alle discutibili politiche di conservazione adottate dagli Stati, con l'affacciarsi di nuovi fenomeni sociali ed economici, in particolare quello della globalizzazione, la Comunità internazionale si è dovuta confrontare con una dimensione totalmente inedita dei pericoli che corre la cultura, soprattutto nei suoi aspetti più intangibili e legati all'identità delle minoranze. Se da un lato, infatti, la crescente liberalizzazione degli scambi ha rappresentato una nuova opportunità di interazione tra le culture, favorendone la conoscenza e il dialogo reciproco, dall'altro il dirompente processo di globalizzazione, anziché favorire il mutuo accrescimento culturale, rischia di portare all'omologazione dei modelli culturali, mettendo così in pericolo la sopravvivenza delle culture

³²⁷ Costituzione UNESCO, art. 1, par. 3. Corsivo aggiunto.

³²⁸ Per un approfondimento su questo tema si veda a V. Mainetti, *La coopération culturelle internationale et l'émergence du droit international de la culture*, in A. Oriolo, A. Vigorito (a cura di), *La "dimensione culturale" nel diritto interno ed internazionale. Profili di tutela e valorizzazione*, Aracne, Roma, 2014, p. 171 ss.

³²⁹ Si veda F. Mucci, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale. Da ratio implicita a oggetto diretto di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

tradizionali³³⁰. Uno scenario di questo tipo era stato delineato da alcuni autori sul finire della Guerra fredda³³¹, i quali profetizzavano un nuovo e futuro “scontro fra civiltà” fondato proprio sulla cultura e sulle questioni identitarie. Letti in questi termini, gli effetti della globalizzazione possono dunque assumere il valore di una minaccia: infatti, più la globalizzazione spinge verso un’omologazione della cultura e l’imposizione di determinati modelli (in gran parte di derivazione occidentale e anglosassone), più il mondo moderno deve fare i conti con nuovi tipi di conflitti, che vedono a un angolo del ring la cultura dominante e all’altro le identità culturali in lotta per la sopravvivenza³³².

Per questi motivi, la diversità culturale si è affermata come uno dei principali argomenti di dibattito a partire dalla seconda metà degli anni ‘80, trovando sempre più spazio nei rapporti delle diverse organizzazioni internazionali e nelle risoluzioni dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite e della Conferenza generale dell’UNESCO; ed è interessante notare come, nello stesso periodo, faccia la sua apparizione nel diritto internazionale anche la nozione di biodiversità³³³: come quest’ultima è l’ingrediente essenziale per la sopravvivenza degli ecosistemi naturali, così la diversità culturale è indispensabile per preservare gli “ecosistemi culturali”, assicurando la trasmissione del patrimonio culturale alle generazioni future³³⁴.

³³⁰ Cfr. V. Mainetti, *Diversità culturale*, cit., p. 422; L. Pineschi, *op. cit.*, p. 163.

³³¹ Si veda S. P. Huntington, *The Clash of Civilization?*, in *Foreign Affairs*, 1993, p. 22 ss. Dello stesso autore si veda *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996. Sul dibattito relativo allo scontro delle civiltà, si vedano anche L. E. Harrison, S. P. Huntington, *Culture Matters: How Values Shape Human Progress*, Basic Books, New York, 2001; L. Harris, *Civilization and Its Enemies: The Next Stage of History*, Free Press, New York, 2004.

³³² Si può richiamare, a tal proposito, l’acuta intuizione del filosofo Theodor Adorno, il quale avvertiva la delicatezza dei rapporti tra mondo economico e mondo culturale, con il rischio di omologazione delle espressioni culturali dietro l’angolo, già all’inizio degli anni ‘50: «L’industria culturale pretende ipocritamente di regolarsi sui consumatori e di fornire loro ciò che desiderano. [...] L’industria culturale, più che adattarsi alle reazioni dei clienti, le crea o le inventa. Essa gliel’inculca, conducendosi come se fosse anch’essa un cliente». In T. Adorno, *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, Einaudi, Torino, 2008, aforisma 129, p. 241. Il presente passaggio è citato in G. Bianco, *Liaisons dangereuses: la Convenzione UNESCO sulla diversità culturale e l’OMC*, in *Aedon*, 2011, n. 3.

³³³ La dottrina sull’argomento è molto ricca. Per una completa panoramica sull’evoluzione del concetto di biodiversità nel diritto internazionale, cfr. Aoki Inoue, *La convenzione sulla diversità biologica e la biodiversità come questione globale e locale*, in A. Del Vecchio, A. Dal Ri Júnior (a cura di), *Il diritto internazionale dell’ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 239; N. De Sadeleer, C. H. Born, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Editions Dalloz, Parigi, 2004; N. Matz-Lück, *Biological Diversity, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, Oxford Public International Law, 2008; R. Pavoni, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004; S. Sarkar, *Defining “Biodiversity”; Assessing Biodiversity*, in *The Monist*, 2002, vol. 85, n. 1, pp. 131-155.

³³⁴ Cfr. V. Mainetti, *Diversità culturale*, cit., p. 423.

Come è stato detto, la necessità di salvaguardare la varietà delle espressioni culturali è da sempre un tema strettamente legato alla liberalizzazione degli scambi commerciali. La questione non è comunque una novità degli ultimi anni, ma trova un precedente molto importante nell'*Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT)*³³⁵ del 1947, che prevede un'eccezione esplicita alla libertà degli scambi in funzione della protezione del patrimonio culturale (art. XX, lett. f)), con riferimento ai tesori nazionali di valore artistico, storico e archeologico³³⁶. Tuttavia il problema principale, come rilevato in dottrina, riguarda «la conciliazione fra libertà di commercio e protezione dell'infinità varietà delle culture viventi, data la particolare connotazione giuridica dei concetti di “servizio” e di “industria”, che includono molte manifestazioni culturali come il cinema, la televisione e l'educazione nel contesto dell'economia globale»³³⁷. Per questo motivo, in occasione dei negoziati per l'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)³³⁸, la tutela della diversità culturale dai rischi del mercato globale ha iniziato a ricevere concreta attenzione a livello internazionale, grazie all'introduzione del principio dell'“eccezione culturale”, che può essere considerato la prima tappa di un dibattito che sarebbe culminato, successivamente, nell'attuale formulazione della diversità culturale.

La comparsa dell'eccezione culturale risale agli anni dell'*Uruguay Round*, il ciclo di negoziati commerciali multilaterali avviato nel 1986 allo scopo di ampliare l'ambito di applicazione del GATT, estendendo i principi del libero scambio, fino a quel momento limitati al commercio delle merci, anche al settore del cosiddetto “commercio invisibile”, ossia quello dei servizi³³⁹. Dal momento che tra questi

³³⁵ Firmato a Ginevra il 30 ottobre 1947.

³³⁶ GATT, art. XX (*Eccezioni generali*), lett. f): «[...] nessuna disposizione del presente accordo sarà interpretata come divieto a una Parte contraente qualsiasi di istituire o d'applicare delle misure [...] intese alla protezione di tesori artistici, storici, o archeologici, nazionali».

³³⁷ F. Francioni, *La protezione internazionale*, cit., p. 31.

³³⁸ L'OMC è stata istituita con l'Accordo di Marrakech, firmato il 15 aprile 1994 ed entrato in vigore l'1 di gennaio 1995. Questo accordo ha sancito la conclusione di un ciclo di negoziati denominati *Uruguay Round* (poiché iniziati a Punta del Este, in Uruguay, nel 1986), che hanno portato alla creazione dell'OMC e alla ratifica di tre accordi: il GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), riguardante le tariffe doganali e il commercio, nella versione aggiornata del 1994 che ha affiancato l'omonimo accordo originario del 1947; il GATS (*General Agreement on Trade in Services*), sul commercio di servizi; e i TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), relativi agli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale.

³³⁹ Cfr. S. Foà, W. Santagata, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *Aedon*, 2004, n. 2. Sul punto si vedano anche J. M. Baer, *L'exception culturelle – Une règle en quête de contenus*, in *En temps Réel*, 2003, vol. 11, p. 32; A. Gattini, *La Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità culturale e regole WTO*, in L. Zagato (a cura di), *op. cit.*, p. 191 ss.

figuravano anche il cinema e gli audiovisivi, che erano considerati settori “culturali”, questo generò delle forti opposizioni all’interno dei negoziati: diversi Stati, con a capofila la Francia, sostenuta dalla Comunità europea e dal Canada³⁴⁰, si opposero con vigore alla prospettiva di liberalizzazione dei servizi audiovisivi, invocando la nozione di “eccezione culturale”, intesa come «[...] prerogativa sovrana per la difesa delle peculiarità, se non propriamente del carattere “nazionale”, delle diverse forme di espressione culturale»³⁴¹. L’eccezione culturale costituiva, quindi, una deroga provvisoria alla liberalizzazione degli scambi nei servizi, che consentiva agli Stati di controllare e regolamentare le importazioni di film stranieri, in virtù della natura culturale dei prodotti cinematografici³⁴². Tuttavia, come è stato osservato, questo concetto non esprimeva di per sé i valori di una vera politica culturale, quanto piuttosto una forma di protezionismo³⁴³; ciò rendeva necessaria una nuova terminologia, capace di comunicare in maniera compiuta un nuovo orientamento politico e giuridico finalizzato alla tutela e all’eguale rispetto delle diverse espressioni culturali.

Nel corso degli anni ‘90 il dibattito internazionale sulla diversità culturale si fece progressivamente più ricco e intenso, intrecciandosi con i temi della democrazia e dello sviluppo: nel 1991 la XXVI Conferenza generale dell’UNESCO adottò una risoluzione dove si auspicava la creazione di una *World Commission on Culture and Development* (WCCD)³⁴⁴, che venne immediatamente istituita con una risoluzione dell’Assemblea generale dell’ONU³⁴⁵. Nel 1995 la WCCD pubblicò un rapporto che introduceva un’innovativa visione del processo di sviluppo, includendo temi quali i diritti delle donne e dei bambini, il riconoscimento e la valorizzazione delle popolazioni indigene, la preservazione del patrimonio culturale mondiale, incoraggiando un’idea di sviluppo globale rispettosa delle esigenze dei molteplici gruppi culturali³⁴⁶. Al centro di questa rilettura c’era il concetto di “diversità culturale”, che nelle parole dell’antropologo CLAUDE LÉVI-STRAUSS «[is] behind us, around us

³⁴⁰ Cfr. G. De Burca, J. Scott (a cura di), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart, Oxford, 2001, p. 237.

³⁴¹ Questa definizione è in A. Gattini, *op. cit.*, p. 191.

³⁴² Cfr. B. Zambardino, *La Convenzione UNESCO: la protezione e promozione della diversità culturale*, in *Economia della Cultura*, 2006, n. 1, p. 80.

³⁴³ C. B. Graber, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 9, n. 3, p. 554.

³⁴⁴ Conferenza generale UNESCO, risoluzione n. 26 C/3.4, 6 novembre 1991.

³⁴⁵ Assemblea generale ONU, risoluzione n. 46/158, 19 dicembre 1991.

³⁴⁶ *Our Creative Diversity*, Parigi, novembre 1995. Disponibile all’indirizzo <https://unesdoc.unesco.org>.

and before us»³⁴⁷. Sempre nel 1995 venne adottata dall'UNESCO la *Dichiarazione dei principi sulla tolleranza*, dove il rispetto della diversità era indicato come parte integrante della definizione di “tolleranza”³⁴⁸.

A partire dal 2000 si assiste alla nascita di un movimento, a livello internazionale, che riporta ulteriormente l'attenzione delle principali istituzioni internazionali sulla delicata questione della protezione della diversità culturale. Il momento di svolta è rappresentato dalla *Dichiarazione universale sulla diversità culturale*, adottata all'unanimità dalla Conferenza generale dell'UNESCO il 2 novembre 2001 (da qui “Dichiarazione del 2001”). Con essa il concetto di diversità culturale entra nella fase della maturità, acquistando un valore universale³⁴⁹ e segnando il passaggio al pluralismo culturale, che non è altro che «[...] la risposta politica alla realtà della diversità culturale» (art. 2). Nel frattempo, sempre l'UNESCO, ispirandosi ai principi guida già presenti nella *Dichiarazione universale dei diritti umani*, inizia a valutare l'opportunità di adottare uno strumento giuridico internazionale sulla diversità culturale, fondato sui concetti della dignità umana, dell'uguaglianza e della libertà. A tal proposito, il 12 marzo del 2003 il Consiglio esecutivo dell'UNESCO si riunisce per elaborare un apposito studio preliminare che esamini gli aspetti tecnici e giuridici connessi alla diversità culturale³⁵⁰. Con questo studio il tema della diversità culturale viene collocato nel contesto della globalizzazione, con l'obiettivo di «stabilire un legame tra il mantenimento della diversità culturale e gli obiettivi dello sviluppo, in particolare, attraverso la promozione dell'attività creativa e di beni e servizi culturali, tramite i quali tale attività trovi espressione. Ciò implica, in particolare, favorire la

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 11: «For groups and societies, culture is energy, inspiration and empowerment, as well as the knowledge and acknowledgment of diversity: if cultural diversity is 'behind us, around us and before us', as Claude Lévi-Strauss put it, we must learn how to let it led not to the clash of cultures, but to their fruitful coexistence and to intercultural harmony».

³⁴⁸ Parigi, 16 novembre 1995. Si veda l'art. 1, par. 1: «Tolerance is respect, acceptance and appreciation of the rich diversity of our world's cultures, our forms of expression and ways of being human. It is fostered by knowledge, openness, communication, and freedom of thought, conscience and belief. Tolerance is harmony in difference. It is not only a moral duty, it is also a political and legal requirement. Tolerance, the virtue that makes peace possible, contributes to the replacement of the culture of war by a culture of peace». Il testo della Dichiarazione è disponibile all'indirizzo <http://portal.unesco.org>.

³⁴⁹ Dichiarazione del 2001, art. 1: «[L]a diversità culturale è, per il genere umano, necessaria quanto la biodiversità per qualsiasi forma di vita. In tal senso, essa costituisce il *patrimonio comune dell'Umanità* e deve essere riconosciuta e affermata a beneficio delle generazioni presenti e future». Corsivo aggiunto.

³⁵⁰ *Preliminary Study on the Technical and Legal Aspects relating the Desirability of a Standard-Setting Instrument on Cultural Diversity*, Doc. n. 166 EX/28, 12 marzo 2003. Grazie a questo studio si rileva un vuoto giuridico internazionale che lo strumento della Convenzione del 2005 avrebbe dovuto colmare.

capacità degli Stati a definire le loro politiche culturali [...]»³⁵¹. Si apre così la strada alla creazione di uno strumento idoneo a proteggere la «diversità dei contenuti culturali e delle forme di espressione artistica che si riflettono nell'industria della cultura – aspetti che possono risultare particolarmente minacciati dalla globalizzazione»³⁵².

Alla fine del 2003 si insedia presso l'UNESCO un gruppo di esperti incaricato di redigere una bozza della convenzione. Nell'arco di un anno prende il via una massiccia campagna di sensibilizzazione, che vede le coalizioni culturali di ciascuno Stato giocare un ruolo determinante, grazie alla quale si arriva all'approvazione definitiva della *Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali* (da qui "Convenzione del 2005")³⁵³, che viene adottata in seduta plenaria dalla Conferenza generale dell'UNESCO, con 148 voti a favore (compresi tutti gli Stati membri dell'UE), due contrari (Israele e USA) e quattro astensioni (Australia, Honduras, Liberia, Nicaragua). La Convenzione del 2005 può essere vista sotto un duplice profilo: da un lato rappresenta la sintesi di una serie di atti precedentemente conclusi nei settori del commercio e del patrimonio culturale³⁵⁴; dall'altro si presenta come una evidente reazione al processo di globalizzazione, che ha riempito un'importante lacuna nel diritto internazionale con riferimento ai valori culturali, ponendosi ancora oggi come il principale baluardo all'omologazione e alla "standardizzazione della cultura"³⁵⁵.

8.1 *La Convenzione UNESCO del 2005 per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali*

La Convenzione del 2005 rappresenta oggi la punta di diamante per quanto riguarda la protezione della diversità culturale. Essa chiude il cerchio delle principali

³⁵¹ *Ibid.*, par. 19. Traduzione dell'Autore.

³⁵² *Ibid.*, par. 23. Traduzione dell'Autore.

³⁵³ Parigi, 20 ottobre 2005. La Convenzione è entrata in vigore il 18 marzo 2007.

³⁵⁴ Per quanto riguarda il settore commerciale, il riferimento è all'*Accordo per l'importazione di oggetti di carattere educativo, scientifico o culturale* (Lake Success, New York, 22 novembre 1950), poi integrato con il *Protocollo addizionale all'accordo per l'importazione di oggetti di carattere educativo, scientifico o culturale* (Nairobi, 26 novembre 1976); nell'ambito del patrimonio culturale, rientrano invece la Convenzione del 1972, la Convenzione del 2003 e la Dichiarazione del 2001. Si veda R. Craufurd-Smith, *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Cultural Expressions: Building a New World Information and Communication Order?*, in *International Journal of Communication*, 2007, vol. 1, pp. 24-55.

³⁵⁵ Cfr. V. Mainetti, *Diversità culturale*, cit., p. 423. Si veda anche C. B. Graber, *op. cit.*, pp. 553-554.

Convenzioni UNESCO dedicate alla tutela e alla valorizzazione della cultura in tutte le sue manifestazioni, inaugurato nel 1972 con la Convenzione sul Patrimonio Mondiale e proseguito nel 2003 con la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Quest'ultima, come si è visto, ha fatto da apripista alla Convenzione del 2005, sviluppando il concetto di "identità culturale", che ha un valore chiave per meglio comprendere e tutelare la diversità culturale. Come è stato osservato, infatti, la protezione del patrimonio intangibile (inteso come l'insieme delle tradizioni, dei riti, conoscenze e rappresentazioni che una comunità di individui riconosce come parte del proprio patrimonio culturale) determina «*a fortiori* la protezione dell'identità dei popoli stessi, e quindi, attraverso la preservazione dei differenti patrimoni tradizionali dei medesimi, il principale oggetto di tutela [risulta] proprio la diversità culturale»³⁵⁶.

La Convenzione del 2005 ha ricevuto un forte sostegno a livello internazionale (attualmente conta 152 Stati membri)³⁵⁷ e si è caratterizzata per la sorprendente rapidità con la quale sono stati condotti i negoziati: meno di due anni sono stati sufficienti per elaborare il testo, nonostante le difficoltà legate alla complessità dei negoziati e alle resistenze di alcuni Stati, in particolare Israele e Stati Uniti³⁵⁸. Questi ultimi si sono fatti portavoce di una ristretta ma agguerrita minoranza di Stati³⁵⁹, che vedevano nel testo negoziato uno strumento di protezionismo mascherato, potenzialmente dannoso per la libera circolazione dell'informazione e delle idee³⁶⁰. L'effetto di questa forte opposizione è stata l'attenuazione della portata obbligatoria

³⁵⁶ F. Lenzerini, *Riflessioni*, cit., p. 673.

³⁵⁷ Numeri aggiornati a maggio 2023.

³⁵⁸ Per un'accurata ricostruzione dei negoziati e delle dinamiche che li hanno animati, cfr. l'importante contributo di V. M. Moghadam, D. Elveren, *The making of an international Convention: culture and free trade in a global era*, in *Review of International Studies*, 2008, vol. 34, n. 4, pp. 735-753.

³⁵⁹ Oltre a Stati Uniti e Israele (che hanno votato contro la Convenzione), altri Stati hanno assunto una posizione oppositiva nei confronti dell'accordo: l'Australia si è astenuta a causa dell'art. 20 ("Relazioni con gli altri strumenti: sostegno reciproco, complementarità e non subordinazione"), così pure Liberia, Nicaragua e Honduras (questi ultimi due hanno aderito nel 2010). All'inizio del 2005, in piena fase di elaborazione della bozza dell'accordo (poi approvato nel giugno 2005, infine adottato il 20 ottobre del medesimo anno), anche la Corea del Sud e la Thailandia avevano espresso perplessità nei confronti dell'accordo; il Giappone, in particolare, era tra i più convinti sostenitori, accanto agli Stati Uniti, delle istanze oppositive.

³⁶⁰ V. Mainetti, *Diversità culturale*, cit., p. 426. All'indomani dell'adozione della Convenzione, gli Stati Uniti manifestarono le proprie preoccupazioni durante la Conferenza generale dell'UNESCO: «The United States of America is extremely disappointed with the decision that has just been taken. As we have explained in great detail, we have serious concerns about the potential of the Draft Convention to be misinterpreted in ways that might impede the free flows of ideas by word and image as well as affect other areas, including trade». Si veda *Records of the General Conference, 33rd Session*, Parigi, 3-21 ottobre 2005, p. 221.

delle disposizioni finali, che hanno invece assunto un mero carattere esortativo, tipico delle dichiarazioni di principio. Inoltre, la presenza importante e decisiva della Commissione europea durante le trattative non ha fatto altro che confermare le ambizioni commerciali nascoste dietro il volto “culturale” dell’accordo. Proprio la partecipazione dell’UE ai negoziati ha messo in luce il carattere “misto” della futura convenzione, che in quanto tale non poteva essere negoziata individualmente dai singoli Stati membri. Al contrario, se la natura dell’accordo fosse stata esclusivamente culturale, non sarebbe stato concesso alcuno spazio alla presenza dell’UE. Tuttavia, la circostanza che l’Unione non fosse membro dell’UNESCO ha sollevato delicate questioni procedurali, risolte con il riconoscimento alla Commissione dello status inedito di “observateur renforce”, che le ha permesso di prendere parte attiva ai negoziati in nome dell’Unione e dei suoi Stati membri³⁶¹. Al centro del dibattito che ha accompagnato i negoziati c’era, in particolare, il senso e le implicazioni del concetto di “diversità culturale”, espressione per sua natura caratterizzata da una ricca complessità di significati: uno di questi fa riferimento al delicato equilibrio tra le culture, in quanto proteggere la diversità culturale significa promuovere azioni a tutela delle minoranze culturali. Un altro approccio tiene in considerazione la protezione di determinate minoranze culturali, nello specifico quelle “in pericolo”: in questo senso, la tutela della diversità culturale acquista una dimensione più politica, basata sulla visione della cultura sia sotto il profilo sociale che dal punto di vista della sua diffusione commerciale. Quest’ultimo approccio, che è molto debitore del concetto di “eccezione culturale”, ha ottenuto maggiore sostegno durante i negoziati, e ha ispirato l’obiettivo principale dell’accordo, ossia proteggere la cultura dagli effetti nocivi di una diffusa commercializzazione, incoraggiandone al contempo lo sviluppo in tutte le sue molteplici varietà. In termini più specifici, le ragioni alla base della stipulazione della Convenzione del 2005 possono essere riassunte in tre diversi punti: affermare il valore universale della diversità culturale («[...] la diversità culturale rappresenta un patrimonio comune dell’umanità e che dovrebbe essere valorizzata e salvaguardata a beneficio di tutti»)³⁶²; favorire il pluralismo culturale («[...] la cultura assume forme diverse nel tempo e nello spazio e che questa diversità è riflessa nell’originalità e nella *pluralità*

³⁶¹ *Ibid.*, p. 427.

³⁶² Convenzione del 2005, Preambolo, par. 2.

delle identità, così come nelle espressioni culturali delle società e dei popoli umani») ³⁶³; promuovere e tutelare il significato culturale di un bene, a prescindere dal suo valore commerciale («convinta che le attività, i beni e i servizi culturali hanno una doppia natura, economica e culturale, in quanto portatori di identità e di significato e non devono quindi essere trattati come aventi esclusivamente un valore commerciale») ³⁶⁴.

La realizzazione di questi obiettivi, che rappresentano in sintesi le basi su cui poggia la Convenzione del 2005, ha lo scopo di porre un freno ai pericoli legati ad una liberalizzazione sfrenata e al conseguente fenomeno della globalizzazione, di cui la Convenzione prende atto nel Preambolo quando afferma che «constatando che i processi di globalizzazione, agevolati dalla rapida evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, se hanno contribuito a stabilire condizioni inedite capaci di consolidare l'interazione interculturale, rappresentano anche *una sfida per la diversità culturale, segnatamente nell'ambito dei rischi di squilibrio fra Paesi ricchi e Paesi poveri*» ³⁶⁵.

Questo rischio di sbilanciamento tra culture dominanti e culture dei paesi in via di sviluppo era già stato notato dalla Dichiarazione del 2001, la quale metteva in guardia dai rischi che la globalizzazione generasse un flusso di informazioni unilaterale, annientando così le culture tradizionali ³⁶⁶. Alla luce di queste considerazioni, la Convenzione del 2005 ha lo scopo di tutelare quei beni che sono espressione della diversità culturale, in particolare sul piano economico e commerciale, consentendo alle Parti, laddove lo ritengano opportuno, di adottare trattamenti preferenziali ricorrendo a misure protezionistiche e aiuti pubblici ³⁶⁷.

In termini più concreti, l'art. 1 indica le finalità perseguite dalla Convenzione, che possono essere suddivise in due tipologie: una legata alla protezione, l'altra alla promozione delle espressioni culturali ³⁶⁸. L'attività di protezione, consistente in azioni

³⁶³ *Ibid.*, par. 7. Corsivo aggiunto.

³⁶⁴ *Ibid.*, par. 18.

³⁶⁵ *Ibid.*, par. 19. Corsivo aggiunto.

³⁶⁶ Convenzione del 2005, art. 6: «Nell'assicurare la libera circolazione delle idee attraverso parole e immagini, *bisogna vigilare affinché tutte le culture possano esprimersi e farsi conoscere*. La libertà d'espressione, il pluralismo dei media, il multilinguismo, le pari opportunità di accesso alle espressioni artistiche alle conoscenze scientifiche e tecnologiche – compresa il formato digitale – e la possibilità, per tutte le culture, di essere presenti sui mezzi d'espressione e diffusione, sono i garanti della diversità culturale». Corsivo aggiunto.

³⁶⁷ Cfr. L. Pineschi, *op. cit.*, p. 164.

³⁶⁸ Convenzione del 2005, art. 1, lett. a): «Proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali».

di stampo conservativo, anche alla luce di quanto affermato nel Preambolo³⁶⁹, è principalmente legata alla dimensione culturale della diversità, e trova la propria fonte di ispirazione nella Dichiarazione del 2001, che rappresenta il principale punto di riferimento concettuale per la Convenzione del 2005³⁷⁰. Va notato che quest'ultima non si limita a rinviare al testo della Dichiarazione del 2001, ma prende delle posizioni ben precise rispetto alla volontà di proteggere la diversità culturale, che assumono la statura di veri e propri obiettivi. L'art. 1, lett. g), per esempio, annovera tra gli obiettivi della Convenzione «riconoscere la natura specifica delle attività, dei beni e dei servizi culturali quali portatori d'identità, di valori e di significato»; sempre il Preambolo rammenta la necessità di «riconoscere l'importanza del sapere tradizionale quale fonte di ricchezza immateriale e materiale» (par. 10), e che «la diversità culturale [...] è un fattore che permette agli individui e ai popoli di esprimere e scambiare con altri le proprie idee» (par. 14); infine onorare «l'importanza della diversità culturale nell'ambito della piena realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali proclamati dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e da altri strumenti riconosciuti a livello universale» (par. 7).

Gli assunti appena indicati, oltre a rappresentare le principali motivazioni alla base della protezione della diversità culturale, permettono alla Convenzione del 2005 di inserirsi in un percorso di continuità rispetto alle precedenti convenzioni UNESCO, in particolare quella del 1972 e quella del 2003, mettendo in risalto il legame inscindibile tra protezione della cultura e tutela dei diritti umani. Il riferimento, in questo caso, è verso i cosiddetti diritti culturali³⁷¹, i quali sono inquadrati e posti sotto l'egida di due importanti disposizioni della Convenzione, ossia il principio del rispetto

³⁶⁹ Ricordiamoci infatti il par. 11 del Preambolo: «consapevole della necessità di prendere *misure volte a proteggere la diversità delle espressioni culturali* e i loro contenuti, in particolare nei casi in cui le espressioni culturali possono essere minacciate di estinzione o soggette a gravi alterazioni, [...]». Corsivo aggiunto.

³⁷⁰ Non a caso il par. 23 del Preambolo invita a far riferimento «[...] alle disposizioni degli strumenti internazionali adottati dall'UNESCO riguardanti la diversità culturale e l'esercizio dei diritti culturali, in particolar modo la Dichiarazione Universale sulla Diversità culturale del 2001».

³⁷¹ Per una breve analisi terminologica, cfr. G. Famiglietti, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce "cultura" dal campo delle tutele a quello della tutela*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 44-57. Secondo l'autore (p. 48) «i "diritti culturali", [...] rappresentano l'insieme di pratiche e comportamenti legati a una appartenenza culturale, etnica, religiosa, insomma ad elementi che determinano l'identità di una persona in riferimento ad una collettività».

dei diritti umani e delle libertà fondamentali³⁷² e il principio dell'uguale dignità e del rispetto di tutte le culture³⁷³.

L'attività di promozione, invece, riguarda il rapporto che intercorre tra la cultura e lo sviluppo, che rappresenta un altro degli obiettivi della Convenzione del 2005³⁷⁴. In questo modo l'UNESCO ha posto la cultura al centro delle politiche di cooperazione nazionale e internazionale, rendendola un elemento strategico per lo sviluppo sostenibile, in particolare nei paesi più poveri e svantaggiati. Promuovere la diversità culturale in un determinato territorio significa «creare le condizioni che permettano alle culture di prosperare e interagire liberamente, in modo da arricchirsi reciprocamente»³⁷⁵, «promuovere il dialogo interculturale, al fine di garantire a livello internazionale scambi culturali più intensi ed equilibrati, favorendo così il rispetto interculturale e una cultura della pace»³⁷⁶, e infine «consolidare la cooperazione e la solidarietà internazionali che poggiano sullo spirito di partenariato, segnatamente allo scopo di accrescere le capacità dei Paesi in via di sviluppo nel proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali»³⁷⁷. Questi obiettivi sono resi possibili attraverso il rispetto di alcuni principi indicati all'art. 2, vale a dire il principio di sovranità, che garantisce ad ogni Stato la possibilità di far valere il proprio diritto sovrano di adottare politiche e misure culturali³⁷⁸; il principio dello sviluppo sostenibile, indispensabile per preservare la diversità culturale per le generazioni presenti e quelle future³⁷⁹; e per concludere il principio di complementarità degli

³⁷² Convenzione del 2005, art. 2, par. 1: «La protezione e la promozione della diversità culturale presuppongono il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali quali la libertà di espressione, d'informazione e di comunicazione nonché la possibilità degli individui di scegliere le proprie espressioni culturali. Le disposizioni della presente Convenzione non possono essere invocate al fine di pregiudicare le libertà fondamentali e i diritti umani, sanciti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o dal diritto internazionale, oppure di limitarne la portata».

³⁷³ *Ibid.*, art. 2, par. 3: «La protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali implicano il riconoscimento del principio di uguale dignità e del rispetto di tutte le culture, incluse quelle delle persone appartenenti alle minoranze e alle popolazioni autoctone».

³⁷⁴ Art. 1, lett. f): «Riaffermare l'importanza della connessione tra cultura e sviluppo per tutti i Paesi, segnatamente per i Paesi in via di sviluppo, e sostenere le misure nazionali e internazionali volte a evidenziare il valore capitale di questo nesso».

³⁷⁵ Art. 1, lett. b).

³⁷⁶ Art. 1, lett. c).

³⁷⁷ Art. 1, lett. i).

³⁷⁸ Art. 2, par. 2: «In conformità alla Carta delle Nazioni Unite e ai principi del diritto internazionale, gli Stati possono far valere il loro diritto sovrano per adottare misure e politiche volte a proteggere e a promuovere la diversità delle espressioni culturali sul proprio territorio».

³⁷⁹ Art. 2, par. 6: «La diversità culturale rappresenta un patrimonio sostanziale per gli individui e le società. Lo sviluppo sostenibile, di cui beneficiano le generazioni presenti e future, presuppone la protezione, la promozione e il mantenimento della diversità culturale».

aspetti economici e culturali dello sviluppo, che invita a bilanciare equamente gli obiettivi economici con il rispetto dei valori culturali³⁸⁰.

Il richiamo agli aspetti economici della cultura rende la Convenzione del 2005, nell'ecosistema degli atti giuridici dell'UNESCO, il primo trattato in cui viene proclamata la natura ambivalente dei beni, servizi e delle attività culturali, in quanto provvisti anche di un innegabile valore commerciale³⁸¹. Tuttavia, è proprio a causa del suo approccio ambivalente alla diversità culturale, frutto anche di negoziati condotti in maniera frettolosa, che la Convenzione ha prestato il fianco a diverse critiche.

In base a quanto dichiarato nel Preambolo alla Convenzione del 2005, la necessità di proteggere e promuovere la pluralità delle espressioni culturali nasce proprio dalla constatazione che la diversità culturale è un bene di tutti e un valore universale, la cui conservazione risulta oltremodo essenziale soprattutto se si considera che la diversità culturale, come la biodiversità, è un bene giuridico a rischio di estinzione. Motivo per cui l'introduzione di misure di protezione, da parte degli Stati, in deroga alle regole sul libero scambio, non trovano giustificazione nell'interesse del singolo Stato, ma dell'intera Comunità internazionale (³⁸²). Inoltre, come indicato al punto 3, la diversità culturale va tutelata indipendentemente dal suo significato commerciale; e questo è un passaggio fondamentale, poiché affermare che i beni espressione della diversità culturale «[...] non devono [...] essere trattati come aventi esclusivamente un valore commerciale» significa mettere in evidenza la loro natura ambivalente, cioè di beni aventi sia un significato culturale che un valore economico. La stessa definizione di diversità culturale, fornita dall'art. 4, fa rientrare nella nozione sia i beni rilevanti sul piano commerciale, come le attività artistiche, sia altre attività, ad esempio i riti, i saperi tradizionali e le pratiche collettive:

«“Diversità culturale” rimanda alla moltitudine di forme mediante cui le culture dei gruppi e delle società si esprimono. Queste espressioni culturali vengono tramandate all'interno dei gruppi e delle società e diffuse tra di loro. La diversità culturale non è riflessa unicamente nelle varie forme mediante

³⁸⁰ Art. 2, par. 5: «Considerato che la cultura rappresenta un settore essenziale dello sviluppo, gli aspetti culturali ed economici dello sviluppo assumono pari importanza. Gli individui e i popoli hanno il diritto fondamentale di parteciparvi e di usufruirne».

³⁸¹ M. Cornu, *La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, in *Journal du droit international*, 2006, p. 929 ss.

³⁸² L. Pineschi, *op. cit.*, p. 165.

cui il patrimonio culturale dell'umanità viene espresso, arricchito e trasmesso grazie alla varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso modi distinti di creazione artistica, di produzione, di diffusione, di distribuzione e di apprezzamento delle espressioni culturali, indipendentemente dalle tecnologie e dagli strumenti impiegati».

È possibile notare come, dalla definizione in esame, non ci si voglia soffermare tanto sulla diversità culturale incarnata in quei beni espressione della cultura di un popolo («non è riflessa unicamente [...]»), quanto piuttosto sulle attività artistiche («[...] ma anche attraverso modi distinti di creazione artistica»), in quanto produttive di beni oggetto di scambio e consumo.

L'art. 4 non si limita a fornire una definizione di “diversità culturale”, ma contiene ulteriori nozioni che confermano l'interesse della Convenzione del 2005 (e dunque delle Parti contraenti) verso una certa forma di espressioni e manifestazioni culturali, ossia quelle che rivestono un valore economico. Nello specifico viene fatta una precisa distinzione tra contenuto culturale (ossia il senso, la dimensione artistica e i valori generati dalle identità culturali), espressioni culturali (le manifestazioni a contenuto culturale frutto delle creatività degli individui), attività, beni e servizi culturali (ossia attività e beni che, a seconda del loro utilizzo e fine specifico, raffigurano o trasmettono espressioni culturali, indipendentemente dal valore commerciale loro attribuito) e industrie culturali (le industrie che producono attività, beni e servizi culturali). L'articolo poi prosegue distinguendo tra politiche e misure culturali (ossia le iniziative prese a livello locale, nazionale, regionale e internazionale riguardanti la cultura), protezione (consistente nell'adozione di misure volte a preservare, salvaguardare e valorizzare la diversità delle espressioni culturali) e introduce il concetto di “interculturalità”, che rimanda all'esistenza e interazione tra culture diverse³⁸³.

Alla luce del contenuto dell'art. 4, la Convenzione del 2005 sembra dunque abbracciare una vastissima gamma di forme legate al fattore culturale, facendo sì che ne risulti un'applicazione quasi infinita riguardante sia il “contenuto culturale” (art. 4, par. 2), sia le “attività, beni e servizi culturali” (art. 4, par. 4), sia le “industrie culturali” (art. 4, par. 5).

³⁸³ Convenzione del 2005, art. 4, parr. 2-8.

A questa grande ricchezza in termini di definizioni e di obiettivi della Convenzione non corrisponde, però, un'adeguata previsione di obblighi per le Parti contraenti: addirittura, come rilevato in dottrina, a dispetto del suo enorme successo in termini di ratifiche, che come spesso accade è inversamente proporzionale al "coraggio" dell'accordo ratificato, il regime giuridico che istituisce si riduce a poche e deboli norme vincolanti, limitandosi a enunciare principi generali di natura meramente "programmatica"³⁸⁴.

L'art. 5 rappresenta il cuore normativo della Convenzione del 2005, e riafferma il diritto sovrano delle Parti di formulare e attuare le proprie politiche culturali, nonché di adottare le misure necessarie per proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali³⁸⁵. L'art. 6 completa il disposto dell'art. 5, indicando una lista non esaustiva di misure e politiche che le Parti hanno facoltà di adottare in base al loro diritto sovrano³⁸⁶. Questi due articoli, che inaugurano la sezione IV della Convenzione denominata "Diritti e obblighi delle Parti"³⁸⁷, sono stati ampiamente criticati dagli oppositori alla Convenzione, in particolare dagli Stati Uniti, che vi avevano visto un invito a violare altri obblighi internazionali, a cominciare dagli accordi dell'OMC. Tuttavia, se a una prima occhiata può sembrare che l'art. 6 autorizzi l'adozione di qualsiasi tipo di misura, legislativa e non, come sovvenzioni o altre barriere doganali, in realtà, ad una lettura più attenta, si può notare come la libertà concessa alle parti sia solo teorica; ai sensi dell'art. 5, infatti, il diritto sovrano esercitato dalle Parti nell'attuazione di politiche culturali proprie deve avvenire «in

³⁸⁴ Cfr. V. Mainetti, *op. cit.*, p. 427.

³⁸⁵ Convenzione del 2005, art. 5: «1. In conformità alla Carta delle Nazioni Unite, ai principi del diritto internazionale e agli strumenti universalmente riconosciuti in materia di diritti umani, le Parti contraenti riaffermano il loro diritto sovrano di formulare e attuare politiche culturali proprie e di adottare misure volte a proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali e a consolidare la cooperazione internazionale allo scopo di conseguire gli obiettivi della presente Convenzione. 2. Nel momento in cui una Parte contraente adotta una determinata politica e prende misure volte a proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali sul proprio territorio deve accertarsi che queste politiche e misure siano compatibili con le disposizioni sancite dalla presente Convenzione».

³⁸⁶ Per citarne alcune: misure regolamentari che mirano a proteggere e a promuovere la diversità delle espressioni culturali; misure volte a fornire alle industrie culturali nazionali autonome e alle attività del settore informale un accesso effettivo ai mezzi di produzione, di diffusione e di distribuzione delle attività, dei beni e dei servizi culturali; misure volte a concedere aiuti finanziari pubblici; misure volte a promuovere e sostenere gli artisti e tutte le altre persone impegnate nella creazione di espressioni culturali.

³⁸⁷ I 15 articoli che compongono la Sezione IV (artt. 5-19) possono essere raggruppati in tre categorie: la prima (artt. 5 e 6) è dedicata al diritto sovrano di adottare politiche culturali; la seconda (artt. 7-11) riguarda l'impegno delle Parti a proteggere la diversità delle espressioni culturali; infine il terzo gruppo (artt. 12-19) si concentra sulla cooperazione internazionale finalizzata alla creazione delle condizioni propizie per la promozione della diversità delle espressioni culturali.

conformità alla Carta delle Nazioni Unite, ai principi del diritto internazionale e agli strumenti universalmente riconosciuti in materia di diritti umani [...]»; non bisogna poi dimenticare la regola generale sull'interpretazione, sancita nella *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* del 1969, in base alla quale i termini di un accordo devono essere sempre interpretati nel loro contesto, e alla luce dello scopo e dell'oggetto del trattato³⁸⁸. Inoltre, gli artt. 5 e 6 andranno interpretati alla luce dei principi guida indicati all'art. 2, nonché in base al disposto dell'art. 20, che costituisce un altro importante limite alla libertà delle parti, poiché stabilisce che «nessun punto della presente Convenzione può essere interpretato come una modifica dei diritti e degli obblighi delle Parti contraenti a titolo di altri trattati a cui hanno aderito»³⁸⁹. Alla luce di queste valutazioni, è evidente come la portata degli artt. 5 e 6 risulti estremamente limitata, e che il loro contenuto si riduca a poco più di una dichiarazione di principio. Ciò è confermato anche dalla totale assenza di veri e propri obblighi; fatto piuttosto controverso, considerato che il progetto preliminare di convenzione inviato agli Stati membri dal Segretariato dell'UNESCO³⁹⁰ conteneva ben quattro articoli riguardanti gli obblighi degli Stati parti. Lo stesso progetto dell'art. 5, dopo aver riaffermato il diritto sovrano degli Stati di «adottare misure volte a proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali», riconosceva però anche «il loro obbligo di proteggerla e promuoverla sul proprio territorio e su scala mondiale»³⁹¹. Di tutto questo non è rimasto niente nel testo definitivo adottato nel 2005. E all'infuori dell'obbligo per gli Stati di presentare al Comitato intergovernativo³⁹² un rapporto sulle misure adottate per fronteggiare le situazioni di pericolo per la sopravvivenza delle espressioni culturali³⁹³, non vi è traccia di altre disposizioni di carattere vincolante, ma di formule più caute e tiepide dove le Parti contraenti, invece di dovere, “possono”. A proposito del Comitato intergovernativo,

³⁸⁸ Convenzione di Vienna del 1969, art. 31, par. 1. Per il testo della norma, si veda *supra*, nota 176.

³⁸⁹ Convenzione del 2005, art. 20, par. 2.

³⁹⁰ UNESCO, *Preliminary draft convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions*, Doc. CLT/CPD/2004/CONF.201/2, 2 luglio 2004.

³⁹¹ Nel corso dei lavori preparatori, gli esperti hanno insistito molto sull'obbligo degli Stati di proteggere le forme più a rischio dell'espressione culturale presenti sul loro territorio; nonché sull'importanza della cooperazione internazionale per l'adempimento degli obblighi di protezione e promozione della diversità culturale a livello mondiale: «One important conclusion reached at that meeting was that international cooperation should be a core feature of the rights and obligations of States Parties in order to protect and promote the diversity of all cultural expressions. [...] At the national level, the experts agreed on an obligation for States Parties to protect vulnerable forms of cultural expression». UNESCO, *ibid.*, p. 4.

³⁹² Convenzione del 2005, art. 23.

³⁹³ *Ibid.*, art. 8, par. 3.

quest'ultimo è composto da rappresentanti di 24 Paesi membri della Convenzione ed opera sotto l'autorità della Conferenza delle Parti contraenti, che è invece un organo a rappresentanza plenaria³⁹⁴. Il Comitato, la cui principale funzione è incoraggiare e garantire l'attuazione della Convenzione, ha il compito di elaborare direttive operazionali al riguardo, previa approvazione della Conferenza delle Parti, e trasmettere a quest'ultima i rapporti presentati con cadenza quadriennale dagli Stati membri, eventualmente accompagnati dalle sue osservazioni. Tuttavia, anche i poteri riconosciuti al Comitato per proteggere la diversità delle espressioni culturali dalle minacce di estinzione sono alquanto limitati e non hanno natura vincolante: essi, infatti, si limitano alle raccomandazioni che, ai sensi dell'art. 23, par. 6, lett. d) della Convenzione, il Comitato può fare rispetto alle situazioni denunciate dagli Stati e alle misure adottate³⁹⁵.

Per quanto riguarda il rapporto con gli altri strumenti internazionali, in particolare quelli sul libero commercio adottati in seno all'OMC, la Convenzione adotta un atteggiamento molto prudente, nonostante le premesse dichiarate nel Preambolo e all'art. 1 di proteggere con forza i beni, i servizi e le attività culturali, riaffermando il diritto sovrano di tutti gli Stati di tutelare le proprie industrie culturali. Si tratta di una mancanza importante, anche alla luce del fatto che il rapporto con gli altri strumenti internazionali era stato centrale nel dibattito negoziale, segno evidente che il tema della diversità culturale veniva percepito come fondamentale dal punto di vista economico, e richiedeva un'adeguata riflessione soprattutto nel legame tra la Convenzione e gli accordi di natura commerciale³⁹⁶. La Convenzione del 2005, invece, sembra abdicare di fronte agli obblighi derivanti dagli altri accordi: l'art. 20, infatti, usa la formula "sostegno reciproco, complementarità e non subordinazione", limitandosi ad invitare le Parti a interpretare e applicare gli impegni presi sulla base di altri accordi internazionali con un occhio di riguardo alla diversità delle espressioni

³⁹⁴ Art. 22. Ai sensi del par. 4, le funzioni della Conferenza sono: eleggere i membri del Comitato intergovernativo; ricevere ed esaminare i rapporti delle Parti contraenti trasmessi dal Comitato; approvare le direttive operazionali elaborate, su richiesta della Conferenza stessa, dal Comitato; prendere le misure necessarie per promuovere gli obiettivi della Convenzione.

³⁹⁵ Il Comitato può, ad esempio, fare raccomandazioni qualora le misure prese dagli Stati siano in contrasto con il rispetto dei diritti fondamentali, come nel caso di interventi volti a preservare pratiche culturali che violano il diritto alla salute o il diritto alla vita.

³⁹⁶ Cfr. V. Mainetti, *op. cit.*, p. 429. Si veda anche T. Scovazzi., *Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie*, in J. A. R. Nafziger, T. Scovazzi (a cura di), *The Cultural Heritage of Mankind/ Le patrimoine culturel de l'Humanité*, Brill, Leida, 2008, p. 142.

culturali³⁹⁷ ; inoltre la norma aggiunge che «[...] nessun punto della presente Convenzione può essere interpretato come una modifica dei diritti e degli obblighi delle Parti contraenti a titolo di altri trattati a cui hanno aderito»³⁹⁸. L'assenza, infine, di un meccanismo obbligatorio per la soluzione delle controversie³⁹⁹ conferma la natura esclusivamente politica della Convenzione del 2005, che finisce per essere un mero strumento programmatico da utilizzare nei successivi negoziati, in particolare quelli condotti all'interno dell'OMC⁴⁰⁰.

8.2 *Il rapporto tra la diversità culturale e la tutela dei diritti fondamentali*

Se l'efficacia vincolante della Convenzione del 2005 può dunque apparire discutibile, non bisogna però sottovalutare la sua importanza, almeno nell'ambito degli strumenti UNESCO; ricordiamoci, infatti, che essa costituisce un primo tentativo di conciliare la doppia natura, economica e culturale, dei beni espressione della diversità culturale. E se la dimensione economica e commerciale, come si è visto, rappresenta un aspetto essenziale per la definizione dell'oggetto e lo scopo della Convenzione, quest'ultima contiene numerosi riferimenti alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Dal testo della Convenzione risulta che il rapporto tra tutela della diversità culturale e tutela dei diritti umani opera su due livelli, che sembrano generare un'apparente contraddizione ma che, in realtà, servono a mettere in risalto il legame profondo e inscindibile tra diversità culturale e diritti fondamentali: da una parte la diversità culturale rappresenta uno strumento indispensabile per la piena realizzazione dei diritti umani; d'altra parte, solo attraverso il rispetto e la tutela di questi ultimi è

³⁹⁷ Convenzione del 2005, art. 20, par. 1: «1. Le Parti contraenti riconoscono la necessità di soddisfare in buona fede i loro obblighi in virtù della presente Convenzione e di tutti gli altri trattati di cui sono parte. Senza quindi subordinare la presente Convenzione agli altri trattati, a) esse promuovono il sostegno reciproco tra la presente Convenzione e gli altri trattati a cui hanno aderito; e b) quando interpretano e applicano gli altri trattati a cui hanno aderito o quando sottoscrivono altri obblighi internazionali, le Parti contraenti *tengono conto delle disposizioni pertinenti della presente Convenzione*». Corsivo aggiunto.

³⁹⁸ *Ibid.*, art. 20, par. 2.

³⁹⁹ L'art. 25 della Convenzione prevede semplicemente una procedura di conciliazione, qualora i buoni uffici o il tentativo di mediazione non vadano a buon fine. Tuttavia, ai sensi del par. 4: «Le Parti contraenti possono, al momento della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o dell'adesione, dichiarare che non riconoscono la procedura di conciliazione summenzionata. La Parte contraente che ha fatto tale dichiarazione può ritirarla in qualsiasi momento mediante notifica al Direttore generale dell'UNESCO».

⁴⁰⁰ Cfr. V. Mainetti, *op. cit.*, p. 430.

possibile garantire la protezione della diversità culturale. Il Preambolo della Convenzione, laddove ricorda che «[...] la diversità culturale germogliata in un contesto di democrazia, tolleranza, giustizia sociale e rispetto reciproco tra culture e popoli diversi è un fattore indispensabile per garantire pace e sicurezza sul piano locale, nazionale e internazionale»⁴⁰¹, riconosce il valore decisivo che la diversità culturale riveste per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, e sembra voler richiamare, in maniera speculare, la medesima formula presente nella Carta ONU, laddove si afferma che il rispetto dei diritti umani costituisce uno strumento indispensabile per la realizzazione degli obiettivi di pace e sicurezza⁴⁰². In tal modo, ossia ponendo la diversità culturale sulla bilancia degli strumenti che possono fare la differenza nel promuovere e garantire la cultura della pace, viene implicitamente sancito un legame tra la diversità culturale e la tutela dei diritti fondamentali.

Inoltre, sia la Dichiarazione del 2001 sia la Convenzione del 2005 riconoscono esplicitamente che la protezione e promozione della diversità culturale possono avvenire solo in presenza di una piena tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁴⁰³, nonché la necessità per tutte le culture di essere adeguatamente rappresentate, nel rispetto della libertà di espressione e del principio di non discriminazione⁴⁰⁴.

Un altro aspetto rilevante che emerge dal testo della Convenzione del 2005, e che consacra il rapporto strettissimo che intercorre tra protezione della diversità culturale

⁴⁰¹ Convenzione del 2005, Preambolo, par. 4.

⁴⁰² Carta ONU, art. 55: «Al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno [...] c. il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione». Per approfondimenti sul tema, si rinvia a L. Pineschi, *La tutela dei diritti umani nella Carta delle Nazioni Unite: quadro normativo e prassi dell'Organizzazione*, in Id. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 15 ss.

⁴⁰³ La Dichiarazione del 2001 dedica al tema un'intera sezione intitolata "Diversità culturale e diritti dell'uomo", composta da tre articoli: l'art. 4 (*I diritti dell'uomo, garanti della diversità culturale*), l'art. 5 (*I diritti culturali, ambito favorevole alla diversità culturale*) e l'art. 6 (*Verso una diversità culturale accessibile a tutti*).

⁴⁰⁴ Convenzione del 2005, art. 2, par. 1: «La protezione e la promozione della diversità culturale presuppongono il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali quali la *libertà di espressione, d'informazione e di comunicazione* nonché la possibilità degli individui di scegliere le proprie espressioni culturali [...]»; Dichiarazione del 2001, art. 6: «Nell'assicurare la libera circolazione delle idee attraverso parole e immagini, bisogna vigilare affinché tutte le culture possano esprimersi e farsi conoscere. *La libertà d'espressione, il pluralismo dei media*, il multilinguismo, le pari opportunità di accesso alle espressioni artistiche, [...] sono i *garanti della diversità culturale*». Corsivo aggiunto.

e la garanzia dei diritti umani, consiste nel fatto che questi ultimi non sono semplicemente un obiettivo che può essere pienamente realizzato attraverso la promozione e la tutela della diversità culturale, ma costituiscono anche un limite all'applicazione delle disposizioni della Convenzione, che mai può essere invocata per giustificare le violazioni dei diritti fondamentali. Come infatti è stabilito sempre dall'art. 2, par. 1: «[...] Le disposizioni della presente Convenzione non possono essere invocate al fine di pregiudicare le libertà fondamentali e i diritti umani, sanciti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o dal diritto internazionale, oppure di limitarne la portata». Il richiamo, inoltre, alla Dichiarazione del 1948 è molto significativo poiché garantisce, almeno sul piano formale, l'universalità dei diritti dell'uomo, escludendo così qualsiasi velleità relativistica usando come pretesto la divergenza culturale⁴⁰⁵.

Benché dunque la Convenzione del 2005 non possa essere considerata a tutti gli effetti uno strumento a tutela dei diritti fondamentali, essendo il suo obiettivo la protezione delle espressioni culturali considerate nella loro diversità, essa rappresenta comunque uno strumento importante (anche se indiretto) per garantire l'esercizio effettivo dei diritti umani, non solo perché protegge il diritto a manifestare liberamente e pienamente le proprie tradizioni culturali, ma anche perché garantisce il diritto di scegliere tra espressioni culturali diverse.

9. Conclusioni

La presente ricostruzione del progressivo sviluppo della protezione internazionale dei beni culturali all'interno del sistema UNESCO è servita a mettere in luce l'ampliamento che questa disciplina ha conosciuto negli anni, da cui è emerso il legame molto forte che la protezione del patrimonio culturale in tutte le sue forme e manifestazioni ha con altre branche del diritto internazionale, in particolare la tutela dei diritti fondamentali. Ciò è dovuto, in particolare, all'immensa espansione della nozione di "patrimonio culturale" come bene giuridico di interesse internazionale, come testimoniato dalle Convenzioni UNESCO analizzate, che ha portato la

⁴⁰⁵ L. Pineschi, *Convenzione sulla diversità culturale*, cit., p. 169. Per approfondire il tema del rapporto tra relativismo culturale e universalità dei diritti umani, l'autrice suggerisce la lettura di M. Iovane, *The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Identity: Some Theoretical and Practical Considerations*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2007, vol. 14, pp. 231-262.

Comunità internazionale a interfacciarsi con le numerose minacce alle quali il patrimonio culturale è esposto, che vanno dalle guerre ai cambiamenti climatici, dallo sviluppo urbano alla globalizzazione.

Non si è trattato, come si è visto, solo di un cambio nominale dal concetto di “bene culturale” a quello di “patrimonio culturale: intorno a questo passaggio è stato costruito un complesso quadro giuridico, dove le principali Convenzioni culturali dell’UNESCO (1972, 2003, 2005) non rappresentano tre accordi episodici che funzionano a compartimenti stagni, ma sono le parti essenziali di un unico sistema normativo dotato di una sua organicità e continuità, in cui la protezione del patrimonio culturale materiale si intreccia con i valori intangibili e identitari che esso incarna.

CAPITOLO TERZO

LA NOZIONE DELLA CONSUETUDINE INTERNAZIONALE. RECENTI SVILUPPI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il valore della consuetudine nell'evoluzione dinamica del diritto internazionale – 2. Alcune considerazioni introduttive sulla nozione di consuetudine internazionale e le teorie relative alla sua formazione – 3. La definizione di consuetudine nell'articolo 38, par. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia – 4. La concezione dualistica e gli elementi costitutivi della consuetudine: la prassi (*usus* o *diuturnitas*) e l'*opinio juris sive necessitatis* – 4.1 Le conclusioni della Commissione del diritto internazionale (CDI) sugli elementi costitutivi della consuetudine – 5. La prassi (*diuturnitas*) e i suoi requisiti. Il fattore temporale – 5.1 La generalità della prassi – 5.2 Sempre in tema di generalità: la posizione della CDI – 5.3 Le manifestazioni della prassi e il ruolo degli Stati e delle Organizzazioni internazionali nella sua formazione – 6. L'elemento psicologico: l'*opinio juris sive necessitatis* – 7. Il valore dei trattati e delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali nell'identificazione delle norme consuetudinarie – 8. Il ruolo della giurisprudenza dei tribunali nazionali e internazionali e della dottrina – 9. La regola del *persistent objector* nelle Conclusioni della CDI – 10. Il fattore temporale nella formazione della consuetudine. La teoria dei "Grotian Moments" – 11. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione. Il valore della consuetudine nell'evoluzione dinamica del diritto internazionale*

Dopo aver analizzato l'evoluzione della nozione di patrimonio culturale nel diritto internazionale a partire dal secondo dopoguerra, soprattutto alla luce del sistema UNESCO e delle più importanti convenzioni in materia, il presente lavoro intende soffermarsi su uno degli argomenti più delicati del diritto internazionale, ossia il processo di accertamento della consuetudine internazionale. Se da un lato l'evoluzione della nozione di patrimonio culturale e della sua protezione nel diritto internazionale costituisce un punto centrale di questa ricerca, sotto il profilo sostanziale, dall'altro il processo di individuazione delle norme consuetudinarie internazionali rappresenta uno snodo metodologico fondamentale. Uno studio, infatti,

sugli ultimi sviluppi relativi all'identificazione della consuetudine risulta indispensabile per valutare se il diritto internazionale contemporaneo, al di là dell'articolata prassi pattizia introdotta nel precedente capitolo, perlomeno con riferimento al sistema UNESCO, preveda degli obblighi nel campo della protezione del patrimonio culturale che vincolino gli Stati (e gli altri soggetti internazionali rilevanti) indipendentemente dal loro consenso.

L'individuazione stessa di norme di diritto internazionale generale in materia di patrimonio culturale, come rilevato in dottrina (FRANCIONI), è molto importante per almeno tre ragioni: innanzitutto, nonostante l'ampia adesione agli obblighi previsti dai trattati dedicati alla protezione e alla valorizzazione della cultura, rimangono numerosi gli Stati che non hanno aderito a questi regimi pattizi. In secondo luogo, gli obblighi previsti dai trattati e che vincolano gli Stati che ne fanno parte non hanno efficacia retroattiva; ciò significa che molte situazioni o controversie sorte prima della loro entrata in vigore restano al di fuori del loro campo di applicazione. Infine, il riconoscimento del carattere consuetudinario di certe norme internazionali può rafforzare la loro posizione nella gerarchia delle fonti dei singoli ordinamenti nazionali¹.

L'analisi proposta non intende, comunque, addentrarsi nell'incessante dibattito teorico sulla natura della consuetudine internazionale e sul processo di identificazione della stessa, né prendere alcuna posizione in tal senso.

Un'operazione di questo genere esulerebbe altresì dal tema centrale di questa ricerca, ossia l'approccio del diritto internazionale contemporaneo rispetto al fenomeno della distruzione intenzionale del patrimonio culturale. Prendendo le mosse dalla nozione di "consuetudine internazionale" (tema, già questo, alquanto spinoso e per nulla scontato), ciò che conta ai fini di questo lavoro è ricostruire il processo di formazione e identificazione delle norme consuetudinarie nelle sue linee essenziali, soffermandosi sugli ultimi sviluppi in materia, alla luce in particolare del *Progetto di conclusioni della Commissione di diritto internazionale sull'identificazione della consuetudine del 2018 (Draft conclusions on identification of customary international law – da qui "Draft Conclusions 2018")*² e dei rapporti che hanno

¹ Si veda F. Francioni, *Custom and General Principles of International Cultural Heritage Law*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., p. 531.

² *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, adottate dalla Commissione di diritto internazionale nel corso della LXX sessione (2018) e sottoposte all'Assemblea generale come

accompagnato la sua elaborazione, sotto la guida del relatore speciale Michael Wood.

L'analisi proposta si concentrerà, principalmente, sulla presentazione e lo studio degli elementi costitutivi della consuetudine, ossia l'elemento materiale (rappresentato dalla prassi degli Stati – *usus* o *diuturnitas*) e l'elemento psicologico (*opinio juris sive necessitatis*), prestando attenzione ai requisiti che devono essere raggiunti e alle forme che entrambi gli elementi possono assumere. Nel corso del capitolo verrà dedicato ampio spazio ai soggetti di diritto di internazionale (in particolare gli Stati) e al loro diverso peso all'interno del processo consuetudinario, sempre sulla base dei lavori della Commissione di diritto internazionale; e anche la giurisprudenza e la dottrina avranno un ruolo centrale in questa ricostruzione, trattandosi di due formidabili strumenti che da sempre guidano l'interprete nella ricerca e identificazione delle norme consuetudinarie. Infine, dopo aver valutato l'implementazione della regola dell'obiettore persistente (*persistent objector*) all'interno delle *Draft Conclusions*, verranno brevemente analizzati alcuni casi emblematici di accelerazione del processo consuetudinario, attorno ai quali la dottrina ha elaborato la teoria dei c.d. "momenti groziani" (*Grotian Moments*).

2. Alcune considerazioni introduttive sulla nozione di consuetudine internazionale e le teorie relative alla sua formazione

Si potrebbe affermare che i problemi legati all'accertamento e all'identificazione delle norme consuetudinarie derivino, principalmente, dalla particolare natura della consuetudine, nella quale convivono sia la regola giuridica sia il percorso normativo (e formativo) che conduce alla creazione di quella regola, in un flusso dinamico che avvicina la consuetudine, per analogia, all'immagine di un fiume³.

parte del *report* della Commissione sui lavori svolti durante la sessione (Doc. A/73/10). Il *report* è stato pubblicato nell' *Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part. Two*.

³ Al tal proposito, risulta interessante e suggestivo il contributo di B. Etkin, *The Changing Rivers of Customary International Law: The Interpretative Process as a Flux*, in *Esil Reflections – 'Customary Law Interpretation' Series*, 2022, vol. 11, n. 5, dove l'Autrice, prendendo spunto dal celebre aforisma di Eraclito («non potresti entrare due volte nello stesso fiume»), spiega come l'analogia del fiume risulti efficace per comprendere meglio la norma consuetudinaria e il suo costante processo di formazione e rinnovamento, del quale anche l'atto interpretativo è una parte integrante e costruttiva.

Dunque, quando parliamo di “consuetudine internazionale” ci riferiamo, da un lato, al processo attraverso cui si formano certe regole di diritto internazionale e, dall’altro lato, alle regole stesse che risultano da questo processo⁴.

Prima di addentrarci brevemente nelle principali teorie e scuole di pensiero riguardanti la nozione e l’origine della consuetudine, è opportuno mettere in luce la caratteristica essenziale e comune a tutte le norme consuetudinarie, e che riguarda il modo in cui nascono e, parallelamente, l’accertamento della loro esistenza.

Quest’ultimo punto risulta particolarmente delicato e complesso, e spiega come mai il diritto internazionale consuetudinario sia prima di tutto un *processo* – che diversi autori definiscono “misterioso”⁵ – la cui conoscenza rappresenta un elemento

⁴ Invero, a voler essere più precisi e per esigenze di completezza, la dottrina ritiene che il termine “consuetudine” si caratterizzi per un’intrinseca equivocità. Si veda, a tal proposito, il contributo di P. Chiassoni, *La consuetudine internazionale: una ricognizione analitica*, in *Ragion Pratica*, 2014, n. 2, pp. 489-510, dove l’Autore parla di una “spiccata equivocità di famiglia” (p. 493), individuando otto diverse accezioni nelle quali può essere usata l’espressione “consuetudine”: consuetudine intesa come “norma consuetudinaria determinata”, ossia una specifica istanza di diritto “non scritto” contrapposta a norme di diritto “scritto”; consuetudine come “norma consuetudinaria-tipo”, vale a dire una particolare tipologia di norme giuridiche (consuetudinarie) che si contrappone alla tipologia delle norme di diritto scritto; consuetudine equivalente a “diritto consuetudinario-istanza”, ossia il *diritto consuetudinario* di una determinata realtà giuridica, o più semplicemente l’insieme delle norme consuetudinarie appartenenti ad un determinato ordinamento giuridico; poi c’è la consuetudine intesa come “diritto consuetudinario-tipo” contrapposto ad altri tipi di diritto; consuetudine come particolare “fonte del diritto”, che designa uno modo di produzione di norme giuridiche dotato di sue specifiche caratteristiche (contrapponendosi, in questo senso ad altre fonti – ad esempio la giurisprudenza, o la stipulazione di trattati); la consuetudine come equivalente di *comportamento*, che può essere orientato ad una norma consuetudinaria o conformandosi ad una norma (ideale) che l’individuo aspira a far diventare una norma giuridica consuetudinaria (modo *costitutivo*), oppure conformandosi ad una norma che l’individuo considera già vigente (come norma consuetudinaria) e che intende osservare e confermare (modo *conservativo*); consuetudine intesa come *prassi consuetudinaria*, ossia un «comportamento uniforme e costante nel tempo, tenuto dalla generalità dei componenti di un gruppo sociale, ed orientato ad una qualche norma consuetudinaria determinata» (pp. 494-495), con un approccio che può essere, anche in questo caso, costitutivo o conservativo; infine il termine “consuetudine” può essere utilizzato per indicare il c.d. *fenomeno consuetudinario*, vale a dire «la porzione di realtà, identificabile all’interno di uno o più àmbiti di esperienza giuridici determinati [...], costituita dall’insieme sincronico e/o diacronico delle norme, delle metanorme, dei comportamenti, degli atteggiamenti e delle prassi consuetudinari» (p. 495).

⁵ Tra questi si vedano G. Arangio-Ruiz, *Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of “Spontaneous” International Custom*, in *Mélanges en l’honneur de Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 93 ss., in particolare p. 113 («[...] a plausible explanation of the (surely rather “mysterious”) phenomenon of custom in international law [...]»); B. D. Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 277 («[...] it is possible to draw certain conclusions about how new norms of customary international law are created and how existing norms are terminated. This process has long been a matter of some mystery»); L. Gradoni, *The International Court of Justice and the International Customary Law Game of Cards*, in M. Andenas, E. Björge, *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 371-406, in particolare p. 371 («Since I am among those who think that the ICJ’s case-law as well as its predecessor’s did not throw much light on the mysterious ways of custom formation and identification [...]»); V. Lanovoy, *Customary International Law in the Reasoning of International Courts and Tribunals*, in P. Merkouris, J. Kammerhofer, N. Arajärvi (a cura di), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary*

indispensabile per l'applicazione della regola consuetudinaria, dove non basta che essa semplicemente esista, ma che lo sia in un momento preciso. Come infatti è stato affermato in dottrina (TREVES), «in order to apply a customary rule, it is not sufficient that it has come into existence: it must exist at the relevant time, as the process through which customary rules are modified or extinguished is the same as that through which they come into being»⁶.

Una volta stabilito che le regole consuetudinarie sono il risultato di un processo attraverso il quale elementi di fatto, accertabili empiricamente, acquistano valore giuridico creando così diritti e obblighi in capo ai soggetti di diritto internazionale, resta da capire cosa renda questi elementi di fatto giuridicamente vincolanti; in altre parole, se esista o meno una norma originaria da cui le regole consuetudinarie traggano la loro forza vincolante, e quale sia il suo contenuto. Su questo punto si sono sviluppate due principali scuole di pensiero, con differenze di vedute anche al loro interno. La scuola "positivista", per la quale questa regola esisterebbe, ha visto svilupparsi al suo interno due correnti distinte: la prima ritiene che la consuetudine internazionale non sia essenzialmente diversa dagli accordi, ma costituisca una sorta di "accordo tacito", una concezione che si è sviluppata a partire dal XIX secolo e nei primi decenni del XX secolo e che ha trovato sostegno presso numerosi e autorevoli giuristi, tra cui Dionisio Anzilotti, Heinrich Triepel, Karl Strupp, Alfred Verdross, Arrigo Cavaglieri e Tomaso Perassi⁷.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, tale impostazione è stata messa da parte dal mondo accademico occidentale, trovando invece forte credito nella dottrina e nella prassi diplomatica dei Paesi di stampo socialista e tra i nuovi Stati sorti dal processo di decolonizzazione. E sulla base di questa visione, le consuetudini, al pari degli accordi, trarrebbero la propria forza vincolante dalla regola *pacta sunt servanda*, ossia quella norma giuridica sulla produzione che costituisce il fondamento del diritto internazionale, e che in quanto regola base non può essere dimostrata. Come infatti

International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 231-255, in particolare p. 232 («To some observers [custom] resembles 'a riddle wrapped in a mystery inside an enigma' [...]).

⁶ T. Treves, *Customary International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPIL), 2006, par. 3.

⁷ Per una panoramica sul pensiero degli Autori nominati, si può fare riferimento, nell'ordine, alle loro seguenti opere seminali: D. Anzilotti, *Cours de droit international; I: Introduction, Théories générales*, (trad. Gilbert Charles Gidel), Sirey, Sirey, 1929; H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig, 1899; A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Vienna-Berlino, 1926; A. Cavaglieri, *Corso di diritto internazionale*, Rondinella Alfredo, Napoli, 1925; T. Perassi, *Corso di diritto internazionale*, Majo, Napoli, 1922.

sottolineato da ANZILOTTI, tra i principali sostenitori di questa tesi⁸, il principio *pacta sunt servanda* «[...] «appunto perché è alla base delle norme [internazionali] non è suscettivo di ulteriore dimostrazione dal punto di vista delle norme stesse: dev'essere assunto come un valore oggettivo assoluto o altrimenti come l'ipotesi prima e indimostrabile, alla quale necessariamente fa capo questo come ogni altro ordine di umane conoscenze»⁹.

Una seconda corrente del pensiero positivista, invece, ha preso le distanze dalla tesi che assimilava le consuetudini agli accordi, rimarcando la differenza tra le due categorie di norme e, conseguentemente, l'inadeguatezza del principio *pacta sunt servanda* alla sfera della consuetudine. Ciò imponeva la necessità di individuare una regola superiore alle norme consuetudinarie che servisse come base per il loro carattere vincolante. Da qui è scaturita l'idea della norma base di Kelsen (*Grundnorm*), ossia il principio *consuetudo est servanda*, che ha trovato seguaci tra diversi illustri studiosi (tra cui MORELLI). Secondo la definizione fornita dallo stesso Kelsen nella sua opera *Principles of International Law* (1952): «The basic norm of international law [...] must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows: The states ought to behave as they have customarily behaved»¹⁰.

Esiste infine un'altra scuola, opposta a quella positivista, che nega l'esistenza di una regola alla base del carattere vincolante delle consuetudini, poiché ritiene che certe norme siano *per se* obbligatorie, senza bisogno di una regola superiore che le renda tali. Secondo questa scuola, le regole consuetudinarie emergono *spontaneamente* dalla Comunità internazionale, e la loro esistenza dipende dalla possibilità di accertare empiricamente che esse siano considerate vincolanti dai membri della Comunità internazionale, e che operino come tali nei rapporti tra questi membri. È opportuno specificare che l'idea che concepiva la consuetudine internazionale come un fenomeno "spontaneo" era già stata casualmente evocata da alcuni dei citati esponenti del pensiero positivista, in particolare da Arrigo Cavaglieri, Dionisio

⁸ A sostenere questa tesi, insieme ad Anzilotti, c'erano anche Tomaso Perassi (che era stato il primo a svilupparla) e Gaetano Morelli. Sullo sviluppo di questa teoria, si veda il contributo di F. Salerno, *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 29 ss. Si veda anche P. Palchetti, *Uno sguardo d'oltreoceano: la dottrina italiana di diritto internazionale nelle pagine dell'American Journal of International Law (1907-1960)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2015, vol. 6, pp. 269-284.

⁹ D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, in *Opere di Dionisio Anzilotti*, CEDAM, Padova, 1955-1963, vol. I, p. 43.

¹⁰ H. Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952, pp. 417-418.

Anzilotti e Santi Romano, i quali prendevano spunto da alcune analogie con la categoria delle consuetudini nazionali¹¹. Scriveva ad esempio CAVAGLIERI, all'inizio del Novecento, che la formazione della consuetudine nelle relazioni internazionali, rispetto alla consuetudine nazionale, è accompagnata solo da un grado di consapevolezza in più «avendo sempre un'origine, almeno fino ad un certo punto, calcolata e voluta»¹². Lo stesso ANZILOTTI affermava che «[I]e consuetudini, essendo manifestazioni spontanee, quasi inconsistenti, di certe esigenze della vita in comune, precedono storicamente i trattati, che presuppongono una cooperazione volontaria, un'opera riflessa e quindi una coscienza più sviluppata delle esigenze e dei fini della collettività»¹³. Ancora più decisa era invece la posizione di SANTI ROMANO, il quale, insieme a GIORGIO BALLADORE PALLIERI (tra i primi sostenitori della natura "spontanea" della consuetudine), aveva preso le distanze dal gruppo dei "consensualisti". Nelle parole di Romano:

«[I]e consuetudini hanno sovente un'origine quasi incosciente e quindi involontaria, e il loro valore non deriva dal fatto che si è avuta l'intenzione di costituirle, ma dalla convinzione che sia obbligatorio osservarle, e la convinzione non è atto di volontà, ma qualche cosa che domina e vincola la volontà. Se così non fosse si dovrebbe ammettere che una consuetudine sorga appena due o più Stati convengono tacitamente di seguire una data regola; invece la consuetudine non deriva da un accordo simultaneo, non acquista efficacia d'un tratto, ma si forma lentamente attraverso un periodo più o meno lungo di tempo, mentre nell'accordo tacito, che può aversi in un solo e dato momento, quest'uso reiterato non esiste»¹⁴.

Sulla stessa linea era Balladore Pallieri, il quale, come ricordato da ARANGIO-RUIZ, trovava «[...] particularly remarkable that the consensualists are obliged to recognize, at least in part, the spontaneous and unconscious origin of custom»¹⁵. Secondo Pallieri:

«[S]e, come non sembra contestabile, delle consuetudini esistono nel diritto internazionale, esse sono necessariamente, a meno di non confonderle con

¹¹ Cfr. G. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 95-98.

¹² A. Cavaglieri, *La consuetudine internazionale*, CEDAM, Padova, 1907, pp. 55-56.

¹³ D. Anzilotti, *Corso*, cit., p. 73.

¹⁴ S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1926, p. 29.

¹⁵ G. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 96.

altri atti giuridici che nulla hanno a che vedere con esse, un *prodotto incosciente* e spontaneo della comunità internazionale, non la manifestazione di una volontà, sia pur tacita, degli Stati»¹⁶.

Dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, l'idea della consuetudine internazionale come fenomeno "spontaneo" trovò un'elaborazione teorica, grazie soprattutto all'opera di altri tre grandi giuristi italiani, la cui visione si poneva in continuità con il pensiero degli internazionalisti della scuola classica e naturalista del XVI e XVII secolo. Il primo a proporre e a formulare questa teoria fu MARIO GIULIANO, il quale affermava che le regole di diritto internazionale consuetudinario, in virtù della loro natura "spontanea", non dispongono di una fonte o origine, come invece le norme pattizie. Nelle parole di Giuliano, le norme spontanee in questione non porrebbero alla scienza giuridica «[...] alcun problema relativo alla loro origine, ma soltanto il problema della loro esistenza: esistenza che si potrà considerare provata ogniqualvolta una serie di manifestazioni sufficientemente significative della vita di relazione internazionale consenta di concludere che le regole in questione sono effettivamente presenti nella coscienza dei membri del corpo sociale ed operanti nella loro vita di relazione»¹⁷. Tra i grandi teorici della consuetudine come fenomeno spontaneo ci fu anche ROBERTO AGO, che nella sua opera *Scienza giuridica e diritto internazionale* (1950) definiva la consuetudine internazionale un «complesso di norme di formazione spontanea» e «diritto spontaneo», contrapponendola al diritto positivo come le norme pattizie, ossia «diritto la cui formazione è opera di procedimenti normativi»¹⁸. Un altro importantissimo contributo venne infine da GIUSEPPE BARILE, il quale insisteva con particolare enfasi sulla distinzione tra diritto consuetudinario e diritto pattizio, definendo il primo "diritto della coscienza" e il secondo "diritto della volontà"¹⁹.

Il dibattito dottrinario sull'origine della norma consuetudinaria è ben lungi dall'essere uno sterile confronto teorico senza risvolti concreti, ma ha ripercussioni molto importanti su come debba essere condotto il processo di identificazione delle norme

¹⁶ G. Balladore Pallieri, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1928, pp. 338-374.

¹⁷ M. Giuliano, *Diritto internazionale, I, La società internazionale e il diritto*, 2nd ed., Giuffrè, Milano, 1983, p. 217.

¹⁸ R. Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 78-108.

¹⁹ Si veda G. Barile, *Diritto internazionale e diritto interno, I, Diritto della coscienza e diritto della volontà*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1956, p. 448 ss.

consuetudinarie, a cominciare dall'accertamento empirico dei fatti rilevanti a determinare l'esistenza di una consuetudine e se questi siano il frutto della volontà degli Stati o il risultato di un processo spontaneo. La risposta a questa domanda cambia radicalmente a seconda dell'impostazione che si adotta. In base alla concezione "consensualista", che pone all'origine delle norme consuetudinarie il principio *pacta sunt servanda*, la volontà gioca un ruolo decisivo nella loro formazione, esattamente come per le regole pattizie. La questione si fa più complessa se si procede sulla base degli altri due approcci, quello della regola base (*consuetudo est servanda*) o quello del diritto spontaneo, che escludono l'elemento della volontà dal processo di formazione della consuetudine; ciò che invece conta, come già accennato, è che certi fatti (o elementi) possano essere accertati su base empirica. A tal proposito, secondo l'impostazione prevalente, gli elementi accertabili della consuetudine possono essere suddivisi in due tipologie: un elemento oggettivo, rappresentato dal comportamento ripetuto degli Stati (*diuturnitas*), e un elemento soggettivo, ossia la convinzione che tale comportamento dipenda da un obbligo giuridico (*opinio juris sive necessitatis*).

Mentre l'*opinio juris* è, per sua stessa definizione, un'opinione, un convincimento spontaneo, e quindi non dipende dalla volontà degli Stati, al contrario la condotta degli Stati è sempre il frutto di un processo volontario. A complicare la discussione c'è il fatto che, optando per un certo tipo di comportamento, gli Stati possono o meno perseguire intenzionalmente l'obiettivo di contribuire alla creazione, alla modifica o alla cessazione di una norma consuetudinaria. Ciò vale anche per le loro opinioni sull'obbligatorietà giuridica di determinati comportamenti, oppure sull'esistenza di una certa norma di diritto consuetudinario: può trattarsi di autentiche espressioni di convincimento – manifestazioni di *opinio juris* – oppure di atti, corrispondenti o meno a vere e proprie convinzioni, compiuti volontariamente allo scopo di influenzare la formazione, la modifica o la cessazione di una norma consuetudinaria. Queste ultime espressioni di opinioni sono fatti oggettivi piuttosto che credenze soggettive. La difficoltà di distinguere i comportamenti e le manifestazioni di opinione che sono, o non sono, compiuti con la volontà di influenzare il processo consuetudinario, spiega perché nel diritto internazionale moderno, insieme alla teoria prevalente dei due elementi del diritto consuetudinario, vengano spesso avanzate teorie che ritengono che solo l'elemento oggettivo, o solo quello soggettivo, sia decisivo per l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario, o al contrario

posizioni dottrinarie che considerano decisivi solo i fatti materiali e altre che ritengono rilevanti le manifestazioni di opinione²⁰.

Ad ogni modo, indipendentemente dalle premesse teoriche di partenza, quello che conta rilevare è che l'elemento materiale di riferimento per accertare l'esistenza di regole di diritto consuetudinario è sempre lo stesso, vale a dire la prassi internazionale. E tale prassi consiste in ciò che i soggetti di diritto internazionale (*in primis* gli Stati) fanno e dicono, assumendo la forma di semplici fatti oppure come prova di una *opinio juris*; in entrambi i casi, queste manifestazioni di condotta possono costituire interventi volontari o involontari nel processo di formazione della norma consuetudinaria. Dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale e con la nascita delle Nazioni Unite, l'aumento dei fori multilaterali e delle conferenze di codificazione, dove gli Stati potessero riunirsi per discutere e sviluppare nuove regole di diritto internazionale scritto, ha fornito loro l'occasione per esprimere pareri sul diritto internazionale consuetudinario. Se da un lato questo scenario ha sicuramente aumentato la capacità degli Stati di esprimersi sul punto, dall'altro ha reso più difficile decifrare in maniera chiara la loro posizione, e capire se quello che dicono corrisponda a ciò che *ritengono* sia diritto consuetudinario oppure ciò che *vogliono* che diventi diritto consuetudinario, in base alle loro strategie di politica estera²¹. Considerato, quindi, che ciò che gli Stati fanno e dicono può riflettere la loro volontà, il loro consenso o le loro convinzioni, alla fine dei giochi sarà solo il convincimento di quegli Stati chiamati ad applicare una determinata regola a risultare decisivo a conferirle un carattere vincolante. E in questo senso, l'*opinio juris* finisce per essere l'elemento chiave del diritto consuetudinario e la chiave di lettura della prassi rilevante degli Stati.

Prima di proseguire nell'analisi degli elementi costitutivi la consuetudine e del suo processo di formazione e accertamento, è necessario prendere le mosse dalla definizione più diffusa e riconosciuta di consuetudine internazionale.

3. La definizione di consuetudine nell'articolo 38, par. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia

²⁰ T. Treves, *op. cit.*, par. 9.

²¹ *Ibid.*, par. 11.

Il punto di partenza necessario per una ricostruzione corretta della nozione di consuetudine internazionale, e conseguentemente del suo processo di identificazione, è sicuramente l'art. 38, par. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (da qui in avanti "Statuto della CIG"), al quale ci si continua a riferire come un catalogo autorevole delle fonti del diritto internazionale²². Si tratta di una norma che riveste ancora oggi un'importanza fondamentale nello studio, nell'accertamento e nell'insegnamento del diritto internazionale²³, salutata con entusiasmo negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello Statuto (LAUTERPACHT)²⁴, ma non esente da critiche altrettanto fondate e autorevoli fin dai tempi della sua adozione (ANZILOTTI)²⁵ e ancora oggi in corso. La norma in questione stabilisce quanto segue:

«1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a) le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b) la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d) con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori

²² Così si esprime, tra i tanti, il Prof. Malcolm N. Shaw, quando afferma che «[a]rticle 38(1) of the ICJ Statute is widely recognised as the most authoritative and complete statement as to the sources of international law». In M. N. Shaw, *International Law (Ninth Edition)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 496. Si vedano anche R. Jennings, A. Watts (a cura di), *Oppenheim's International Law (9th Edition): Volume 1 – Peace*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 24; M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, The Macmillan Company, New York, 1934, p. 601 ss.

²³ Sulle origini storiche dell'art. 38, si veda il contributo di P. Haggemacher, *An archeological look at 'international custom as evidence of a general practice accepted as law' and Article 38 of the World Court's Statute*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, vol. 34, pp. 801-827. In particolare l'Autore scrive a p. 802: «Article 38 was, indeed, the first of its kind, and it soon has become the *locus ordinarius* from which most investigations into and teachings on the sources of international law proceed».

²⁴ «Codification of this aspect of international law has been successfully accomplished by the definition of the sources of international law given in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice». In H. Lauterpacht, *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, 1948; riprodotto in H. Lauterpacht, *International Law. Collected Papers*, in E. Lauterpacht (a cura di), *General Works*, vol. I, 1970, p. 472.

²⁵ Dionisio Anzilotti parlava di "quest'infelicissimo articolo..." riferendosi all'art. 38 dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale (entrato in vigore il 16 dicembre 1920), il cui testo venne successivamente ripreso alla lettera, per quanto riguarda le fonti applicabili, dallo Statuto della CIG. Si veda D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, Athenaeum, Roma, 1928, p. 95.

più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche»²⁶.

Benché non si affermi esplicitamente che quelle indicate sono “fonti del diritto internazionale”, tuttavia il tenore e il testo della norma non lasciano molti dubbi al riguardo, per cui è pressoché pacifico oggi riconoscerle come tali, aspetto sul quale la dottrina è unanime²⁷. Inoltre l’articolo non fissa una gerarchia tra gli elementi elencati. Di conseguenza, il fatto che le convenzioni internazionali precedano le norme consuetudinarie non è rappresentativo di una superiorità gerarchica dei trattati sulle consuetudini, ma significa piuttosto che, alla luce della funzione della Corte di «regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte», quando essa è chiamata a pronunciarsi su un caso concreto, gli accordi, in quanto regole speciali applicabili tra le Parti in lite, vanno considerati e applicati prima delle regole consuetudinarie, che invece hanno carattere generale²⁸.

²⁶ Art. 38, par. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (adottato come parte integrante della Carta delle Nazioni Unite, firmata a San Francisco il 26 giugno 1945 a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull’Organizzazione Internazionale ed entrata in vigore il 24 ottobre 1945). Si riporta di seguito anche la versione ufficiale in inglese della norma: «1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law».

²⁷ In tal senso risultano molto chiare le parole dello *Special Rapporteur* Sir Michael Wood, nel corso dei lavori della Commissione del diritto internazionale sull’identificazione della consuetudine: «The chapeau of Article 38.1 of the International Court of Justice, as adopted in 1945 (“The Court, whose function is to decide *in accordance with international law*, such disputes as are submitted to it, shall apply” (emphasis added)), strongly suggests that this provision of the Statute is intended to state the sources of international law». In CDI, *Second Report on Identification of Customary International Law*, Sixty-sixth session, Ginevra, 2014, Doc. A/CN.4/672, nota 15. Conclusioni simili venivano presentate anche nel *First Report* della Commissione (Sixty-fifth session, Ginevra, 2013, Doc. A/CN.4/663), par. 32: «Although in terms it only applies to the International Court, the sources defined in Article 38.1 are generally regarded as valid for other international courts and tribunals as well, subject to any specific rules in their respective statutes». In dottrina si veda H. Thirlway, *Unacknowledged Legislators: Some Preliminary Reflections on the Limits of Judicial Lawmaking*, in R. Wolfrum, I. Gätzschmann (a cura di), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Springer, Berlino/Heidelberg, 2012, p. 313: «[I]t is generally agreed that the sources defined in Art. 38 are valid also for other international tribunals».

²⁸ T. Treves, *op. cit.*, par. 15. Maurice Mendelson, nel suo corso presso l’Accademia di Diritto internazionale dell’Aja, spiega che la maggior parte delle norme consuetudinarie sono regole a carattere generale: «The great majority of norms of customary law are rules of *general law*. What is normally meant, by this concept is that there exists a body rules which, being supported by a sufficiently uniform and extensive practice, bind all States [...] without being necessary to show that the particular State allegedly bound by the rule has participated in its formation or application, or has otherwise accepted it». In M. H. Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1998, vol. 272, p. 218.

L'art. 38, par. 1 lett. b) è considerato universalmente la definizione tradizionale e più corretta di consuetudine internazionale, nonostante continui ancora oggi ad essere al centro di alcune critiche, in particolare per quanto riguarda la sua formulazione definita, spesso, poco precisa (*imprecisely written*)²⁹. In passato era soprattutto la dottrina positivista a considerare discutibile la definizione fornita dall'art. 38, poiché «non è la consuetudine a costituire la prova di una prassi comune, quanto piuttosto il contrario»³⁰, e non mancano ancora oggi autorevoli posizioni critiche su questo punto (ABI-SAAB)³¹. Quello della consuetudine “*as evidence*” è infatti uno degli aspetti più criticati della formulazione contenuta nell'art. 38, poiché suggerirebbe, all'apparenza, una separazione tra la norma consuetudinaria e gli elementi che la costituiscono (la prassi e l'*opinio juris*), oltre a provocare uno spiazzante (“*disconcerting*”, nelle parole di ALAIN PELLET)³² ribaltamento di ruoli tra la norma consuetudinaria e la prassi; questo spiegherebbe perché, per molti Autori, risulti preferibile e più corretta, per ristabilire l'ordine degli addendi, la formulazione della consuetudine “*as evidenced*” piuttosto che come “*evidence*” della prassi³³. La stessa

²⁹ *Ibid.*, par. 16: ««[i]t may be agreed that it would have been clearer had it referred to ‘custom as evidenced by a general practice accepted as law’. This is how the provision is generally read, making the relationship between the rule and its constituent elements more logical». Si veda anche P. Haggemacher, *op. cit.*, p. 802: «This divided appreciation of Article 38 as a whole also applies in particular to the second clause of its first paragraph, enjoining the Court to apply ‘international custom, as evidence of a general practice accepted as law’: while the formula is regarded as a proper definition of customary international law, it has been constantly disparaged on account of its very formulation».

³⁰ A. Gianelli, *Consuetudine [dir. int.]*, in *Diritto on line - Enciclopedia Treccani*, 2017.

³¹ Secondo Abi-Saab, la confusione provocata dalla formula contenuta nell'art. 38 sarebbe sintomatica della difficoltà concreta di concepire il “misterioso” processo consuetudinario nei termini di una fonte formale del diritto internazionale. Secondo Haggemacher (*op. cit.*, p. 803), che riassume il pensiero di Abi-Saab sul punto: «The text, indeed, declares custom to be ‘evidence of a general practice’, which would seem to imply that practice, not custom is the proper source. The clause should be read the other way around if custom is to appear as the source, but it still remains to be defined as such. Or else is custom to be defined as ‘a general practice accepted as law’ (instead of being just evidence of it)? If so, one may still ask whether it is the practice that has to be ‘general’ or rather its acceptance as law [...]». Per una elaborazione completa del suo pensiero, si veda G. Abi-Saab, *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de Roberto Ago/Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione / International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, p. 53 ss.

³² A. Pellet, D. Müller, *Article 38*, in A. Zimmerman, C. J. Tams, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice (3rd Edition): A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, par. 212.

³³ Sul punto si veda anche M. P. Beham, *Schrödinger’s Custom: Implications of Identification on the Interpretation of Customary International Law*, in P. Merkouris et al. (a cura di), *op. cit.*, p. 88. Quest’ultimo, comunque, spazza via ogni indugio suggerendo di prendere semplicemente alla lettera la formulazione dell'art. 38, par. 1 lett. b), «[w]ithout overthinking the implications of the wording referring to custom as the evidence as opposed to being evidenced by ‘a general practice accepted as law’».

espressione “accettata come diritto” (che esprimerebbe il requisito dell’*opinio juris*) presterebbe il fianco ad alcune ambiguità, dal momento che non chiarisce se l’elemento soggettivo debba essere inteso su base volontaria o involontaria³⁴. Tuttavia lo stesso Pellet, pur mettendo in luce l’apparente imprecisione della definizione contenuta nell’art. 38, intravede in essa una qualche logica, poiché «[...] the existence of the customary rule attests that, ‘upstream’, a practice has developed which then became accepted as law»³⁵. Questo suo elegante ma ardito passaggio non sembra però convincere altra dottrina (HAGGENMACHER), dal momento che finisce per spostare, nuovamente, il focus sulla prassi come elemento “a monte” (*upstream*) della norma consuetudinaria, perdendo così di vista il fatto che «it is rather the existence of an alleged customary rule which is to be ‘attested’ than the practice ‘upstream’»³⁶. Secondo infatti Haggenmacher, ciò che bisogna sempre tenere presente è che la creazione della norma rappresenta il punto di arrivo del processo di accertamento, che inizia con l’individuazione della prassi disponibile. Nella concezione dominante della consuetudine come fonte del diritto internazionale, la prassi e la concorrente *opinio juris* costituiscono i fattori istitutivi della regola consuetudinaria. Sarà dunque la prassi a dover esistere, in primo luogo, così da provare l’esistenza di una norma consuetudinaria a monte (*downstream*), e non viceversa³⁷.

Le critiche rivolte negli anni alla formulazione dell’art. 38, par. 1 lett. b) non hanno comunque mai messo in discussione la sua autorevolezza e il suo valore nozionistico. L’ampia considerazione che questa definizione ancora oggi riceve è dovuta principalmente alla sua capacità di mettere in luce gli elementi costitutivi della consuetudine, ossia una prassi (*usus* o *diuturnitas*) accettata come diritto (*opinio juris sive necessitatis*). Si tratta di una formulazione che riflette pienamente la c.d. dottrina “dualista”, e che non lascia molti dubbi sul fatto che entrambi gli elementi siano necessari per accertare l’esistenza di una norma consuetudinaria³⁸. Sugli

³⁴ Sempre Haggenmacher nella sua sintesi del pensiero di Abi-Saab: «And what does ‘acceptance’ mean anyway? Is it individual assent or a collective adhesion? Even if all these points are clarified, he concludes, we should still not be in a position to capture the customary process in its essence as a norm-creative mechanism, in other words as a formal source of international law». In: P. Haggenmacher, *op. cit.*, p. 803.

³⁵ A. Pellet, D. Müller, *op. cit.*, par. 212.

³⁶ P. Haggenmacher, *op. cit.*, p. 803.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Ancor più chiara (anche se molto simile), in questo senso, risulta probabilmente la definizione contenuta nelle Linee guida adottate dall’Unione europea per promuovere l’osservanza del diritto

elementi costitutivi della consuetudine si tornerà approfonditamente nei paragrafi successivi; per ora mi limiterò ad anticipare che la “pratica generale” alla quale fa riferimento la norma identifica l’elemento materiale della consuetudine, ossia la condotta abituale che per definizione costituisce la spina dorsale, l’indispensabile substrato di qualunque consuetudine; mentre l’elemento soggettivo viene individuato nell’espressione “accettata come diritto”, ossia il requisito dell’*opinio juris* necessaria per trasformare il comportamento in una regola giuridica. Entrambi questi elementi sono sintetizzati nella formulazione, scarna e asciutta, fornita dall’art. 38, par. 1 lett. b); e come affermato in dottrina, «[...] this long-standing conventional wisdom is almost ritually recited and widely echoed by writers, teachers, practitioners, and tribunals»³⁹.

La conferma dell’intonso valore della definizione contenuta nell’art. 38 è arrivata, recentemente, attraverso i lavori della Commissione del diritto internazionale (da qui “CDI”) sull’identificazione della consuetudine internazionale. A partire dal *Second Report* del 2014, il relatore speciale Sir Michael Wood ha chiaramente optato per l’approccio dualistico, una scelta fondata non solo sul sostegno unanime che negli anni questa impostazione ha riscosso a livello accademico e istituzionale⁴⁰, ma anche alla luce del valore riconosciuto all’art. 38 dello Statuto della CIG. Per questo motivo la CDI ha deciso di adottare una definizione di consuetudine internazionale che attingesse al linguaggio dello Statuto della CIG, senza per questo riferirsi direttamente ad esso: «The language of Article 38.1(b), now almost a century old,

internazionale umanitario, dove si stabilisce che «[...] il diritto internazionale umanitario ha due fonti principali: le convenzioni internazionali (trattati) e il diritto internazionale consuetudinario. *Quest’ultimo è composto dalla pratica degli Stati, a cui essi riconoscono un carattere vincolante*». Si veda Consiglio europeo, *Orientamenti aggiornati dell’Unione europea per promuovere l’osservanza del diritto internazionale umanitario*, Doc. 2009/C 303/12, par. 7. Corsivo aggiunto.

³⁹ P. Haggemacher, *op. cit.*, p. 802.

⁴⁰ La letteratura sull’art. 38 dello Statuto della CIG è sconfinata. Ai fini di questa trattazione bisogna richiamare, naturalmente, il già citato commentario all’art. 38 di A. Pellet e D. Müller (*supra* nota 32). Sull’importanza della definizione di consuetudine fornita dall’art. 38, si veda anche G. M. Danilenko, *The Theory of Customary International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 1989, vol. 31, pp. 9-47, in particolare le pp. 10-11 dove afferma: «[t]he definition of custom provided by Art. 38 of the statute is extremely important for the theory and practice of customary international law. In the first place, Art. 38 reaffirms the recognition by all States of international custom as one of the main sources of international law [...]. Secondly, Art. 38 reflects the agreement of all members of the international community on basic constituent elements required for the formation and operation of customary rules of international law, namely, practice, on the one hand, and acceptance of this practice as law, on the other». *Ex multis*, si vedano anche: M. Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, in M. Koskenniemi (a cura di), *Sources of International Law*, Routledge, Londra, 2000, p. 251 ss.; A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell U.P., New York, 1971; J. Barboza, *The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly*, in *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Brill, Leida/Boston, 2000.

continues to be widely relied upon and has lost none of its relevance. Indeed, compared with what are perhaps the terms in more common use today (“State practice” and “*opinio juris*”) the wording of the Statute seems less problematic and more modern. In any event, the division into two distinct elements mandated by the language of the Statute “constitutes an extremely useful tool for ‘discovering’ customary rules’»⁴¹. E difatti la Conclusione 2 delle *Draft Conclusions 2018*, intitolata “*Two constituent elements*”, in linea con lo stile sobrio dell’art. 38, par. 1 lett. b) dello Statuto della CIG, afferma quanto segue:

«To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*)»⁴².

E dal momento che l’intero progetto delle *Draft Conclusions* mira a offrire una guida pratica per chiunque sia chiamato ad applicare il diritto internazionale, anche al di fuori della cerchia ristretta dei professionisti del settore, una conclusione come quella appena ricordata finisce per riconoscere nella formula contenuta nell’art. 38 un’autentica regola per il riconoscimento del diritto internazionale consuetudinario⁴³.

4. La concezione dualistica e gli elementi costitutivi della consuetudine: la prassi (*usus o diuturnitas*) e l’*opinio juris sive necessitatis*

Nonostante i diversi usi e significati che possono essere assegnati al concetto di “consuetudine”, come accennato nelle pagine precedenti⁴⁴, l’analisi della sua nozione, solitamente, non prende in considerazione ciascuno di questi significati, ma usa il termine “consuetudine” nell’accezione di *norma consuetudinaria*, espressione con la quale si identifica quel tipo particolare di norme giuridiche (consuetudinarie) che si contrappone ad un’altra tipologia di norme, quelle di “diritto scritto”. È dunque la natura “non scritta” della norma consuetudinaria il principale punto di identità e di rottura con le altre categorie di norme, aventi invece una dimensione scritta.

⁴¹ CDI, *Second Report 2014*, cit., par. 17.

⁴² CDI, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, Doc. A/73/10, 2018, p. 124.

⁴³ P. Haggemacher, *op. cit.*, p. 803.

⁴⁴ Si veda *supra*, nota 4.

Come già affermato nei precedenti paragrafi, il problema della nozione di norma consuetudinaria è tradizionalmente inteso come una questione attinente all'esatta determinazione delle *condizioni di esistenza*, vale a dire l'individuazione dei suoi elementi costitutivi, ossia la *diuturnitas* e l'*opinio juris sive necessitatis*. Occorre precisare che la concezione dualistica della consuetudine non ha ricevuto in passato unanimità di consensi in dottrina: alcuni autori, infatti, contestavano il valore dell'*opinio juris* come elemento necessario, poiché la sua presenza avrebbe inevitabilmente reso la norma consuetudinaria frutto di un errore o di un equivoco, sostenendo, al contrario, che solo la prassi sarebbe l'unico elemento veramente costitutivo di una consuetudine (teoria "monista"). Rimane celebre, a tal proposito, la posizione espressa nel 1942 da NORBERTO BOBBIO, il quale, pur prendendo atto dell'impostazione dominante fondata sull'esistenza dei due elementi costitutivi⁴⁵, tuttavia ne contestava la validità, ravvisando in essa un insanabile vizio logico di fondo:

«[Q]uando la dottrina comune – osserva Bobbio – afferma che non può darsi consuetudine giuridica se gli atti che la costituiscono non siano compiuti con l'*opinio juris seu necessitatis*, vuol intendere che ogni singolo utente deve compiere l'atto formativo della consuetudine giuridica con la convinzione o credenza o sentimento o coscienza che sia necessario cioè obbligatorio, perché conforme ad una norma giuridica, e l'atto contrario, come atto illecito, sia passibile di una sanzione [...] Il circolo vizioso è evidente [...] La norma consuetudinaria non si costituisce se non c'è l'*opinio*; ma l'*opinio* a sua volta implica una norma già costituita»⁴⁶.

In questo modo, prosegue Bobbio, «si cade nella palese contraddizione di considerare, da un lato, l'*opinio* come elemento costitutivo della formazione del diritto consuetudinario, dall'altro, il processo consuetudinario come non formativo di diritto: in altri termini, di attribuire all'*opinio* efficacia formativa di un diritto che non si

⁴⁵ Scriveva così Bobbio: «A interrogare la dottrina attualmente dominante, tanto nel diritto pubblico quanto nel privato, tanto nel diritto statale quanto nell'internazionale, si ottiene su per giù una risposta uniforme, che per la sicurezza con cui è generalmente pronunciata assume l'aspetto di dottrina ovvia e incontrovertibile: la consuetudine giuridica consta di due elementi, uno esterno o ripetizione, uno interno o *opinio juris seu necessitatis*». In N. Bobbio, *La consuetudine come fatto giuridico*, CEDAM, Padova, 1942, p. 49.

⁴⁶ P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 496.

formerà mai, perché l'*opinio* stessa lo presuppone già formato»⁴⁷. Prendendo dunque le mosse da questa considerazione, al fine di spezzare il circolo vizioso è necessario eliminare uno dei due elementi; e Bobbio non aveva alcun dubbio su quale far ricadere la scelta, eleggendo la *diuturnitas* come unico elemento costitutivo della norma consuetudinaria e assegnando invece all'*opinio juris* una funzione ricognitiva, attinente ad una norma consuetudinaria già formata⁴⁸. Se infatti, nel momento in cui la norma si va formando, lo Stato crede che un dato comportamento sia obbligatorio, ossia richiesto dal diritto, ma tuttavia questo diritto ancora non esiste perché è in corso di formazione, è evidente che quello Stato è in errore. E sulla base di questa impostazione, quindi, l'*opinio juris* non sarebbe uno degli elementi costitutivi bensì l'effetto psicologico dell'esistenza della norma, partendo dal presupposto che questa si sia già formata.

Benché gli argomenti (puramente logici) sui quali è fondata la tesi monista della consuetudine possano risultare convincenti, perlomeno dal punto di vista astratto, la teoria secondo cui entrambi gli elementi devono venire in rilievo nella delicata opera di ricostruzione di una norma consuetudinaria ha trovato negli anni una solida e costante conferma, soprattutto nella prassi dei tribunali internazionali⁴⁹. In particolare, la giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI) e della Corte internazionale di giustizia (CIG) si è dimostrata sempre costante nell'affermare che la norma consuetudinaria richiede la presenza di entrambi gli elementi, la *diuturnitas* e l'*opinio juris*.

⁴⁷ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁸ Cfr. P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 497. Si veda anche N. Bobbio, *op. cit.*, p. 55, dove l'Autore afferma: «Non resta che eliminare l'*opinio juris*. E valga, a conferma, l'esperienza giuridica, la quale, quando ci pone innanzi una norma consuetudinaria, ci presenta una *regola sorta per imprescindibili esigenze sociali* da un determinato stato di fatto e diventata a poco a poco *norma obbligatoria* per la costante e uniforme ripetizione da parte di una generalità di persone; le quali, mentre si obbligano, ignorano di obbligarsi in nome di una regola costituita, che, d'altronde, non esiste ancora perché essi stessi contribuiscono a formarla, ma contraggono unicamente un'obbligazione di fatto o naturale, che solo il tempo o la tradizione trasformerà in obbligazione generale ed astratta, allorquando la serie delle ripetizioni sarà tale da avere ingenerato, mediante la forza dell'esempio, la convinzione o la credenza che osservare quella regola sia obbligatorio. In questo modo l'esperienza giuridica ci mostra che la credenza nell'obbligatorietà di una norma non sorge durante il processo di formazione, ma alla fine, quando la norma consuetudinaria è già formata». Sull'*opinio juris* intesa non come elemento necessario per la formazione di norme non scritte, ma come prova della consuetudine già venuta in essere, si veda anche R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Liguori Editore, Napoli, 1968, p. 130.

⁴⁹ E anche in dottrina. Tra i molti si veda, ad esempio, E. T. Swaine, *Rational Custom*, in *Duke Law Journal*, 2002, vol. 52, pp. 567-568: «An articulated sense of obligation, without implementing usage, is nothing more than rhetoric. Conversely, state practice, without *opinio juris*, is just habit».

Nella sentenza del caso *Lotus* relativo ad una controversia tra Francia e Turchia del 7 settembre 1927, ad esempio, la CPGI definì il diritto internazionale come il diritto che regola i rapporti tra Stati indipendenti, precisando che le regole che vincolano gli Stati sono emanate dalla volontà di questi ultimi, volontà che si manifesta attraverso convenzioni o mediante «*usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims*»⁵⁰. Successivamente la CIG ha fornito un inestimabile contributo allo sviluppo della teoria dualista, ribadendo il valore di questo orientamento e in particolare la centralità dell'*opinio juris* nel processo di formazione della norma consuetudinaria. Nella celebre sentenza del 20 febbraio del 1969, ad esempio, relativa alla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* e alla controversia sorta tra la Repubblica federale tedesca, da un lato, e la Danimarca e i Paesi Bassi dall'altro, la Corte ha dichiarato che la prassi degli Stati non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria se non è accompagnata dal convincimento della sua obbligatorietà giuridica:

«[I]n order to achieve this result [i.e. to constitute the *opinio juris*], two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitates*. The States concerned must therefore feel they are conforming to what amounts to a legal obligation»⁵¹.

La Corte ha poi aggiunto che la frequenza o il carattere abituale delle condotte degli Stati non possono considerarsi di per sé indicativi dell'esistenza di una norma consuetudinaria dietro quei comportamenti. Come infatti sottolineato, «[t]here are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of

⁵⁰ *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, sentenza, 7 settembre 1927, in *PCIJ Rep. Series A-No. 10*, p. 18. Corsivo aggiunto.

⁵¹ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, sentenza, 20 febbraio 1969, in *I.C.J. Reports 1969*, p. 44, par. 77.

courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty»⁵². Da qui l'importanza decisiva dell'*opinio juris sive necessitatis*, che rappresenta dunque l'elemento indispensabile per distinguere una consuetudine produttiva di diritto dai meri "usi", ossia quei comportamenti determinati da motivi di cortesia o cerimoniali, dunque inadatti a produrre norme giuridiche. Inoltre, come rilevato in dottrina (CONFORTI), al fine di superare l'obiezione secondo cui, ammettendosi l'*opinio juris*, la consuetudine riposerebbe su un errore, bisogna ricordare che la percezione dell'obbligatorietà di una determinata condotta (*opinio juris*) si confonde con la necessità (*sive necessitatis*), ossia con la doverosità sociale. Questo significa che, almeno nel momento iniziale di formazione della consuetudine, il comportamento non è tanto sentito come *giuridicamente* quanto come *socialmente* dovuto⁵³. La Corte ha successivamente ribadito la medesima impostazione in un'altra sentenza, questa volta relativa alla *Delimitazione della piattaforma continentale* tra la Libia e Malta (3 giugno 1985), dove ha ricordato che l'esistenza della norma consuetudinaria deve sempre poggiare sulla presenza di entrambi gli elementi costitutivi («It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States»)⁵⁴, sottolineando come gli accordi multilaterali possano svolgere un ruolo importante nell'individuazione, e anche nello sviluppo, delle regole consuetudinarie («[...] even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them»)⁵⁵. In linea con la sentenza sulla piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969, la CIJ ha nuovamente riaffermato la necessità di entrambi gli elementi costitutivi della consuetudine nell'altrettanto celebre sentenza del 27 giugno 1986, relativa alla controversia tra Nicaragua e Stati Uniti sulle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*. In questa fondamentale pronuncia, la Corte innanzitutto evidenzia l'importanza della prassi degli Stati nella rilevazione di una norma consuetudinaria («[...] in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by

⁵² *Ibid.*

⁵³ Cfr. B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale*, XII ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 42.

⁵⁴ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, sentenza, 3 giugno 1985, in *I.C.J. Reports 1985*, pp. 29-30, par. 27.

⁵⁵ *Ibid.*

practice») ⁵⁶, dopodiché aggiunge, coerentemente con quanto già affermato nella sentenza del 1969 sulla piattaforma continentale del Mare del Nord, che la prassi degli Stati deve essere sempre accompagnata dall' *opinio juris sive necessitatis*:

«[...] [T]he Court has to emphasize that, as was observed in the *North Sea Continental Shelf* cases, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned “amount to a settled practice”, but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*» ⁵⁷.

Sul valore dell' *opinio juris* la CIG si era precedentemente espressa in un altro importante giudizio, relativo alla *Delimitazione della frontiera marittima nella regione del golfo del Maine* (12 ottobre 1984), dove ha sottolineato che il diritto internazionale consuetudinario è costituito da un insieme di regole la cui presenza nell' *opinio juris* degli Stati può essere ricavata solo dall'analisi di una prassi sufficientemente diffusa e fondata («[...] a set of customary rules whose presence in the *opinio juris* of States can be tested by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice, and not by deduction from preconceived ideas») ⁵⁸. Va notato che la Corte, nel medesimo paragrafo, afferma che il diritto internazionale consuetudinario è costituito, oltre che dalle regole appena richiamate, anche da una serie limitata di norme che hanno lo scopo di garantire la coesistenza e la vitale cooperazione tra gli Stati (nelle parole della Corte, «a limited set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community») ⁵⁹. Dunque, come notato in dottrina (TREVES), la Corte sembra distinguere dalle normali regole consuetudinarie una particolare categoria di norme, per le quali l'individuazione degli elementi costitutivi (prassi e *opinio juris*) non appare necessaria ⁶⁰. Vale la pena soffermarsi brevemente su questo punto, e sottolineare come, nella giurisprudenza successiva alla sentenza del golfo del Maine, la CIG non abbia approfondito la definizione di queste particolari regole; ciononostante, non sono mancate le occasioni in cui la Corte ha riconosciuto lo

⁵⁶ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza, 27 giugno 1986, in *I.C.J. Reports 1986*, pp. 97-98, par. 184.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 108-109, par. 207.

⁵⁸ *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, sentenza, 20 gennaio 1984, in *I.C.J. Reports 1984*, p. 299, par. 111.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Cfr. T. Treves, *op. cit.*, par. 19.

status consuetudinario di alcune norme, anche in assenza della tradizionale e accurata analisi della prassi necessaria a determinare l'esistenza dell'*opinio juris*. Nel già citato caso sulle attività militari tra Nicaragua e Stati Uniti, ad esempio, la Corte ha ritenuto applicabili le regole base sul trattamento delle persone che non partecipano direttamente ad un conflitto armato, come indicate all'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949⁶¹, poiché corrispondenti a quelle basilari considerazioni di umanità (*elementary considerations of humanity*, nelle parole della Corte) dalle quali non si può mai prescindere. Questo concetto era già apparso in una precedente sentenza del 1949 della CIG, relativa al caso dello *Stretto di Corfù (Regno Unito c. Albania)*, dove la Corte aveva fatto riferimento all'esistenza di particolari obblighi, in capo agli Stati, derivanti da «[...] certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war»⁶². Analogamente, nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti* del 1986, la Corte ha applicato questo concetto all'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949, affermando che tale norma «defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules do constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary consideration of humanity" [...]»⁶³.

Anche nella sentenza relativa alle *Attività armate sul territorio del Congo* (19 dicembre 2005), la Corte ha riconosciuto il valore consuetudinario di diverse norme di diritto internazionale umanitario, in quanto parte del sistema di regole previsto

⁶¹ In base all'art. 3, comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949: «Nel caso in cui un conflitto armato privo di carattere internazionale scoppiasse sul territorio di una delle Alte Parti contraenti, ciascuna delle Parti belligeranti è tenuta ad applicare almeno le disposizioni seguenti: 1. Le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano depresso le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in ogni circostanza, con umanità, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole che si riferisca alla razza, al colore, alla religione o alla credenza, al sesso, alla nascita o al censo, o fondata su qualsiasi altro criterio analogo. A questo scopo, sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone sopra indicate: a. le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b. la cattura di ostaggi; c. gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; d. le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili. 2. I feriti e i malati saranno raccolti e curati».

⁶² *The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, sentenza, 9 aprile 1949, in *I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

⁶³ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, cit., p. 114, par. 218.

dalla Convenzione dell’Aja concernente le leggi e gli usi della guerra per terra del 1907, dunque senza la necessità di ricostruire la prassi e l’*opinio juris* in materia⁶⁴. Ed è interessante notare che, nella medesima pronuncia, la CIG ha affermato che il principio di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali⁶⁵, pur non trovando applicazione nel caso concreto, appartiene al diritto internazionale consuetudinario, richiamando, a sostegno di questa conclusione, solamente tre risoluzioni dell’Assemblea generale dell’ONU⁶⁶.

Nei casi appena citati, la Corte, più che insistere sull’idea che certe regole consuetudinarie essenziali per la coesistenza e la cooperazione tra gli Stati non richiedono, necessariamente, l’accertamento dell’esistenza dei due elementi costitutivi di prassi e *opinio juris*, ha sostenuto il carattere consuetudinario di tali regole invocando, piuttosto, imperativi morali, questioni di logica giuridica, nonché il peso e l’influenza di alcuni accordi internazionali⁶⁷, rinviando a lavori di codificazione della CDI oppure affermando l’avvenuta “cristallizzazione” in norme generali di regole codificate. Nonostante la CIG, in alcuni casi, abbia adottato questo approccio

⁶⁴ *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sentenza, 19 dicembre 2005, in *I.C.J. Reports 2005*, p. 244, par. 219: «[T]he Court finds that the acts committed [...] are in clear violation of the obligations under the Hague Regulations of 1907, Articles 25, 27 and 28, as well as Articles 43, 46 and 47 with regard to obligations of occupying Power. These obligations are binding on the Parties as customary international law». In maniera simile, al par. 214 (p. 242): «According to a well-established rule of a customary nature, as reflected in Article 3 of the Fourth Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907 as well as in Article 91 of Protocol I additional to the Geneva Conventions of 1949, a party to an armed conflict shall be responsible for all acts by persons forming part of its armed forces».

⁶⁵ Per una bibliografia essenziale sul tema, si veda P. Gumplová, *Sovereignty over natural resources – A normative reinterpretation*, in *Global Constitutionalism*, 2020, vol. 9, n. 1, pp. 7-37; P. Y. T. Chekera, V. O. Nmehiell, *The International Law Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources as an Instrument for Development: The Case of Zimbabwean Diamonds*, in *African Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 6, n. 1, pp. 69-101; R. Pereira, O. Gough, *Permanent sovereignty over natural resources in the 21st Century: natural resource governance and the right to self-determination of indigenous peoples under international law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, vol. 14, pp. 1-45; N. Schrijver, *Natural Resources, Permanent Sovereignty over*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, 2008; E. Duruigbo, *Permanent sovereignty over natural resources and people’s ownership of natural resources in international law*, in *George Washington International Law Review*, 2006, vol. 38, pp. 33–100.

⁶⁶ *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, cit., p. 251, par. 244: «The Court recalls that the principle of permanent sovereignty over natural resources is expressed in General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962 and further elaborated in the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (General Assembly resolution 3201 (S.VI)

of 1 May 1974) and the Charter of Economic Rights and Duties of States (General Assembly resolution 3281 (XXIX) of 12 December 1974). While recognizing the importance of this principle, which is a *principle of customary international law*, the Court notes that there is nothing in these General Assembly resolutions which suggests that they are applicable to the specific situation of looting, pillage and exploitation of certain natural resources by members of the army of a State militarily intervening in another State [...]». Corsivo aggiunto.

⁶⁷ T. Treves, *op. cit.*, par. 21.

poco ortodosso, ciò non ha minimamente intaccato la sua autorevolezza e il valore delle sue conclusioni circa l'esistenza e il contenuto di una norma consuetudinaria: l'accertamento da essa svolto, infatti, riesce a superare i confini soggettivi dell'efficacia vincolante della decisione per le sole parti in causa e quelli oggettivi della natura meramente consultiva dei suoi pareri⁶⁸. In ogni caso, a conferma della struttura dualista della norma consuetudinaria, la Corte è intervenuta sul punto anche in tempi più recenti nella sentenza sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia; Grecia interveniente)* del 3 febbraio 2012, dove ha affermato che per determinare l'ambito e l'estensione della regola sull'immunità è necessario applicare i criteri «which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law», ossia sulla base dei due elementi della prassi e dell'*opinio juris*⁶⁹.

4.1 *Le conclusioni della Commissione del diritto internazionale sugli elementi costitutivi della consuetudine*

Per quanto riguarda la posizione della CDI, come ricordato alla fine del paragrafo 3 del presente capitolo, sia durante i lavori preparatori delle *Draft Conclusions* che nel documento finale, essa ha pienamente aderito all'approccio dualista della consuetudine, alla quale ha dedicato la Parte Seconda del testo (intitolata *Basic Approach*); qui vengono specificati la struttura della norma consuetudinaria, fondata sulla presenza dei due elementi costitutivi (Conclusione 2), e le regole generali per il loro accertamento (*Conclusion 3 – Assessment of evidence for the two constituent elements*). Il testo della Conclusione 2, come già visto, non lascia spazio a molti dubbi, e stabilisce che per determinare l'esistenza e il contenuto di una regola di diritto internazionale consuetudinario è necessario accertare la presenza di una prassi generale accettata come diritto («whether there is a general practice that is

⁶⁸ Si veda la voce enciclopedica di A. Gianelli, *Consuetudine [dir. int.]*, in *Diritto on line* (2017), p. 8, consultabile sul portale dell'Enciclopedia Treccani all'indirizzo <https://www.treccani.it/>.

⁶⁹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, sentenza, 3 febbraio 2012, in *I.C.J. Reports 2012*, pp. 122-123, par. 55: «It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of "international custom, as evidence of a general practice accepted as law" conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity. To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law. In particular, as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be "a settled practice" together with *opinio juris* [...]».

accepted as law»), che insieme rappresentano i fondamenti costitutivi, «the essential conditions for the existence of a rule of customary international law»⁷⁰.

È interessante notare come, nel Commento esplicativo che accompagna il testo della Conclusione, la CDI sottolinei fin da subito la natura distinta, ma allo stesso tempo connessa, dei due elementi oggetto dell'indagine («two distinct, yet related, questions»)⁷¹; e come questo approccio, basato sull'attenta osservazione del comportamento degli Stati e sull'accertamento del valore giuridico (di obbligo o di diritto) che essi assegnano a tale condotta, trovi ampio supporto tra gli Stati stessi, oltre che nella giurisprudenza internazionale e nella dottrina. Su questo punto la Commissione torna anche successivamente, mettendo da parte qualunque approccio alternativo che dia maggior risalto ad un elemento costitutivo piuttosto che ad un altro, ed insistendo invece sul fatto che è proprio dal legame indissolubile tra prassi ed *opinio juris* che scaturisce l'esistenza della norma consuetudinaria; motivo per cui, se presi singolarmente, i due elementi non hanno alcuna forza normativa, risultando insufficienti ad ultimare il processo di identificazione⁷². Questo processo, prosegue la CDI, richiede sempre un esame prudente della prassi disponibile, per verificare l'esistenza della corrispondente regola consuetudinaria in ogni circostanza; e a tal proposito, la Commissione richiama la giurisprudenza della CIG, in particolare la sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969, secondo cui «two conditions must be fulfilled»⁷³, nonché le ripetute occasioni in cui la Corte ha ribadito la necessaria presenza di entrambi gli elementi per l'accertamento di una regola di diritto consuetudinario⁷⁴. In tal senso la CDI, in

⁷⁰ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 125, par. (2).

⁷¹ *Ibid.*, par. 1.

⁷² *Ibid.*, p. 126, par. 4: «[T]he presence of only one constituent element does not suffice for the identification of a rule of customary international law. Practice without acceptance as law (*opinio juris*), even if widespread and consistent, can be no more than a non-binding usage, while a belief that something is (or ought to be) the law unsupported by practice is mere aspiration; it is the two together that establish the existence of a rule of customary international law». Va notato che, in certi casi, prassi e *opinio juris* possono risultare contrastanti, provocando una sorta di corto circuito che rischia di ostacolare, se non addirittura impedire, la formazione di una norma consuetudinaria. È il caso del parere consultivo della CIG sulla *Liceità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari* del 1996, dove la Corte ha rilevato una sorta di contrasto tra l'*opinio juris* e la prassi degli Stati: «The emergence, as a *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio juris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of deterrence on the other». Si veda *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo, 8 luglio 1996, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 255, par. 73.

⁷³ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, cit., p. 44, par. 77. Si veda *supra* nota 49.

⁷⁴ Accanto alla sentenza del 1969 sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord, la CDI evoca la sentenza della CIG sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* del 2012, dove si afferma che «the

maniera molto eloquente, mette in chiaro come alla base di ogni riscontro circa l'esistenza e il contenuto di una norma consuetudinaria ci sia sempre la medesima domanda: «is there a general practice that is accepted as law?»⁷⁵; e laddove la risposta sia negativa e non fosse possibile stabilire una prassi generale accettata come diritto, ne conseguirebbe che la corrispondente regola di diritto internazionale consuetudinario debba considerarsi assente⁷⁶.

Sempre nel commento, la Commissione sottolinea inoltre come l'approccio dualistico all'accertamento della regola consuetudinaria venga svolto su base c.d. "induttiva", in contrasto a metodi di tipo "deduttivo" basati su modalità di verifica alternative rispetto alla prova empirica di una prassi generale accettata come diritto⁷⁷. Tuttavia il meccanismo induttivo alla base dell'approccio dualistico non va inteso in maniera assolutamente rigida, secondo la CDI; non è esclusa infatti, la possibilità di ricorrere ad un certo margine di deduzione, e di conseguenza trarre conclusioni («to be employed with caution», tiene a precisare la Commissione) nell'applicazione dell'approccio dualistico, ad esempio con riguardo a quelle regole di diritto

existence of a rule of customary international law requires that there be "a settled practice" together with *opinio juris*» (v. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, cit., pp. 122-123, par. 55. Si veda *supra* nota 69), nonché la pronuncia del 1985 sulla *Delimitazione della piattaforma continentale tra la Libia e Malta (Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta))*, cit., pp. 29-30, par. 27. Si veda *supra* nota 52).

⁷⁵ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 125, par. (2). A titolo di esempio, la Commissione richiama nuovamente il caso sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, dove la verifica dell'oggetto e della portata della norma consuetudinaria relativa all'immunità giurisdizionale degli Stati si è tradotta in un esame accurato e approfondito, da parte della Corte, della prassi degli Stati in materia, comprendente le legislazioni nazionali, le decisioni giudiziali e altre dichiarazioni ufficiali accompagnate dall'elemento dell'*opinio juris*. Si veda *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, cit., pp. 122-139, par. 55-91.

⁷⁶ Si possono ricordare, a questo proposito, le considerazioni svolte dalla CIG nel caso relativo al *Diritto di asilo* tra Colombia e Perù (1950), dove il tentativo di ricostruire l'esistenza di una norma consuetudinaria a carattere regionale ha portato alla luce una prassi decisamente frammentaria e poco uniforme: «The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence» (v. *Colombian-Peruvian asylum case*, sentenza, 20 novembre 1950, in *I.C.J. Reports 1950*, p. 277). Per un commento alla sentenza, si veda C. Focarelli, *Lezioni di Diritto internazionale, vol. II – Prassi*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 99-100, par. 55.

⁷⁷ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 126, par. (5). Sui diversi metodi interpretativi della norma consuetudinaria adottati dalla CIG, siano essi induttivi o deduttivi, si veda S. Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, in *European Journal of International Law*, 2015, vol. 26, n. 2, pp. 417-443.

internazionale riconosciute come parte di un “regime indivisibile”⁷⁸. Va detto che questo accenno da parte della CDI al possibile ricorso a metodi deduttivi nell’accertamento di norme consuetudinarie è stato accolto con qualche perplessità, da parte di alcuni Paesi: per gli Stati Uniti, ad esempio, era importante sottolineare ulteriormente l’utilizzo prudente di qualsiasi approccio deduttivo, onde evitare arbitri nell’identificazione di presunte regole consuetudinarie non supportate dalla necessaria prassi degli Stati accompagnata dal senso di obbligatorietà giuridica⁷⁹. Dello stesso avviso era anche Israele, che dal canto suo considerava qualunque riferimento al metodo deduttivo un indebolimento dell’approccio empirico, fondato sulla prova della prassi, e che per questo motivo andasse eliminato⁸⁰; e così pure la Federazione Russa, che riteneva l’espressione “*indivisible regime*” richiamata dalla CDI nel suo commento alla Conclusione 2 più adeguata al contesto generale di accertamento della regola consuetudinaria, ossia a quanto disposto dalla Conclusione 3⁸¹. Tuttavia lo *Special Rapporteur* Wood ha chiarito che «[...] the reference to “deduction” is not intended to suggest a substitute for the basic two-element approach, but rather an occasional aid for the application of that approach in cases such as those referred to in the draft commentary»⁸². Infine la CDI tiene a specificare che l’approccio dualistico all’accertamento dell’esistenza e del contenuto di una regola consuetudinaria si applica in tutti i campi del diritto internazionale, come confermato dalla prassi degli Stati e dalla giurisprudenza. Si tratta di una considerazione che trova fondamento nel senso di unità e coerenza che caratterizza il diritto internazionale, «which is a single legal system and is not divided into separate branches with their own approach to sources»⁸³; con la conseguenza che, se da un lato l’applicazione pratica

⁷⁸ Così si è espressa la CIG nel caso *Territorial and Maritime Dispute* tra Nicaragua e Colombia (2012), dove ha affermato che «the legal régime of islands set out in UNCLOS Article 121 forms an indivisible régime, all of which (as Colombia and Nicaragua recognize) has the status of customary international law» (v. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, sentenza, 19 novembre 2012, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 674, par. 139).

⁷⁹ Si veda Assemblea generale ONU, *Fifth report on identification of customary international law*, by Michael Wood, *Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/717, 14 marzo 2018, p. 12, par. 29. Si veda anche la nota diplomatica con i commenti scritti degli Stati Uniti, *Comments from the United States on the International Law Commission’s Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law As Adopted by the Commission in 2016 on First Reading*, 5 gennaio 2018, in particolare p. 9.

⁸⁰ Cfr. il commento scritto di Israele, *ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law – Israel’s Comments and Observations*, 18 gennaio 2018, p. 12, par. 32.

⁸¹ Cfr. Assemblea generale ONU, *Sixth Committee, Summary record of the 21st meeting*, Doc. A/C.6/71/SR.21, 16 novembre 2016, par. 46-47.

⁸² Assemblea generale ONU, *Fifth Report*, cit., p. 13, par. 30.

⁸³ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 126, par. (6).

dell'approccio dualistico deve giustamente tenere conto delle particolari circostanze e del contesto in cui la regola è sorta e si è affermata (come del resto stabilito dalla successiva Conclusione 3), dall'altro ciò deve sempre avvenire nel rispetto dell'integrità del diritto internazionale consuetudinario, inteso come prassi generale accettata come diritto⁸⁴.

Per quanto riguarda invece la Conclusione 3 (*Assessment of evidence for the two constituent elements*) delle *Draft Conclusions*, questa stabilisce quanto segue: «1. In assessing evidence for the purpose of ascertaining whether there is a general practice and whether that practice is accepted as law (*opinio juris*), regard must be had to the overall context, the nature of the rule, and the particular circumstances in which the evidence in question is to be found. 2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element»⁸⁵. Si tratta di una disposizione della massima importanza, che insieme alla Conclusione 2 chiude il quadro relativo agli aspetti fondamentali del processo di accertamento della regola consuetudinaria, offrendo una sorta di guida generale che prende in considerazione i diversi elementi di prova, e che riflette sia il carattere sistematico e rigoroso dell'analisi richiesta, sia la natura dinamica della consuetudine come fonte del diritto internazionale. Qui la CDI sottolinea come l'accertamento della prassi generale accettata come diritto «must be carefully investigated in each case, in the light of the relevant circumstances»⁸⁶, e come ogni analisi dei fatti rilevanti sia un'esperienza a sé che va effettuata a seconda del caso e del contesto in cui si opera, non essendoci criteri uniformi e tassativi ai quali affidarsi⁸⁷. La Commissione insiste molto su questi aspetti, evidenziando come le circostanze e il tema specifico che la presunta (poiché ancora da accertare) norma

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ CDI, *Draft Conclusions*, cit., pp. 126-127.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 127, par. 2.

⁸⁷ A tal proposito la Commissione richiama le parole del giudice Tanaka nella sua opinione dissenziente relativa al già citato caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord (1969): «[t]o decide whether these two factors in the formative process of a customary law exist or not, is a delicate and difficult matter. The repetition, the number of examples of State practice, the duration of time required for the generation of customary law cannot be mathematically and uniformly decided. Each fact requires to be evaluated relatively according to the different occasion and circumstances» (*v. North Sea Continental Shelf (Dissenting Opinion of Judge Tanaka)*, p. 175). Si veda anche il recente caso davanti alla Corte d'appello d'Inghilterra e Galles, *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2018] EWCA Civ 1719, 19 luglio 2018, par. 19: «What is immediately apparent, as the appellants indeed submit, is that the ascertainment of customary international law involves *an exhaustive and careful scrutiny of a wide range of evidence*». Corsivo aggiunto.

consuetudinaria è chiamata a verificare abbiano un impatto importante sul tipo di ricerca da condurre: difatti sono le circostanze stesse a stabilire, in un certo senso, le modalità di ricostruzione della *diuturnitas*, e che inducono l'interprete a prediligere certe forme di prassi rispetto ad altre, in quanto più congeniali all'oggetto della disciplina e al contesto di riferimento⁸⁸. Inoltre la Commissione invita a prestare attenzione anche ai principi di diritto internazionale applicabili al caso specifico; ciò anche in ossequio all'unità e all'organicità del diritto internazionale, dal momento che, come spiegato nel parere consultivo della CIG relativo all'*Interpretazione dell'Accordo del 25 marzo 1951 tra l'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'Egitto* (1980), «a rule of international law, whether customary or conventional, does not operate in a vacuum; it operates in relation to facts and in the context of a wider framework of legal rules of which it forms only a part»⁸⁹.

Il par. 1 della Conclusione 3 fa riferimento anche alla “natura della regola” oggetto dell'indagine (*nature of the rule*), che può avere un peso significativo nell'inquadramento della prassi necessaria al suo accertamento; considerazioni di questo tipo possono emergere con riferimento alle regole c.d. “proibitive” (*prohibitive rules*), il cui accertamento può incontrare delle difficoltà nell'assenza, o scarsa disponibilità, di una prassi adeguata degli Stati che affermi esplicitamente l'esistenza di tali regole. E in questi casi, nota la Commissione, al fine di superare l'impasse si tende a prendere in considerazione l'inazione (*inaction*) come forma di prassi, valutando se essa sia accettata come diritto; una posizione che trova conferma nella successiva Conclusione 6 (*Forms of practice*), che difatti annovera tra le diverse

⁸⁸ Viene citata, a titolo di esempio, la sentenza sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* (2012), dove la Corte ha fatto alcune considerazioni molto significative sulla prassi rilevante, alla luce del caso specifico sul quale era chiamata a pronunciarsi: «[i]n the present context, the State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted status dealing with immunity, the claim to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, [...]. *Opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States» (v. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, cit., pp. 123, par. 55). Ciò inoltre dimostra, come verrà approfondito successivamente, che la ricostruzione della prassi rilevante, pur trattandosi di un processo da condurre separatamente alla ricerca dell'*opinio juris*, non costituisce altresì un “mondo a parte”, ma rappresenta piuttosto un passaggio fondamentale anche per l'individuazione dell'elemento psicologico alla base della consuetudine.

⁸⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, parere consultivo, 20 dicembre 1980, in *I.C.J. Reports 1980*, p. 76, par. 10. Per un'analisi approfondita, si veda C. Focarelli, *op. cit.*, p. 55, par. 32.

forme che la prassi può assumere, «[...] under certain circumstances», anche l'inazione. Va detto che Israele, nelle sue osservazioni riguardanti la bozza presentata dalla CDI nel 2016⁹⁰, aveva proposto di rendere esplicito il ruolo della “natura della regola” nella determinazione delle norme proibitive⁹¹; tuttavia lo *Special Rapporteur* ha ritenuto che il riferimento alla “natura della regola”, per quanto particolarmente rilevante nell'identificazione di tali regole proibitive, «may also be applicable to other rules, such as those that represent an exception to a more general rule, or that bind only certain subjects of international law»⁹².

La Commissione, inoltre, per sottolineare l'importanza delle circostanze e dei fattori ambientali nella rilevazione della prassi e dell'*opinio juris*, fornisce alcuni interessanti spunti e suggerimenti su come analizzare gli elementi di prova: nel caso delle leggi nazionali, ad esempio, più che il loro testo bisogna tenere in maggiore considerazione il modo in cui vengono interpretate e applicate; le decisioni delle corti interne, che di base sono un tassello significativo della prassi, perdono rilevanza qualora rimangano inapplicate a causa di un'eventuale incompatibilità con le norme internazionali; e così pure le dichiarazioni estemporanee di uno Stato, «or [made] in the heat of the moment», avranno tendenzialmente minor peso rispetto a quelle ponderate con cura⁹³.

Infine il par. 2 della Conclusione 3 stabilisce che, per determinare l'esistenza e il contenuto di una regola di diritto internazionale consuetudinario, è necessario accertare la presenza di ciascun elemento costitutivo in maniera distinta, attraverso un'analisi dedicata. Se da un lato, infatti, prassi e *opinio juris* forniscono insieme l'evidenza necessaria per l'identificazione della norma consuetudinaria, tuttavia esse rimangono due unità concettualmente separate, che quindi presuppongono due verifiche distinte. Come infatti affermato dalla CDI, «[t]he constituent elements may be intertwined in fact (in the sense that practice may be accompanied by a certain motivation), but each is conceptually distinct for purposes of identifying a rule of customary international law»⁹⁴. La Commissione spiega infatti che gli atti che costituiscono prassi rilevante per l'individuazione della regola consuetudinaria non

⁹⁰ Assemblea generale ONU, *Report of the International Law Commission, Sixty-eight session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016)*, Doc. A/71/10, 2016, pp. 74-117.

⁹¹ *ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law – Israel's Comments and Observations*, cit., par. 32.

⁹² Assemblea generale ONU, *Fifth Report*, cit., p. 14, par. 33.

⁹³ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 128, par. (5).

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 128-129, par. (6).

sono, di per sé, portatori di una qualche evidenza giuridica, che si tratti di un senso di obbligatorietà o di necessità; e allo stesso tempo, tale accettazione (l'*opinio juris*) va ricercata non solo con riferimento al comportamento degli Stati che partecipano attivamente alla formazione della prassi, ma anche di quelli che si trovano nella posizione di reagire ad essa⁹⁵. Queste considerazioni della Commissione trovano una solida conferma nella giurisprudenza della CIG, in particolare nella sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, quando afferma che «[...] acting, or agreeing to act in a certain way, does not of itself demonstrate anything of a juridical nature»⁹⁶.

Nel commento al par. 2 della Conclusione 3, la CDI insiste sul fatto che l'esistenza di un elemento non può essere ricavata semplicemente dalla presenza dell'altro; da qui l'esigenza di un'indagine separata per ciascuno dei due. Ciò non significa, comunque, che la verifica debba avvenire su elementi di prova differenti: lo stesso materiale può essere utilizzato per l'accertamento sia della prassi che dell'*opinio juris*⁹⁷.

Avendo quindi stabilito in maniera inequivocabile la necessità di entrambi gli elementi costitutivi per accertare l'esistenza di una norma consuetudinaria, è opportuno rivolgere l'analisi su ciascuno di essi, valutandone le caratteristiche specifiche e il loro ruolo nel processo di determinazione delle regole consuetudinarie.

5. La prassi (*diuturnitas*) e i suoi requisiti. Il fattore temporale.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 129, par. (7).

⁹⁶ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 44, par. 76. La stessa CPGI nel già ricordato caso *Lotus* del 1927 era giunta a conclusioni simili: «Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent of the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of having such a duty [...]» (v. *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, cit., p. 28).

⁹⁷ La Commissione fornisce alcuni esempi: la decisione di un tribunale nazionale può costituire una prassi rilevante, e allo stesso tempo essere la prova di un obbligo previsto dal diritto internazionale consuetudinario. Anche un rapporto ufficiale presentato da uno Stato può servire sia come prassi sia come prova del sentimento giuridico che lo accompagna. Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 129, par. (8).

La prassi (conosciuta anche come *usus* o *diuturnitas*) consiste, in senso molto stretto, in quello che i soggetti di diritto internazionale dicono e fanno, in ciò che vogliono o permettono che accada e in quello in cui credono. In certi casi sono gli Stati presi singolarmente ad essere responsabili di questa prassi; in altri essa è attribuibile a un gruppo di Stati.

Tuttavia oggi, al fine di individuare l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario, si rende necessario il ricorso ad una nozione più ampia di prassi, che includa ad esempio gli atti compiuti da quelle entità che non appartengono al novero dei soggetti di diritto internazionale, e che, in virtù dell'autorità che gli viene riconosciuta proprio da questi ultimi, o a causa dell'influenza che sono in grado di esercitare nelle relazioni internazionali, forniscono indirettamente elementi di prova circa l'esistenza di regole di diritto internazionale consuetudinario, o contribuiscono ad avvalorare le manifestazioni della prassi dei soggetti di diritto internazionale⁹⁸.

In ogni caso, è sempre il comportamento effettivo degli Stati a costituire il primo fattore da prendere in considerazione nella ricostruzione della prassi rilevante ai fini dell'identificazione di una regola consuetudinaria. E a tal proposito, ci sono tutta una serie di aspetti di cui tenere conto riguardo alla natura di una particolare prassi seguita dagli Stati, che includono la sua durata (*duration*), la sua coerenza (*consistency*), la ripetizione (*repetition*) e la generalità (*generality*)⁹⁹. In questo e nei successivi sottoparagrafi ci si soffermerà prima di tutto sui requisiti della prassi, prestando particolare attenzione al contributo fornito dalla dottrina e dalla giurisprudenza della CIG nell'inquadramento preciso di questi requisiti; dopodiché si analizzeranno le forme che la prassi può assumere, affinché possieda la rilevanza necessaria per la formazione di una consuetudine internazionale, e i soggetti ai quali essa è attribuibile, mantenendo come solido punto di riferimento i lavori della CDI confluiti nelle *Draft Conclusions*.

Per cominciare è opportuno spendere alcune parole sul fattore temporale come condizione determinante nella creazione di una consuetudine internazionale.

Tradizionalmente si riteneva che la prassi rilevante dovesse svolgersi nel corso di un lungo periodo di tempo, al punto da considerare questo un vero e proprio requisito

⁹⁸ T. Treves, *op. cit.*, par. 23.

⁹⁹ Cfr. M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 503.

del processo di formazione delle regole consuetudinarie¹⁰⁰. A partire dalla seconda metà del Novecento, tuttavia, si è cominciato ad assistere ad un'accelerazione nella nascita di norme consuetudinarie, legata soprattutto a fattori storici e ambientali che hanno inciso enormemente nello sviluppo del diritto internazionale e nei rapporti tra gli Stati: si pensi all'impennata negli sviluppi della tecnologia, ad esempio nel campo della trivellazione del suolo, che ha reso particolarmente urgente l'individuazione di nuove regole relative alla gestione della piattaforma continentale; oppure i grandi progressi nella tecnologia aerospaziale, che ha portato alla rapida formazione di norme internazionali generali sulla libertà dello spazio extra-atmosferico¹⁰¹, al punto che la dottrina (CHENG) ha parlato in proposito di "consuetudine istantanea"¹⁰². O ancora, all'origine di questo sviluppo repentino può esserci anche un diffuso sentimento di sdegno morale di fronte alla commissione di crimini internazionali, che può condurre alla veloce formazione di regole consuetudinarie riguardanti gli illeciti commessi durante conflitti armati a carattere non internazionale (come nel caso dei crimini di guerra, contro l'umanità e di genocidio commessi nel corso dei conflitti armati nell'ex Jugoslavia e in Ruanda, e che ha portato rispettivamente alla

¹⁰⁰ Cfr. T. Treves, *op. cit.*, par. 24.

¹⁰¹ Si veda B. Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?*, in *Indian Journal of International Law*, 1965, vol. 5, pp. 23-48 (poi ripubblicato in B. Cheng, *Studies in International Space Law*, Oxford University Press, New York, 1997). Per una panoramica generale sull'argomento, si veda M. Byers, A. Simon-Butler, *Space Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPIL), 2023. Vale la pena ricordare che sempre nel 1965, in occasione dell'incontro annuale dell'*American Society of International Law*, il Prof. Engel coniò l'espressione "pressure-cooked-custom", sottolineando in questo modo come il requisito del tempo nello sviluppo di una prassi adeguata alla formazione di una regola consuetudinaria fosse stato fortemente ridimensionato, proprio a causa del nuovo contesto storico internazionale, caratterizzato da rapidi e radicali sviluppi nel campo del commercio, della scienza e della tecnologia, che richiedevano una immediata risposta dal diritto internazionale. Si veda S. Engel, *Procedures for the De Facto Revision of the Charter*, in *Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting*, 1965, vol. 59, pp. 108-116.

¹⁰² L'idea della "consuetudine istantanea", per quanto di uso prevalentemente contemporaneo tra gli internazionalisti, ha in realtà origini assai più antiche attribuibili a Jacques de Révigny (1230-1296), un professore di diritto francese del XIII secolo, il quale fu il primo a suggerire l'esistenza di questo concetto evocando un'ipotesi tanto assurda quanto possibile: «Assume that the whole population of a city, or a majority of it, tacitly performs one act. We are at the beginning of the introduction of that custom by which the oldest son inherits everything. At a certain time, that whole city went to war. All or almost all the men were killed. On one day [their] sons adopt the usage that the oldest son takes everything, and thus the people, or a majority of them, have tacitly consented by one act. Is this legislation? Certainly not, because something becomes a statute by the means of express discussion among the community about what shall be law in the future». In L. Waelkens, *La Théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, Brill, Leida, 1984, p. 485. La traduzione inglese riportata in nota appare in E. Kaedens, E. A. Young, *How Customary is Customary International Law?*, in *William & Mary Law Review*, 2013, vol. 54, n. 3, p. 891.

creazione del *Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia*¹⁰³ e al *Tribunale penale internazionale per il Ruanda*¹⁰⁴); e anche in questo caso, la dottrina (CONDORELLI) ha messo l'accento sul carattere istantaneo di queste norme consuetudinarie, parlando (scherzosamente) di "*coutume grande vitesse*"¹⁰⁵. Nel diritto internazionale, di base, l'elemento temporale non viene concepito in maniera rigida e scrupolosa; questo perché sono altri i fattori che incidono nel processo di formazione della norma consuetudinaria, come ad esempio le circostanze del caso specifico e la natura della regola in questione. È il contesto, quindi, come anche sottolineato nelle *Draft Conclusions* della CDI (Conclusione 3), a incidere sulla durata della formazione della regola: in certi settori, come nel caso del diritto aerospaziale, si è assistito ad un rapido sviluppo delle regole consuetudinarie; in altri casi, invece, il processo è stato molto più lento. Inoltre, l'intensificarsi della prassi da parte delle organizzazioni internazionali e delle conferenze intergovernative, il ricorso sempre più diffuso al multilateralismo e anche l'attività dei tribunali internazionali specializzati hanno contribuito all'accelerazione del processo di formazione consuetudinaria in diversi settori del diritto internazionale. Dunque, come affermato in dottrina (SHAW), «[d]uration is thus not the most important of the components of state practice. The essence of custom is to be sought elsewhere»¹⁰⁶. E la conferma arriva dalla giurisprudenza della CIG, che nella sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969 riconosce che il passaggio di un breve periodo di tempo non rappresenta, di per sé, un ostacolo alla formazione di una nuova regola consuetudinaria; ciò che conta è che,

¹⁰³ *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, istituito con risoluzione del Consiglio di sicurezza (S/RES/808) del 22 febbraio 1993.

¹⁰⁴ *International Criminal Tribunal for Rwanda*, istituito con risoluzione del Consiglio di sicurezza (S/RES/955) dell'8 novembre 1994.

¹⁰⁵ L. Condorelli, *Le azioni dell'ONU e l'applicazione del diritto internazionale umanitario: il "bollettino" del Segretario generale del 6 agosto 1999*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, vol. 82, pp. 1049-1053. Qui l'Autore afferma, con riferimento all'applicabilità del diritto internazionale umanitario alle organizzazioni internazionali, che la prassi in materia «[...] si accumula tumultuosamente, soprattutto – ma non soltanto – nel quadro dell'ONU, continua ad alimentare il fenomeno di uno sviluppo consuetudinario notevolissimo ed eccezionalmente rapido, in vista del quale sono stato indotto di recente a coniare per celia la metafora "CGV" ("coutume-grande-vitesse", per riecheggiare il TGV, "train-grande-vitesse", vanto delle ferrovie francesi)».

¹⁰⁶ M. N. Shaw, *op. cit.*, pp. 503-504. Si vedano anche A. D'Amato, *op. cit.*, pp. 56-58; M. Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1975, vol. 47, n. 1, pp. 1-53. La stessa CDI, al par. 2 della Conclusione 8 delle *Draft Conclusions*, stabilisce che «[p]rovided that the practice is general, no particular duration is required (v. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 136).

in quel lasso di tempo, la prassi dello Stato si sia dimostrata sufficientemente diffusa e uniforme¹⁰⁷.

Sempre la CIG ha fornito un contributo essenziale all'individuazione dei requisiti della prassi con la sentenza sul *Diritto di asilo* del 1950 tra Colombia e Perù¹⁰⁸, incentrata sulla (presunta) esistenza di una consuetudine regionale, circoscritta agli Stati dell'America Latina, relativa al diritto spettante ad uno Stato di qualificare in via unilaterale e definitiva la natura dell'illecito (comune o politico) commesso dal cittadino di un altro Stato ai fini della concessione dell'asilo, con il conseguente obbligo per lo Stato territoriale di accordare al rifugiato le garanzie di inviolabilità personale necessarie per lasciare il paese¹⁰⁹. La Corte, nel condurre la sua valutazione, ha attribuito grande importanza al requisito dell'uniformità della prassi per poter rilevare l'esistenza di una consuetudine; a tal proposito, essa ha respinto la pretesa della Colombia circa l'esistenza della norma consuetudinaria invocata, adducendo la mancanza di uniformità nella prassi degli Stati in materia. A giudizio della Corte, infatti, la parte che invoca una consuetudine di questa natura deve provare che essa si è stabilita in modo tale da divenire obbligatoria per l'altra parte; in altre parole, come richiesto dall'art. 38 dello Statuto della CIG, deve dimostrare che la regola di cui si avvale è conforme ad un uso costante e uniforme, praticato dagli Stati in questione, e che tale è l'espressione di un diritto spettante allo Stato che ha accordato l'asilo e di un dovere a carico dello Stato territoriale¹¹⁰.

¹⁰⁷ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 43, par. 74: «Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; – and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved». Anche la dottrina ha confermato questa impostazione della CIG rispetto al decorso del tempo necessario per la formazione di una consuetudine; si veda B. P. Lepard, *op. cit.*, p. 36, dove l'Autore, citando il medesimo brano della sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord, afferma che «[t]he ICJ has indicated that customary international law can, in fact, develop very quickly».

¹⁰⁸ V. *supra* nota 76.

¹⁰⁹ Nel caso specifico, si trattava di una pretesa avanzata dalla Colombia di ottenere un salvacondotto dal Governo peruviano per far espatriare un oppositore politico (Victor Raul Haya de la Torre) rifugiatosi presso l'Ambasciata colombiana a Lima, dopo essersi rifiutato di consegnarsi alle autorità peruviane che avevano avviato un'azione penale contro di lui per il reato di rivolta militare. La pretesa della Colombia era fondata, oltre che su due trattati in vigore con il Perù (l'Accordo di Caracas sull'estradizione del 1911 e la Carta dell'Avana sul diritto di asilo del 1928) anche sul "diritto internazionale americano" (*ergo*, consuetudinario) vincolante per tutti gli Stati latino-americani. Si veda, oltre C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 99-100, par. 55, anche A. Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 7^a ed., CEDAM, Padova, 2023, p. 104; M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 504.

¹¹⁰ Cfr. *Colombian-Peruvian asylum case*, cit., pp. 276-277: «The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on

La Corte ha ulteriormente sviluppato questa posizione, in parte anche attenuandola, in alcune sentenze successive. Tra queste va ricordata la sentenza relativa alle *Peschiere norvegesi* tra Regno Unito e Norvegia (1951), dove la pretesa del Regno Unito circa lo status consuetudinario della regola delle dieci miglia marittime ha incontrato il parere negativo della Corte, non avendo quest'ultima rilevato una prassi sufficientemente uniforme tale da giustificare la creazione di una simile regola consuetudinaria¹¹¹. E benché nella successiva e più volte ricordata sentenza del 1969 sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord la Corte sia tornata sull'argomento, rimarcando l'importanza del carattere diffuso e uniforme della prassi nel processo di formazione di una nuova regola consuetudinaria, nell'altrettanto seminale sentenza relativa alle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* essa ha adottato un orientamento più flessibile, affermando che, ai fini del riconoscimento di una norma consuetudinaria, non è indispensabile che la prassi corrispondente sia rigorosamente conforme («*in absolutely rigorous conformity*») alla regola invocata. Secondo la CIG, infatti, «[i]n order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule»¹¹². Dunque, è la natura della

the other Party. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question, [...]. This follows from Article 38 of the Statute of the Court, which refers to international custom "as evidence of a general practice accepted as law"».

¹¹¹ Cfr. *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*, sentenza, 18 dicembre 1951, in *I.C.J. Reports 1951*, p. 131: «In these circumstances, the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law». Per un commento approfondito alla sentenza, si veda C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 219-220, par. 121, e anche A. Seibert-Fohr, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, 2018.

¹¹² *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 98, par. 186. Il paragrafo poi prosegue affermando che «[i]f a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule». Questo passaggio della sentenza Nicaragua c. Stati Uniti è di enorme importanza, poiché mette in luce un approccio alla valutazione della prassi integrato al requisito dell'*opinio juris*. Come infatti rilevato in dottrina (A. Tanzi, *op. cit.*, p. 105), «la Corte ha sostenuto che l'impatto negativo del comportamento di uno Stato difforme rispetto a una consuetudine – esistente, o in corso di formazione – viene «neutralizzato» dalla manifestazione del convincimento giuridico, da parte di chi adotta il comportamento in questione, nel senso di ritenere di non violare la regola in parola, ma invocando una eccezione alla regola stessa».

regola invocata e il grado di opposizione che essa incontra a marcare la soglia che deve essere raggiunta prima di poter affermare che tale regola ha valore consuetudinario, ossia una norma giuridicamente vincolante per la generalità degli Stati; una valutazione di questo tipo lascia spazio ad un certo livello di ambiguità, laddove non sia possibile verificare con sufficiente certezza l'esistenza della norma consuetudinaria richiamata (come nel caso del *Diritto di asilo*), poiché ci si imbatte, ad esempio, in una prassi conflittuale e contraddittoria. Dall'altro lato, va comunque detto che una dichiarazione isolata e priva di fondamento da parte di un singolo Stato non può essere accettata come prova di una consuetudine; essa infatti, secondo la dottrina (SHAW), equivarrebbe a «unilateral law-making and [would] compromise a reasonably impartial system of international law»¹¹³.

Quello che conta, alla fine, è sempre il contesto internazionale, che gioca un ruolo decisivo nella creazione della consuetudine. In una società come quella contemporanea in costante mutamento e sottoposta alle inarrestabili dinamiche del progresso, si rende necessario un sistema di formazione delle regole che sia sufficientemente snello e veloce, in grado di rispondere e adattarsi a questi continui cambiamenti. Nelle aree nuove e ancora inesplorate del diritto, proprio la novità del contesto di riferimento, agevolata dall'assenza di norme precedenti e contrarie da superare e dalla necessità impellente di mantenere un senso di regolamentazione nelle relazioni internazionali, rappresentano i principali propulsori che consentono lo sviluppo rapido di norme consuetudinarie, sempre e comunque sulla base della prassi degli Stati¹¹⁴. Torna utile, a questo proposito, richiamare il pensiero del Prof. CHARLES DE VISSCHER, dell'Università di Gand, il quale si serviva di un'efficace analogia per spiegare la natura del diritto consuetudinario. Secondo de Visscher, lo sviluppo di una consuetudine internazionale è paragonabile alla progressiva creazione di una strada che attraversa una terra ancora ignota; una volta superata

¹¹³ Cfr. M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 506. Un altro fattore di grande importanza e che non bisogna sottovalutare è la forza della norma precedente, che viene (presumibilmente) rovesciata dalla nuova regola consuetudinaria. Nel caso del diritto consuetudinario relativo alla sovranità dello Stato rispetto al proprio spazio aereo, ad esempio, si è sviluppato con grande rapidità negli anni della Prima Guerra Mondiale. Allo stesso modo, il principio della non-sovranoità sulla rotta spaziale seguita dai satelliti artificiali si è affermato altrettanto velocemente dopo il lancio delle prime sonde *sputnik*. Come già ricordato nel corso del paragrafo, Bin Cheng ha affermato che, in tali circostanze, la ripetizione della prassi non è indispensabile per ricavare con chiarezza la necessaria *opinio juris*. Ciò rende possibile, a parere dello studioso, la c.d. "consuetudine istantanea". Cfr. B. Cheng, *op. cit.*, in particolare p. 136 ss.; si veda anche M. P. Scharf, *Accelerated Formation of Customary International Law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2014, vol. 20, n. 2, pp. 305-341.

¹¹⁴ Cfr. M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 507.

l'iniziale incertezza sulla direzione da prendere, la maggior parte di quelli che si immettono su quella strada inizieranno a seguire sempre lo stesso tragitto, che alla fine diventerà un unico percorso. Non passa molto tempo prima che il sentiero si trasformi nell'unica strada percorribile, accettata come corretta, benché non sia possibile stabilire con precisione il momento esatto in cui avviene questo cambiamento. Lo stesso vale per la formazione della consuetudine.

L'analogia della strada è servita inoltre a de Visscher per spiegare, attraverso l'immagine dell'"impronta", il diverso impatto esercitato dagli Stati nel tracciamento del percorso, ossia (fuor di metafora) la loro capacità di influenzare la formazione di norme internazionali consuetudinarie: «Among the users are always who mark the soil more deeply with their footprints than other, either because of their weight [...] or because their interests bring them more frequently this way»¹¹⁵. In altre parole, come ci sono individui che, a causa del loro peso, lasciano impronte più profonde, così esistono Stati dotati di maggior influenza a livello internazionale, i quali sono in grado di tracciare la strada da seguire con maggior vigore, diventando i garanti e i principali sostenitori della via indicata¹¹⁶. La metafora usata da de Visscher è estremamente utile e consente di fare alcune riflessioni sul diverso ruolo degli Stati e sulla loro capacità di incidere sul processo di sviluppo del diritto internazionale generale; queste hanno ricadute molto importanti sui requisiti stessi della prassi, in particolare sul concetto di "generalità", poiché permettono di leggerlo in una prospettiva più verosimile e realistica ai fini della formazione di una norma consuetudinaria.

5.1 *La generalità della prassi.*

La diffusione (o generalità) della prassi viene di solito presentata come uno dei requisiti perché la condotta degli Stati sia rilevante ai fini della formazione di una norma consuetudinaria. Tuttavia, bisogna chiarire fin da subito che, quando si parla di "generalità" della prassi, non si intende tassativamente la totalità degli Stati, né

¹¹⁵ C. de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 3^a ed. (edizione inglese a cura di P. Cobbett), Princeton University Press, New Jersey, 1968, p. 155. Sulla vita e l'opera di Charles de Visscher, si veda J. Verhoeven, *Charles de Visscher: Living and Thinking International Law*, in *European Journal of International Law*, 2000, vol. 1, n. 4, pp. 887-904.

¹¹⁶ Oltre a C. de Visscher, *op. cit.*, si vedano anche M. P. Scharf, *op. cit.*, p. 316 ss.; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Steven & Sons Ltd., Londra, 1958, p. 368; P. Cobbett, *Leading Cases in International Law*, 4^a ed., Sweet and Maxwell, Londra, 1922, p. 5; M. Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 1975, cit., p. 22.

tantomeno la totalità degli Stati che manifestino esplicitamente il proprio consenso alla formazione della nuova regola. Tale generalità, piuttosto, deve includere un numero sufficientemente rappresentativo di Stati, sotto il profilo economico, politico e anche geografico, in linea con la struttura diversificata della società internazionale contemporanea; e tale conclusione ha trovato un'importante conferma nella *dissenting opinion* del giudice LACHS alla sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord, il quale riteneva ormai anacronistico pensare che una regola consuetudinaria potesse ancora essere il prodotto della volontà di uno o pochi Stati, anche laddove questi ultimi rappresentassero un intero continente (ad es. l'Europa)¹¹⁷.

Tuttavia, anche questa generalità sufficientemente rappresentativa deve tenere in considerazione l'interesse dello Stato partecipante, molto spesso condizionato dal contesto specifico nel quale la nuova regola si sta formando. A questo proposito, come già anticipato al termine del precedente paragrafo, l'analogia della strada utilizzata da de Visscher ha messo in evidenza alcuni aspetti significativi legati proprio al ruolo degli Stati nel processo di formazione della consuetudine, che includono il loro livello di coinvolgimento, gli interessi in gioco e la loro effettiva capacità di contribuire allo sviluppo di nuove regole consuetudinarie in un determinato campo del diritto.

Esistono diversi motivi per cui un particolare Stato agisce in un certo modo piuttosto che in un altro; secondo la dottrina (SHAW), «[they] are closely allied to how it perceives its interests»¹¹⁸. Ciò a sua volta dipende dal potere e dal ruolo di quello Stato sulla scena internazionale. Considerazioni di questo genere sono fondamentali, poiché vanno a toccare aspetti che sono legati a doppia mandata con il processo di formazione delle norme consuetudinarie: la consuetudine, infatti, dovrebbe riflettere, in certa misura, la sensibilità della maggioranza degli Stati, essendo fondata sui comportamenti che essi adottano e con i quali esprimono non solo il proprio potere, ma anche le proprie speranze e timori. Tuttavia non si può negare che esistono Stati dotati di maggior potere e influenza di altri, le cui azioni, di

¹¹⁷ *North Sea Continental Shelf (Dissenting Opinion of Judge Lachs)*, p. 227: «For in the world today an essential factor in the formation of a new rule of general international law is to be taken into account: namely that States with different political, economic and legal systems, States of all continents, participate in the process. No more can a general rule of international law be established by the fiat of one or of a few, or – as it was once claimed – by the consensus of European States only».

¹¹⁸ M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 507.

conseguenza, dovrebbero ricevere maggiore considerazione. Questo si riflette, inevitabilmente, anche nello sviluppo del diritto internazionale, poiché in certi casi la creazione di una nuova consuetudine può essere il prodotto dell'azione di pochi Stati, o a causa del loro ascendente a livello internazionale, oppure perché hanno un legame profondo e speciale con l'oggetto della norma, vale a dire la sua dimensione sostanziale, tale da renderli "specially-affected-states". In altri termini, «[l]aw cannot be divorced from politics or power and this is one instance of that proposition»¹¹⁹. La stessa CIG, nella sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, aveva affermato che, affinché una regola pattizia possa assurgere al rango di norma consuetudinaria, è sufficiente che vi sia una diffusa e rappresentativa partecipazione («a very widespread and representative participation») alla convenzione di riferimento, indipendentemente dal fatto che sia trascorso un certo periodo di tempo («[...] even without the passage of any considerable period of time [...]»), purché ne facciano parte «[those] States whose interests were specially affected»¹²⁰.

Quando lo sviluppo del diritto coinvolge gli interessi di uno Stato, o riguarda un settore in cui l'azione di quest'ultimo è di un certo peso, allora il contributo all'evoluzione della normativa in materia da parte di quello Stato si farà inevitabilmente sentire; come affermato in dottrina (SCHARF), «[a] State especially active in an area will likely devote more resources to thinking about and developing the applicable law»¹²¹. A titolo di esempio si può pensare all'influenza esercitata dal Regno Unito nello sviluppo del diritto del mare nel corso del XIX secolo, quando era all'apice del suo potere internazionale, e che ha portato alla nascita di una serie di regole successivamente accettate come parte del diritto consuetudinario in

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 508.

¹²⁰ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 42, par. 73. La Corte ribadisce il medesimo concetto nel paragrafo successivo («[...] an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including *that of States whose interests are specially affected*, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked [...]»).

Corsivo aggiunto.

¹²¹ M. P. Scharf, *op. cit.*, p. 316.

materia¹²²; oppure all'impatto pionieristico esercitato da Stati Uniti e Unione Sovietica nella nascita e nello sviluppo del diritto aerospaziale¹²³.

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe quasi concludere affermando che l'accettazione e il riconoscimento di una consuetudine sono subordinati al consenso di quegli Stati che detengono una sorta di posizione maggioritaria in quel particolare settore interessato dalla norma. Un'affermazione del genere è assolutamente legittima: sarebbe alquanto inverosimile considerare universalmente vincolante una regola sull'estensione del mare territoriale senza il consenso (espresso o tacito) delle grandi potenze marittime; gli altri Paesi potranno certamente contribuire proponendo idee o esercitando una qualche pressione, ma senza la partecipazione e il consenso degli Stati interessati una regola del genere non potrà mai assumere valore consuetudinario. Ciò deriva dalla natura e dalla struttura formalmente paritaria del sistema internazionale, dove tutti gli Stati sono chiamati a partecipare, ma sono le posizioni di quelli dotati di maggior peso politico ed economico ad incidere in maniera più profonda¹²⁴. Di conseguenza la durata e la c.d. "generalità" (ossia la diffusione) della prassi sono elementi che passano in secondo piano rispetto alla relativa importanza degli Stati che partecipano alla formazione di una nuova regola consuetudinaria in un determinato campo; e anche in questo caso la dottrina (SHAW) offre una prospettiva un po' lapidaria ma realista quando afferma che «[u]niversality

¹²² *Ibid.*: «Thus, the United States and the United Kingdom were pioneers of the regime of the continental shelf because their nationals were the first to be actively engaged in offshore oil exploitation in areas beyond the territorial sea». Dello stesso Autore si veda anche *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, in particolare pp. 107-122.

¹²³ Cfr. B. Cheng, *op. cit.* Un grande contributo sull'argomento si può trovare in C. Q. Christol, *The Modern International Law of Outer Space*, Pergamon Press, New York, 1982; C. Q. Christol, *Space Law: Past, Present and Future*, Wolters Kluwer, Deventer, 1991; K. J. Heller, *Specially-Affected States and the Formation of Custom*, in *American Journal of International Law*, 2018, vol. 112, n. 2, pp. 191-243.

¹²⁴ Cfr. M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 508. Sul tema dell'uguaglianza formale e delle disuguaglianze sostanziali che caratterizzano la società internazionale, si può ricordare quello che scrive Andrea Gioia: «L'assenza di una struttura istituzionale della società internazionale si traduce nella sua struttura formalmente paritaria: dal momento che i suoi membri (in particolare gli Stati sovrani e indipendenti) non riconoscono alcuna autorità superiore, essi si trovano tutti su di un piano di parità formale. Il riflesso giuridico di tale situazione è costituito dal principio di uguaglianza formale degli Stati. In sostanza, però, le cose stanno diversamente, dal momento che l'uguaglianza formale non è in grado di nascondere le profonde disuguaglianze sostanziali che sussistono tra i membri della società internazionale e che ne determinano il peso economico e politico all'interno della società medesima. Ben si comprende, in questo contesto, il ruolo che hanno sempre svolto le c.d. "grandi Potenze" nelle relazioni internazionali: sul piano del diritto, il decentramento delle attività di produzione, accertamento ed attuazione del diritto internazionale favorisce gli Stati politicamente ed economicamente più importanti, che sono in grado di influenzare a proprio favore l'evoluzione del diritto e, comunque, di condizionarne l'attuazione». In A. Gioia, *Manuale breve di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 7.

is not required, but some correlation with power is. Some degree of continuity must be maintained, but this again depends upon the context of operation and the nature of the usage»¹²⁵.

5.2 Sempre in tema di generalità: la posizione della CDI

Passando invece alle *Draft Conclusions* pubblicate dalla CDI, quest'ultima dedica alla prassi una sezione piuttosto accurata (*Part III – A general practice*, comprendente le Conclusioni 4 – 8). Accanto all'analisi dei requisiti che tale prassi deve soddisfare e le forme che può assumere per determinare la formazione di una regola consuetudinaria, la Commissione afferma senza mezzi termini che essa deve essere generale, adottando la prospettiva “rappresentativa”, piuttosto che universalistica, alla sua identificazione. In base alla Conclusione 8 (par. 1), «[t]he relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent»¹²⁶. Attraverso, dunque, una formulazione estremamente asciutta e schietta, la Conclusione 8 va al cuore della questione («capture the essence of this requirement»)¹²⁷, specificando il tipo di indagine richiesta per verificare la generalità della prassi. Essa, in buona sostanza, si presenta come una sintesi di quanto detto nelle pagine precedenti, sposando pienamente la dottrina maggioritaria e i passaggi più significativi della giurisprudenza della CIG.

Analizzando nel dettaglio il testo della conclusione e il commento che lo accompagna, la prima cosa da sottolineare è che il concetto di “generalità”¹²⁸, con il quale ci si riferisce all'insieme dei casi in cui la presunta regola consuetudinaria è stata seguita, presuppone due condizioni: innanzitutto la prassi deve essere sufficientemente diffusa (*widespread*) e rappresentativa (*representative*); in secondo

¹²⁵ M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 509.

¹²⁶ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 135 ss.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 136, par. (1).

¹²⁸ La CDI sottolinea che, per descrivere il requisito della “generalità”, spesso si ricorre ad un'ampia gamma di espressioni (comprese quelle utilizzate dalla CIG); tuttavia questo non ne inficia in alcun modo il significato, che rimane sempre il medesimo (CDI, *Draft Conclusions*, cit., nota. 710). In dottrina, per esempio, si parla in certi casi di prassi “sufficientemente densa”: si veda, a tal proposito, J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *op. cit.*, p. xlii: «State practice has to be weighed to assess whether it is sufficiently “dense” to create a rule of customary international law». L'espressione è apparsa per la prima volta in H. Waldock, *General Course on Public International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1962, vol. 106, p. 44.

luogo deve risultare *consistent*, termine battezzato dalla Commissione per sottolineare l'uniformità e la costanza della prassi¹²⁹. Tali indicazioni assecondano pienamente il celebre e già ricordato passaggio della sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord della CIG, dove la Corte ha dichiarato che la prassi deve essere «both extensive and virtually uniform»¹³⁰, in altre parole costante («a settled practice»)¹³¹. Inoltre, in linea con quanto già dichiarato nella Conclusione 3, dal momento che non esistono standard o criteri prestabiliti per valutare con esattezza la generalità della prassi, sarà il contesto nel quale si opera (e che muta a seconda delle circostanze) a costituire il principale parametro di riferimento per accertare l'esistenza dei requisiti indicati. Ciò che conta, in ogni caso, è che la prassi in esame sia tale «[...] to make it possible to discern virtually uniform usage»¹³². Il requisito della “diffusione e sufficiente rappresentatività”, dunque, non conduce a formulazioni esatte sulla capacità di una determinata prassi di generare una regola consuetudinaria, dal momento che le circostanze (che sono, come già detto, un aspetto fondamentale dell'indagine) possono differire in maniera significativa, a seconda dei casi¹³³. L'uso del termine “sufficiente”, a questo proposito, sembra

¹²⁹ Alla fine la Commissione ha optato per l'espressione “consistent” invece di “virtually uniform” per spiegare il carattere generale della prassi, declinando così quanto suggerito dallo *Special Rapporteur* Wood, il quale riteneva che l'espressione «'virtually uniform' may capture that aspect of generality more accurately than the word 'consistent'» (cfr. *Fifth Report*, cit., p. 31, par. 69). Tale espressione, nell'opinione dello *Special Rapporteur*, rappresentava solo una delle formule utilizzate dalla giurisprudenza per definire il carattere generale della prassi (*Fifth Report*, cit., par. 67); tuttavia essa veniva percepita dagli Stati come eccessivamente stringente, in contrasto, quindi, con il requisito secondo cui la prassi deve essere “generale”, non “identica” (cfr. CDI, *Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Charles Chernor Jalloh, Identification of Customary International Law*, 25 maggio 2018, p. 10). Sul punto si veda anche il commento di S. D. Murphy, *Current Developments: Anniversary Commemoration and Word of the International Law Commission's Seventieth Session*, in *The American Journal of International Law*, 2019, vol. 113, n. 1, pp. 90-108, in particolare p. 94. Il giudice Pemmaraju Sreenivasa Rao, in un suo contributo sul processo di identificazione del diritto internazionale consuetudinario, spiega in maniera efficace il dibattito sulla scelta dei termini da utilizzare nella Conclusione 8, che ha visto contrapporsi le due espressioni “virtually uniform” e “consistent”, entrambe ricavate dalla giurisprudenza della CIG: «Though 'virtually uniform' was the qualification which the ICJ used in the *North Sea Continental Shelf Cases*, Special Rapporteur Wood pointed out that this 'is only one of the ways in which the Court has referred to the requirement of a general practice'. In fact, as the Special Rapporteur noted as well the Court itself explained in the *Nicaragua* case that practice need not be in rigorous conformity with the rule and held that it was sufficient for the conduct of States, in general, to 'be consistent with such rules». P. S. Rao, *The Identification of Customary International Law: a process that defies prescription*, in *Indian Journal of International Law*, 2017, vol. 57, nn. 3-4, p. 255.

¹³⁰ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 43, par. 74. Per il brano completo, si veda *supra* nota 107.

¹³¹ *Ibid.*, p. 44, par. 77.

¹³² CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 136, par. (2).

¹³³ Anche la frequenza con la quale si presentano le circostanze che richiedono un intervento da parte degli Stati può essere un elemento determinante alla realizzazione di una prassi sufficientemente diffusa, rappresentativa e uniforme. A tal proposito la CDI ricorda la sentenza della Corte federale

suggerire l'impossibilità (e la non necessarietà) di stabilire a priori quanti Stati debbano prendere parte alla prassi rilevante. Quello che conta, in ogni caso, è che il numero di Stati partecipanti sia rappresentativo; e questo, come già ricordato, andrà valutato alla luce di tutte le circostanze, compresi i vari interessi coinvolti e le regioni geografiche di provenienza.

Benché non ne venga fatto alcun cenno nel testo della Conclusione, nel suo commento la CDI è intervenuta anche sul ruolo dei c.d. "specially affected States", ossia quegli Stati maggiormente interessati e chiamati in causa dalla presunta regola consuetudinaria invocata; la Commissione ha chiarito che la loro partecipazione rappresenta senza dubbio un fattore indispensabile nell'accertamento della generalità della prassi, confermando anche in questo caso le parole della CIG nella sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord, secondo cui «an indispensable requirement would be that [...] State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform [...]»¹³⁴. Tuttavia, sempre nel commento, la Commissione ha tenuto a precisare che «the term 'specially affected States' should not be taken to refer to the relative power of States»¹³⁵, escludendo in questo modo qualunque possibile uso manipolatorio del concetto in questione da parte degli Stati economicamente e politicamente più avvantaggiati¹³⁶.

dell'Australia, *Ure v. The Commonwealth of Australia*, [2016] FCAFC 8 2016, 4 febbraio 2016, p. 12, par. 37: «we would hesitate to say that it is impossible to demonstrate existence of a rule of customary international [law] from a small number of instances of State practice. We would accept the less prescriptive proposition that as the number of instances of State practice decreases the task becomes more difficult».

¹³⁴ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 43, par. 74, corsivo aggiunto. V. *supra* nota 107.

¹³⁵ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 137, par. (4).

¹³⁶ Va detto che questa posizione molto chiara e decisa della CDI ha incontrato il pieno favore della dottrina. Così si esprime, ad esempio, P. S. Rao, *op. cit.*, p. 254: «Special privileges sought or granted to a small minority of States either to promote or to prevent the emergence of a principle of CIL on the ground that they are 'specially affected' States would be contrary to the fundamental principles governing CIL and would eventually be inimical to the establishment of universal rule of law. [...] Given the fact that the concept of "specially affected States" does not have any special role in the formation of CIL, and the concerns of States in this regard could easily be accommodated on other grounds, the Commission did well in adopting the same wording it approved in its first reading for conclusion 8 (1) [...]». Parole simili si leggono anche in S. D. Murphy, *Identifying the Rules of Identifying Customary International Law*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2014, vol. 108, pp. 169-173, dove si legge (p. 172) che «[t]hrough the concept [of 'Specially Affected States'] is grounded in international jurisprudence and the writing of legal publicists, if not carefully delineated it might be perceived as privileging the role of major powers in the formation of customary international law, rather than simply recognizing that, in certain circumstances, the practice of some States may be more germane to an issue than the practice of others». Si veda anche K. J. Heller, *op. cit.*, pp. 191-243.

La CDI spiega inoltre che il carattere costante (*consistent*) della prassi sussiste quando è possibile ricavare dalle condotte esaminate uno standard di comportamento, che sia indicativo di un atteggiamento coerente (uniforme, appunto) da parte degli Stati; in mancanza di questo elemento fondamentale, «no general practice (and thus corresponding rule of customary international law) can be said to exist»¹³⁷. Allo stesso tempo, però, non è richiesta una totale uniformità della prassi rilevante affinché questa sia idonea a produrre una regola consuetudinaria: nelle parole molto chiare della Commissione, è sufficiente che essa sia “virtualmente o sostanzialmente uniforme” (*virtually or substantially uniform*), ammettendosi la possibilità di inconsistenze e contraddizioni al suo interno che, comunque, non rischiano di comprometterne il carattere generale, anche laddove queste si manifestino come violazioni della regola consuetudinaria. In quest’ultima ipotesi, particolarmente vera quando lo Stato responsabile del comportamento contrastante nega la violazione, o esprime il proprio sostegno alla regola in gioco, vale il celebre passaggio contenuto nel par. 186 della sentenza Nicaragua c. Stati Uniti del 1986, dove la CIG, premesso che una condotta in contrasto con una determinata regola consuetudinaria costituisce, di base, una violazione di tale regola, ha però aggiunto che «[i]f a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State’s conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule»¹³⁸.

¹³⁷ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 137, par. (5). La Commissione richiama, a tal fine, i passaggi rilevanti della giurisprudenza della CIG, già citati nelle pagine precedenti: tra questi *Fisheries case*, cit., p. 131 («although the ten-mile rule has been adopted by certain States [...] other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law»); *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, p. 290, par. 81 («each specific case is, in the final analysis, different from all the others [...]. This precludes the possibility of those conditions arising which are necessary for the formation of principles and rules of customary law [...]»); *Colombian-Peruvian asylum case*, cit., p. 277 («The facts brought to knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradictions, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum [...] that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage [...] with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence»). A questi si aggiunga *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, parere consultivo, 17 luglio 1965, in *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XVI (Sales No. E/F.69.V.1), p. 100: «It is correct that only a constant practice, observed in fact and without change can constitute a rule of customary international law».

¹³⁸ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 98, par. 186. Si veda anche *supra*, nota 111. Nel medesimo paragrafo la Corte afferma come non sia necessaria una perfetta corrispondenza tra la prassi e la regola invocata: «[i]t is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect [...]. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules,

Infine il par. 2 della Conclusione 8 stabilisce che, una volta accertato il carattere generale della prassi in esame, «no particular duration is required», in linea, anche in questo caso, con la giurisprudenza della CIG¹³⁹. Tuttavia da questo breve passaggio sul valore dell'elemento temporale, come precisato nel commento della CDI, trapela l'importanza del tempo perché si configuri una prassi sufficientemente generale; ergo, la Commissione esclude a priori l'esistenza della c.d. "consuetudine istantanea" («there is no such thing as 'instant custom'»)¹⁴⁰.

Una volta stabiliti, quindi, i requisiti affinché una determinata prassi internazionale sia idonea a fungere da base materiale per l'individuazione di una nuova regola consuetudinaria, è necessario capire cosa si intenda "materialmente" per prassi, quali sono le forme della *diuturnitas* tradizionalmente prese in considerazione come elementi di prova di una consuetudine, e soprattutto quali i soggetti autori delle condotte che permettono l'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario.

5.3 Le manifestazioni della prassi e il ruolo degli Stati e delle Organizzazioni internazionali nella sua formazione.

Come già ampiamente sottolineato nelle pagine precedenti, l'elemento oggettivo o materiale di una consuetudine internazionale è costituito dalla ripetizione di un comportamento da parte degli Stati (*usus* o *diuturnitas*)¹⁴¹. Una constatazione di questo genere, apparentemente scontata e semplice alla luce del ruolo centrale che gli Stati rivestono nello sviluppo del diritto internazionale, in realtà impone alcune cautele, dal momento che uno Stato, come ricordato in dottrina (SHAW), «is not a living entity»¹⁴², ma è un complesso e articolato apparato amministrativo fortemente strutturato, la cui condotta dunque non è riconducibile ad un singolo elemento costitutivo, ma ai molteplici organi, dipartimenti e rappresentanti che ne compongono l'intelaiatura.

Nonostante, quindi, la varietà delle forme e degli organismi coinvolti, attraverso i quali si esprime l'azione statale, tuttavia anche un'entità complessa e strutturata

the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules [...].».

¹³⁹ Si veda *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 43, par. 74. V. *supra*, nota 107.

¹⁴⁰ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 138, par. (9).

¹⁴¹ Sulla prassi degli Stati, si veda M. Wood, O. Sender, *State Practice*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPIL), 2020.

¹⁴² M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 510.

come uno Stato presenta un elemento basilare che lo accomuna ad un individuo, e sul quale la dottrina è tendenzialmente concorde¹⁴³: al pari di una persona, uno Stato (pur con modalità diverse) nel complesso parla e agisce, per cui la sua prassi, per quanto sfaccettata, ricca ed estremamente variegata, può essere riorganizzata in ciò che esso “dice” e “fa”; e tale distinzione aiuta sicuramente ad orientarsi tra le molteplici manifestazioni della condotta di uno Stato, che in ogni caso rimangono numerose e talvolta difficili da decifrare e coordinare tra loro.

Inoltre bisogna considerare che la prassi formativa di una consuetudine internazionale non è più confinata oggi al solo comportamento individuale degli Stati, ma è fortemente influenzata anche dalla loro condotta all'interno delle organizzazioni internazionali, le quali giocano un ruolo imprescindibile nella gestione delle relazioni internazionali, se non altro per la loro veste di fori e catalizzatori della prassi statale, appunto. Infine è opportuno chiedersi quale peso sono in grado di esercitare i soggetti non statali (ad es. le Organizzazioni non governative – ONG – o le grandi società transnazionali) nel processo di formazione delle regole consuetudinarie, vista anche la crescente capacità di influenzare le politiche internazionali sempre più diffusa tra figure non appartenenti alla categoria tradizionale dei soggetti internazionali.

Per sciogliere questi nodi e capire meglio come muoversi nel labirinto delle manifestazioni di prassi e dei numerosi soggetti coinvolti nel processo evolutivo del diritto internazionale consuetudinario, è necessario procedere con ordine prendendo a riferimento, fin da subito, le *Draft Conclusions* della CDI; quest'ultima, come già indicato nel paragrafo precedente, dedica ampio spazio alla prassi, ai suoi requisiti e alle forme che può assumere, mostrando una posizione molto chiara e precisa sull'argomento.

Dopo aver chiarito, nel cappello introduttivo della Parte Terza (*A general practice*), cosa debba intendersi per “prassi generale”, ossia quelle manifestazioni di condotta che, quando accompagnate da un senso di obbligatorietà, sono portatrici o

¹⁴³ Si veda B. Conforti, M. Iovane, *op. cit.*, p. 44 ss.; A. Gioia, *op. cit.*, p. 24 ss.; A. Tanzi, *op. cit.*, p. 102; T. Treves, *op. cit.*, parr. 26-30; M. Wood, O. Sender, *op. cit.*, par. 6. Tuttavia parte della dottrina ritiene che, ai fini della formazione e identificazione di una norma consuetudinaria, sia rilevante solamente ciò che gli Stati fanno, e non invece le manifestazioni verbali della loro condotta. Si veda, al riguardo, A. D'Amato, *op. cit.*, p. 88.

espressione di regole consuetudinarie¹⁴⁴, la CDI affronta il tema dei requisiti che la prassi deve soddisfare (*Conclusion 4 – Requirement of practice*) stabilendo quanto segue:

«1. The requirement of a general practice, as a constituent element of customary international law, refers primarily to the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law. 2. In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law. 3. Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraph 1 and 2».

La Conclusione 4, quindi, sembra dare una risposta definitiva alla questione su quale sia la prassi da analizzare quando si vuole accertare l'esistenza e il contenuto di una regola consuetudinaria, riuscendo a fissare una sorta di gerarchia tra gli elementi da prendere in considerazione e i soggetti coinvolti nel processo.

La prima cosa che salta subito all'occhio è il senso inequivocabile che trapela dal testo della Conclusione, che non lascia spazio a molti dubbi: il par. 1 stabilisce in maniera molto chiara che qualunque indagine volta a determinare l'esistenza di una regola consuetudinaria deve muovere, prima di tutto (*primarily*), dalla prassi degli Stati (vale a dire il loro comportamento)¹⁴⁵; e il ruolo di primissimo piano che gli Stati giocano nello sviluppo del diritto internazionale consuetudinario trova la propria *ratio* nel fatto che essi possiedono competenze generali e sono gli indiscussi protagonisti del sistema giuridico internazionale¹⁴⁶.

¹⁴⁴ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 129: «Also known as the “material” or “objective” element, [a general practice] refers to those instances of conduct that (when accompanied by acceptance of law) are creative, or expressive, of customary international law».

¹⁴⁵ Questo in linea anche con la terminologia tradizionale e più diffusa, dove l'espressione “prassi degli Stati” è quella più utilizzata per riferirsi all'elemento materiale del diritto internazionale consuetudinario.

¹⁴⁶ In molti casi è il comportamento degli Stati l'unica prassi rilevante per l'individuazione di una consuetudine. Così si è espressa, ad esempio, la CIG nella sentenza Nicaragua c. Stati Uniti, dove ha affermato che «[in order] to consider what are rules of customary international law applicable to the present dispute [...] it has to direct its attention to the practice and *opinio juris* of States» (*Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 97, par. 183). A conclusioni simili la CIG è giunta anche nella sentenza relativa alla controversia tra Libia e Malta sulla Piattaforma continentale (1985): «[i]t is of course axiomatic that the material of customary

A tal proposito, nel suo commento alla *draft conclusion*, la CDI specifica che l'uso del termine "primarily" serve a un duplice scopo: da un lato mira, naturalmente, a mettere in evidenza il valore cruciale della prassi statale nella formazione e rivelazione delle regole consuetudinarie internazionali; ma dall'altro (non meno importante) esso rappresenta un punto di riferimento a disposizione dell'interprete per individuare le altre manifestazioni (diverse da quelle esclusivamente statali) che, in certi casi, contribuiscono all'individuazione di nuove norme consuetudinarie. L'espressione *primarily*, dunque, e la spiegazione che ne fornisce la Commissione fungono da assist per il paragrafo successivo della Conclusione 4, dove si afferma che, in certi casi, anche la prassi delle organizzazioni internazionali può contribuire alla formazione ed espressione di regole consuetudinarie, confermando quanto si diceva in precedenza, ossia che anche le organizzazioni internazionali, in quanto soggetti di diritto internazionale, partecipano al processo formativo del diritto consuetudinario¹⁴⁷. Ciò trova conferma anche in dottrina (SHAW), dove si riconosce alle organizzazioni internazionali il valore "strumentale" nella creazione del diritto consuetudinario; viene richiamato, a tal proposito, il *Parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulla riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite* dell'11 aprile 1949, dove il riconoscimento della personalità internazionale dell'ONU trovava in parte fondamento nella condotta dell'Organizzazione stessa¹⁴⁸. Tuttavia altra dottrina (TREVES) notava già in passato che l'accertamento e la valutazione del loro contributo devono essere condotti con una certa cautela: in primo luogo perché le organizzazioni internazionali sono entità che, a differenza degli Stati, hanno generalmente portata e competenze limitate; inoltre perché, in molti casi, è preferibile considerare le condotte delle organizzazioni internazionali più come manifestazioni di prassi degli Stati coinvolti che delle organizzazioni in quanto tali¹⁴⁹.

international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States [...]» (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, cit., p. 29, par. 27).

¹⁴⁷ Per un recente lavoro sul tema, si veda S. Droubi, J. D'Aspremont, *International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law*, Manchester University Press, Manchester, 2020. Si veda anche M. Wood, *International Organizations and Customary International Law*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, vol. 48, n. 3, pp. 609-620.

¹⁴⁸ Cfr. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, parere consultivo, 11 aprile 1949, in *I.C.J. Reports 1949*, p. 174. Si veda M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 511.

¹⁴⁹ T. Treves, *op. cit.*, par. 50. Si veda anche J. Klabbbers, P. De Man, *International Organizations as Law-makers*, in J. Klabbbers, Å. Wallendahl (a cura di), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 190-224, in particolare p. 208 dove gli Autori scrivono che «[o]ne should thus be mindful not to equate the practice of international

Il par. 2 della Conclusione 4, e il commento che lo accompagna, sono allineati su queste considerazioni. Viene infatti precisato che la prassi alla quale ci si riferisce e che merita attenzione è quella propriamente attribuita alle organizzazioni internazionali, non quella degli Stati che agiscono all'interno delle stesse (qualificabile, invece, come prassi statale); solo la prima, dunque, sarà rilevante per l'accertamento dell'esistenza e del contenuto di una norma consuetudinaria¹⁵⁰. Questa distinzione è di enorme importanza perché, come viene sottolineato, «international organizations are not States»¹⁵¹; una constatazione, quest'ultima, che trova spazio anche in alcuni importanti strumenti internazionali¹⁵². Nelle parole della Commissione, le organizzazioni internazionali «are entities established and empowered by States [...] to carry out certain functions, and to that end have international legal personality, that is, they have their own rights and obligations under international law»¹⁵³, e la loro prassi (se accompagnata dall'elemento dell'*opinio juris*) dà luogo o attesta l'esistenza di regole consuetudinarie solo quando queste ultime hanno una ricaduta sulle organizzazioni stesse (ad esempio qualora la presunta norma consuetudinaria interessi un settore di competenza dell'organizzazione internazionale). Ciò spiegherebbe, quindi, l'espressione "in certain cases" utilizzata dalla CDI nella Conclusione, con la quale ha voluto circoscrivere la rilevanza della prassi delle organizzazioni internazionali alle sole ipotesi in cui vi sia un qualche legame con la regola consuetudinaria invocata. La medesima espressione sembra inoltre stabilire che non tutte le organizzazioni internazionali generano una prassi rilevante all'individuazione di norme consuetudinarie, ma solo quelle che dispongono di competenze esclusive, in base

organizations with state practice»; o anche M. Akehurst, *The Hierarchy of the Sources of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1975, vol. 47, n. 1, pp. 273-285, in particolare p. 281 dove afferma che «[m]any acts of international organizations are not sources of international law in their own rights, either because they are merely part of the practice from which customary international law develops, or because they merely record agreements between (or promises by) States». Inoltre si vedano B. P. Leppard, *op. cit.*, pp. 277-282; P. S. Rao, *op. cit.*, pp. 238-245.

¹⁵⁰ Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 130, par. (4).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 131, par. (5).

¹⁵² Come si legge nel commento generale al *Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali* predisposto dalla CDI (2011, Doc. A/66/10): «International organizations are quite different from States, and in addition present great diversity among themselves. In contrast with States, they do not possess a general competence and have been established in order to exercise specific functions [...]. There are very significant differences among international organizations with regard to their powers and functions, size of membership, relations between the organization and its members, procedures for deliberation, structure and facilities, as well as the primary rules including treaty obligations by which they are bound» (in *Yearbook of the International Law Commission 2011, Vol. II, Part Two*, p. 47, par. 7).

¹⁵³ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 131, par. (5).

ad una delega da parte degli Stati membri, tali da rendere la loro condotta e il loro operato equiparabili a quelli degli Stati stessi (e l'Unione europea è l'esempio più chiaro, in questo senso)¹⁵⁴.

Va poi notato che il valore del contributo fornito da un'organizzazione internazionale nel contesto di una prassi generale è fortemente subordinato ad una serie di variabili che vanno considerate con la dovuta attenzione. Le organizzazioni internazionali, infatti, sono molto variegatae, sia per quanto riguarda i poteri di cui dispongono che sotto il profilo della *membership* e delle loro funzioni; più un'organizzazione, ad esempio, ha la capacità di agire sul piano internazionale per conto dei propri Stati membri, più la loro azione risulterà incisiva rispetto alla formazione o al riconoscimento di regole consuetudinarie. Inoltre, sempre leggendo il commento della CDI, è necessario tener conto di altri fattori, che comprendono la natura dell'organizzazione e degli organi cui è imputabile la condotta in esame, e se quest'ultima corrisponde alla prassi seguita dagli Stati membri¹⁵⁵.

Infine, per quanto riguarda la condotta di quei soggetti diversi dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali (tra cui ONG, individui privati, società internazionali e gruppi armati autonomi), il par. 3 esclude categoricamente che questa possa in alcun modo essere creativa o ricognitiva di una regola di diritto internazionale consuetudinario, in linea anche in questo caso con la dottrina (TREVES)¹⁵⁶. Dunque essa non contribuisce, in quanto tale, alla formazione di regole consuetudinarie, né può essere utilizzata «as direct (primary) evidence of the existence and content of such rules»¹⁵⁷. Nonostante questo, il par. 3 riconosce che la condotta degli attori non statali «may be relevant when assessing the practice referred to in paragraph 1 and 2»; ciò significa che il loro comportamento può giocare un ruolo “indiretto”

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. (7).

¹⁵⁶ T. Treves, *op. cit.*, par. 33: «The attitudes of non-State actors (political movement, scholar, religious groups, etc.) cannot be considered as relevant practice as such directly partaking in the formation of customary international law». Così si era già espresso Wood fin dal *Second Report* del 2014, dove aveva affermato che «[i]t has sometimes been suggested that the conduct of other 'non-State actors' such as non-governmental organizations and even individuals, ought to be acknowledged as contributing to the development of customary international law [...]. The better view, however, is that, while individuals and non-governmental organizations can indeed “play important roles in the promotion of international law and its observance” [...], their actions are not “practice” for purposes of the formation or evidencing of customary international law» (in CDI, *Second Report 2014*, cit., par. 45).

¹⁵⁷ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 132, par. (8).

nell'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, incoraggiando la prassi e l'*opinio juris* degli Stati e delle organizzazioni internazionali¹⁵⁸.

Una volta stabilita la prassi rilevante ai fini della formazione di una regola consuetudinaria e il contributo fornito dai diversi attori internazionali alla sua identificazione, la Conclusione 5 (*Conduct of the State as State practice*) afferma che è la condotta dello Stato a definire la sua prassi, specificando che questa si manifesta attraverso l'esercizio delle sue diverse funzioni¹⁵⁹. Infatti, in ossequio al principio dell'unità dello Stato, la prassi comprende la condotta di qualunque organo che sia parte della sua struttura organizzativa ed agisca secondo tale capacità, a prescindere dalla posizione occupata e dal suo ruolo nell'apparato burocratico, che si tratti del governo centrale o di un'unità territoriale dello Stato¹⁶⁰; ciò vale anche per i compiti che gli sono attribuiti, che comprendono non solo l'esercizio delle tradizionali funzioni esecutive, legislative o giudiziarie, ma anche altre funzioni (attività commerciali, ad esempio)¹⁶¹. È anche opportuno ricordare che uno Stato non prende necessariamente parte singolarmente al processo consuetudinario, ma spesso agisce in maniera congiunta con altri Stati; esempi di questo tipo possono rinvenirsi nelle azioni congiunte degli Stati per il pattugliamento delle acque

¹⁵⁸ Sempre T. Treves, *op. cit.*, par. 33: «The perception of these actors of what is permitted and of what is prohibited to States in their relationship with other States, and their impact on public opinion, nevertheless influences the perception of governments and ultimately their *opinio juris*». È il caso dei comunicati ufficiali del Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR), come i memorandum rivolti agli Stati sul rispetto del diritto internazionale umanitario, che possono svolgere un ruolo molto importante nel forgiare la prassi degli Stati; le stesse pubblicazioni del CICR sul medesimo tema (ad es. *Customary International Humanitarian Law*, 2005), pur non avendo valore come *diuturnitas*, possono comunque fornire un valido supporto nell'identificazione della prassi degli Stati.

¹⁵⁹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 132 (*Conclusion 5*): «State practice consists of conduct of the State, whether on the exercise of its executive, legislative, judicial or other functions».

¹⁶⁰ Su quest'ultimo punto parte della dottrina (Treves) non è del tutto concorde, e si esprime in termini più cauti, soprattutto quando si tratta: «In assessing the relevance and weight of specific manifestations of practice, the position of the State organ concerned is not unimportant. Statements by heads of States or of government or by ministers of foreign affairs or of justice, for instance, may be recognized as carrying particular weight. Statements of delegates to technical conferences may be seen as carrying less weight than those of legal experts to conferences with a strong legal content». In T. Treves, *op. cit.*, par. 32.

¹⁶¹ Da notare, a tal proposito, che il concetto di "organo" al quale fa riferimento la CDI, leggendo il suo commento alla Conclusione 5, si pone in continuità con la definizione contenuta nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001 (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, GA Res. 56/83, 12 dicembre 2001) agli artt. 4 (*Conduct of organs of a State*) e 5 (*Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority*). Anche la dottrina ha evidenziato il parallelismo tra la capacità di un organo dello Stato di contribuire alla prassi e la responsabilità che deriva dal suo comportamento, soprattutto in caso di commissione di atti illeciti internazionali: «The organs of States whose contributions to practice are relevant are all the organs for whose behaviour States bear responsibility [...]. As with attribution of a wrongful act to the State, not only the executive, but also the legislative and judiciary powers of a State can, through what they say and do, contribute elements to that State's practice». In T. Treves, *op. cit.*, par. 31.

internazionali dagli attacchi dei pirati, o ancora nella cooperazione per il lancio di satelliti nell'orbita terrestre. Tuttavia, sulla base del commento della CDI, è sempre importante distinguere queste azioni condivise degli Stati dall'operato delle organizzazioni internazionali¹⁶².

Inoltre non bisogna dimenticare che la prassi dello Stato, per essere rilevante come elemento costitutivo di una consuetudine, non si limita alla dimensione internazionale e ai rapporti con gli altri soggetti di diritto internazionale, ma comprende anche i comportamenti all'interno dello Stato stesso, come ad esempio il trattamento delle persone presenti sul suo territorio.

Infine, per quanto riguarda le forme che la prassi può assumere, la Conclusione 6 (*Forms of practice*), dopo aver precisato al par. 1 che essa «may take a wide range of forms», fornisce alcuni esempi significativi di questa «varietà di forme» (par. 2), precisando che non esiste una gerarchia prestabilita in tal senso (par. 3), dal momento che ogni manifestazione di prassi (fisica o verbale che sia) concorre ugualmente all'identificazione del diritto internazionale consuetudinario; infatti il testo della Conclusione, nelle parole della CDI, concepisce la prassi come «empirically verifiable facts and avoids, for present purposes, a distinction between an act and its evidence»¹⁶³. Anche l'assenza di azione può assumere rilievo come prassi, secondo la Commissione: il par. 1 della Conclusione afferma che «[practice], under certain circumstances, include inaction», circoscrivendo tale possibilità, con l'espressione «under circumstances», alle ipotesi in cui uno Stato si astenga deliberatamente dal prendere una qualunque iniziativa. Ciò significa che lo Stato in questione deve essere pienamente consapevole di astenersi dall'agire in una determinata situazione, dando luogo a quella che talvolta viene definita «prassi negativa»; esempi di questo tipo includono i casi di astensione dall'avvio di procedimenti penali nei

¹⁶² Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 133, par. (4).

¹⁶³ Così recita il testo completo della Conclusione 6: «1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, under certain circumstances, include inaction. 2. Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct “on the ground”; legislative and administrative acts; and decisions of national courts. 3. There is no predetermined hierarchy among the various forms of practice». Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 133.

confronti dei funzionari di uno Stato straniero, o anche le ipotesi di astensione dall'uso della forza¹⁶⁴.

Il par. 2 della Conclusione, come anticipato, contiene un elenco esemplificativo (e non esaustivo) delle forme che la prassi statale può assumere, e che comunque si estende, *mutatis mutandis*, anche alla prassi delle organizzazioni internazionali, «in those cases where [...] such practice contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law»¹⁶⁵. Nel commento alla Conclusione, la CDI tiene a precisare come gli esempi indicati non seguano un ordine chiuso e prestabilito, ma vadano interpretati in maniera più ampia, in modo da abbracciare le diverse modalità attraverso cui uno Stato agisce, sia sul piano verbale che sul piano fisico¹⁶⁶. Oltre agli atti diplomatici e alla corrispondenza, il paragrafo fa riferimento alla c.d. “condotte esecutive” (*executive conduct*), che comprendono un’ampia varietà di atti, tra cui ordini esecutivi, decreti, dichiarazioni ufficiali rese sul piano internazionale, o anche affermazioni fatte davanti a corti e tribunali nazionali e internazionali; allo stesso modo la categoria degli atti legislativi e amministrativi (*legislative and administrative acts*) riguarda le diverse tipologie di disposizioni regolamentari poste in essere da un’autorità pubblica. L’espressione “condotta operativa sul campo” (*operational conduct “on the ground”*), che rientra tra le azioni esecutive, si riferisce invece alle attività militari o sui campi di battaglia, come ad esempio lo spostamento di truppe o l’impiego di determinate armi. Non meno importanti sono quelle condotte che ruotano intorno al ciclo vitale di un trattato (*conduct in connection with treaties*), a partire dai negoziati fino ad arrivare alla sua applicazione, nonché quelle relative all’adozione di risoluzioni, decisioni e altri atti da parte di organizzazioni internazionali (*conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference*), a prescindere dal loro valore vincolante o meno.

¹⁶⁴ Si veda a tal riguardo il già citato caso *Lotus* del 1927 davanti alla CPGI: «[...] States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom». In *The Case of the S.S. “Lotus” (France v. Turkey)*, cit., p. 28. V. anche *supra*, nota 96. Si veda anche *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., pp. 134-135, par. 77: «The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States in connection with the work of the International Law Commission regarding State immunity and the adoption of the United Nations Convention or, so far as the Court has been able to discover, in any other context asserting that customary international law does not require immunity in such cases».

¹⁶⁵ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 134, par. (7).

¹⁶⁶ *Ibid.*, par. (5).

Anche le sentenze dei tribunali nazionali (*decisions of national courts*)¹⁶⁷, a qualunque livello giurisdizionale, possono valere come prassi dello Stato, specificando che nell'espressione "corti nazionali" vanno ricompresi anche quei tribunali provvisti di un elemento di internazionalità, come ad esempio i tribunali internazionalizzati o a composizione mista¹⁶⁸. Tuttavia, nel commento, la CDI sottolinea la necessità di tenere distinto il valore che le decisioni giurisprudenziali nazionali rivestono come forma di prassi statale «[...] from their potential role as a "subsidiary means" for the determination of rules of customary international law»¹⁶⁹; la Commissione, dunque, opera un importante distinguo tra il duplice ruolo che la giurisprudenza può svolgere nell'ambito del processo di identificazione di una norma consuetudinaria (come forma di prassi o come "mezzo sussidiario"), rinviando per completezza alla Conclusione 13 (*Decisions of courts and tribunals*) sulla quale si tornerà nelle pagine successive.

È infine opportuno soffermarsi brevemente sulla Conclusione 7 (*Assessing a State's practice*), che funge da ponte tra le forme che la prassi statale può assumere e i requisiti che deve soddisfare, stabilendo che la prassi di uno Stato deve essere valutata nel suo insieme (*as a whole*) e in tutte le sue manifestazioni, e che laddove si riscontrino delle variazioni o incoerenze, queste rischiano di indebolire il valore di quella specifica prassi nella formazione di una consuetudine¹⁷⁰. In tal senso la Conclusione anticipa quanto stabilito dalla successiva Conclusione 8, poiché sottolinea come il processo di accertamento della prassi generale degli Stati cominci, prima di tutto, da un'attenta valutazione della condotta del singolo Stato, e come questa, esattamente alla pari della prassi generale, debba risultare esaustiva e coerente (*consistent*)¹⁷¹.

¹⁶⁷ Si veda, a titolo di esempio, il caso *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza, 14 febbraio 2002, in *I.C.J. Reports 2002*, p. 24, par. 58: «The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation». Analogamente si veda anche *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., pp. 131-135, parr. 72-77.

¹⁶⁸ Sul punto si veda A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II – Diritto processuale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 30 ss.

¹⁶⁹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 134, par. (6).

¹⁷⁰ *Ibid.*, (*Conclusion 7*): «1. Account is to be taken of all available practice of a particular State, which is to be assessed as a whole. 2. Where the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice may, depending on the circumstances, be reduced».

¹⁷¹ L'importanza di valutare complessivamente la prassi di uno Stato nella ricostruzione di una norma consuetudinaria, come sottolineato nel commento della CDI, è stata messa in luce anche dalla CIG nella citata sentenza sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* del 2012, dove la CIG ha notato che, sebbene la Corte Suprema Ellenica si fosse pronunciata in un'occasione a favore dell'esistenza di un'eccezione alla regola consuetudinaria sull'immunità degli Stati, rappresentata dagli atti commessi

6. L'elemento psicologico: l'*opinio juris sive necessitatis*.

Una volta accertata l'esistenza di una prassi sufficientemente diffusa e uniforme, bisogna considerare in che modo lo Stato percepisce la propria condotta. Ciò rende dunque necessario spostare l'indagine dal piano materiale e oggettivo, che caratterizza l'analisi della prassi degli Stati, ad una dimensione più intima e psicologica, che invece contraddistingue il regno dell'*opinio juris*. Come già detto, l'*opinio juris* rappresenta il convincimento che una determinata condotta statale sia giuridicamente obbligatoria; in altre parole, essa è il fattore che converte un semplice uso in una consuetudine internazionale, rendendolo parte del diritto internazionale generale; per usare una metafora, è l'ingrediente che trasforma la crisalide in una farfalla.

Si tratta di un passaggio fondamentale, che cambia radicalmente il significato stesso della condotta degli Stati: questi ultimi, infatti, finiranno per agire in un determinato modo proprio perché convinti dell'obbligatorietà del loro comportamento. E questa idea è saldamente affermata nelle *Draft Conclusions* della CDI, che dedica all'*opinio juris* la Parte Quarta del testo (*Accepted as law*)¹⁷² che, sulla falsariga della prassi, analizza l'elemento psicologico sotto il profilo dei requisiti (*Conclusion 9 – Requirement of acceptance as law*) e delle forme attraverso cui si manifesta (*Conclusion 10 – Forms of evidence of acceptance as law*); il par. 1 della Conclusione 9 stabilisce infatti che «the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation»¹⁷³. Nel corso degli anni questo concetto basilare

dalle forze armate durante un conflitto, la sua posizione era stata smentita da altri organi (giurisdizionali e non) della Grecia, tra cui la Corte Suprema Speciale e il governo stesso. Sulla base di questa ricostruzione, la CIG ha concluso che «[...] Greek State practice taken as a whole actually contradicts, rather than support, Italy's argument [that State immunity under customary international law does not extend to the acts of armed forces during an armed conflict]». In *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., p. 134, par. 76. Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 135, par. (3).

¹⁷² CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 138: «Establishing that a certain practice is followed consistently by a sufficiently widespread and representative number of States does not in itself suffice in order to identify a rule of customary international law. Part Four concerns the second constituent element of customary international law, sometimes referred to as the “subjective” or “psychological” element, which requires that in each case, it is also necessary to be satisfied that there exists among States an acceptance as law (*opinio juris*) as to the binding character of the practice in question».

¹⁷³ *Ibid.*, (*Conclusion 9*), par. 1. È interessante notare la scelta da parte della CDI di utilizzare un linguaggio ampio per definire l'*opinio juris*, tradizionalmente qualificata in termini di “doverosità giuridica” (*a sense of legal obligation*), mentre nel testo della Conclusione viene descritta con l'espressione “a sense of legal right or obligation”. Questa scelta, stando alle parole stesse della Commissione nel commento di accompagnamento, risulta coerente con la visione complessiva del

ha ricevuto ampio spazio e conferma in alcune tra le più importanti sentenze della CPGI e della CIG, come si è avuto modo di vedere nelle pagine precedenti: a cominciare dal citato caso *Lotus* del 1927 tra Francia e Turchia, ad esempio, dove la CPGI respinse il tentativo, da parte della Francia, di qualificare l'assenza di procedimenti penali che coinvolgessero i cittadini dei due Stati in lite come prova dell'esistenza di una norma consuetudinaria, affermando che tale prassi, anche laddove potesse essere provata nei fatti, «would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so»; e questo perché «for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain, would it be possible to speak of an international custom»¹⁷⁴. Di conseguenza, come rilevato dalla Corte, ciò che mancava in questo caso era proprio l'ingrediente essenziale, ossia quel senso di obbligatorietà che avrebbe elevato la condotta a consuetudine internazionale; motivo per cui, come affermato in dottrina, «the practice remained a practice, nothing more»¹⁷⁵.

Anche la CIG è giunta successivamente ad analoghe conclusioni: di nuovo, nella sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969, la Corte non solo ha negato che la regola dell'equidistanza sancita dall'art. 6 della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale¹⁷⁶, centrale nella controversia in esame, riflettesse una consuetudine già esistente¹⁷⁷, ma si è espressa negativamente anche sulla prassi successiva all'adozione della Convenzione, affermando che non aveva in alcun modo contribuito alla creazione di una regola consuetudinaria in tal senso; e come già ricordato in precedenza, la Corte concludeva che la prassi degli Stati, affinché possa concorrere alla formazione di una consuetudine, non deve solamente risultare sufficientemente diffusa e

diritto internazionale consuetudinario, trattandosi di una fonte non solo di obblighi ma anche di diritti in capo agli Stati.

¹⁷⁴ Si veda *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, cit., p. 28. V. anche *supra* note 96 e 163. Per un commento dettagliato alla sentenza, si veda C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 290-291, par. 162.

¹⁷⁵ M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 514.

¹⁷⁶ La Convenzione è stata conclusa a Ginevra il 29 aprile 1958, al termine della Prima conferenza sul diritto del mare, insieme ad altre tre convenzioni: la Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua; la Convenzione sull'Alto Mare; e la Convenzione sulla pesca e la conservazione delle risorse biologiche dell'Alto Mare.

¹⁷⁷ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 41, par. 69: «[...] the Court reaches the conclusion that the Geneva Convention did not embody or crystallize any pre-existing or emergent rule of customary law, according to which the delimitation of continental shelf areas between adjacent States must [...] be carried out on an equidistance-special circumstances basis».

uniforme, ma deve inoltre possedere l'*indispensable requirement* dell'obbligatorietà, ossia «[having] occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved»¹⁷⁸. La Corte ha poi ribadito lo stesso concetto anche nella sentenza sulle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* del 1986, riallacciandosi a quanto affermato nel caso sulla piattaforma continentale del Mare del Nord¹⁷⁹, e così pure nella sentenza del 2012 relativa alla controversia tra Germania e Italia, dove ha brevemente indicato le basi su cui poggia l'*opinio juris* relativa alla regola consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero¹⁸⁰.

Il problema legato all'*opinio juris* non riguarda il suo ruolo nel processo di identificazione delle norme consuetudinarie (che, come si è visto, è decisivo), bensì la prospettiva nella quale l'elemento psicologico viene percepito; questa finisce per avere un impatto importante sull'accertamento dell'*opinio juris* e, di conseguenza, sulla capacità o meno di verificare il formarsi di una nuova regola consuetudinaria. Se infatti alla base del concetto di "opinio juris" c'è il senso di obbligatorietà giuridica (dunque di aderenza alla legge) che accompagna il comportamento, come è possibile conciliare questa visione con la possibilità di creare nuove consuetudini internazionali, dal momento che questo processo richiede un agire diverso o in contrasto con quanto viene considerato (fino a quel momento) giuridicamente obbligatorio¹⁸¹? Ed è proprio qui, tornando alla metafora del fiume¹⁸², che si rivela l'essenza della consuetudine internazionale intesa come processo normativo, ossia un percorso all'interno del quale gli Stati scelgono di comportarsi in un determinato modo perché ritengono che la loro condotta sia giuridicamente rilevante o che lo stia diventando; in tale contesto, sarà la reazione degli altri Stati a stabilire se la condotta seguita debba essere accolta come parte del processo formativo di una nuova

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 43, par. 74.

¹⁷⁹ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., pp. 108-109, par. 207: «[...] the Court has to emphasize that, as was observed in the *North Sea Continental Shelf cases*, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned "amount to a settled practice", but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is "evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitates*." (*I.C.J. Reports 1969*, p. 44, par. 77)».

¹⁸⁰ Come già evidenziato in *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., p. 123, par. 55. Si veda *supra* nota 88.

¹⁸¹ Cfr. M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 517. Si veda anche M. Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 1975, cit., pp. 32-34.

¹⁸² Si veda *supra*, nota 3.

regola che subentra ad una consuetudine precedente, o se piuttosto vada respinta, rafforzando così la prassi generale e la coscienza giuridica alla base della regola originale¹⁸³.

Resta il fatto che, come notato in dottrina (SHAW), questo approccio “fluidò” all’identificazione delle regole consuetudinarie rende spesso ostico individuare con esattezza il momento in cui una nuova regola subentra a quella precedente; tuttavia si tratta di una difficoltà innata nella consuetudine stessa, propria della sua natura di processo complesso e insidioso¹⁸⁴. Da qui deriva la necessità di adottare una concezione flessibile dell’*opinio juris*, capace di adattarsi alle manifestazioni più evidenti di una consuetudine nell’ambito delle condotte sia nazionali che internazionali. L’obiettivo, in questo senso, è alquanto delicato e non dei più semplici, dal momento che è necessario conciliare due idee apparentemente contrastanti: da un lato la presenza di un’azione (o comportamento) in contrasto con una norma internazionale; dall’altro la possibilità che tale comportamento contenga, altresì, i semi di una nuova regola; a ciò bisogna poi aggiungere la difficoltà di dimostrare che lo Stato, nel momento in cui ha adottato quella specifica condotta, lo ha fatto nella convinzione (da qui l’elemento psicologico) di stare rispettando le norme internazionali preesistenti. Ed è probabilmente questo l’aspetto più importante nella rilevazione dell’*opinio juris*, che trova una conferma perentoria sia nella giurisprudenza della CIG¹⁸⁵ che negli studi della CDI: nel suo commento alla Conclusione 9 (*Requirement of acceptance as law*) si legge, infatti, che «[i]t is crucial to establish, in each case, that states have acted in a certain way because they felt or believed themselves legally compelled or entitled to do so by reason of a rule of customary international law»¹⁸⁶.

¹⁸³ La stessa CIG ha sottolineato questo punto nella sentenza Nicaragua c. Stati Uniti del 1986, quando ha affermato che «[r]eliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law». In *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 109, par. 207.

¹⁸⁴ Come affermato da Shaw, «[c]hange is rarely smooth, but rather spasmodic. In M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 518.

¹⁸⁵ Non solo nel celebre e già citato par. 77 della sentenza su *North Sea Continental Shelf Cases*, ma anche al par. 76 del medesimo giudizio (dove si sottolinea la necessità che gli Stati «believed themselves to be applying a mandatory rule of customary international law»), e così pure, tra gli altri, in *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 108, par. 206 («[the Court] has to consider whether there might be indications of a practice illustrative of belief in a kind of general right [...]»).

¹⁸⁶ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 138, par. (2). Sempre nel commento alla Conclusione 9, la Commissione pone l’accento sulla necessità che gli Stati perseguano una certa condotta per ragioni di diritto (*a matter of right*) o di obbligo (*a matter of obligation*). Questa distinzione, che non va

Ad ogni modo un procedimento così complesso, perché possa essere condotto in maniera efficace, presuppone un'unica e possibile modalità di svolgimento, e cioè che la presenza dell'*opinio juris* sia ricavata da tutti gli elementi materiali (dunque di prassi) a disposizione, considerati nel loro insieme. Ciò che conta, infatti, è il sentimento collettivo della Comunità internazionale espresso nella prassi generale, non le motivazioni individuali degli Stati presi singolarmente. Come infatti già sottolineato in passato dal giudice TANAKA, nella sua opinione dissenziente sul caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord, «[t]here is no other way than to ascertain the existence of *opinio juris* from the fact of the external evidence existence of a certain custom and its necessity felt in the international community, rather than to seek evidence as to the subjective motives for each example of State practice, which is something which is impossible of achievement»¹⁸⁷.

La Conclusione 9, e soprattutto il commento che la accompagna, approfondiscono il significato di "acceptance as law" (ossia l'*opinio juris*), tracciando i confini che separano questo preciso impulso psicologico da altre questioni di coscienza. Il senso di obbligatorietà (o la coscienza giuridica) alla base dell'elemento dell'*opinio juris*, per cominciare, deve essere cautamente tenuto distinto da altri motivi extragiuridici che possono indurre uno Stato a tenere un determinato comportamento, come i gesti di cortesia o gli atti compiuti per ragioni di convenienza politica; una prassi fondata su queste motivazioni, dunque completamente sprovvista del senso di doverosità giuridica, non potrà dare luogo a regole consuetudinarie¹⁸⁸. Anche il semplice adempimento di un obbligo pattizio da parte dello Stato, così come un comportamento tenuto in conformità con una propria norma interna, non è necessariamente indicativo dell'esistenza di una corrispondente regola consuetudinaria: uno Stato (si legge nel commento alla Conclusione) può sentirsi vincolato a rispettare un determinato obbligo in forza sia di una norma consuetudinaria che di un trattato, ma questo deve essere dimostrato. Al contrario,

sottovalutata, si ricollega alla scelta, da parte della CDI, di utilizzare un linguaggio più ampio per definire l'*opinio juris*. Per approfondimenti, si veda *supra* la nota 172.

¹⁸⁷ *North Sea Continental Shelf (Dissenting Opinion of Judge Tanaka)*, cit., p. 176.

¹⁸⁸ Viene citata, a questo proposito, la sentenza della CIG sul *Diritto di asilo* tra Colombia e Perù, dove la Corte ha respinto l'esistenza di una regola consuetudinaria (come già ricordato in precedenza, v. *supra* nota 76) a causa di una prassi estremamente frammentaria e discontinua, frutto più di convenienza politica che di consapevolezza della sua obbligatorietà: «In a more general way, considerations of convenience or simple political expediency seem to have led the territorial State to recognize asylum without that decision being dictated by any feeling of legal obligation». In *Colombian-Peruvian asylum case*, cit., p. 286.

se uno Stato agisce in conformità all'obbligo di un trattato del quale non è parte contraente, ciò può essere considerato come prova dell'esistenza di un'*opinio juris*¹⁸⁹. Inoltre questa convinzione della obbligatorietà e della necessità del comportamento va ricercata sia tra gli Stati che partecipano alla prassi rilevante, sia tra quegli Stati che si trovano nella condizione di reagire ad essa; leggendo il commento, questi ultimi «must be shown to have understood the practice as being in accordance with customary international law»¹⁹⁰. Tuttavia la CDI aggiunge che non si richiede a tutti gli Stati di riconoscere (dunque di accettare come obbligatoria) la regola alla base della condotta come una norma consuetudinaria, affinché quest'ultima sussista; è invece richiesta, nelle parole della Commissione, un'accettazione sufficientemente ampia e rappresentativa (*broad and representative acceptance*), che non esclude posizioni contrastanti purché non divisive (*together with no or little objection*)¹⁹¹; laddove invece si riscontrassero profonde divisioni all'interno della Comunità internazionale sull'eventualità che una determinata prassi internazionale sia accompagnata dalla convinzione della sua necessità o obbligatorietà, in tal caso non sarà possibile ravvisare l'esistenza di un'*opinio juris*¹⁹². In linea con quanto già effettuato per la prassi (Conclusione 6), la Conclusione 10 (*Forms of evidence of acceptance as law*) fornisce alcuni significativi esempi di manifestazioni da cui si può ricavare l'esistenza dell'*opinio juris*, precisando fin da subito che anche questo elemento, alla pari della prassi, «may take a wide range of forms»¹⁹³. In base al paragrafo 2, la prova dell'*opinio juris*, citando testualmente, può ricercarsi nei: «public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinion; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an

¹⁸⁹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 139, par. (4).

¹⁹⁰ Ciò trova conferma anche nella sentenza Nicaragua c. Stati Uniti del 1986, dove la CIG, citando la sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, afferma che «[e]ither the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is 'evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it'». In *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 109, par. 207.

¹⁹¹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 139, par. (5).

¹⁹² Si possono richiamare, a tal proposito, le conclusioni della CIG nel parere consultivo sulla *Liceità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari* del 1996, quando afferma che «the members of the international community are profoundly divided on the matter of whether non-recourse to nuclear weapons over the past 50 years constitutes expression of an *opinio juris*. Under these circumstances the Court does not consider itself able to find that there is such an *opinio juris*». In *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 254, par. 67.

¹⁹³ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 140 (Conclusione 10), par. 1.

international organization or at an intergovernmental conference». Da una veloce rassegna, saltano subito all'occhio diversi punti in comune tra le forme che può assumere la prassi e le manifestazioni dell'*opinio juris*; in parte, come spiegato nel commento, questo riflette il fatto che spesso l'accertamento di entrambi gli elementi costitutivi di una consuetudine avviene partendo dallo stesso materiale di prova (benché la loro identificazione, come già precisato nella Conclusione 3, par. 2, debba essere condotta attraverso due procedimenti distinti). Ad ogni modo, è più facile (e probabile) ricavare la convinzione giuridica dello Stato dalle sue "dichiarazioni" (*statements*), dunque dai suoi atti verbali, motivo per cui queste ultime risultano più utili come espressione di *opinio juris* che come manifestazione della prassi¹⁹⁴. A tal proposito, sono le dichiarazioni pubbliche rese per conto di uno Stato (*public statement on behalf of a State*) sulla conformità di una determinata prassi con il diritto consuetudinario a fornire la prova più lampante della coscienza giuridica di quello Stato nei confronti di una certa condotta. Tali dichiarazioni possono essere rese, sia individualmente che in gruppo, nei contesti più disparati, ad esempio nei dibattiti che si svolgono durante le conferenze internazionali, oppure accompagnando le memorie presentate davanti alle corti e ai tribunali, o ancora quando uno Stato protesta per il comportamento di un altro Stato denunciandone l'illiceità, o in risposta a proposte di codificazione¹⁹⁵.

Come indicato al par. 2, esistono altri elementi di prova attraverso i quali è possibile verificare la posizione giuridica di uno Stato rispetto a certe condotte, accertandone l'eventuale *opinio juris*. Questi comprendono le c.d. "pubblicazioni ufficiali" (*official publications*), come ad esempio i manuali militari e le mappe ufficiali; la corrispondenza diplomatica (*diplomatic correspondence*) include, invece, le note allegare alle missioni diplomatiche, come quelle riguardanti i privilegi e le immunità. Anche le leggi nazionali, nonostante siano spesso frutto di scelte politiche, possono servire come prova dell'*opinio juris*, soprattutto quando viene specificato che l'adozione di una determinata legge è avvenuta in ossequio ad una norma internazionale consuetudinaria; lo stesso dicasi per le decisioni dei tribunali nazionali, soprattutto quando riguardano questioni di diritto internazionale. Naturalmente anche i negoziati multilaterali (da cui scaturiscono le *treaty provisions*)

¹⁹⁴ CDI, *Draft Conclusions*, cit., pp. 140-141, par. (3).

¹⁹⁵ *Ibid.*, par. (4).

e le conferenze diplomatiche rappresentano sedi utili da cui è possibile ricavare le convinzioni giuridiche degli Stati, con riferimento al contenuto del diritto internazionale consuetudinario; lo stesso dicasi per le condotte a seguito delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali (*conduct in connection with resolutions adopted by an international organization*), sulle quali si tornerà nei paragrafi successivi, insieme al ruolo dei trattati nell'identificazione delle norme consuetudinarie.

La Conclusione 10, infine, stabilisce che la mancata reazione degli Stati (dunque il loro silenzio) alla condotta di uno Stato, tutto questo all'interno di una ragionevole cornice temporale, «may serve as evidence of acceptance as law (*opinio juris*), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction»¹⁹⁶; in questo senso, come anche spiegato nel commento, la CDI ha sposato pienamente la posizione espressa dalla CIG nel caso delle *Peschiere norvegesi* del 1951, dove la Corte ha affermato, con riferimento alla controversia in corso tra Regno Unito e Norvegia, che «[t]he notority of the facts, the general toleration of the international community, Great Britain's position in the North Sea [...] and her prolonged abstention [...] bear witness to the fact that they did not consider [a certain practice undertaken by others] to be contrary to international law»¹⁹⁷. Dunque, in base al paragrafo 3, anche la "tolleranza" di una certa prassi o condotta può servire come prova dell'accettazione della sua doverosità; discorso, quest'ultimo, che si riallaccia alla regola del c.d. "obiettore persistente" (*persistent objector*), sulla quale si tornerà nei paragrafi successivi.

Tuttavia, affinché l'assenza di una reazione alla condotta in esame acquisisca questo valore probatorio, devono essere soddisfatte due condizioni: innanzitutto, bisogna assicurarsi che le circostanze del caso prevedano un'eventuale reazione; ciò si verifica, ad esempio, quando la condotta di uno Stato ha un impatto (generalmente poco favorevole) sugli interessi o i diritti di un altro Stato, rendendo di conseguenza naturale (e possibile) una reazione da parte di quest'ultimo. Come è stato infatti osservato dalla CIG nella sentenza del 2008 *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, relativa ad una controversia tra Malesia e Singapore, «[t]he absence of reaction may well amount to

¹⁹⁶ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 140 (*Conclusion 10*), par. 3.

¹⁹⁷ *Fisheries case*, cit., p. 139.

acquiescence [...] That is to say, silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response»¹⁹⁸. In secondo luogo, quando il par. 3 della Conclusione parla di “Stati nella condizione di agire” (*in a position to react*), ci si riferisce alla capacità degli Stati di conoscere tempestivamente la prassi seguita da un altro Stato, anche alla luce delle circostanze nelle quali tale prassi è stata intrapresa e di cui, presumibilmente, sono a al corrente; questo li dovrebbe quindi mettere nella condizione di non essere colti di sorpresa, ma di avere piuttosto tempo sufficiente a disposizione per elaborare una qualche reazione.

7. Il valore dei trattati e delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali nell'identificazione delle norme consuetudinarie

Accanto ai principali elementi di prova per la ricostruzione della prassi generale e per l'individuazione dell'*opinio juris* indicati nelle pagine precedenti, esistono altre fonti (o elementi materiali) di indiscusso valore ai quali si può (e si deve) fare riferimento nel processo di identificazione dell'esistenza e del contenuto delle regole consuetudinarie. Questi in genere includono testi scritti che affrontano questioni giuridiche, in particolare gli accordi internazionali, le risoluzioni delle organizzazioni internazionali, la giurisprudenza (sia nazionale che internazionale) e anche le opere della dottrina. La Parte Quinta delle *Draft Conclusions*, appunto dedicata all'analisi di questi elementi (*Significance of certain materials for the identification of customary international law*), esordisce riconoscendone il valore fondamentale, dal momento che essi «may assist in collecting, synthesizing or interpreting practice relevant to the identification of customary international law, and may offer precise formulations to frame and guide an inquiry into its two constituent elements»¹⁹⁹.

Per quanto riguarda i trattati, in particolare, la Conclusione 11 (*Treaties*) stabilisce che una regola fissata all'interno di un accordo può riflettere (*may reflect*)²⁰⁰ una regola di diritto consuetudinario in tre casi specifici: qualora la norma pattizia *codifichi* una regola consuetudinaria già esistente al momento della conclusione

¹⁹⁸ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, sentenza, 23 maggio 2008, in *I.C.J. Reports 2008*, pp. 50-51, par. 121.

¹⁹⁹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 142, par. (1).

²⁰⁰ La scelta dell'espressione «may reflect» suggerisce l'atteggiamento di cautela che è necessario avere nell'utilizzo dei trattati per l'individuazione di norme consuetudinarie, poiché significa che, di per sé, gli accordi non sono in grado di creare una regola di diritto consuetudinario, o di attestarne in maniera definitiva l'esistenza e il contenuto.

dell'accordo; nel caso in cui *crystallizzi* una norma di diritto internazionale generale che abbia iniziato a palesarsi già prima della conclusione dell'accordo; e infine laddove abbia *dato inizio* ad una prassi generale accettata come diritto, ispirando così la formazione di una nuova regola di diritto internazionale consuetudinario²⁰¹. Alla luce di questa affermazione, è importante sottolineare che la Conclusione non si occupa dei trattati come manifestazioni della prassi e dell'*opinio juris* (aspetto già affrontato rispettivamente nelle Conclusioni 6 e 10), dunque le condotte che essi sono in grado di ispirare e che possono servire da base per l'individuazione degli elementi costitutivi di una consuetudine; la Conclusione 11 analizza, invece, il significato speciale che i trattati possiedono all'interno del processo consuetudinario, dove svolgono un ruolo di "specchio" che si esprime nella capacità di consolidare, definire e anche sviluppare le regole consuetudinarie; in tal senso, essi dunque offrono, usando le parole della CDI, «particularly convenient evidence» circa l'esistenza e il contenuto delle regole consuetudinarie²⁰². E questo rapporto speciale tra gli accordi e le norme di diritto internazionale generale trova conferma sia nella giurisprudenza («[...] multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them»)²⁰³, che nella *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* del 1969, dove si prevede la possibilità che la norma di un trattato, di base vincolante solo per gli Stati parti, «diventi obbligatoria per uno Stato terzo in quanto norma consuetudinaria di diritto internazionale riconosciuta come tale»²⁰⁴.

Detto questo, anche il numero degli Stati parti di un trattato può costituire un fattore importante per stabilire se determinate regole definite al suo interno riflettano corrispondenti norme di diritto internazionale generale, specialmente nel caso di

²⁰¹ *Ibid.*, p. 143 (*Conclusion 11*): «1. A rule set forth in a treaty may reflect a rule of customary international law if it is established that the treaty rule: (a) codified a rule of customary international law existing at the time when the treaty was concluded; (b) has led to the crystallization of a rule of customary international law that had started to emerge prior to the conclusion of the treaty; or (c) has given rise to a general practice that is accepted as law (*opinio juris*), thus generating a new rule of customary international law. 2. The fact that a rule is set forth in a number of treaties may, but does not necessarily, indicate that the treaty rule reflects a rule of customary international law».

²⁰² *Ibid.*, p. 143, par. (2).

²⁰³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, cit., pp. 29-30, par. 27. Si veda anche *Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, Part Two*, p. 368, par. 29: «A principle or rule of customary international law may be embodied in a bipartite or multipartite agreement [...]. Indeed, not infrequently conventional formulation by certain States of a practice also followed by other States is relied upon in efforts to establish the existence of a rule of customary international law. Even multipartite conventions signed but not brought into force are frequently regarded as having value as evidence of customary international law».

²⁰⁴ *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, art. 38.

accordi con un numero molto elevato di adesioni o a partecipazione quasi universale. È il caso, ad esempio, delle Convenzioni di Ginevra del 1949, che in base alla Commissione Reclami Etiopia-Eritrea (*Eritrea-Ethiopia Claims Commission*), istituita nel 2000 con l'Accordo di Algeri per porre fine al conflitto tra i due Stati (1998-2000), «have largely become expressions of customary international law [...]. The mere fact that they have obtained nearly universal acceptance supports this conclusion»²⁰⁵; sullo stesso tema si è espressa anche la Corte Speciale della Sierra Leone nel caso *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* del 2004 sul divieto di reclutamento di minori come parte del diritto internazionale consuetudinario, la quale si è pronunciata nei medesimi termini affermando che «[s]ince 185 states [...] were parties to the Geneva Conventions prior to 1996, it follows that the provisions of those conventions were widely recognised as customary international law»²⁰⁶. Inoltre, come si legge nel commento alla Conclusione 11, un trattato può avere un certo peso nell'accertamento di norme consuetudinarie anche qualora non sia ancora entrato in vigore, soprattutto se è stato adottato da una maggioranza schiacciante di Stati²⁰⁷.

Il paragrafo 1 della Conclusione indica le ipotesi nelle quali le regole istituite in un accordo possono riflettere una corrispondente norma consuetudinaria, distinguendo tre diverse situazioni a seconda del momento in cui il processo di formazione della

²⁰⁵ Commissione Reclami Etiopia-Eritrea, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea*, L'Aja, 1 luglio 2003, p. 7, par. 31. Si veda anche *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 257, par. 79: «It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" [...], that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law». Sul valore delle Convenzioni di Ginevra del 1949 nella codificazione del diritto internazionale umanitario, si vedano R. R. Baxter, *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1965-1966, vol. 41, pp. 275-300; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

²⁰⁶ Corte speciale per la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman. Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), 31 maggio 2004, p. 13, par. 18. Nella medesima decisione, la Corte ha inoltre riconosciuto il valore consuetudinario sia delle disposizioni contenute nel II° Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (par. 18: «Due to the high number of States Parties one can conclude that many of the provision of Additional Protocol II, including the fundamental guarantees, were widely accepted as customary international law»), sia della *Convenzione sui diritti del fanciullo* (New York, 20 novembre 1989) (parr. 19-20: «This huge acceptance, the highest acceptance of all international conventions, clearly shows that the provisions of the CRC became international customary law almost at the time of the entry into force of the Convention. [...] The widespread recognition and acceptance of the norm prohibiting child recruitment in Additional Protocol II and the CRC provides compelling evidence that the conventional norm entered customary international law well before 1996»).

²⁰⁷ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 144, par. (3).

regola ha avuto inizio o si è già concluso. Ad ogni modo, il commento della CDI precisa in maniera inequivocabile che l'espressione "if it is established that" vuole indicare che la verifica della corrispondenza tra una disposizione pattizia e la relativa regola consuetudinaria non può in alcun modo essere condotta ed esaurirsi nell'analisi del testo del trattato: in tutti i casi l'esistenza di quella regola dovrà, come sempre, essere supportata dall'esistenza dei due elementi costitutivi, ossia la *diuturnitas* e l'*opinio juris*. La prima ipotesi (lett. a) riguarda quelle situazioni in cui la norma pattizia svolge una funzione ricognitiva e codificatrice²⁰⁸ di una preesistente regola consuetudinaria: è il caso della *Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio*, il cui art. 1 stabilisce solennemente che «[l]e Parti contraenti confermano che il genocidio, sia che venga commesso in tempo di pace sia che venga commesso in tempo di guerra, è un crimine di diritto internazionale che esse si impegnano a prevenire ed a punire»²⁰⁹; lo stesso dicasi per la *Convenzione internazionale concernente l'alto mare*, conclusa a Ginevra il 29 aprile 1958²¹⁰, nel cui preambolo gli Stati partecipanti si dichiarano «desiderosi d'ordinare le norme del diritto internazionale concernenti l'alto mare» («desiring to codify», nel testo inglese).

In queste particolari circostanze, nel valutare la coincidenza tra la norma del trattato e la relativa norma consuetudinaria, è necessario prestare la massima attenzione al testo dell'accordo per verificare se esso contiene un'espressa dichiarazione al riguardo (come nel caso della Convenzione sul genocidio del 1948). Tali

²⁰⁸ Per esigenze di precisione, il testo della conclusione usa l'espressione "codified a rule of customary international law", mentre il commento (p. 144, par. (5)) parla di "a rule set forth in a treaty [which] is declaratory of a pre-existing rule of customary international law". Corsivi aggiunti.

²⁰⁹ Corsivo aggiunto. Il senso della Convenzione sul genocidio e delle motivazioni universali che hanno portato alla sua adozione sono l'essenza stessa del suo valore consuetudinario. Così si spiega la CIG nel suo parere consultivo del 1951 sulle *Riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*: «The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups [...] which is contrary to moral law and the spirit and aims of the United Nations [...]. The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)» (in *Reservations to the Convention on Genocide*, parere consultivo, 28 maggio 1951, in *I.C.J. Reports 1951*, p. 23). Si veda anche il giudizio della CIG *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, sentenza, 3 febbraio 2015, in *I.C.J. Reports 2015*, p.46, par. 87: «It is, of course, well established that the Convention enshrines principles that also form part of customary international law». Corsivi aggiunti.

²¹⁰ V. *supra* nota 175.

dichiarazioni o riferimenti al diritto internazionale consuetudinario all'interno di un trattato possono anche presentare lacune, o riguardare il testo dell'accordo in generale piuttosto che una sua specifica disposizione; in questo caso è importante consultare i lavori preparatori (*travaux préparatoires*), alla ricerca di qualunque dichiarazione presentata dagli Stati durante i negoziati da cui sia possibile ricavare l'intenzione di codificare una regola esistente di diritto internazionale consuetudinario²¹¹. Qualora sia possibile accertare questa volontà da parte degli Stati durante i negoziati, questa sarà una prova efficace dell'esistenza di un'*opinio juris* all'origine della regola codificata.

La seconda ipotesi (lett. *b*) riguarda i casi in cui una prassi generale accettata come diritto si sia cristallizzata intorno ad una regola contenuta in un trattato, elaborata attraverso la prassi di un numero limitato di Stati. In altre parole, il fenomeno della "cristallizzazione" (*crystallization*)²¹² al quale fa riferimento la Conclusione si verifica quando il consolidamento di una regola pattizia agevola la definizione di una norma di diritto consuetudinario che, all'epoca della negoziazione dell'accordo, si trovava ancora in uno stato embrionale²¹³. Tale possibilità, naturalmente, non è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza di una consuetudine, ma è sempre subordinata all'accertamento dei due elementi costitutivi, ossia che la regola pattizia in esame sia stata accettata come obbligatoria e sia supportata da un'adeguata prassi generale. Infine l'ultimo scenario (lett. *c*) si riferisce alle ipotesi in cui una disposizione contenuta in un accordo abbia generato (*thus generating*) una nuova regola di diritto internazionale consuetudinario. Si tratta, invero, di una delle modalità tipiche di creazione delle norme consuetudinarie; ciò è confermato, con parole semplici e chiare, anche dalla CIG nella sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma*

²¹¹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 145, par. (5).

²¹² Il termine "cristallizzazione" viene spesso utilizzato dalla CIG e dagli studiosi di diritto internazionale per equiparare la creazione delle regole consuetudinarie al lento formarsi dei minerali cristallini. Cfr. M. O. Scharf, *op. cit.* p. 306.

²¹³ Si legge nel commento che accompagna la conclusione che, anche qualora non si sia raggiunto un accordo su una determinata disposizione pattizia, rimane la possibilità che una corrispondente norma consuetudinaria si sia successivamente sviluppata. Questa posizione trova conferma anche nella giurisprudenza della CIG (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*), sentenza, 25 luglio 1974, in *I.C.J. Reports 1974*), dove la Corte, dopo aver rilevato che la Seconda Conferenza sul diritto del mare del 1960 non ha portato all'adozione di un nuovo accordo capace di disciplinare le questioni attinenti alla profondità e all'estensione delle zone marine, ha tuttavia affermato (pp. 191-192, par. 43) che «after the Conference the law evolved through the practice of States on the basis of the debates and near-agreement at the Conference»; con la conseguenza che «[t]wo concepts have crystallized as customary law in recent years arising out of the general consensus revealed at the Conference».

continentale del Mare del Nord, dove afferma che «this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed»²¹⁴. Tuttavia, immediatamente dopo, la Corte mette bene in chiaro che non si tratta di un processo da prendere alla leggera («[a]t the same time this result is not lightly to be regarded as having been attained»); essa spiega infatti che la disposizione pattizia in questione, perché possa produrre l'effetto di generare una regola di diritto internazionale consuetudinario, deve necessariamente possedere un carattere creativo, in grado di servire da base per una regola generale di diritto; e di nuovo, anche in questo caso una prassi generale accompagnata dall'*opinio juris*, e che non si limiti agli Stati parti del trattato (il cui comportamento in linea con la disposizione invocata potrebbe dipendere dagli obblighi pattizi ai quali sono legati), ma coinvolga anche gli Stati terzi, sarà indispensabile per accertare la nascita di una nuova norma consuetudinaria.

L'esempio probabilmente più efficace di norma pattizia in grado di generare una consuetudine internazionale è rappresentato dai Regolamenti allegati alla *Convenzione concernente le leggi e gli usi della guerra per terra* (ossia la IV Convenzione dell'Aja del 1907), come rilevato sempre dalla CIG nel suo parere consultivo relativo alle *Conseguenze giuridiche derivanti dalla costruzione del Muro nei Territori palestinesi occupati* (9 luglio 2004); in questa occasione la Corte ha infatti sottolineato che i Regolamenti, pur non essendo stati originariamente elaborati allo scopo di codificare le norme consuetudinarie di carattere umanitario all'epoca esistenti, sono stati presto riconosciuti come parte del diritto internazionale consuetudinario²¹⁵.

²¹⁴ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., p. 41, par. 71.

²¹⁵ La Corte cita, a tal proposito, i giudizi del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e le conclusioni alle quali è giunta la stessa CIG nel parere consultivo del 1996 sulla *Liceità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari*: «The Court observes that, in the words of the Convention, those Regulations were prepared "to revise the general laws and customs of war" existing at that time. Since then, however, the International Military Tribunal of Nuremberg has found that the "rules laid down in the Convention were recognised by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the law and customs of war" [...]. The Court itself reached the same conclusions when examining the rights and duties of belligerents in their conduct of military operations (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, [...]). The Court considers that the provisions of the Hague Regulations have become part of customary law [...].» (in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo, 9 luglio 2004, in *I.C.J. Reports 2004*, p. 172, par. 89).

Infine il par. 2 della Conclusione 11, sempre assecondando le esigenze di cautela alla base dell'accertamento del valore consuetudinario delle disposizioni di un trattato, ricorda che la presenza di una medesima regola all'interno di un certo numero di trattati «[...] may, but does not necessarily, indicate that the treaty rule reflects a rule of customary international law». Questa specificazione da parte della CDI, per nulla scontata, serve a mettere in guardia dai rischi di fraintendimento, poiché se da un lato la presenza (o ripetizione) di una determinata norma in più trattati potrebbe all'apparenza suggerire l'esistenza di una corrispondente regola consuetudinaria, dall'altro lato, come anche rilevato nella giurisprudenza della CIG (nel caso *Diallo* tra la Repubblica di Guinea e la Repubblica Democratica del Congo), «it could equally show the contrary»²¹⁶, dal momento che la presenza diffusa a livello pattizio di quella regola potrebbe servire a compensare proprio l'assenza di una regola consuetudinaria, o piuttosto a introdurre una deroga ad una preesistente consuetudine.

Per quanto riguarda invece le risoluzioni delle organizzazioni internazionali, queste ultime sono disciplinate dalla Conclusione 12 (*Resolutions of international organizations and intergovernmental conferences*)²¹⁷, dove con il termine “risoluzione” si intendono tutti quegli atti (comprese le decisioni e le dichiarazioni di principi) adottati dalle organizzazioni internazionali o dalle conferenze intergovernative, a prescindere dalla loro origine e dal loro carattere vincolante²¹⁸. A tal proposito, nel commento alla Conclusione la CDI dichiara che quanto già detto rispetto ai trattati si applica anche alle risoluzioni, tenendo comunque presente una sostanziale differenza tra i due atti: e cioè che tendenzialmente le risoluzioni, al contrario delle disposizioni di un trattato, non hanno forza vincolante «and generally

²¹⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, obiezioni preliminari, sentenza, 24 maggio 2007, in *I.C.J. Reports 2007*, p. 615, par. 90.

²¹⁷ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 147 (*Conclusion 12*): «1. A resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference cannot, of itself, create a rule of customary international law. 2. A resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference may provide evidence for determining the existence and content of a rule of customary international law, or contribute to its development. 3. A provision in a resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference may reflect a rule of customary international law if it is established that the provision corresponds to a general practice that is accepted as law (*opinio juris*)».

²¹⁸ Sul valore delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali nel processo di identificazione delle norme consuetudinarie, con un occhio di riguardo a quelle adottate dall'Assemblea generale ONU, si vedano P. S. Rao, *op. cit.*, in particolare pp. 243-245; J. Wouters, P. De Man, *International Organizations as Law-Makers*, Working Paper No. 21, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2009; S. Talmon, *op. cit.*, in particolare p. 431 ss.; T. Treves, *op. cit.*, parr. 44-46.

receive less legal review than treaty texts»²¹⁹. Ciò non toglie, comunque, che né le risoluzioni né le disposizioni di un trattato possono in alcun modo sostituirsi all'accertamento effettivo di una prassi generale accettata come diritto, che continua a rappresentare il solo procedimento ammissibile per l'identificazione delle norme consuetudinarie. Sempre nel commento, la CDI sottolinea come all'interno della vasta categoria degli atti emanati dalle organizzazioni internazionali si debba prestare particolare attenzione alle risoluzioni dell'Assemblea generale ONU (da qui "AG"), in quanto organo plenario delle Nazioni Unite a partecipazione pressoché universale, dal momento che queste possono offrire una prova importante dell'opinione collettiva degli Stati membri. Proprio su questo punto la CDI insiste con forza: benché, infatti, le risoluzioni adottate dagli organi di un'organizzazione (a differenza delle risoluzioni delle conferenze intergovernative) siano emanate, *stricto sensu*, dall'organizzazione stessa e non dagli Stati parti, tuttavia esse hanno la capacità di sintetizzare ed esprimere le posizioni comuni degli Stati; infatti «when they purport (explicitly or implicitly) to touch upon legal matters, the resolutions may afford an insight into the attitudes of the the member States towards such matters»²²⁰.

Nonostante il par. 1 neghi in partenza la possibilità che una risoluzione adottata da un'organizzazione internazionale riesca a creare, in quanto tale, una regola di diritto internazionale consuetudinario (capacità invece riconosciuta, in certi casi e con le dovute cautele, alle disposizioni di un trattato), tuttavia il par. 2 afferma che essa può (*may*) comunque svolgere un ruolo importante nel processo consuetudinario, fornendo prova dell'esistenza e del contenuto della norma consuetudinaria, o eventualmente contribuendo al suo sviluppo. Affermando (attraverso il termine "may") che le risoluzioni delle organizzazioni intergovernative hanno la capacità potenziale di adempiere a questa funzione, la CDI ha voluto precisare che non tutte le risoluzioni sono idonee a questo ruolo; come infatti osservato dalla CIG nel parere del 1996 sulla *Liceità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari*, riferendosi alle risoluzioni dell'AG, «[...] even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*»²²¹. Ciò

²¹⁹ *Ibid.*, p. 147, par. (3).

²²⁰ *Ibid.*, p. 147, par. (3).

²²¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., pp. 254-255, par. 70.

risulta particolarmente vero quando una risoluzione svolge una funzione esplicitamente ricognitiva di una regola consuetudinaria già esistente; in tal caso, essa varrà senza dubbio come prova dell'*opinio juris* espressa dagli Stati che ne hanno supportato l'adozione.

In ogni caso l'accertamento va condotto prendendo sempre le cautele necessarie²²², soprattutto alla luce del fatto che l'atteggiamento degli Stati verso una determinata risoluzione è spesso contaminato da sentimenti politici, o in generale da considerazioni non di natura giuridica; ciò richiederà, di conseguenza, una valutazione di tutte le circostanze e gli elementi del caso, al fine di verificare se l'intenzione degli Stati, messe da parte le pretese individuali, sia quella di riconoscere l'esistenza di una regola di diritto internazionale consuetudinario²²³.

Leggendo il commento, la CDI sottolinea che bisogna innanzitutto prestare grande attenzione al linguaggio utilizzato, che rappresenta il punto di partenza per valutare l'effettivo significato giuridico di una risoluzione; l'analisi deve inoltre accertare l'eventuale presenza di riferimenti al diritto internazionale, nonché la scelta di ricorrere a certi termini piuttosto che ad altri, a cominciare dal preambolo²²⁴; stessa attenzione deve essere prestata ai dibattiti e ai negoziati che hanno portato all'adozione della risoluzione, tenendo anche conto delle dichiarazioni presentate dagli Stati al momento della votazione e successivamente all'adozione dell'atto; tutto questo perché, come spiegato nel commento, «[t]he degree of support for the resolution [...] is critical»²²⁵, e qualora si riscontrino differenze d'opinione da parte

²²² Così si esprime anche la CIG nella sentenza Nicaragua c. Stati Uniti, quando riconosce appunto l'importanza delle risoluzioni dell'AG nel rilevamento dell'*opinio juris* riguardante il divieto dell'uso della forza armata, come sancito all'interno della Carta ONU. La CIG afferma infatti che tale *opinio juris* può essere dedotta «though with all due caution, [...] from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions [...]. The effect of consent to the text of such resolutions [...] may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves» (in *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., pp. 99-100, par. 188).

²²³ Riprendendo il già citato par. 70 dell'*advisory opinion* su *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, la CIG prosegue affermando che «to establish [the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris* from a] given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule».

²²⁴ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 148, par. (6). Viene citata, a titolo d'esempio, la Risoluzione 96 dell'11 dicembre 1946, *The Crime of Genocide*, Doc. A/RES/96 (I), dove la scelta di un preciso linguaggio («*The General Assembly [...] Affirms that genocide is a crime under international law*») suggerisce la volontà, da parte dell'organo assembleare dell'ONU, di riconoscere l'esistenza una norma di diritto internazionale consuetudinario.

²²⁵ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 148, par. (6).

degli Stati su alcuni aspetti della risoluzione, queste ultime saranno indizi dell'assenza di un convincimento della sua obbligatorietà.

Infine il par. 3 della Conclusione, dichiarando che le disposizioni contenute in una risoluzione sono in grado di riflettere una regola di diritto internazionale generale solo se corroborate da una prassi generale accettata come diritto, serve a ricordare che anche le risoluzioni, alla pari dei trattati, non possono mai rappresentare la prova definitiva e autonoma dell'esistenza di una consuetudine; esse assolvono, invece, una funzione *strumentale* alla ricostruzione e all'identificazione delle consuetudini, essendo la prova della loro esistenza affidata, come sempre, alla presenza della prassi accompagnata dall'*opinio juris*.

8. *Il ruolo della giurisprudenza dei tribunali nazionali e internazionali e della dottrina*

All'interno del processo di accertamento dell'esistenza e del contenuto di regole consuetudinarie, le decisioni dei tribunali sia nazionali che internazionali svolgono da sempre un ruolo di grande importanza; in particolare, per quanto riguarda la giurisprudenza delle corti internazionali, nonostante la loro autorità nel risolvere le controversie tra gli Stati derivi, sostanzialmente, da un accordo tra gli Stati in lite, tuttavia le decisioni di questi tribunali, come rilevato in dottrina (TREVES), «may be seen, indirectly, as manifestations of the practice of the States that have agreed to confer on them such authority and the mandate to apply international – including customary – law»²²⁶. Un'affermazione del genere, che all'apparenza sembra confinare i poteri e il ruolo dei tribunali internazionali alla “semplice” applicazione del diritto, vuole in realtà mettere in luce il fatto che la loro autorità, oggi, ha un respiro decisamente più ampio, che travalica i limiti di una giurisdizione consensuale sempre e per forza legittimata da un accordo tra due o più Stati. Le decisioni dei tribunali internazionali vanno ben oltre la semplice l'applicazione delle norme internazionali: la medesima dottrina evidenzia il fatto che le corti e i tribunali internazionali, in special modo la CIG, «are fully aware that their task is not only that of settling the disputes submitted to them, but also that of determining the contents of international law»²²⁷; ed in tal senso, l'accertamento del diritto internazionale consuetudinario,

²²⁶ T. Treves, *op. cit.*, par. 53.

²²⁷ *Ibid.*

insieme all'interpretazione dei trattati, rappresenta una parte fondamentale del lavoro dei tribunali internazionali, grazie soprattutto alla profonda preparazione ed esperienza tecnica e giuridica che contraddistingue queste corti e alla loro prospettiva pienamente indipendente e imparziale. Inoltre, il fatto che anche le decisioni dei tribunali nazionali, oltre a svolgere un ruolo decisivo nella formazione delle norme consuetudinarie in quanto manifestazioni della prassi dello Stato, possano fornire supporto nell'identificazione delle stesse, dà l'idea dell'importanza che la giurisprudenza *tout court* esercita nel processo di individuazione delle consuetudini.

Le *Draft Conclusions* della CDI dedicano a questo importante aspetto dell'attività dei tribunali la Conclusione 13 (*Decisions of courts and tribunals*), che disciplina appunto il ruolo delle decisioni delle corti (sia nazionali che internazionali) come validi strumenti di supporto nell'identificazione delle norme consuetudinarie. Il par. 1 parla delle sentenze dei tribunali internazionali, e stabilisce che queste ultime, in special modo quelle della CIG, quando riguardano l'esistenza e il contenuto di regole consuetudinarie, sono mezzi sussidiari per l'identificazione delle stesse²²⁸; il par. 2, invece, affronta la medesima questione sotto la lente della giurisprudenza nazionale, stabilendo che anche le decisioni delle corti interne, ove opportuno (*as appropriate*), vanno tenute in debita considerazione²²⁹. Dunque, come ricordato poco sopra e sottolineato dallo stesso commento della CDI, la giurisprudenza interna assolve un duplice ruolo nel processo di identificazione del diritto internazionale consuetudinario: da un lato, come stabilito dalle Conclusioni 6 (*Forms of practice*) e 10 (*Forms of evidence of acceptance as law*)²³⁰, le decisioni dei tribunali nazionali possono servire sia come prassi che come prova dell'*opinio juris* dello Stato del foro; dall'altro, in base alla Conclusione in esame, laddove una sentenza interna accerti l'esistenza e il contenuto di una consuetudine internazionale²³¹, questa assolverà

²²⁸ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 149 (*Conclusion 13*), par. 1: «Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules».

²²⁹ *Ibid*, par. 2: «Regard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the determination of such rules».

²³⁰ Per l'analisi del testo delle due Conclusioni, si veda *supra* rispettivamente ai parr. 5.3 e 6.

²³¹ Si pensi alla sentenza della Corte d'appello del secondo circuito, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30 giugno 1980, dove il giudice americano, di fronte alla richiesta di risarcimento danni presentata da due cittadini paraguayani nei confronti di un loro concittadino per il rapimento e la tortura di un loro congiunto, ha dovuto accertare la natura consuetudinaria del divieto di tortura per determinare la propria giurisdizione, basata su un atto legislativo del 1789 (*l'Alien Tort Claims*) che

una funzione ausiliaria nella determinazione di quella regola. Un altro aspetto di indubbio interesse è il linguaggio utilizzato dalla Conclusione 13, molto simile a quello dell'art. 38, par. 1 lett. d) dello Statuto della CIG, secondo cui la Corte, nel risolvere le controversie sottopostele dagli Stati, ricorre alle decisioni giudiziarie "come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche", tra cui le norme di diritto internazionale consuetudinario; l'utilizzo dell'espressione "mezzi ausiliari" (*subsidiary means*), dunque, mette in luce il ruolo ancillare svolto dalla giurisprudenza nel processo di individuazione delle norme, piuttosto che come fonte stessa di diritto internazionale (come nel caso dei trattati, delle consuetudini internazionali e dei principi general di diritto)²³². Ad ogni modo, l'espressione "mezzo ausiliario", come anche notato dalla CDI nel commento alla Conclusione, non intende assolutamente sminuire il valore delle decisioni giudiziali nel quadro dell'identificazione delle norme consuetudinarie²³³; al contrario, esse costituiscono una guida fondamentale all'interno di questo processo, benché il loro valore sia condizionato da diversi fattori, tra cui l'accoglienza ricevuta dalla decisione sia da parte degli Stati che dalla giurisprudenza seguente, o anche la natura del tribunale che l'ha emessa. Per quanto riguarda le "corti e i tribunali internazionali" ai quali fa riferimento il par. 1, tale categoria comprende, nelle intenzioni della CDI, qualunque organo a carattere internazionale dotato di poteri giurisdizionali, chiamato ad accertare e ad applicare regole di diritto internazionale consuetudinario. La Conclusione menziona espressamente la CIG, in quanto principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite, per la rilevanza centrale della sua giurisprudenza e per la sua natura unica, essendo l'unico tribunale internazionale a carattere permanente dotato di giurisdizione generale²³⁴; tuttavia la categoria non si limita ad essa ma è molto più

riconosceva la giurisdizione dei tribunali statunitensi rispetto alle azioni civili presentate da cittadini stranieri, aventi per oggetto la violazione di norme consuetudinarie. Per approfondimenti, si veda A. Tanzi, *op. cit.*, pp. 113-116.

²³² La stessa CIG ha in passato rimarcato la sua funzione di accertamento dell'esistenza di regole consuetudinarie, non di creazione delle stesse. Nel caso della *Giurisdizione sulle peschiere* del 1973 tra Regno Unito e Islanda, la Corte è intervenuta sul punto sottolineando che «[...] the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub species legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down» (in *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, sentenza, 25 luglio 1974, in *I.C.J. Reports 1974*, p. 23, par. 53).

²³³ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 149, par. (2).

²³⁴ L'autorevolezza della CIG nell'individuazione delle norme consuetudinarie è riconosciuta e consolidata anche presso le altre realtà giurisdizionali, tra cui la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Nel caso *Jones and Others v. United Kingdom* (2014), la CEDU, richiamando la sentenza *Jurisdictional Immunities of the State* tra Germania e Italia, ha affermato che le conclusioni della CIG «must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international

ampia, ed include, accanto alla CPGI (in quanto predecessore della CIG), le corti regionali e quelle a carattere specializzato, come il Tribunale internazionale del mare (TIDM), la Corte penale internazionale (CPI) e gli altri tribunali penali internazionali, le corti regionali per i diritti umani (come la Corte europea per i diritti dell'uomo – CEDU) e l'organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)²³⁵. Anche l'espressione "decisioni" (*decisions*) utilizzata dalla Conclusione ha un respiro ampio, e comprende le sentenze, i pareri consultivi e le ordinanze sulle questioni procedurali. Anche le opinioni dissenzienti, pur riflettendo un punto di vista individuale e spesso non corrispondente a quello della corte, possono avere un peso nell'identificazione delle norme consuetudinarie, sviluppando punti non sufficientemente affrontati nelle sentenze di riferimento; tuttavia, vista la loro natura, la CDI invita a utilizzarle con prudenza²³⁶.

Il par. 2, invece, riguarda le decisioni dei "tribunali nazionali"²³⁷, tra i quali rientrano non solo le corti strettamente interne, ma anche le corti a composizione internazionale operanti all'interno di uno o più sistemi nazionali, come nel caso dei tribunali a composizione mista, che si caratterizzano per una struttura ed una giurisdizione ibrida, che coinvolge elementi nazionali e internazionali. Come già notato in precedenza, il paragrafo invita ad una certa cautela (*as appropriate*) quando ci si affida alle decisioni dei tribunali nazionali come mezzi sussidiari di rilevazione di una consuetudine, poiché questi operano all'interno di uno specifico sistema giuridico, che incorpora il diritto internazionale in maniera comunque limitata; con la conseguenza che le loro decisioni sarebbero il riflesso di una particolare prospettiva nazionale, non raggiungendo una piena dimensione internazionale²³⁸. Sul punto la CDI era abbondantemente intervenuta già in passato

law» (in *Jones and Others v. the United Kingdom*, Application nos. 34356/06 e 40528/06, ECHR, 14 gennaio 2014, p. 52, par. 198).

²³⁵ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 150, par. (4).

²³⁶ *Ibid.*, par. (5).

²³⁷ Sul ruolo delle sentenze dei tribunali nazionali nel processo di determinazione delle norme consuetudinarie, si è espressa anche la Corte Suprema del Regno Unito nella sentenza *Mohammed and others v. Ministry of Defence*, [2017] UKSC 2, 17 gennaio 2017, in particolare ai parr. 149-151.

²³⁸ Vale la pena citare la conclusione alla quale è giunta la Corte Suprema d'Appello del Sudafrica nel caso *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre* (Case no. 867/15, sentenza 15 marzo 2016), la quale ha affermato esplicitamente, che il proprio compito (e in generale delle corti interne), per esigenze costituzionali, è quello di accertare lo stato del diritto internazionale consuetudinario, non di svilupparlo: «[O]ur task is to assess the state of customary international law as it stands at the present time and apply it. That is what the Constitution requires us to do. [...] in the area of customary international law [the Court's] task is one of discerning

(1950) quando, dichiarando che in generale le corti nazionali «apply the national law», affermava che le loro decisioni sui temi di diritto internazionale «are frequently based on international law only in so far as provisions of the latter have been incorporated into the national law»; tuttavia, proseguendo, rilevava che l'assorbimento delle norme internazionali nel diritto interno di uno Stato «is necessarily limited, for many of the provisions of international law serve little purpose in national law; at most, it is only *the national view of international law* which is incorporated into national law so as to be applicable by national courts»²³⁹. Infine la Conclusione 14 (*Teachings*) stabilisce, in maniera pressoché speculare alla Conclusione 13, che anche la dottrina può svolgere un ruolo importante nell'identificazione delle norme consuetudinarie²⁴⁰. Anche in questo caso, come per le decisioni dei tribunali, la CDI ha adottato lo stesso linguaggio dell'art. 38, par. 1 lett. d) dello Statuto della CIG, dove appunto si afferma che le opere di dottrina possono servire come mezzi ausiliari per la determinazione delle consuetudini, ossia per valutare l'esistenza di una prassi generale accettata come diritto. Questa funzione di "guida" riconosciuta anche alla dottrina²⁴¹ serve a ricordare che le opere degli studiosi, per quanto possano essere autorevoli e incontestabili dal punto di vista scientifico, non sono idonee a creare norme internazionali (esattamente come le decisioni dei tribunali), ma sono di supporto nella ricostruzione della prassi degli Stati, per rilevare eventuali divergenze e valutare la possibile presenza di regole²⁴². Tuttavia, anche in questo caso, la CDI suggerisce un approccio prudente al materiale dottrinale (e che si riflette nell'uso dell'espressione "may serve as"), dal

the existing state of the law, not developing it. [...] Development of customary international law occurs in international courts and tribunals [...] However tempting it may be to a domestic court to seek to expand boundaries of customary international law by domestic judicial decision, it is not in my view permissible for it to do so» (par. 74).

²³⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, cit., p. 370, par. 53. Corsivo aggiunto.

²⁴⁰ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 150 (*Conclusion 14*): «Teachings of the most highly qualified publicists of the various nations may serve as a subsidiary means for the determination of rules of customary international law».

²⁴¹ Il termine "teachings" al quale fa riferimento la Conclusione va inteso in senso ampio: secondo la spiegazione fornita dalla CDI, esso comprende non solo gli scritti di dottrina, ma anche le opere non scritte (come le lezioni e il materiale audiovisivo). Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit. p. 151, par. (1).

²⁴² Come anche sottolineato da M. Wood, O. Sender, *op. cit.*, par. 5. L'importanza delle opere di dottrina nel processo di identificazione delle norme consuetudinarie ha sempre ricevuto un riconoscimento unanime; a tal proposito si veda CDI, *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission – Memorandum submitted by the Secretary-General*, Doc. A/CN.4/6 and Corr.1, 1949, p. 85: «The creative contribution of writers of different nations and different schools to the development of international law and to its systematization is too well known to require further discussion here».

momento che il loro valore ed utilizzo nel determinare l'esistenza di norme consuetudinarie è soggetto a delicate variabili, legate non solo alla qualità degli scritti, ma anche e soprattutto alle intenzioni dei loro autori e al loro particolare punto di vista: come si legge infatti nel commento della CDI, «writers sometimes seek not merely to record the state of the law as it is (*lex lata*) but to advocate its development (*lex ferenda*). In doing so, they do not always distinguish (or distinguish clearly) between the law as it is and the law as they would like it to be»²⁴³.

In questo contesto, grande rilevanza viene data alle pubblicazioni degli organismi internazionali incaricati di codificare e sviluppare il diritto internazionale; tra questi rientrano, naturalmente, l'Istituto di diritto internazionale (*Institut de droit international*) e la Commissione di diritto internazionale, e così altri enti specializzati in determinati settori e provenienti da regioni differenti. Per quanto riguarda l'operato della CDI, in particolare, ogni sua conclusione sull'esistenza e il contenuto di una regola consuetudinaria (o anche sull'assenza di tale regola) viene tenuta in particolare considerazione, come del resto riconosciuto dalla CIG e da altri tribunali internazionali²⁴⁴; ciò deriva, soprattutto, dal carattere unico del mandato della CDI, in qualità di organo sussidiario dell'AG dell'ONU, che è quello di promuovere lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale.

9. La regola del *persistent objector* nelle Conclusioni della CDI

Nella celebre sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969, la CIG affermava che le regole di diritto internazionale consuetudinario, per loro natura, «must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour»²⁴⁵. Tuttavia, all'incirca nello stesso periodo (metà anni Sessanta), aveva iniziato a prendere piede, soprattutto nella dottrina anglo-americana, la teoria secondo cui se uno Stato si oppone sin dall'inizio al processo consuetudinario e mantiene in modo persistente

²⁴³ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 151, par. (3).

²⁴⁴ Si veda, ad esempio, il caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza, 25 settembre 1997, in *I.C.J. Reports 1997*, dove la CIG, per supportare il valore consuetudinario della regola dello stato di necessità, ha richiamato le conclusioni in proposito della CDI (in particolare p. 40, par. 51).

²⁴⁵ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., pp. 38-39, par. 63.

la sua posizione, anche qualora non riesca a impedire che si formi una nuova norma di diritto internazionale, non sarà vincolato da tale norma.

Per definire questa particolare posizione dello Stato è stata coniata l'espressione "obiettore persistente" (*persistent objector*)²⁴⁶, divenendo presto un termine tecnico consolidato e diffuso nel diritto internazionale, ampiamente utilizzato in dottrina²⁴⁷ e anche nella giurisprudenza internazionale²⁴⁸. Secondo alcuni studiosi (STEINFELD) tale regola «is a logical product of the consent theory»²⁴⁹ e ne rappresenterebbe, quindi, un cruciale elemento di protezione: permettendo infatti agli Stati di negare il proprio consenso ad una norma consuetudinaria, la regola del *persistent objector* confermerebbe che è solo dalla volontà degli Stati, ossia dal loro consenso a vincolarsi, che discende la capacità delle norme internazionali di creare obblighi nei loro confronti; e sempre secondo la dottrina (STEIN), è l'assenza di un legislatore internazionale a rendere per forza necessario il consenso degli Stati: «the

²⁴⁶ L'introduzione dell'espressione "persistent objector" nel lessico giuridico internazionale la si deve al giurista britannico Ian Brownlie (1932-2010), che si servì di questo termine fin dalla prima edizione del suo trattato *Principles of Public International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1966). Oggi la sua opera, sotto la cura di James Crawford, ha raggiunto la 9ª edizione (*Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019). Sulle origini della regola dell'obiettore persistente, si veda O. Elias, *Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law*, in *Denning Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 37-52.

²⁴⁷ Come rilevato dallo stesso *Special Rapporteur* Sir Michael Wood nel corso dei lavori della CDI per l'elaborazione delle *Draft Conclusions*. Si veda *Fourth Report on Identification of Customary International Law*, Addendum, UN Doc. A/CN.4/695/Add.1, 25 maggio 2016, pp. 19-20. Sul tema si veda anche V. Fon, F. Parisi, *Stability and Change in International Customary Law*, in *Supreme Court Economic Review*, 2009, vol. 17, n. 1, pp. 279-309.

²⁴⁸ Viene generalmente citata, a titolo di esempio, la celebre sentenza della CIG sulle *Peschiere norvegesi* del 1951, che dimostra come l'obiettore possa essere legittimato a non dare esecuzione ad una nuova norma consuetudinaria laddove incontri un atteggiamento di "tolleranza generale" da parte della comunità degli Stati. Più precisamente la sentenza, come già ricordato in precedenza (parr. 5 e 6), riguardava una controversia tra Norvegia e Regno Unito relativa alle zone di pesca. Al centro della controversia c'era la pretesa, da parte della Norvegia, di misurare il proprio mare territoriale a partire da un sistema continuo di linee di base rette, che congiungevano i punti più esterni della sua costa. Il Regno Unito, per parte sua, sosteneva che tale pretesa fosse illegittima alla luce della sopravvenuta formazione di una regola di diritto consuetudinario che, a suo giudizio, limitava la possibilità di tracciare linee di base rette alle baie di ampiezza non superiore a dieci miglia. La CIG negò l'esistenza della regola delle dieci miglia e affermò che la condotta norvegese era conforme al diritto internazionale consuetudinario. A ciò aggiunse, per rafforzare tale conclusione, che «[t]he notoriety of the facts, the general toleration of the international community, Great Britain's position in the North Sea, her own interest in the question, and her prolonged abstention would in any case warrant Norway's enforcement of her system against the United Kingdom» (in *Fisheries case*, cit., p. 139). Cfr. A. Gioia, *op. cit.*, pp. 47-48. Si veda anche Commissione interamericana dei diritti umani, *Michael Domingues v. United States*, Case 12.285, Report No. 62/02, Doc. 5 rev. 1, 22 ottobre 2002 (parr. 48-49: «[...] a norm which has been accepted by the majority of States has no binding effect upon a State which has persistently rejected the practice upon which the norm is based. [...]. More particularly, as customary international law rests on the consent of nations, a state that persistently objects to a norm of customary international law is not bound by that norm»).

²⁴⁹ A. Steinfeld, *Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons*, in *Brooklyn Law Review*, 1996, vol. 62, n. 4, p. 1655.

international legal order lacks a hierarchically superior sovereign authorized to prescribe rules for the subjects of the order. In the absence of such a sovereign, law must result from the concurrent wills of states and, at the very least, cannot bind a state that has manifestly and continuously refused to accept it»²⁵⁰.

La regola dell'obiettore persistente ha trovato spazio nei lavori della CDI sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, che ha dedicato al tema una parte specifica delle *Draft Conclusions* (la Parte Sei – *Persistent objector*), costituita dalla sola Conclusione 15, di cui si riporta qui di seguito il testo:

«1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection. 2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently. 3. The present draft conclusion is without prejudice to any question concerning peremptory norms of general international law (*jus cogens*)»²⁵¹.

Ad una prima lettura, come rilevato in dottrina (GREEN), il testo della Conclusione sembra sposare, almeno in termini generali, la visione ortodossa della teoria relativa all'obiettore persistente; tuttavia, nel commento alla Conclusione, la CDI entra maggiormente nel dettaglio, approfondendo aspetti nuovi, a cominciare dai requisiti previsti per l'operatività della regola, che sfidano in un certo senso la tradizione, soprattutto nel modo in cui la regola si è sviluppata nella prassi statale²⁵².

Il par. 1 della Conclusione presenta, sostanzialmente, il contenuto della regola, e stabilisce che se uno Stato si è opposto ad una norma internazionale consuetudinaria in via di formazione, quella norma non può essere fatta valere nei confronti di quello Stato finché esso mantiene la propria obiezione. Stabilito questo, il commento alla Conclusione chiarisce fin da subito che il ruolo del *persistent objector* va tenuto distinto dalle ipotesi in cui l'obiezione alla creazione di una nuova norma consuetudinaria provenga da un numero significativo di Stati, che in tal modo ne impedirebbero la cristallizzazione a causa dell'insufficienza dei due elementi

²⁵⁰ Ted L. Stein, *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1985, vol. 26, n. 2, p. 459.

²⁵¹ CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 152 (Conclusion 15).

²⁵² Cfr. J. A. Green, *The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2018, vol. 27, n. 1, pp. 175-188, in particolare p. 176.

costitutivi (prassi generale ed *opinio juris*)²⁵³. Ad ogni modo la CDI sottolinea l'uso diffuso della regola dell'obiettore persistente, segno evidente del riconoscimento unanime del suo valore, non solo a livello giurisprudenziale²⁵⁴ ma anche in altri contesti extragiudiziali: si legge, ad esempio, nell'edizione 2016 del manuale di diritto bellico (*Law of War Manual*) pubblicato dal Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, nella parte dedicata alle regole internazionali consuetudinarie (Sez. 1.8, *Customary International Law*), che «[c]ustomary international law is generally binding on all States, but States that have been persistent objectors to a customary international law rule during its development are not bound by that rule»²⁵⁵. Oltre a questo, la regola del *persistent objector* è ampiamente condivisa dalla comunità degli Stati. Il par. 1 mette in chiaro la prima condizione fondamentale per l'ammissibilità della posizione dell'obiettore, e cioè che l'obiezione alla regola venga manifestata durante il processo di formazione. La tempestività (*timeliness*) dell'obiezione è un fattore cruciale, dice la CDI: lo Stato deve esprimere la sua opposizione prima che la prassi si sia cristallizzata in una norma consuetudinaria, garantendosi una posizione sicura e inattaccabile qualora si sia mosso con ampio anticipo. In altre parole, non è ammissibile un'obiezione postuma (*subsequent objector rule*): una volta consolidata la nuova regola, lo Stato oppositore non potrà più far valere la sua posizione dissenziente²⁵⁶. In questo senso, la versione offerta dalla Conclusione 15 è in linea con la concezione tradizionale di *persistent objector*: quest'ultimo, infatti, non rivendica normalmente l'inopponibilità nei suoi confronti di una consuetudine già formata, ma tenta solo di impedire la sua formazione o di negare che questa sia avvenuta²⁵⁷. Inoltre, se uno Stato si dichiara "obiettore persistente", la norma

²⁵³ Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 152, par. (2).

²⁵⁴ Oltre alla già citata sentenza della CIG sulle *Peschiere norvegesi*, la CDI fornisce alcuni esempi trasversali di decisioni giudiziali che hanno affrontato la questione del *persistent objector*, sia internazionali che nazionali: tra questi *Sabeh El Leil v. France* [GC], No. 34869/05, ECHR, 20 giugno 2011, par. 54; WTO Panel Reports, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R e WT/DS293/R, 21 novembre 2006, p. 335. Si veda CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 152, nota 778.

²⁵⁵ United States Department of Defense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., dicembre 2016, p. 30, par. 1.8. Lo stesso documento riporta la nozione di obiettore persistente, definendolo un principio ampiamente accettato (p. 34, par. 1.8.4): «Objection During Development: Even if a rule otherwise reflects customary international law, the rule is not binding upon a State that has persistently objected to that rule during its development. This principle is an accepted application of the traditional principle that international law essentially depends on the consent of States».

²⁵⁶ Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 152, par. (5).

²⁵⁷ Come dimostrato in base alla prassi internazionale: si veda G. Pentassuglia, *La rilevanza dell'obiezione persistente nel diritto internazionale*, Laterza, Bari, 1996. Si veda anche B. Conforti, M. Iovane, *op. cit.*, p. 47.

consuetudinaria non potrà essere fatta valere nei suoi confronti; a tal proposito, l'espressione "not opposable" usata nel testo della Conclusione riflette la condizione eccezionale dell'obiettore persistente.

Il par. 2, invece, indica una serie di requisiti da osservare tassativamente perché uno Stato possa stabilire e mantenere lo status di "obiettore persistente". Innanzitutto l'obiezione deve essere espressa in maniera chiara (*clearly expressed*); ciò significa che il rifiuto di una regola consuetudinaria in via di formazione da parte di uno Stato non deve prestarsi a nessun tipo di ambiguità. Tuttavia, stando al commento della CDI, non è richiesto che l'obiezione venga presentata in una forma specifica: può trattarsi di forma verbale, sia scritta che orale, oppure attraverso atti concludenti. È necessario, inoltre, che essa sia resa nota agli altri Stati (*made known to other States*), ossia comunicata internazionalmente. Infine, la non opponibilità di una norma consuetudinaria allo Stato che ne abbia contestato la formazione è subordinata alla condizione che essa sia stata sostenuta costantemente dallo Stato in questione (*maintained persistently*), sia prima che successivamente alla nascita della regola consuetudinaria. La valutazione di questo requisito, secondo la CDI, va condotta in maniera pragmatica, ad esempio reiterando l'obiezione qualora le circostanze lo richiedano²⁵⁸. Il par. 3, infine, stabilisce espressamente che la regola sull'obiettore persistente, e in generale quanto affermato nella Conclusione, non pregiudica in alcun modo le questioni legate al rispetto delle norme imperative di diritto internazionale generale (*jus cogens*)²⁵⁹.

Il fatto che la CDI abbia deciso di includere la regola del *persistent objector* nel suo programma di lavoro, e successivamente nelle *Draft Conclusions*, è indicativo della rilevanza che tale regola ha raggiunto negli anni; la scelta di inserirla è dovuta, in gran parte, a motivi pragmatici, indipendentemente dal fatto che la regola rientrasse "tecnicamente" nell'ambito di competenza della CDI. Stando alla dottrina (GREEN), la mancanza di qualunque riferimento al *persistent objector* nelle *Draft Conclusions* avrebbe fortemente indebolito, sul piano dell'efficacia, il senso delle Conclusioni in quanto strumento utile per l'accertamento del diritto internazionale consuetudinario;

²⁵⁸ Cfr. CDI, *Draft Conclusions*, cit., pp. 153-154, parr. (7, 8, 9).

²⁵⁹ In questo senso la Conclusione 15 segue quanto indicato nel commento alla Conclusione 1 (*Scope*), dove si spiega che le *Draft Conclusions* «are without prejudice to questions of hierarchy among rules of international law, including those concerning peremptory norms of general international law (*jus cogens*), or questions concerning the *erga omnes* nature of certain obligations». In CDI, *Draft Conclusions*, cit., p. 124, par. (6).

e già solo aspetto pratico era visto come una ragione sufficiente a giustificarne l'inclusione²⁶⁰; come specificato dallo *Special Rapporteur*, la questione dell'obiezione persistente «might well arise before judges who were asked to identify rules of customary international law. It would thus be useful to provide practitioners with guidelines on how the matter was to be evaluated [...]»²⁶¹. L'assenza della regola, quindi, avrebbe prodotto un quadro incompleto sul funzionamento del diritto internazionale consuetudinario, prestando inoltre il fianco anche a potenziali contestazioni circa l'esistenza stessa di una simile regola.

10. *Il fattore temporale nella formazione della consuetudine. La teoria dei "Grotian Moments"*

Dopo aver esaminato nel dettaglio il contenuto delle *Draft conclusions on identification of customary international law* della CDI, che rappresentano, in buona sostanza, la sintesi del pensiero giuridico contemporaneo sul processo di formazione e identificazione delle norme internazionali consuetudinarie, risulta utile, prima di entrare nelle battute finali, approfondire alcuni aspetti di questo processo legati prevalentemente al tempo di formazione di una consuetudine.

Come si è ampiamente visto nel corso del capitolo, tradizionalmente i giuristi, gli uomini di Stato e gli studiosi di diritto considerano solo ed esclusivamente due fattori per valutare se una regola in via di formazione ha acquisito lo status di norma consuetudinaria: una prassi diffusa degli Stati; e il convincimento che quella prassi sia richiesta dal diritto internazionale. E questo trova una conferma decisiva all'interno delle *Draft Conclusions*, che non lasciano alcun dubbio su cosa sia necessario perché una consuetudine si formi e a quali elementi affidarsi per accertarne l'esistenza. Tuttavia esiste una corrente dottrinale, oggi molto attiva, che prende in considerazione anche un terzo fattore che, in certi casi, può influire in maniera determinante nella formazione di una consuetudine: questo viene definito da MICHAEL P. SCHARF, tra i principali sostenitori di questa teoria, un "contesto di radicale cambiamento" (*a context of fundamental change*) che può servire come

²⁶⁰ Cfr. J. A. Green, *op. cit.*, p. 180. Si veda anche *Summary Record of the 3280th Meeting*, UN Doc. A/CN.4/SR.3280, 2015, p. 13.

²⁶¹ *Provisional Summary Record of the 3254th Meeting*, UN Doc. A/CN.4/SR.3254, 2015, p. 14 (Wood).

agente propulsore, capace di accelerare il processo di formazione di una consuetudine anche attraverso il ricorso ad una prassi statale ridotta; in questi casi, sempre secondo SCHARF, sono le risoluzioni dell'AG e le sentenze dei tribunali internazionali a giocare spesso un ruolo maggiore nella cristallizzazione della nuova consuetudine emergente²⁶².

Si è detto nei paragrafi precedenti²⁶³ che il tempo, originariamente, era considerato un fattore determinante per il corretto svolgimento del processo di cristallizzazione di una norma consuetudinaria, che poteva impiegare decenni per completarsi²⁶⁴; la stessa CDI, nel primo periodo della sua attività, richiedeva che la prassi statale si svolgesse «over a considerable period of time» perché una consuetudine potesse emergere²⁶⁵. Tuttavia già la CIG, si ricorderà, nella sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* aveva ridimensionato fortemente il decorso di un certo lasso tempo come condizione necessaria per la formazione di una regola consuetudinaria, ritenendo sufficiente il consolidarsi di una prassi sufficientemente diffusa e uniforme²⁶⁶; e del resto si è visto che in diversi casi, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, si è assistita ad una accelerazione del processo consuetudinario dovuta ad una serie di eccezionali e repentini cambiamenti storici e tecnologici (come nel caso del diritto aerospaziale)²⁶⁷, al punto che ha iniziato a palesarsi in dottrina, anche se in maniera poco diffusa, l'idea della c.d. “consuetudine istantanea”; idea, quest'ultima, che tuttavia non ha mai incontrato il favore della CDI, bensì una ferma ed esplicita negazione a priori («there is no such thing as “instant custom”» si legge nel commento alla Conclusione 8)²⁶⁸.

Resta comunque il fatto che gli episodi di accelerazione del processo consuetudinario si sono verificati, creando di conseguenza un'anomalia all'interno di

²⁶² Cfr. M. P. Scharf, *op. cit.*, p. 306.

²⁶³ V. *supra*, par. 5.

²⁶⁴ La giurisprudenza francese richiedeva il passaggio di almeno quarant'anni perché si formasse una consuetudine internazionale, mentre secondo la dottrina tedesca ne erano necessari trenta. Sul punto si veda G. I. Tunkin, *Remarks on the Judicial Nature of Customary Norms in International Law*, in *California Law Review*, 1961, vol. 49, n. 3, p. 419 ss.

²⁶⁵ Si veda M. O. Hudson, *Article 24 of the Statute of the International Law Commission, Document A/CN.4/16*, in *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 26, par. 11.

²⁶⁶ Si ricorda il più volte citato passaggio della sentenza, dove la Corte afferma che «[a]lthough the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law [...]» (in *North Sea Continental Shelf Cases*, cit. p. 43, par. 74).

²⁶⁷ Come confermato anche nella voce enciclopedica della *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, dove si legge «recent developments show that customary rules may come into existence rapidly». In T. Treves, *op. cit.*, par. 24.

²⁶⁸ V. *supra* par. 5.2.

un sistema che sembrava vincolato ad una cristallizzazione sempre lenta e dilatata. Prendendo quindi spunto dagli scritti del Prof. BRUCE ACKERMAN, in particolare dalla sua opera *Reconstructing American Law* (1984) dove, per descrivere le profonde trasformazioni prodotte dal *New Deal* nel diritto costituzionale statunitense, si è servito dell'espressione "momento costituzionale" (*constitutional moment*), alcuni studiosi hanno deciso di declinare la stessa espressione sul piano internazionale (*international constitutional moment*) per definire i veloci cambiamenti di paradigma e i momenti di trasformazione più radicali nel diritto internazionale. Tra questi si può ricordare, ad esempio, la stesura della Carta di San Francisco (26 giugno 1945) con cui sono state istituite le Nazioni Unite, e che è stata appunto definita un "momento costituzionale" nella storia del diritto internazionale²⁶⁹; anche nei processi contro i criminali nazisti che si sono svolti a Norimberga è stato intravisto un «constitutional moment for international law»²⁷⁰; e così anche per l'attacco contro gli Stati Uniti dell'11 settembre 2001 è stata usata l'espressione "constitutional moment", avendo portato un drastico ed irreversibile cambiamento sul piano delle minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, che ha spianato la strada al rapido sviluppo di nuove regole consuetudinarie²⁷¹.

Tuttavia, nota SCHARF, l'espressione "international constitutional moment" sarebbe funzionale se si parlasse dei profondi cambiamenti all'interno di una particolare organizzazione internazionale, il cui funzionamento fosse regolato da uno strumento giuridico che agisse da costituzione²⁷². Non è invece questo il caso del diritto internazionale generale, per il quale risulta più congeniale l'espressione "momento groziano" (*Grotian Moment*), termine utilizzato per la prima volta dal Prof. RICHARD FALK, dell'Università di Princeton, per catturare il senso di questo concetto²⁷³.

²⁶⁹ Si veda J. S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, in *Stanford Law Review*, 2003, vol. 56, pp. 429-529.

²⁷⁰ L. N. Sadat, *Enemy Combatants After Hamdan v. Rumsfeld: Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror*, in *George Washington Law Review*, 2007, vol. 75, p. 1200 ss.

²⁷¹ Sul tema si vedano A. M. Slaughter, W. Burke-White, *An International Constitutional Moment*, in *Harvard International Law Journal*, 2002, vol. 43, p. 1 ss.; I. Johnstone, *The Plea of "Necessity" in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 43, p. 337 ss.

²⁷² Cfr. M. P. Scharf, *op. cit.*, p. 308.

²⁷³ Per approfondimenti sul pensiero di Falk e la sua applicazione al concetto di "changing paradigm" nel diritto internazionale, si veda R. Falk, *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in R. Falk, C. Black (a cura di), *The Future of International Legal Order*, Princeton University Press, Princeton, 1969, pp. 32-70. Si vedano anche B. H. Weston et al. (a cura di), *International Law and World Order*, West Academic Publishing, 2006; M. P. Scharf, *Customary*

L'espressione rappresenta un tributo alla figura di Ugo Grozio (1583-1645), lo studioso e diplomatico olandese considerato uno dei grandi protagonisti della storia del diritto internazionale, al quale si deve, tra le varie cose, l'architettura intellettuale alla base della Pace di Westfalia (1648), che ha fissato le regole basilari del diritto internazionale moderno. In virtù, quindi, del forte significato simbolico di Westfalia, della rottura col passato che questo episodio ha provocato e del valore emblematico della figura di Grozio nel ridefinire, attraverso quello che potremmo chiamare il primo "momento groziano", il pensiero storico e giuridico, la scelta dell'espressione *Grotian Moment* non appare per nulla casuale²⁷⁴.

Ciò detto, la stimolante teoria dei *Grotian Moments* deve fare i conti con la natura destrutturata del processo consuetudinario. Nel diritto interno di uno Stato, ma anche nel diritto internazionale (si pensi al procedimento di conclusione dei trattati), la formazione di una norma è scandita da una procedura ben definita che permette di mettere a fuoco le singole fasi del suo sviluppo, individuando in particolare un inizio e una fine di questo percorso. Nel diritto consuetudinario, come si è visto, la situazione è diversa; non esiste infatti una formula ufficiale e codificata che guidi il giudice, il giurista e l'interprete nell'identificazione precisa della norma consuetudinaria, sia per quanto riguarda il numero di Stati necessari per la determinazione della prassi, sia con riferimento al tempo previsto affinché la norma emerga. Tuttavia, di fronte a questo spiazzante *horror vacui*, arriva in soccorso la dottrina. Nel suo corso presso l'Accademia di Diritto internazionale dell'Aja (*The Formation of Customary International Law*), il Prof. MAURICE MENDELSON lascia intendere che una formula di questo tipo non è necessaria; servendosi della metafora di una casa in via di costruzione, egli pone l'accento sul fatto che è spesso assai difficile, se non impossibile, stabilire esattamente il momento in cui la casa viene ad esistere: «Do we have to wait for the roof to go on, for the windows to be put in, or for all of the utilities to be installed? So it is with customary law»²⁷⁵. Va sottolineato che raramente un giudice ha bisogno di conoscere esattamente il momento in cui una prassi si è cristallizzata in una norma vincolante; oppure,

International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 17 ss.

²⁷⁴ Cfr. H. Bull, B. Kingsbury, A. Roberts (a cura di), *Hugo Grotius and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 9; E. Keene, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 45-52.

²⁷⁵ M. Mendelson, *op. cit.*, p. 175.

usando un'altra metafora di Mendelson, "l'attimo preciso in cui il frutto diventa maturo"; e questo perché, spiega, «we are more interested in knowing, when we bite it, if it is now ripe or still too hard or sour»²⁷⁶. Tuttavia esistono dei casi in cui un tribunale deve stabilire in maniera più precisa quando una norma in via di formazione si trasforma in una regola consuetudinaria, dunque vincolante per la generalità degli Stati.

Un esempio illustrativo, in questo senso, è rappresentato dall'esperienza delle Camere straordinarie nei tribunali della Cambogia (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*), una corte speciale istituita dalle Nazioni Unite e dal governo cambogiano per giudicare e punire i principali responsabili delle atrocità commesse durante il regime del terrore degli Khmer Rossi (*Khmer Rouge*) tra il 1975 e il 1979. Nel corso dei processi, il tribunale ha dovuto stabilire se, al momento della commissione dei crimini (1975), esisteva una norma internazionale generale che prevedesse la c.d. "Joint Criminal Enterprise Liability" (JCE), una forma di compartecipazione criminosa in base alla quale, in presenza di determinate condizioni relative agli elementi oggettivo e soggettivo del reato, ogni membro appartenente ad un gruppo organizzato è direttamente responsabile per i tutti i crimini commessi dal gruppo stesso.

La JCE era stata impiegata e accettata dalla Camera d'Appello del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia nella sentenza del 1999 relativa al caso *Tadić*, come un principio applicabile nei giudizi penali internazionali²⁷⁷, trovando successivamente un'applicazione diffusa in vari giudizi davanti ad altri tribunali penali internazionali²⁷⁸. Tuttavia questi moderni precedenti, per quanto eloquenti, non potevano avere rilevanza diretta nel caso del tribunale speciale cambogiano, dal momento che i crimini sotto la sua giurisdizione erano stati commessi oltre venti anni

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 176. Si veda anche M. P. Scharf, *Accelerated Formation*, cit., p. 330. Sempre Scharf spiega che la metafora del frutto di Mendelson risulta efficace per comprendere il processo di cristallizzazione del concetto di "piattaforma continentale" in una norma consuetudinaria, che si è sostanzialmente diviso in tre fasi: l'introduzione del concetto da parte del Presidente Truman nel 1945; il suo riconoscimento nell'omonima Convenzione di Ginevra del 1958 come parte dello Stato costiero; la pronuncia della CIG sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969, che ha consacrato questo principio come parte del diritto internazionale consuetudinario. All'interno di questo percorso, in un punto non meglio precisato e difficilmente individuabile, la nozione di "piattaforma continentale" si è trasformata in una consuetudine internazionale.

²⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-I, sentenza, 15 luglio 1999.

²⁷⁸ Tra questi, oltre al Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, anche la Corte penale internazionale, il Tribunale penale internazionale per il Rwanda e la Corte speciale per la Sierra Leone. Cfr. M. P. Scharf, *Accelerated Formation*, cit., p. 331.

prima; ragion per cui, in base al principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) consolidato nel diritto internazionale, la corte cambogiana poteva applicare solo le norme penali sostanziali e le relative regole di incriminazione riconosciute come parte del diritto internazionale consuetudinario nel 1975. Ciò significava spostare indietro le lancette dell'orologio, e verificare se la regola del JCE fosse già cristallizzata nel diritto internazionale generale prima del periodo in cui erano stati commessi i crimini.

Il Prof. SCHARF, che era stato convocato in qualità di *Special Assistant* dall'Ufficio del Procuratore delle Camere Straordinarie, suggerì di richiamare il precedente del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e dei c.d. "Principi di Norimberga" (*Nuremberg Principles*) adottati nel 1946 dall'AG ONU²⁷⁹, indicandoli come elementi sufficienti per accertare la presenza della responsabilità per JCE nel diritto consuetudinario nel periodo immediatamente successivo alla Seconda Guerra Mondiale. Di fronte alle argomentazioni presentate dalla difesa degli imputati, che respingeva l'esperienza giuridica di Norimberga e gli effetti che essa aveva prodotto come prova della prassi e dell'*opinio juris* necessarie per riconoscere il valore consuetudinario della regola in esame, il procuratore, seguendo il consiglio di SCHARF, controrispose definendo Norimberga un "momento groziano":

«The Nuremberg Charter [...] and related jurisprudence constituted what international law scholars term a "Grotian Moment". Such a moment occurs when there is a transformative development in which new rules and doctrines of customary international law emerge with unusual rapidity and acceptance»²⁸⁰.

Era la prima volta che veniva utilizzata l'espressione *Grotian Moment* nel corso di un procedimento davanti a un tribunale internazionale²⁸¹. Sulla base del fondamentale e drammatico precedente storico di Norimberga, la Corte della Cambogia riconobbe l'applicazione ai giudizi in corso della regola del JCE in quanto norma consuetudinaria, nonostante l'assenza di una diffusa prassi statale.

²⁷⁹ *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, AG Ris. 95 (I), New York, 11 dicembre 1946.

²⁸⁰ *Co-Prosecutor's Supplementary Observations on Joint Criminal Enterprise*, Caso di Ieng Sary, No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, 31 dicembre 2009, p. 7, par. 11.

²⁸¹ Cfr. M. P. Scharf, *Accelerated Formation*, cit., p. 332.

La pronuncia delle Camere Straordinarie della Cambogia ha confermato un dato già certo, e cioè che l'esperienza dei processi di Norimberga ha costituito un esempio straordinario di radicale cambiamento nel diritto internazionale. La tradizionale concezione che vedeva negli Stati i soli soggetti di diritto internazionale, estranea quindi al destino degli individui che vivevano entro i loro confini, è stata letteralmente ribaltata da Norimberga: «International law now protects individual citizens against abuses of power by their governments [and] imposes individual liability on government officials who commit grave war crimes, genocide, and crimes against humanity»²⁸². E anche la CDI ha riconosciuto in Norimberga l'inizio di un paradigma internazionale completamente nuovo²⁸³, incentrato sulla responsabilità penale individuale e la condanna dei crimini internazionali, e per questo definito «the cornerstone of international criminal law»²⁸⁴.

Come affermato da SCHARF, il caso di Norimberga rappresenta «a prototypical Grotian Moment»²⁸⁵; si è trattato di un evento che, sotto il profilo del tradizionale processo di formazione di una consuetudine internazionale, è risultato piuttosto limitato, riducendosi solamente alla negoziazione dello Statuto del Tribunale da parte di quattro Stati (con il seguente accesso di altri diciannove), i giudizi emessi e una risoluzione dell'AG che ne ha adottato i principi. E questa rivoluzionaria esperienza dal punto di vista storico e giuridico, con tutto il carico di cambiamenti che si è portata dietro, si è consumata nell'arco di un solo anno, nel breve periodo compreso tra la fine della guerra e l'adozione della risoluzione da parte dell'AG.

Norimberga non è un caso isolato: nel corso della seconda metà del Novecento è possibile cogliere altri significativi “momenti groziani”, a dimostrazione della duttilità di questo concetto, capace di prestarsi a diverse applicazioni. Allo stesso tempo, però, si tratta di un concetto da maneggiare con cura, e al quale approcciarsi con molta cautela: e qui la dottrina (GASSAMA) mette in guardia, affermando che «[i]t is

²⁸² A. M. Slaughter, W. Burke-White, *op. cit.*, p. 13.

²⁸³ La dottrina anglosassone usa spesso la formula “paradigm shift”. Secondo la definizione fornita da Thomas Kuhn nel suo libro *The Structure of Scientific Revolutions* (University of Chicago Press, 1970, p. 190), «a paradigm shift is a change in the basic assumptions within the ruling theory of science»; questa espressione, generalmente impiegata nel campo della scienza pura, ha iniziato ad essere utilizzata in numerosi contesti non scientifici per descrivere appunto i profondi cambiamenti all'interno di un modello fondamentale, o nella percezione di determinati eventi.

²⁸⁴ *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session*, 6 maggio-26 luglio 1996, U.N. Doc. A/51/10.

²⁸⁵ M. P. Scharf, *Accelerated Formation*, cit., p. 334.

always easy, at times of great international turmoil, to spot a turning point that is not there»²⁸⁶.

Altri *Grotian Moments* possono essere individuati, ad esempio, nello storico proclama del 1945 da parte del presidente americano Truman, dove dichiarava che le risorse presenti nella piattaforma continentale al largo delle coste statunitensi appartenevano agli Stati Uniti. Questa presa di posizione, motivata da una domanda di risorse sempre più pressante e dalla rapidità con cui si stavano sviluppando le nuove tecnologie per l'estrazione del petrolio e del gas, rappresentò una significativa rottura con le norme consuetudinarie vigenti all'epoca sul diritto del mare. La mancanza di una qualunque opposizione da parte della Comunità internazionale, unita al fatto che nel giro di pochi anni metà del mondo costiero aveva avanzato la medesima pretesa degli Stati Uniti, non fece che accelerare in via definitiva la cristallizzazione del concetto di "piattaforma continentale" in una nuova norma consuetudinaria. La conferma arrivò poi nel 1969 con la sentenza sulla *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* del CIG, dove si riconobbe che dal proclama di Truman era rapidamente scaturita una nuova regola consuetudinaria vincolante la generalità degli Stati²⁸⁷.

Le grandi conquiste della scienza, in particolare nel campo della tecnologia missilistica, furono alla base di quello che è considerato un altro importante *Grotian Moment*: la corsa allo spazio inaugurata da Stati Uniti e Unione Sovietica all'inizio degli anni Sessanta, e che in tempi eccezionalmente rapidi portò alla nascita di nuove norme consuetudinarie, codificate nella *Dichiarazione sulle norme giuridiche circa l'esplorazione e l'utilizzazione da parte degli Stati dello spazio extra-atmosferico* del 1963, adottata dall'AG all'unanimità²⁸⁸.

Infine anche l'istituzione del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, con il fortissimo contributo fornito all'evoluzione delle norme consuetudinarie in materia penale, è vista come un altro importante "momento groziano". Anche in questo caso, in maniera simile alla creazione del Tribunale di Norimberga, la decisione di istituire

²⁸⁶ I. J. Gassama, *International Law at a Grotian Moment: The Invasion of Iraq in Context*, in *Emory International Law Review*, 2004, vol. 18, n. 1, p. 30.

²⁸⁷ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., pp. 32-33, par. 47: «The Truman Proclamation [...] soon came to be regarded as the starting point of the positive law on the subject, and the chief doctrine it enunciated, namely that of the coastal State as having an original, natural, and exclusive right to the continental shelf off its shores, came to prevail over all others [...]»

²⁸⁸ *Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*, Ris. 1962 (XVIII), 13 dicembre 1963.

un nuovo tribunale penale internazionale è avvenuta in una cornice straordinaria di eccezionali e drammatici eventi storici: la fine della Guerra Fredda; la dissoluzione dell'Unione Sovietica, con il subentro della nuova nazione russa nel Consiglio di Sicurezza; e per la prima volta dalla fine del nazismo, il ritorno del genocidio in Europa. Tra le grandi novità introdotte dalla giurisprudenza del Tribunale per l'ex Jugoslavia, va sicuramente ricordata la decisione con cui è stata riconosciuta la responsabilità penale dell'individuo per la violazione dell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e del II Protocollo aggiuntivo del 1977, relativi alla commissione di crimini di guerra commessi nel contesto di un conflitto a carattere non internazionale. In questo modo è stata finalmente colmata una grande lacuna nel diritto internazionale umanitario, e il valore consuetudinario delle norme umanitarie relative ai conflitti internazionali è stato esteso anche ai conflitti interni.

Lo studio e la teoria relativa ai *Grotian Moments*, e il loro richiamo anche in sede giurisprudenziale, dimostra che esiste un concreto riconoscimento internazionale circa la capacità del diritto consuetudinario, a fronte di circostanze uniche, di rispondere prontamente ai radicali cambiamenti della storia. Si tratta comunque di un concetto da tenere ben distinto dalla controversa nozione di "consuetudine istantanea": i "momenti groziani", come si è visto, poggiano spesso su risoluzioni dell'AG, su decisioni di corti internazionali, e in generale trovano sempre una base su un atto giuridico internazionale; inoltre è richiesta una qualche forma di prassi da parte degli Stati, per quanto non necessariamente diffusa. Al contrario, il concetto di "consuetudine istantanea" prevede che la regola possa formarsi anche in totale assenza della prassi statale. Inoltre non sempre i cambiamenti tecnologici, geopolitici o sociali si traducono, inevitabilmente, in un'accelerazione del processo consuetudinario, motivo per cui l'invocazione del "momento groziano", per essere fondata, deve essere sempre accompagnata da una qualche reazione concreta da parte della Comunità internazionale²⁸⁹. E questo conduce ad alcune considerazioni conclusive.

²⁸⁹ È il caso, ad esempio, dell'attacco aereo compiuto nel 1999 dalla *North Atlantic Treaty Organization* (NATO) contro la Serbia, per proteggere i kosovari di etnia albanese dalla pulizia etnica; o la reazione all'attacco terroristico dell'11 settembre 2001, quando gli Stati Uniti giustificarono il proprio intervento militare in Afghanistan contro Al-Qaeda in base all'art. 51 della Carta ONU. Per approfondimenti, si veda M. P. Scharf, *Accelerated Formation*, cit., pp. 337-338.

11. *Riflessioni conclusive*

L'analisi degli sviluppi più recenti in tema di formazione e identificazione delle norme consuetudinarie, condotta principalmente alla luce dei lavori di codificazione della CDI, non ha riservato grandi sorprese o soluzioni particolarmente innovative. In base alla ricostruzione svolta nel corso del capitolo, è evidente che il lavoro di chiarezza svolto dalla Commissione, fondato sulla precisa individuazione degli elementi formativi di una consuetudine, del materiale di prova per il loro accertamento e dei soggetti che partecipano al processo consuetudinario, ha voluto ancorarsi saldamente alla giurisprudenza, piuttosto che intraprendere nuovi percorsi.

L'ampio spazio dedicato alla prassi e alle caratteristiche che deve presentare per innescare la formazione di una consuetudine, oltre che alle forme che può assumere, è indicativo della centralità che ancora oggi l'elemento materiale possiede all'interno di questo processo; ciò non toglie, come si è ampiamente visto, che anche l'*opinio juris* abbia una funzione decisiva in questo meccanismo, essendo l'ingrediente fondamentale che trasforma un'azione potenzialmente anonima, dal punto di vista giuridico, in una condotta necessaria e infine obbligatoria. La teoria dei *Grotian Moments*, oltretutto, dimostra come, in situazioni di eccezionale gravità e di radicale mutamento, l'elemento psicologico dell'*opinio juris sive necessitatis* diventi il principale fattore creativo, che compensa una scarsa diffusione della prassi con una forte coscienza giuridica. In ogni caso al centro del processo consuetudinario, come espresso in maniera pressoché definitiva nelle *Draft Conclusions* e nei commenti della CDI, rimangono sempre e solo gli Stati, che continuano ad essere gli indiscussi protagonisti dell'evoluzione del diritto internazionale; questo, tuttavia, non scalfisce in alcun modo l'importanza della giurisprudenza (sia nazionale che internazionale), il cui contributo, come si è visto, si esprime sia in fase di formazione della nuova regola consuetudinaria, in quanto espressione di prassi e *opinio juris*, sia in fase di accertamento della regola stessa, essendo le decisioni delle corti un potente strumento di indagine. In tutto ciò non bisogna poi assolutamente sottovalutare il ruolo delle organizzazioni internazionali, che non solo svolgono una funzione di foro e aggregazione della volontà degli Stati, ma possiedono spesso la capacità di guidare e influenzare il comportamento degli stessi. Entità come queste rappresentano a loro volta una risorsa imprescindibile per l'evoluzione e l'accertamento del diritto internazionale generale.

Alla luce di questa ricostruzione della nozione di consuetudine (ai cui misteri bisogna comunque arrendersi, facendo tesoro di tutti mezzi e strumenti a disposizione per accertare l'esistenza di una nuova regola consuetudinaria), resta da capire come queste preziose indicazioni di metodo si interfaccino con la protezione dei beni culturali, in particolare dalle condotte più odiose di distruzione intenzionale sia in tempo di pace che in tempo di guerra. In altre parole, esistono oggi norme consuetudinarie che tutelano il patrimonio culturale dagli atti di distruzione deliberata, indipendentemente dal contesto (pacifico o armato) nel quale questi si verificano? Inoltre, rispetto a quanto si è detto con riferimento alla dottrina dei "momenti groziani", è possibile applicare questa teoria anche al settore del diritto internazionale dei beni culturali, individuando al suo interno e nella sua recente storia giuridica i suoi propri *Grotian Moments*? E che questi abbiano di conseguenza provocato un'accelerazione del processo consuetudinario in materia?

Ad una prima e rapida analisi, si potrebbe ad esempio considerare l'episodio della campagna per il salvataggio dei siti nubiani dal rischio di sparizione a causa della costruzione della Grande Diga di Assuan un "momento groziano" paragonabile agli esempi riportati in precedenza, dove l'eccezionalità della situazione e il trauma legato al senso di inestimabile perdita, uniti all'emergenza del caso, hanno provocato (o sarebbe meglio dire veicolato) quel risveglio di coscienze che, nel giro di pochi anni, si è tramutato in azione giuridica. Come ampiamente illustrato nel capitolo precedente, la *World Heritage Convention* (WHC) del 1972 è stata, tra le altre cose, il prodotto di questo nuovo sentimento internazionale verso non più i beni culturali, ma rivolto al "patrimonio culturale" in tutte le sue forme. E La WHC, a sua volta, ha spianato la strada alla protezione dell'immaterialità culturale e della diversità; tutto ciò sotto la guida di un'organizzazione internazionale (l'UNESCO) sempre più presente e attiva non solo nella tutela materiale dei beni culturali in quanto tali, ma soprattutto nel costante e fondamentale richiamo del legame tra la protezione della cultura e la promozione di altre istanze internazionali, come i diritti dell'uomo e le tematiche ambientali, per citarne solo due. Detto questo, sorgono però altri quesiti: è sufficiente considerare questa intensa attività di cooperazione culturale internazionale, fatta di trattati, dichiarazioni di principi, risoluzioni non vincolanti e altre forme di *soft law*, una prova sufficiente di una prassi internazionale guidata da un sentimento di obbligatorietà? E in caso di risposta affermativa, quale o quali norme consuetudinarie si sarebbero cristallizzate in questa prassi?

L'obiettivo del prossimo capitolo è quello di approfondire questi argomenti, che rappresentano il fulcro della presente ricerca. Prendendo spunto dalle indicazioni metodologiche fornite dalle *Draft Conclusions* del 2018, verrà analizzata la prassi degli Stati e delle organizzazioni internazionali in materia di protezione dei beni culturali, in particolare dagli atti di distruzione intenzionale; tale indagine verrà condotta sotto la lente e col supporto fondamentale della giurisprudenza e della dottrina, in virtù della loro funzione di "mezzi ausiliari" per la determinazione delle norme consuetudinarie. Inoltre verrà prestata grande attenzione alla reazione degli Stati (e in generale della Comunità internazionale) di fronte agli episodi chiave e potenzialmente "groziani" che hanno caratterizzato la storia recente dei beni culturali a livello internazionale, a cominciare dalla distruzione dei Buddha di Bamiyan da parte del regime talebano nel marzo 2001. Quest'ultima analisi sarà essenziale non solo per verificare un'eventuale accelerazione di un processo consuetudinario in materia (magari ancora in corso), ma anche per inquadrare meglio la fattispecie criminosa dietro la distruzione deliberata di beni culturali, la quale, viste le drammatiche implicazioni che comporta in termini di violazioni dei diritti fondamentali, si presta a diverse prospettive di lettura.

CAPITOLO QUARTO

IL PROGRESSIVO RICONOSCIMENTO DEL VALORE FONDAMENTALE DEL PATRIMONIO CULTURALE PER LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

SOMMARIO: Introduzione: il nuovo approccio della Comunità internazionale nella prevenzione e repressione delle minacce al patrimonio culturale – SEZIONE 1 – IL SUPPORTO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED INTERNAZIONALE NELL’AFFERMAZIONE DELLA PROTEZIONE DEI BENI CULTURALI – 1. Introduzione – 2. La tutela del patrimonio culturale nazionale e il rispetto della sua integrità nella giurisprudenza dei tribunali nazionali: il caso *Barakat* davanti alla Corte d’Appello di Londra (2007) – 2.1 La sentenza 3154 del 2008 da parte del Consiglio di Stato sul caso della *Venere di Cirene* e l’obbligo di restituzione dei beni culturali trafugati nel corso di un conflitto armato – 3. Il contributo della giurisprudenza internazionale nel riconoscimento del patrimonio culturale come valore fondamentale dei popoli – 3.1 L’evoluzione della tutela giurisdizionale del patrimonio culturale nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale e della Corte internazionale di giustizia – 3.2 Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla liceità della minaccia o dell’uso delle armi nucleari (1996) e la *dissenting opinion* del giudice Weeramantry: la protezione del patrimonio culturale nell’interesse delle generazioni future – 3.3 Il caso del *Tempio di Preah Vihear* davanti alla Corte internazionale di giustizia. Le Convenzioni UNESCO come nuovo *jus gentium* nella *separate opinion* del giudice Cançado Trindade – 3.4 La protezione dei beni culturali e l’ambigua posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo: il caso *Ahunbay et al. c. Turchia* (2019) – 3.5 L’esempio virtuoso della giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti. SEZIONE 2 – PATRIMONIO CULTURALE E DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE: IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA E IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA DELL’ONU – 1. Introduzione – 2. La distruzione dei beni culturali e il suo inquadramento tra i crimini internazionali. Percorso storico e caratteristiche di questa fattispecie criminosa – 2.1 Il quadro normativo internazionale in materia di distruzione intenzionale del patrimonio culturale – 2.2 La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come crimine di guerra – 2.2.1 Il contributo della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia – 2.2.2 Un altro caso di scuola in materia di distruzione dei beni culturali come crimine di guerra: la sentenza *Al Mahdi* della Corte penale internazionale – 2.3 La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come crimine contro l’umanità nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia – 2.3.1 Alcune considerazioni critiche sulla sentenza *Al Mahdi* – 2.4 La distruzione del patrimonio culturale come prova del crimine di genocidio. Il dibattito sul “genocidio culturale”,

dalla Convenzione del 1948 alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia e della Corte internazionale di giustizia – 3. La distruzione dei *Buddha di Bamiyan* nel 2001 da parte del regime talibano. Alcuni cenni introduttivi – 3.1 La cornice storica – 3.2 I profili giuridici – 3.3 La Dichiarazione UNESCO del 2003 e la decisione della Commissione Reclami Eritrea-Etiopia sulla *Stele di Matara* – 4. I danni deliberati al patrimonio culturale come minaccia alla pace: il ruolo del Consiglio di sicurezza dell'ONU – 5. Alcune riflessioni conclusive.

Introduzione: il nuovo approccio della Comunità internazionale nella prevenzione e repressione delle minacce al patrimonio culturale

Il quadro giuridico relativo alla protezione internazionale dei beni culturali illustrato nel Cap. 2 del presente lavoro, e che ha visto un momento di svolta nel passaggio dal concetto di “bene culturale” alla nozione più estesa e comprensiva di “patrimonio culturale”, rappresenta solo una delle tante manifestazioni del progressivo riconoscimento della cultura, in tutte le sue forme ed espressioni, come valore fondamentale della Comunità internazionale. La costante prassi pattizia intrapresa dagli Stati a partire dalla seconda metà del Novecento e il sistema di cooperazione internazionale che essa ha inaugurato, grazie soprattutto al supporto dell'UNESCO, sono la testimonianza più limpida della crescente attenzione prestata dagli Stati ai beni culturali, al punto che la dottrina più autorevole ha collocato questi ultimi tra i *common goods* della nuova comunità globale, meritevoli, in quanto tali, di essere salvaguardati nell'interesse di tutta l'umanità¹.

¹ Cfr. G. Ziccardi Capaldo, *Editor's Introduction: A New Dimension of International Law: The Global Law*, in *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2005, vol. 5, p. xvi ss. Si veda anche A. Vigorito, *op. cit.*, p. 15. L'espressione “global public good” è utilizzata nel lessico internazionale per fare riferimento a quei valori che sono fondamentali per la Comunità internazionale nel suo insieme (come la pace, i diritti dell'uomo e dei popoli, la conservazione della biodiversità), e che trascendono gli interessi specifici dei singoli Stati. L'idea del patrimonio come “global public good” può essere rintracciata nella Convenzione dell'Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato, il cui Preambolo, si ricorderà, afferma solennemente che «[...] i danni ai beni culturali, qualunque sia il popolo cui appartengono, pregiudicano il patrimonio culturale dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale». Il tema del patrimonio culturale come “global common good” della Comunità internazionale (insieme ai diritti umani e all'ambiente) è affrontato e sviluppato in F. Lenzerini, A. F. Vrdoljak (a cura di), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Hart Publishing, Oxford, 2014, in particolare p. 139 ss.; si veda anche F. Francioni, *Public and Private in the International Protection of Global Cultural Goods*, in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 3, 2012, pp. 719-730. Sul tema generale dei “global public goods”, si veda G. Gaja, *The Protection of General Interests in the International Community*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2011, vol. 364.

Come si è visto, i profondi mutamenti sociali, economici e tecnologici che hanno caratterizzato gli ultimi decenni, e che hanno rivoluzionato le fondamenta stesse dei rapporti umani, hanno avuto un inevitabile impatto anche nel campo della cultura, dovuto non solo all'introduzione di nuove modalità di fruizione e produzione culturale², ma anche all'affacciarsi di nuovi fattori di rischio con cui la Comunità internazionale ha dovuto necessariamente fare i conti. A questo proposito, è indubbio che la progressiva evoluzione del diritto internazionale per i beni culturali, di cui la Convenzione UNESCO del 1972 sul Patrimonio Mondiale, quella del 2003 sul patrimonio immateriale e quella del 2005 sulla diversità culturale costituiscono i tre momenti fondamentali, esprima il concreto tentativo da parte degli Stati di confrontarsi con le minacce che mettono a repentaglio la sopravvivenza della cultura, e che risultano sempre più diffuse e diversificate: queste infatti comprendono sia eventi legati ad attività umane (ad esempio la realizzazione di progetti di lavori pubblici o privati, gli effetti del rapido sviluppo urbano, il turismo di massa, i conflitti armati, la globalizzazione), sia catastrofi riconducibili a fenomeni naturali (tra cui terremoti, inondazioni).

Tra la molteplicità di fattori che oggi minacciano il patrimonio culturale a tutti i livelli, sia materiale che immateriale, gli atti di distruzione intenzionale dei beni culturali occupano ancora un primato di gravità tristemente allarmante, non solo per le ovvie conseguenze che questi comportamenti producono sull'integrità del patrimonio culturale e la speranza di trasmetterlo alle future generazioni, ma anche per le

² Si pensi all'impiego delle tecnologie informatiche, che oggi vengono ampiamente utilizzate non solo per la salvaguardia, lo studio e la conservazione dei beni culturali materiali (attraverso, per esempio, la realizzazione di copie di libri, manoscritti, e documenti storici in ambiente digitale), ma anche come strumenti per la creazione di nuove tipologie di beni culturali nativi in formato digitale (ad es. il *software*). La diffusione degli strumenti digitali e l'impatto dell'informatica sulla tutela e la promozione del patrimonio culturale hanno attirato, negli ultimi anni, la crescente attenzione della Comunità internazionale, conducendo alla realizzazione di programmi *ad hoc* a livello internazionale, in particolare all'interno dell'UNESCO. A questo proposito, la necessità di elaborare politiche condivise sulla preservazione di quello che oggi è, a tutti gli effetti, un "patrimonio digitale" (*digital heritage*), ha portato all'adozione nel 2003 della Carta UNESCO per la conservazione del patrimonio digitale (*Charter on the Preservation of Digital Heritage*, 32 C/Res. 42, 17 ottobre 2003). Sul tema, si veda S. von Schorlemer, *UNESCO and the Challenge of Preserving the Digital Cultural Heritage*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2020, vol. 2, pp. 33-64; D. Donati, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela delle opere dell'ingegno*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 2, pp. 323-337; C. Robertson-von Trotha, R. Hauser, *UNESCO and the Digitalized Heritage: New Heritage – New Challenges*, in D. Offenhauser, W. C. Zimmerli, M.-T. Albert (a cura di), *World Heritage and Cultural Diversity*, Bonn, 2010, p. 69 ss.; Y. de Lusenet, *Tending the Garden or Harvesting the Fields: Digital Preservation and the UNESCO Charter for the Preservation of the Digital Heritage*, in *Library Trends*, 2007, vol. 56, n. 1, pp. 164-182.

drammatiche ricadute che essi hanno, come vedremo, in termini di violazioni dei diritti fondamentali. La pratica della distruzione deliberata dei beni culturali, come sottolinea in dottrina FEDERICO LENZERINI, attraverso i secoli «ha costantemente costituito una delle armi più potenti e – allo stesso tempo – meno appariscenti disponibili allo scopo di mortificare l'*identità culturale di un popolo*»³. Si tratta, dunque, di un fenomeno che non colpisce i beni culturali in quanto tali, e che solo apparentemente si circonda alla loro tutela e all'applicazione delle norme internazionali in materia; la *ratio* dietro questi atti, al contrario, è assai più tetra e profonda, come dimostrano le numerose aggressioni al patrimonio culturale avvenute nel corso della Storia ed esposte nelle pagine precedenti⁴: essa infatti riguarda, prima di tutto, i gruppi umani e le persone che hanno un legame vitale con il patrimonio aggredito, poiché riconoscono in esso un significato speciale; sono *loro* i principali bersagli degli autori di queste condotte che, attaccando i simboli di un determinato gruppo e i valori che questi incarnano, mirano a colpire il cuore stesso di quel gruppo e il suo diritto di esistere come comunità culturale.

L'importanza, quindi, della tutela dei beni culturali nel quadro della protezione dei diritti fondamentali, che il fenomeno della distruzione intenzionale mette in luce così tragicamente, rende oggi la protezione del patrimonio culturale dagli atti di distruzione «a moral and legal imperative representing one of the priorities of the international community»⁵. La prassi contemporanea, a partire dagli ultimi decenni del Novecento, ha registrato numerosi episodi di deliberata aggressione contro i beni culturali di un popolo; ed è in questo frangente che la Comunità internazionale ha iniziato a prendere piena coscienza della gravità di questo fenomeno e della necessità di reprimerlo: la devastazione del centro storico di Dubrovnik e di numerosi edifici storici e religiosi durante la guerra nei Balcani, che ha condotto ad alcune importanti incriminazioni da parte del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* – da qui in avanti "ICTY"); la distruzione nel marzo 2001, da parte del regime talebano, delle due gigantesche statue raffiguranti Buddha che sorgevano nella valle di Bamiyan, in Afghanistan, ancora oggi ricordato come uno degli atti più clamorosi di distruzione del patrimonio culturale dell'epoca contemporanea, vero momento di svolta nella

³ F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 5. Corsivo aggiunto.

⁴ Si veda il Cap. 1 del presente lavoro.

⁵ F. Lenzerini, *Intentional Destruction*, cit., p. 75.

prassi della Comunità internazionale rispetto a queste condotte; o ancora, la distruzione di nove mausolei islamici a Timbuctù, avvenuta nel luglio 2012, ad opera del gruppo fondamentalista di *Ansar Dine*, che ha portato alla prima sentenza di condanna da parte della Corte penale internazionale (*International Criminal Court*) riguardante esclusivamente la distruzione di beni culturali come crimine di guerra. La risposta degli Stati di fronte a questi e ad altri numerosi episodi di deliberata distruzione del patrimonio culturale dei popoli, commessi esclusivamente per puro spirito di intolleranza e di odio per la diversità, si è fatta sentire sempre di più, trovando decisivi riscontri sia nella giurisprudenza che nell'adozione di nuovi strumenti giuridici internazionali. Nel corso degli anni, questa reazione da parte della Comunità internazionale ha assunto la forma di una unanime voce di condanna, consolidandosi intorno ad un sentimento comune, ossia la necessità di proteggere il patrimonio culturale in tutte le sue manifestazioni. Se le Convenzioni culturali dell'UNESCO analizzate in precedenza rappresentano senza dubbio un segnale molto importante di questa presa di coscienza della Comunità internazionale, tuttavia esse non sono sufficienti; una ricostruzione efficace del valore universale riconosciuto al patrimonio culturale e, conseguentemente, del sentimento di solidale condanna verso gli atti di distruzione deliberata, deve tener conto di tutte le manifestazioni di prassi internazionale e di un rinnovato senso di doverosità giuridica verso la tutela dei beni culturali, al fine di verificare l'eventuale formazione di nuove norme consuetudinarie che rafforzino tale protezione e la disciplina già esistente. Il presente capitolo si pone questo obiettivo, strutturando la ricerca in due momenti distinti. La prima parte è dedicata al contributo incrociato della giurisprudenza nazionale e internazionale, che in diverse circostanze hanno fornito preziosi segnali (spesso positivi, talvolta controversi) di questo progressivo riconoscimento del valore fondamentale del patrimonio culturale per la Comunità internazionale, stimolando un'appassionata riflessione al riguardo. Dopo aver considerato due importanti casi giurisprudenziali nazionali in materia di beni culturali e gli esiti ai quali hanno portato, l'attenzione si sposterà sulla giurisprudenza internazionale, valutando le posizioni rivoluzionarie raggiunte, in particolare, dalla Corte internazionale di giustizia e dalla giurisprudenza arbitrale sugli investimenti, e allo stesso tempo considerando le criticità di alcune conclusioni, come nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo (*European Court of Human Rights*).

La seconda parte riguarderà gli elementi penalistici della distruzione intenzionale dei beni culturali, seguendo un duplice approccio: innanzitutto ci si soffermerà sugli aspetti sostanziali della fattispecie criminosa in esame, analizzando le caratteristiche e i tratti distintivi che rendono questa forma di aggressione un *unicum* nel panorama delle minacce contro il patrimonio culturale. Dopodiché verrà analizzata la giurisprudenza penale internazionale, soprattutto nella casistica del Tribunale per l'ex Jugoslavia e della Corte penale internazionale: l'esperienza di questi due tribunali, in particolare, è servita a dare un impulso decisivo verso l'inquadramento degli atti di distruzione intenzionale dei beni culturali tra i crimini internazionali, contribuendo in questo modo a veicolare e consolidare il sentimento di condanna da parte della Comunità degli Stati.

SEZIONE 1 – IL SUPPORTO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED INTERNAZIONALE NELLA PROTEZIONE DEI BENI CULTURALI

1. *Introduzione*

Come si è avuto modo di approfondire nelle pagine precedenti⁶, le sentenze dei tribunali sia nazionali che internazionali svolgono un importante ruolo all'interno del processo di accertamento delle norme consuetudinarie, offrendo un prezioso supporto per l'identificazione delle stesse; in base, infatti, alla Conclusione 13 delle *Draft Conclusions on identification of customary international law* del 2018, le pronunce delle corti internazionali, in particolare quelle della Corte internazionale di giustizia (CIG), riguardanti l'esistenza e il contenuto di regole di diritto internazionale consuetudinario costituiscono mezzi sussidiari per l'identificazione delle regole in questione⁷. E sempre la Conclusione 13 estende la medesima funzione anche alle sentenze dei tribunali nazionali, stabilendo che «[r]egard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for determination of such

⁶ Si veda Cap. 3, par. 8.

⁷ Cfr. CDI, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, Conclusion 13 (Decisions of Courts and Tribunals)*, par. 1.

rules»⁸; in tal modo, come già sottolineato, i giudizi delle corti interne assolvono un duplice ruolo, poiché non solo rappresentano un'importante manifestazione della prassi e dell'*opinio juris* degli Stati⁹, ma svolgono anche una funzione ausiliaria nell'accertamento di una regola consuetudinaria¹⁰.

Fatta questa premessa, è necessario capire che tipo di supporto la giurisprudenza ha saputo dare, nel corso degli anni, alla tutela del patrimonio culturale rafforzando le norme internazionali in materia. Innanzitutto, va rilevato un aspetto fondamentale che contraddistingue la tutela giurisdizionale dei beni culturali, sul quale la dottrina (CHECHI, RENOLD) insiste molto, e che riguarda l'assenza, ancora oggi, di un meccanismo specificamente dedicato alla risoluzione di controversie in materia di beni culturali¹¹. Si tratta di una delle principali criticità di una disciplina che ha conosciuto un'intensa evoluzione negli anni, dando vita ad una branca specifica del diritto internazionale; tema, quest'ultimo, che la dottrina contestualizza nel quadro di una più generale espansione che ha attraversato tutto il diritto internazionale, a partire dalla seconda metà del Novecento. Per definire questo fenomeno, la Commissione del diritto internazionale (CDI) ha introdotto il termine "frammentazione", ossia «the splitting up of the law into highly specialized 'boxes' that claim relative autonomy from each other and from the general law»¹². Uno dei corollari della frammentazione del diritto internazionale è appunto l'intensa proliferazione delle giurisdizioni internazionali, che negli anni ha portato alla creazione di nuovi organi giudiziari o quasi giudiziari, come l'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body* – DSB) istituito all'interno dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), la Corte penale internazionale, il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in tema di investimenti

⁸ *Ibid.*, par. 2.

⁹ Sulla base, rispettivamente, delle Conclusioni 6 (*Forms of practice*) e 10 (*Forms of evidence of acceptance as law*) delle *Draft Conclusions*. Per maggior dettagli, si rimanda al Cap. 3, parr. 5.3 e 6.

¹⁰ La dottrina sottolinea anche il ruolo centrale che i tribunali nazionali giocano nell'attuazione delle norme internazionali. Si veda, in tal senso, E. de Wet, J. Vidmar, *Introduction*, in E. de Wet, J. Vidmar (a cura di), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 4: «In the absence of a fully-fledged centralized judiciary within the international legal order, domestic and regional courts increasingly play a key role in the enforcement and balancing of various international obligations in an era where international regulations if various issues has become commonplace».

¹¹ Si veda A. Chechi, *Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court*, in *Art Antiquity and Law*, 2013, vol. XVIII, n. 1, pp. 31-57.

¹² M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 13.

(*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID), la Corte di giustizia dell'Unione europea (*European Court of Justice* – ECJ) e la Corte europea dei diritti dell'uomo; difatti, la crescente densità, quantità e complessità delle norme internazionali ha reso necessario un aumento altrettanto denso di corti e tribunali internazionali, allo scopo di far valere queste norme attraverso mezzi efficaci di risoluzione delle controversie¹³.

Cionondimeno, sempre la dottrina nota che questa proliferazione di organi giurisdizionali internazionali è avvenuta in maniera incostante: a fronte, infatti, di settori del diritto internazionale particolarmente fertili sotto il profilo della tutela giurisdizionale (si pensi agli accordi economici internazionali e al settore dei diritti umani), ve ne sono altri che, per quanto ampiamente regolamentati, non ricevono particolare attenzione in sede giurisdizionale. E la tutela dei beni culturali è uno di questi.

Nonostante infatti l'impressionante evoluzione che ha attraversato negli ultimi decenni la tutela internazionale dei beni culturali, al punto da diventare un settore ben definito del diritto internazionale¹⁴, che ricomprende la salvaguardia di monumenti, siti archeologici, opere d'arte, paesaggi, culture viventi e i diritti associati a tutto questo, tuttavia lo sviluppo di questo regime giuridico non è stato accompagnato dalla creazione di un foro specializzato nella soluzione di controversie riguardanti il patrimonio culturale¹⁵; cosa ancor più sorprendente se si

¹³ Cfr. Y. Shany, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 2-4.

¹⁴ Va notato che l'effetto di questa espansione delle norme internazionali dedicate alla protezione dei beni culturali ha ulteriormente contribuito alla frammentazione del diritto internazionale. Cfr. A. Chechi, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ Cfr. M. A. Renold, *International Dispute Resolution Mechanism*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 665-686, in particolare pp. 665-666. Va detto che esistono disposizioni relative alla soluzione delle controversie nell'attuale sistema giuridico internazionale per la tutela dei beni culturali, ma si tratta quasi sempre di disposizioni dal contenuto generico. La Convenzione dell'Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato e il suo Secondo Protocollo (1999), ad esempio, contengono alcune previsioni riguardanti la soluzione delle dispute (si vedano, rispettivamente, l'art. 22 e gli artt. 14, 33, 35 e 36); tuttavia queste disposizioni non istituiscono un meccanismo vincolante per risolvere le controversie, ma consentono semplicemente a certi organi di prestare i propri buoni uffici o di agire come conciliatori o mediatori. Anche la Convenzione UNESCO del 1970 sulle misure per impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali affronta il problema della risoluzione delle controversie all'art. 17, par. 5, dove si stabilisce che «[s]u richiesta di almeno due Stati parte della presente Convenzione, fra i quali è sorte una controversia relativamente alla sua applicazione, l'UNESCO può offrire i suoi buoni uffici per il raggiungimento di un accordo tra di essi». La Convenzione UNIDROIT del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati stabilisce che le richieste riguardanti la sua applicazione possono essere presentate dinanzi al giudice dell'autorità competente dello Stato contraente dove si trova il bene (art. 8, par. 1); in alternativa le Parti possono decidere di sottoporre la controversia ad un altro giudice o a un arbitro (par. 2); Purtroppo la

tiene conto dell'aumento delle dispute in questo campo. Di conseguenza, le questioni aventi per oggetto i beni culturali vengono risolte ricorrendo ai meccanismi tradizionali, ossia attraverso i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (che comprendono la negoziazione, la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato)¹⁶, oppure avviando un contenzioso davanti a una corte nazionale o ad uno dei tribunali internazionali esistenti¹⁷.

Esistono poi dei casi in cui le leggi nazionali prevedono procedure specifiche per la restituzione del patrimonio culturale delle popolazioni indigene o delle opere d'arte rubate durante l'Olocausto. Nel primo caso, molti Stati con una presenza significativa di comunità indigene nel proprio territorio hanno predisposto una legislazione che metta a disposizione procedure non giudiziali istituite per facilitare le restituzioni, coinvolgendo le popolazioni interessate nell'adozione delle decisioni curatoriali riguardanti il proprio patrimonio culturale¹⁸. Per quanto riguarda invece il recupero delle opere d'arte trafugate dal regime nazista, in questo caso alcuni Stati hanno optato per la creazione di commissioni non giudiziali incaricate di valutare gli aspetti sia morali che legali delle controversie in esame, suggerendo a seconda del caso la restituzione o altre forme di riparazione per le vittime¹⁹.

Per quanto riguarda, in generale, il contenuto delle controversie in materia di beni culturali, è opportuno sottolineare che la stragrande maggioranza riguarda la

disposizione non fornisce alcuna informazione su come designare le procedure di arbitrato. Invece la Convenzione UNESCO del 2001 sulla protezione del patrimonio culturale sottomarino contiene un elaborato meccanismo di risoluzione delle controversie (art. 25, parr. 1-2); in alternativa, la norma (parr. 3-4) autorizza le parti a scegliere tra una delle quattro procedure di risoluzione delle controversie elencate all'art. 287, par. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982. Tuttavia questo sistema per risolvere le controversie include solo i reclami inter-statali, mentre le dispute tra Stati e attori non statali esulano dal raggio di competenza del trattato. Sul punto si veda E. Boesten, *Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters*, Asser Press, L'Aja, 2002, pp. 188-190.

¹⁶ Sull'utilizzo dei mezzi non giudiziali di risoluzione delle controversie applicati alle questioni di beni culturali, si veda sempre A. Chechi, *Alternative Dispute Settlement Mechanism*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 718-736.

¹⁷ Cfr. A. Chechi, *Evaluating the Establishment*, cit., p. 32; M. A. Renold, *op. cit.*, p. 666.

¹⁸ È il caso, per esempio, del *Canadian First Nations Sacred Ceremonial Objects Repatriation Act* (RSA, Ch. F-14, 2000) e dello *United States Native American Graves Protection and Repatriation Act* (25 U.S.C., par. 3001 ss., 1990). Per un commento, si veda A. R. Nafziger *Cultural Heritage Law: The International Regime*, in A. R. Nafziger, T. Scovazzi (a cura di), *The Cultural Heritage of Mankind*, cit., p. 145; sugli strumenti per la restituzione delle opere d'arte trafugate dal regime nazista, si rimanda a E. Campfens (a cura di), *Fair and Just Solutions? Alternatives to Litigation in Nazi Looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, Eleven Publishing, L'Aja, 2015.

¹⁹ Ad esempio, il *French Restitution Committee* e lo *UK Spoliation Advisory Panel*. Da notare che queste e altre istituzioni simili, che mirano a risolvere le controversie attraverso lo strumento della mediazione, sono state create in attuazione dei principi introdotti dalla *Washington Conference on Holocaust-Era Assets* (3 dicembre 1998).

restituzione di beni mobili che sono andati perduti, rubati o illecitamente trasferiti; ciò può essere avvenuto, ad esempio, nel corso di un conflitto armato o di un'occupazione militare, oppure all'epoca delle grandi campagne coloniali, o ancora per effetto delle ruberie e del traffico illecito condotti in tempo di pace²⁰. Inoltre, dal

²⁰ Come già illustrato nel Cap. 1, sono innumerevoli i casi di sottrazioni di beni ed oggetti culturali nel corso della storia: la pratica della spoliazione e del bottino di guerra, oggi severamente proibita dal diritto internazionale, è stata per secoli tollerata, e in certi casi incoraggiata, come una conseguenza naturale della guerra e del trionfo sul nemico sconfitto. Tale fenomeno è inoltre saldamente legato all'epoca del colonialismo: è risaputo, infatti, che molti musei occidentali hanno arricchito le proprie collezioni grazie alle politiche imperialistiche e colonialistiche. Tra gli esempi più noti, si può citare il caso di uno dei monoliti (*moai*) dell'Isola di Pasqua, sottratto dalla flotta inglese nel 1868 come dono per la Regina Vittoria e da allora esposto presso il British Museum di Londra. Il *moai* in questione, chiamato "Hoao Hakanana", è considerato uno dei più sacri dal popolo dell'Isola di Pasqua: le gigantesche statue dalla forma di volti umani possiedono infatti un profondo significato spirituale, poiché, secondo le antiche credenze, contengono le anime degli antenati. La presenza delle statue sull'isola diviene quindi fondamentale, poiché permetterebbe agli abitanti di continuare a relazionarsi con gli spiriti dei defunti attraverso la pietra. Nell'autunno del 2018 il governatore dell'isola Tarita, durante una visita al British Museum, ha presentato una formale richiesta di restituzione del monolite al direttore del Museo, che però è rimasta inascoltata. Sul punto si veda l'articolo *L'Isola di Pasqua chiede al British Museum di restituire il monolite: "Avete la nostra anima"*, pubblicato sull'*Huffington Post*, 21 novembre 2018. Un altro celebre caso di rivendicazione di opere d'arte coinvolge la Grecia e nuovamente il Regno Unito, con la richiesta di restituzione dei marmi del Partenone esposti al *British Museum*, dove giunsero all'inizio del XIX secolo su iniziativa del diplomatico britannico Thomas Bruce, conte di Elgin, quando la Grecia era sotto la dominazione ottomana. L'evento incontrò la ferma condanna da parte del mondo intellettuale britannico: Lord Byron, ad esempio, si scagliò contro la rimozione dell'opera e la scelta di Lord Elgin, denunciandone l'azione nella sua opera *La maledizione di Minerva* (1812) e nel secondo canto de *Il pellegrinaggio del giovane Aroldo* (1812-1818). Fin alla nascita del moderno stato greco (1829), il Paese ha chiesto più volte la restituzione dei marmi, incontrando sistematicamente una risposta negativa da parte del British Museum in quanto considerati patrimonio universale. Si tratta di una battaglia che arriva fino ai giorni nostri e che ha coinvolto anche diverse personalità del mondo della cultura (tra cui l'attrice e politica greca Melina Mercouri, nella sua veste di ministro della cultura negli anni Ottanta del Novecento). A fronte delle pressanti richieste della Grecia, sostenute da buona parte dell'opinione pubblica internazionale, nel 2004 diciannove importanti musei europei e nordamericani (tra cui il Louvre, l'Hermitage, il Prado, il Metropolitan Museum di New York, e l'Opificio delle Pietre Dure di Firenze) hanno diffuso la *Dichiarazione sull'importanza e il valore dei musei universali (Declaration on the Importance and Value of Universal Museums)*; la Dichiarazione, pur condannando il traffico illecito di beni culturali, difendeva il diritto dei musei di custodire le eredità culturali di tutto il mondo, in virtù del loro ruolo di agenti e promotori dello sviluppo e della conoscenza. Fra le varie iniziative successivamente adottate per la restituzione dei marmi alla Grecia, si può citare la campagna di sensibilizzazione *Bring them back* e l'istituzione, nel 2005, dell'*International Association for the Reunification of the Parthenon Sculptures*; quest'ultima ha dato il proprio sostegno ad una nuova richiesta di restituzione avanzata dalla Grecia nel maggio 2020, insistendo sul fatto che il Museo dell'Acropoli è stato creato allo scopo di accogliere tutti i reperti archeologici dell'area. Il Regno Unito, tuttavia, ha mantenuto le proprie posizioni anche in questa occasione, affermando che i marmi sono stati legalmente acquisiti dal British Museum in base alle leggi dell'epoca; lo stesso British Museum, per parte sua, ha voluto ribadire il suo ruolo di *world museum* e custode delle testimonianze di tutte le civiltà del mondo, operante dunque in maniera complementare con il Museo dell'Acropoli (è possibile consultare nel dettaglio le ragioni del British Museum nella pagina dedicata alle sculture del Partenone presente sul sito ufficiale, all'indirizzo <https://www.britishmuseum.org>). Per uno studio dettagliato sul caso relativo alla restituzione delle sculture, si veda J. H. Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law (Second Edition)*, Wolters Kluwer, Paesi Bassi, 2009; l'opera è una raccolta di 23 articoli pubblicati da Merryman nel corso degli anni, tra cui il suo seminale contributo *Thinking about the Elgin Marbles*, originariamente pubblicato nella *Michigan Law Review*, 1985, vol. 83, n. 8, pp. 1880-1923. È opportuno notare che negli ultimi anni le istituzioni museali hanno iniziato a riconsiderare il proprio ruolo, le proprie pratiche e il proprio codice etico, per

momento che gli oggetti culturali trafugati vengono nella maggior parte dei casi ritrovati nel territorio di uno Stato diverso da quello di origine, ne deriva che le controversie riguardanti la loro restituzione hanno natura transfrontaliera (*cross-border*), poiché coinvolgono più sistemi giuridici e soggetti sottoposti a giurisdizioni diverse²¹.

La giurisprudenza in materia di patrimonio culturale non è comunque circoscritta alle sole controversie riguardanti la restituzione di beni culturali mobili: sono infatti numerose le dispute internazionali che nel corso degli anni hanno avuto per oggetto la tutela del patrimonio culturale immobile, non solo nell'ambito di conflitti armati e in presenza di attacchi intenzionali, ma anche all'interno di contesti non violenti, riguardanti, per esempio, la realizzazione di progetti di sviluppo. Il quadro giurisprudenziale che ne deriva risulta quindi particolarmente ricco e variegato, a riprova del valore poliedrico che oggi riveste il patrimonio culturale e della sua capacità di interagire con i diversi campi del diritto internazionale; ciò del resto si riflette nel fatto che la tutela dei beni culturali, oltre ad essere oggetto di una disciplina specifica di cui il sistema UNESCO rappresenta il campione, trova ampio spazio in molte altre aree specialistiche del diritto internazionale – tra cui il diritto internazionale umanitario, il diritto internazionale penale, il diritto internazionale dell'ambiente e il diritto internazionale dell'economia, per citarne alcuni – che infatti dedicano al patrimonio culturale specifiche disposizioni pattizie²². Ed è anche per

rispondere in maniera efficace alle sfide contemporanee (come la sostenibilità, la decolonizzazione culturale e il rispetto della diversità); ciò ha portato i musei a riflettere e confrontarsi anche con il proprio passato coloniale, con gli oggetti esposti e con le modalità di acquisizione e presentazione degli stessi all'interno del percorso espositivo. Uno strumento essenziale, in tal senso, è il *Codice etico dell'ICOM per i musei* (XV Assemblea generale dell'ICOM, Buenos Aires, 1986), un codice deontologico di autoregolamentazione che stabilisce i principi e i valori ai quali i musei e il loro personale devono attenersi (il codice è stato revisionato nel 2004). Tra questi, l'impegno ad assicurare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale e culturale dell'umanità, preservando le collezioni a beneficio della società ed operando nella legalità e in stretta collaborazione con le comunità di provenienza degli oggetti custoditi. Per ulteriori approfondimenti, si veda E. Franchi, *Musei, etica, colonialismo e repatriation*, in *La ricerca*, 23 settembre 2021.

²¹ Sul tema delle controversie relative alla restituzione dei beni culturali rubati, si veda il contributo di A. Tanzi, *I mezzi di risoluzione delle controversie internazionali in materia di beni culturali: un'introduzione*, in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., p. 415 ss. Si vedano anche M. A. Renold, *op. cit.*, pp. 667-670; A. Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

²² Per quanto riguarda il diritto internazionale umanitario, come si è visto, le principali convenzioni in materia contengono diverse disposizioni dedicate alla protezione dei beni culturali: gli artt. 27 e 56 dei Regolamenti sulle leggi e gli usi della guerra per terra annessi alla II Convenzione dell'Aja del 1899 e alla IV Convenzione dell'Aja del 1907; l'art. 53 del I Protocollo del 1977 aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali); l'art. 16 del II Protocollo del 1977 aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali). Esiste inoltre un'articolata disciplina prevista da accordi

questo motivo, come rilevato in dottrina (VRDOLJAK, FRANCONI), che la protezione del patrimonio culturale, oggi più che mai, è ben lungi dall'essere un settore di nicchia nel diritto internazionale²³.

Nei prossimi paragrafi verranno analizzati alcuni significativi casi giurisprudenziali relativi alla tutela del patrimonio culturale. Partendo da alcune sentenze di diritto interno e proseguendo con l'esame dei casi giurisprudenziali più importanti a livello internazionale, lo scopo di questa prima parte dell'indagine è valutare l'entità e l'efficacia del contributo fornito dalla giurisprudenza al riconoscimento della tutela del patrimonio culturale come interesse fondamentale della Comunità internazionale.

interamente consacrati alla protezione dei beni culturali durante i conflitti armati, rappresentata dalla Convenzione dell'Aja del 1954 e i suoi due Protocolli (rispettivamente del 1954 e del 1999). La protezione dei beni culturali trova spazio anche nel diritto internazionale penale, attraverso l'incriminazione e la repressione degli atti più gravi contro il patrimonio culturale: a tal proposito si possono citare l'art. 85, par. 4, lett. d), del I Protocollo del 1977 aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949; l'art. 15 del Secondo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato; l'art. 3, lett. b), c) e d) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia; gli artt. 8, par. 2, lett. b), punto (ix) e 8, par. 2, lett. e), punto (iv) dello Statuto della Corte penale internazionale. È inoltre possibile individuare numerosi punti di contatto tra la protezione del patrimonio culturale e la tutela dell'ambiente: accanto alla Convenzione UNESCO del 1972 sul Patrimonio Mondiale (primo e unico accordo internazionale dedicato alla salvaguardia dei beni culturali che estende il proprio campo di applicazione anche al patrimonio naturale), esistono molteplici strumenti normativi, riguardanti la tutela dell'ambiente, che pongono l'accento sul valore culturale di alcuni elementi della flora e della fauna, in linea con il concetto di "ambiente umano" introdotto con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972: si veda, ad esempio, la *Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale segnatamente come habitat degli uccelli acquatici e palustri* (Ramsar, 2 febbraio 1971), il cui preambolo, una volta riconosciuta «l'interdipendenza dell'Uomo e del suo ambiente», sottolinea che «le zone umide costituiscono una risorsa di grande valore economico, culturale, scientifico e ricreativo, la cui perdita sarebbe irreparabile» (corsivo aggiunto); o anche la *Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici della fauna selvatica* (Bonn, 23 giugno 1971), dove innanzitutto si afferma che «la fauna selvatica nelle sue innumerevoli forme costituisce un elemento insostituibile del sistema naturale della terra, che deve essere conservato per il bene dell'umanità», dopodiché si riconosce «[il] valore sempre maggiore della fauna selvatica dal punto di vista ambientale, ecologico, genetico, scientifico, estetico, ricreativo, culturale, educativo, sociale ed economico». Il legame tra natura e cultura si esprime anche nell'impatto ambientale causato, per esempio, dall'inquinamento atmosferico o da un progetto di sviluppo: la *Convenzione sulla valutazione dell'impatto ambientale in un contesto transfrontaliero* (Espoo, 25 febbraio 1991) definisce, all'art. 1, l'impatto ambientale transfrontaliero come «qualsiasi conseguenza di un'attività progettata, in particolare sulla salute e sulla sicurezza dell'uomo, [...] i monumenti storici [...] nonché le conseguenze sul patrimonio culturale [...]». Si possono citare anche l'art. 1, lett. c), punto (iv) della *Convenzione sugli effetti transfrontalieri degli incidenti industriali* (Helsinki, 17 marzo 1992) e l'art. 1, par. 2 della *Convenzione sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali* (Helsinki, 17 marzo 1992), che includono il patrimonio culturale e i monumenti storici tra i fattori da considerare nella valutazione delle conseguenze degli incidenti industriali. Infine, va segnalato l'art. 3, par. 10 della *Convenzione sulla responsabilità civile dei danni derivanti da attività pericolose per l'ambiente* (Lugano, 21 giugno 1993), che nella nozione di "ambiente" include «national resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora [...]; property which forms part of the cultural heritage; and the characteristic aspects of the landscape» (corsivo aggiunto).

²³ A. F. Vrdoljak, F. Francioni, *Introduction*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 1-10. Si veda anche A. Ciampi, *Identifying and Effectively Protecting Cultural Heritage*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, n. 3, p. 699.

L'analisi della giurisprudenza, per il momento, non si soffermerà sui casi di diritto penale, ma prenderà in considerazione solo quelle controversie di natura non penale in cui si è avuta l'occasione di affermare il valore generale di certe norme o principi relativi alla protezione del patrimonio culturale, da cui poter ricavare l'esistenza di un interesse universale in materia. Considerata l'importanza decisiva della giurisprudenza penale ai fini di questa ricerca, si è deciso di dedicarle una successiva sezione *ad hoc*.

2. La tutela del patrimonio culturale nazionale e il rispetto della sua integrità nella giurisprudenza dei tribunali nazionali: il caso Barakat davanti alla Corte d'Appello di Londra (2007)

Nel campo della protezione internazionale dei beni culturali, la giurisprudenza dei tribunali interni ha un valore speciale, per diverse ragioni. L'avvio di un procedimento legale davanti a un giudice nazionale rappresenta ancora oggi, infatti, la strada principale per dirimere la maggior parte delle dispute transnazionali riguardanti la restituzione di oggetti d'arte²⁴. Gli Stati, per parte loro, si rivolgono generalmente alle corti straniere facendo affidamento sulle leggi relative al patrimonio o sugli statuti di esportazione; dall'altra parte, gli enti non statali (come i collezionisti e i musei) ricorrono ai tribunali nazionali soprattutto per ottenere la restituzione del bene culturale rubato, come rimedio per la violazione subita del proprio diritto di proprietà. A tal proposito, non mancano i casi che presentano profili penalistici: tuttavia la prassi giudiziale rivela quanto sia difficile riuscire a dimostrare il coinvolgimento della parte convenuta in un'operazione di furto o traffico illecito, o ancora la sua consapevolezza, al momento dell'acquisto, che si trattasse di un bene rubato; ciò a causa, principalmente, della mancanza di trasparenza che caratterizza il mercato dell'arte²⁵.

Va notato che, come rilevato in dottrina (RENOLD), esistono alcuni buoni motivi che possono indurre un soggetto che rivendichi la restituzione di un bene culturale che

²⁴ Cfr. M. A. Renold, *op. cit.*, p. 668. Sempre dello stesso Autore, si veda *Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: questions choisies*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 2010, vol. 129, n. 1, pp. 137-220, in particolare p. 198.

²⁵ Cfr. A. Chechi, *Plurality and Coordination of Dispute Settlement Methods in the Field of Cultural Heritage*, in F. Francioni, J. Gordley (a cura di), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 187.

gli è stato illecitamente sottratto ad avviare un contenzioso giudiziale. In primo luogo, rivolgendosi ad un giudice, il ricorrente riceverà una decisione finale, che potrà successivamente essere eseguita mediante i tradizionali meccanismi giudiziari, laddove necessario. In secondo luogo, le parti possono fare affidamento su regole di procedura consolidate e sull'indipendenza dei giudici. Infine, non bisogna sottovalutare l'impatto psicologico prodotto dal contenzioso e la pressione che può esercitare sulla parte convenuta: quest'ultima, infatti, potrebbe risultare più propensa ad abbandonare un approccio eccessivamente legalistico alla questione, e cercare invece una soluzione negoziale; a riprova di questo, esistono diversi casi riguardanti il patrimonio culturale che non sono stati ulteriormente perseguiti davanti ai tribunali nazionali, avendo le parti raggiunto nel frattempo una soluzione non giudiziale²⁶.

²⁶ Un caso emblematico, in tal senso, è quello riguardante il dipinto "Ritratto di Wally" (*Portrait of Wally*) del pittore austriaco Egon Schiele (1890-1918), che è stato al centro di una lunga controversia tra gli Stati Uniti e l'Austria. Il dipinto, rubato dai nazisti nel 1939, apparteneva originariamente alla signora Lea Bondi, un'ebrea austriaca vissuta sotto il Terzo Reich che era stata costretta ad abbandonare l'Austria a seguito dell'*Anschluss*. Al termine della guerra, il dipinto fu messo sotto sequestro dalla *US Reparations, Deliveries and Restitution Division* (RDA), che nel 1947 provvide a restituirlo al *Bundesdenkmal* (BDA), l'ufficio federale austriaco per la preservazione dei monumenti storici. Successivamente il BDA affidò il dipinto ad un'altra famiglia ebrea (i Rieger), che già possedeva altre opere di Schiele e che nel 1950 vendette parte della propria collezione (tra cui il "Ritratto di Wally") alla *Österreichische Galerie Belvedere*. Alcuni anni dopo (1954) un collezionista d'arte, Rudolph Leopold, acquistò il dipinto dalla Galleria Belvedere, pur sapendo che nel catalogo anteguerra delle opere di Schiele (redatto da Otto Kallir) l'opera risultava nella collezione privata di Lea Bondi; successivamente Leopold vendette l'intera sua collezione al nuovo *Leopold Museum* di Vienna, di cui divenne il direttore. Nel 1998, in occasione di una mostra su Egon Schiele presso il *Museum of Modern Art* (MoMa) di New York, il dipinto fu dato in prestito dal *Leopold Museum*, insieme ad altre opere di Schiele; pochi giorni dopo la fine della mostra, prima che il dipinto facesse ritorno in Austria, gli eredi della signora Bondi presentarono un reclamo affinché il quadro, che era stato rubato nel 1939, venisse loro restituito. Il MoMa si rifiutò di dar seguito alla richiesta, poiché vincolato agli obblighi contrattuali con la Fondazione Leopold; inoltre la Corte distrettuale di New York non poteva procedere al sequestro del dipinto, in virtù della sezione 12.03 del *New York's Arts and Cultural Affairs Law*, che protegge le opere in prestito ai musei di New York dai sequestri giudiziari per azioni sia penali che civili. A quel punto intervennero le autorità doganali statunitensi (*U.S. Custom Service*), che disposero il sequestro del quadro per violazione del *National Stolen Property Act* (NSPA), sulla base del fatto che si trattava di un bene rubato e illecitamente importato sul suolo statunitense. Nell'ottobre 2009, dopo anni di controversia, la Corte distrettuale di New York ha stabilito che il dipinto doveva considerarsi, sotto ogni profilo, proprietà di Lea Bondi (*United States of America v. Portrait of Wally, a painting by Egon Schiele, Defendant in Rem*, 663 F. Supp. 2d 232 (S.D.N.Y. 2009)). Tuttavia nel luglio 2010, prima della decisione finale, le parti riuscirono a negoziare un accordo, in base al quale il *Leopold Museum* acquistava il dipinto agli eredi della signora Bondi per la somma di 19.000.000 di dollari. Per una ricostruzione dettagliata del caso, si veda R. Contel et al., *Case Portrait of Wally – United States and Estate of Lea Bondi and Leopold Museum*, in *ArThemis*, Art-Law Centre (Università di Ginevra), marzo 2012; H. N. Spiegler, *What the Lady Has Wrought: The Ramifications of the Portrait of Wally Case*, in *Art & Advocacy, The Art Law Newsletter of Herrick, Feinstein LLP*, 2010, vol. 7, pp. 1-5. Si veda anche M. A. Renold, *op. cit.*, p. 669; A. Chechi, *The Settlement*, *cit.*, pp. 136, 170, 188-189. Sulla figura di Rudolph Leopold e il travagliato iter del dipinto di Schiele, si veda l'articolo di J. Dobrzynski, *The Zealous Collector: A Singular Passion for Amassing Art, One Way or Another*, pubblicato sul *New York Times* (24 dicembre 1997), disponibile sul sito <http://www.judithdobrzynski.com>.

Una volta stabilito questo, è necessario riconoscere l'immenso contributo che le corti nazionali hanno saputo offrire nel campo della protezione e restituzione dei beni culturali, avendo permesso il rientro di molti oggetti contesi attraverso l'applicazione delle norme esistenti. Il caso *Goldberg* che ha coinvolto Stati Uniti e Cipro, a tal proposito, costituisce un esempio di scuola²⁷. Il caso riguardava la proprietà dei mosaici del VI secolo saccheggiate dalla chiesa di Kanakaria, in seguito all'invasione turca nel 1974. I mosaici erano stati sottratti da contrabbandieri di antichità turchi e venduti a una mercante d'arte americana, Peg Goldberg. Nel 1989 la Chiesa Ortodossa e la Repubblica di Cipro riuscirono risalire ai mosaici in Indiana, e presentarono un ricorso per la loro restituzione. La Corte distrettuale dell'Indiana, con sentenza del 3 agosto 1989, ordinò che i mosaici venissero restituiti alla Repubblica di Cipro, in quanto paese d'origine; ciò anche in assenza di uno specifico obbligo pattizio al riguardo. Il verdetto venne poi confermato nell'ottobre del 1990 dalla Corte d'Appello Federale, affermando che i mosaici non erano stati acquistati in buona fede dalla parte convenuta; la mancanza della diligenza necessaria da parte sua al momento dell'acquisto l'aveva così privata di qualunque legittima pretesa nei confronti del ricorrente²⁸.

Si può inoltre citare un altro episodio (questa volta concluso mediante una soluzione stragiudiziale) che ha coinvolto, nuovamente, il governo degli Stati Uniti e la Repubblica di Cipro e riguardante gli affreschi della Cappella Bizantina di Houston (*Houston Byzantine Chapel*). I rari affreschi medievali che ornavano la Cappella erano stati depredati durante il saccheggio della città di Lysi, nel corso dell'occupazione turca dei territori a nord dell'isola, e successivamente acquistati e

²⁷ *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts Inc.*, 717 F.Supp., 1374 (S.D.Ind. 1989) e 917 F.2d 278 (7th Cir.1990). Per maggiori dettagli, si veda R. Contel, A. Chechi, M. A. Renold, *Case Kanakaria Mosaics – Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus and Cyprus v. Goldberg*, in *ArThemis*, Art-Law Centre (Università di Ginevra), gennaio 2012.

²⁸ Come infatti affermato da un consulente di parte del querelante durante il processo, «all the red flags were up, all the red lights were on, all the sirens were blaring because of the many suspicious circumstances surrounding the sale». Citato in A. Chechi, *The Settlement*, cit., p. 86. Del resto, come rilevato dalla Corte, tutte le circostanze intorno alla vendita erano sospette: la natura e la provenienza degli elementi avrebbe richiesto una maggiore cautela da parte del potenziale acquirente, trattandosi di mosaici dal significato religioso e culturale provenienti da una zona occupata da forze militari straniere; la grande disparità tra il valore stimato dei mosaici e il prezzo pagato (1.200.000 dollari). Goldberg, inoltre, sapeva molto poco del venditore e dell'intermediario, e la transazione era stata portata a termine con insolita rapidità. Inoltre, la Corte aveva accertato, sulla base delle prove e delle testimonianze emerse durante il processo, che Goldberg aveva fatto solo una rapida verifica circa l'effettiva capacità del venditore di trasmettere i diritti di proprietà dei mosaici, oltre sulle altre circostanze sospette relative alla vendita (cfr. *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, cit., 717 F.Supp., pp. 1400-1404).

importati negli Stati Uniti dalla *Houston Menil Foundation*. Nel marzo 2012 gli affreschi hanno fatto ritorno a Cipro, grazie ad un accordo volontario raggiunto tra la *Menil Foundation* e la Chiesa di Cipro²⁹.

Un esito simile a quello del caso *Goldberg* si è avuto nel caso *Elicofon*³⁰ riguardante due dipinti di Albrecht Dürer che erano stati rubati nel 1945 presso il castello di *Schwarzburg*, in Germania, nei giorni dell'occupazione americana. Nel 1966 i due quadri furono trovati in possesso di un collezionista di New York, Edward Elicofon, che li aveva acquistati nel 1946 da un militare americano. Una volta appresa la collocazione dei due dipinti perduti, la Repubblica federale di Germania e la Collezione d'Arte di Weimar (*Kunstsammlungen zu Weimar*) presentarono un ricorso chiedendone la restituzione. Nel 1981, la Corte Distrettuale di New York dichiarò che le due opere di Dürer erano state effettivamente rubate, che appartenevano legittimamente al *Kunstsammlungen* di Weimar e che Elicofon era tenuto a restituirle.

Gli esempi appena citati sono indicativi del supporto fornito dai tribunali nazionali, nonché dai meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, nel dare seguito alla restituzione di beni culturali rubati ai loro legittimi proprietari. Tuttavia esistono dei casi in cui la giurisprudenza nazionale si è spinta anche oltre, individuando dei principi che hanno rafforzato la norme internazionali in materia, in particolare quelle che proibiscono il divieto di esportazione di beni culturali dai territori militarmente occupati e in generale il traffico illecito³¹. Tra questi bisogna senza dubbio ricordare il caso *Barakat*³², che nel 2006 ha visto la Repubblica Islamica dell'Iran citare in giudizio presso un tribunale del Regno Unito la Galleria Barakat di Londra, reclamando la restituzione di una collezione di oggetti antichi

²⁹ Per approfondimenti, si vedano D. Fincham, *The Rescue, Stewardship, and Return of the Lysi Frescoes by the Menil Foundation*, in *International Journal of Cultural Property*, 2015, vol. 22, pp. 301-314; D. Pilides, A. McCarthy (a cura di), *Protecting the Cultural Heritage of Cyprus: Joining Efforts in Preventing the Illicit Trafficking of Cultural Heritage*, Department of Antiquities, Cipro, 2014.

³⁰ *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 478 F.2d 231 (1973), 536 F. Supp. 829 (E.D.N.Y. 1981), 678 F.2d 1150 (2d Cir.1982).

³¹ Si possono richiamare, a questo proposito, gli artt. 46, par. 2 («la proprietà privata non può essere confiscata») e 47 («il saccheggio è proibito») del *Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra*, annesso all'omonima Convenzione dell'Aja del 1907; l'art. 239 del Trattato di Versailles del 1919, che prevedeva l'obbligo di restituzione degli oggetti – tra cui quelli culturali – saccheggiate durante la guerra; la Dichiarazione di Londra del 1943, con cui si intendeva annullare e revocare tutti gli atti di trasferimento di beni, compresi quelli culturali, compiuti nei territori occupati dalla Germania nazista e dai suoi alleati.

³² *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd*, EWHC 705 QB (sentenza, 27 marzo 2007) e EWCA Civ.1374 (sentenza, 21 dicembre 2007). Da qui “Iran v. Barakat Galleries”.

(nello specifico diciotto vasi scolpiti, ciotole e tazze) che erano stati scavati illegalmente nella regione di Jiroft (nel sud-est dell'Iran) e in seguito esportati all'estero.

La pretesa avanzata dall'Iran si basava sulla violazione delle proprie leggi nazionali sulla proprietà. In prima istanza l'Alta Corte di Londra, dopo aver esaminato le leggi iraniane relative al suo patrimonio archeologico, ha concluso che nessuna delle norme in esame stabiliva con chiarezza l'esistenza di un titolo di proprietà in capo allo Stato, aggiungendo che tale titolarità non poteva essere riconosciuta «by default or as a matter of inference»³³; per cui la Corte, con sentenza del 29 marzo 2007, ha respinto il reclamo dell'Iran, dal momento che quest'ultimo, non avendo assolto l'onere di dimostrare i propri diritti di proprietà sugli oggetti della collezione in base alla legge iraniana, non aveva di conseguenza titolo a citare in giudizio la Galleria Barakat³⁴. Il governo iraniano ha fatto immediatamente ricorso, affermando che il giudice non aveva riconosciuto il titolo di proprietà dell'Iran sulle antichità, e di conseguenza il suo diritto a chiederne la restituzione.

La Corte d'Appello, con una pronuncia del 21 dicembre 2007, ha annullato la decisione del giudice di primo grado confermando il reclamo del governo iraniano. Nella sua sentenza, la Corte di secondo grado si è focalizzata sulla giustiziabilità del reclamo dell'Iran, distinguendo tra il riconoscimento dei diritti di proprietà di una nazione sui suoi beni e la capacità di far valere le leggi straniere davanti alle corti inglesi³⁵. Nel caso in esame, la Corte d'Appello ha riconosciuto la fondatezza del reclamo presentato dall'Iran, in quanto basato su un titolo conferitogli dalla sua legislazione (nella fattispecie un *Legal Bill* del 1979)³⁶. Nel condurre la sua analisi la Corte, piuttosto che concentrarsi esclusivamente sul significato letterale della normativa iraniana, ha prestato attenzione alla natura fondamentale del diritto di proprietà, che è composto da un insieme di diritti individuali, tra cui il diritto di trasferimento della proprietà *inter vivos* o *mortis causa*, il possesso e il diritto di locazione; secondo la Corte, «it is whether an individual or entity possesses these

³³ *Iran v. Barakat Galleries*, EWHC 705 QB, par. 59. Per una ricostruzione dettagliata degli elementi di diritto alla base della sentenza di primo grado, si veda P. Gerstenblith, *Schultz and Barakat: Universal Recognition of National Ownership of Antiquities*, in *Art Antiquity and Law*, 2009, vol. XIV, n. 1, pp. 21-48. Si veda anche M. Wantuch-Thole, *Cultural property in cross-border litigation: turning rights into claims*, De Gruyter, Berlino, 2015, p. 282 ss.

³⁴ *Iran v. Barakat Galleries*, EWHC 705 QB.

³⁵ Cfr. M. A. Renold, *op. cit.*, p. 667.

³⁶ Iran, *Legal Bill on the Prevention of Unauthorised Excavations and Diggings*, 17 maggio 1979.

rights that determines the nature of the interest in property»³⁷. La Corte ha quindi concluso che il *Legal Bill* dell'Iran conferisce allo Stato sia la proprietà che il diritto immediato al possesso su tutte le antichità recentemente scoperte³⁸; e benché la normativa iraniana non sia chiara nell'affermare la proprietà nazionale, tuttavia garantisce allo Stato tutti quei diritti correlati alla proprietà. Oltre a questo, la Corte ha aggiunto che sarebbe impossibile assegnare la titolarità sui reperti archeologici recentemente scoperti ad un soggetto diverso dall'Iran. In altri termini, quindi, la Corte ha riconosciuto il titolo dell'Iran, e di conseguenza la fondatezza della sua richiesta, sulla base esclusiva del diritto sovrano dell'Iran di vantare un diritto di proprietà sui propri tesori culturali nazionali, indipendentemente da un precedente possesso dei beni contesi³⁹. Alla luce di queste valutazioni, la Corte d'Appello ha stabilito che i tribunali britannici avrebbero dovuto riconoscere il diritto di proprietà nazionale dell'Iran come una proprietà privata⁴⁰, con il conseguente obbligo per la parte convenuta di restituire i reperti all'Iran⁴¹.

L'aspetto veramente significativo del ragionamento e della decisione della Corte risiede nelle argomentazioni che i giudici hanno utilizzato per arrivare a questa conclusione, basandosi anche su motivazioni di interesse pubblico. A tal proposito, si riporta qui di seguito un passaggio fondamentale della sentenza:

«In our judgment, there are positive reasons of policy why a claim by a state to recover antiquities which form part of its national heritage and which otherwise complies with the requirements of private international law should not be shut out by the general principle invoked by Barakat. Conversely, in our judgment it is certainly contrary to public policy for such claims to be shut out [...] There is *international recognition that states should assist one*

³⁷ *Iran v. Barakat Galleries*, EWCA Civ.1374, par. 73.

³⁸ *Ibid.*, parr. 84-86. Dal momento che le parti erano concordi nel riconoscere che i reperti al centro della controversia avevano lasciato l'Iran tra il 2000 e il 2004, il *Legal Bill* del 1979 determinava la proprietà dello Stato. Cfr. P. Gerstenblith, *Theft and Illegal Excavation: Legal Principles for Protection of the Archaeological Heritage*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 200-226.

³⁹ F. Francioni, *Custom and General Principles*, cit., p. 545. Nelle parole stesse della Corte d'Appello (*Iran v. Barakat Galleries*, EWCA Civ.1374, par. 80): «[Iran's] rights in relation to antiquities found were so extensive and exclusive that Iran was properly to be considered the [only] owner of the properties found».

⁴⁰ Cfr. *Iran v. Barakat Galleries*, EWCA Civ.1374, par. 136: «when a State owns property in the same way as a private citizen there is no impediment to recovery».

⁴¹ *Ibid.*, par. 163.

another to prevent the unlawful removal of cultural objects including antiquities»⁴².

Sulla base di questa argomentazione, quindi, gli Stati sono tenuti a prestarsi reciproca assistenza, alla luce di quelle norme internazionali aventi l'obiettivo di prevenire il traffico illecito di beni culturali. Questo costituisce l'elemento, forse, più importante (almeno sotto il profilo internazionale) della decisione della Corte d'Appello inglese, poiché fornisce un prezioso riconoscimento e supporto alle legittime pretese dei paesi di origine, affermando che un tribunale straniero è tenuto ad accogliere il reclamo di un altro Stato, quando esso è fondato su un titolo che gli viene conferito dalle proprie leggi; e che, nel caso dell'Iran, la Corte ha classificato come «patrimonial claim, not a claim to enforce a public law or to assert sovereign rights»⁴³.

A tal proposito, per rafforzare questa posizione, la Corte ha ricordato alcuni delle convenzioni internazionali che proibiscono l'illecita importazione ed esportazione di beni culturali, tra cui la Convenzione UNESCO del 1970 sulle misure per impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali e la Convenzione UNIDROIT del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati; la Corte ha inoltre citato la Direttiva 93/7 del Consiglio delle Comunità europee, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro⁴⁴, nonché lo Schema del Commonwealth (*Commonwealth Scheme*) per la protezione del patrimonio culturale materiale⁴⁵. A parere della Corte, benché tutti gli strumenti citati non trovassero diretta applicazione nel caso in questione, tuttavia «they do illustrate the *international acceptance of the desirability of protection of the national heritage*. A refusal to recognise the title of a foreign State, conferred by its law, to antiquities unless they had come into the possession of such State, would in

⁴² *Ibid.*, parr. 154-155. Corsivo aggiunto.

⁴³ *Ibid.*, parr. 148-149.

⁴⁴ *Direttiva 93/7/CEE del Consiglio del 15 marzo 1993 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro*, in G.U.C.E. n. L 74/75, 27 marzo 1993.

⁴⁵ *Scheme for the Protection of Cultural Heritage within the Commonwealth*, adottato dai ministri della giustizia dei paesi del Commonwealth durante *meeting* nelle Isole Mauritius (novembre 1993). Il testo integrale è pubblicato su L. V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 1995*, Institute of Art and Law, 1997, *Appendix VIII*, p. 117 ss. Lo Schema è stato adottato con l'obiettivo di regolamentare la restituzione di un bene culturale, che si trovi sotto la giurisdizione di un Paese membro del Commonwealth, al Paese (sempre del Commonwealth) da cui sia stato esportato, in violazione delle sue leggi nazionali. Per maggiori dettagli, si veda P. J. O'Keefe, *Protection of the Material Cultural Heritage: The Commonwealth Scheme*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, vol. 44, n. 1, pp. 147-161.

most cases render it impossible for this country to recognise any claim by such a State to recover antiquities unlawfully exported to this country»⁴⁶. In questo modo il giudice d'appello ha affermato che è interesse del Regno Unito riconoscere i ricorsi degli Stati stranieri quando riguardano oggetti antichi che appartengono al loro patrimonio nazionale. In questo modo, pur trattando della questione preliminare relativa all'accettabilità del reclamo dell'Iran, la decisione della Corte ha stabilito un importante precedente, permettendo agli Stati di origine di presentare ricorso davanti alle corti inglesi quando oggetti d'arte proveniente dai loro territori vengano messi in vendita nel Regno Unito, in violazione delle proprie leggi nazionali sul patrimonio⁴⁷. Inoltre, la sentenza della Corte d'Appello sul caso *Iran v. Barakat Galleries* ha permesso alla giurisprudenza britannica di allinearsi con quella statunitense; in diverse occasioni, infatti, i tribunali americani hanno riconosciuto la proprietà degli Stati stranieri riguardo a oggetti culturali che erano stati clandestinamente scavati ed esportati, anche quando gli Stati di origine non avevano mai potuto esercitare il loro possesso⁴⁸. Un caso che ha fatto scuola, in tal senso, è stato *United States v. McClain*⁴⁹, sul quale si pronunciò nel 1977 una Corte Federale statunitense relativamente ad una controversia riguardante alcuni reperti di arte precolombiana che erano stati illegalmente importati dal Messico negli Stati Uniti, in violazione delle leggi messicane. In questa occasione, e per la prima volta, un tribunale americano dichiarò che una legge straniera (nel caso di specie quella messicana) relativa alla protezione del patrimonio archeologico nazionale come patrimonio pubblico dello Stato andasse applicata negli Stati Uniti, rendendo legittimo il reclamo dello Stato straniero. Si è trattato di un giudizio memorabile per la sua posizione lungimirante, che ha ispirato la giurisprudenza di altri importanti Stati importatori di beni culturali (*Market States*), ponendosi in forte contrasto con la pratica molto diffusa e incontrollata del traffico illecito di antichità.

Un altro caso molto importante, al quale ci si richiama spesso per tracciare l'evoluzione della giurisprudenza in materia di esportazioni illecite di beni culturali, è *United States v. Schultz*⁵⁰ (citato dalla Corte d'Appello britannica nella sentenza

⁴⁶ *Iran v. Barakat Galleries*, EWCA Civ.1374, par. 163.

⁴⁷ Cfr. A. Chechi, R. Contel, M. A. Renold, *Case Jiroft Collection – Iran v. The Barakat Galleries Ltd.*, in *ArThemis*, Art-Law Centre (Università di Ginevra), ottobre 2011, p. 7.

⁴⁸ Tra questi il caso *United States v. Hollinshead*, 495 F.2d 1154 (9th Cir. 1974); *United States v. Pre-Colombian Artefacts*, 845 F.Supp.544 (N.D. Ill. 1993).

⁴⁹ *United States v. McClain*, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977), 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979).

⁵⁰ *United States v. Schultz*, 178 F. Supp. 2d 445 (S.D.N.Y. 2002), 333 F.3d 393 (2^d Cir. 2003).

Barakat), riguardante un mercante d'arte condannato per cospirazione, per l'acquisto di beni culturali rubati in Egitto⁵¹. In questo caso la Corte d'Appello di New York interpretò la legge egiziana pertinente, che stabiliva che tutte le antichità trovate in Egitto a partire dal 1983 andavano considerate, di diritto, proprietà del governo egiziano; e questa decisione servì a spianare ulteriormente la strada alla possibilità di accogliere ricorsi fondati su leggi straniere da parte di un tribunale americano. Sia i casi *Schultz* che *Barakat*, come rilevato in dottrina, sono la prova della graduale evoluzione dell'applicazione delle norme nazionali secondo una precisa traiettoria, ossia consentire la restituzione di oggetti d'arte illecitamente rimossi, e per questo rivendicati, dai paesi d'origine, anche in assenza di uno specifico titolo di proprietà⁵². Cosa ancora più importante, tutti gli esempi citati sono la dimostrazione di una prassi molto concreta intrapresa dagli Stati nella lotta al traffico illecito di beni culturali, che trova un solido fondamento, come dimostra il richiamo alle convenzioni rilevanti nella sentenza *Barakat*, in quelle norme e principi di diritto internazionale riguardanti la protezione del patrimonio culturale, in particolar modo da fenomeni patologici come il divieto di illecita importazione ed esportazione di beni culturali. Questo interesse universale alla restituzione di oggetti culturali trafugati trova il proprio minimo comun denominatore normativo nel diritto sovrano di ogni Stato di dichiarare i beni culturali presenti sul proprio territorio come parte del proprio patrimonio nazionale; da qui deriva quel senso generale di obbligatorietà (ossia l'*opinio juris*) di cooperare a livello internazionale per impedire il traffico illecito⁵³. Vi sono, inoltre, altre due circostanze da considerare, e che conferiscono ulteriore valore alla decisione sul caso *Barakat*, e in generale alla giurisprudenza citata: innanzitutto, è interessante notare che il giudice britannico, per supportare il principio di nazionalità del bene culturale alla base del riconoscimento della legittimità del ricorso dell'Iran, ha richiamato la Convenzione UNIDROIT del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati,

⁵¹ Dalle prove raccolte durante il processo emerse che Frederick Schultz, uno dei mercanti d'arte più facoltosi di New York, lavorava in associazione con un ladro inglese e un tombarolo egiziano, allo scopo di trafugare reperti antichi fuori dall'Egitto e trasferirli negli Stati Uniti per rivenderli. Schultz, curiosamente, non era solo il proprietario di una galleria d'arte a Manhattan, ma anche il Presidente della *National Association of Dealers in Ancient, Oriental and Primitive Art*. Inoltre lavorava come consulente per l'Amministrazione Clinton, all'interno del *Cultural Property Advisory Committee*, dove si opponeva alla rigidità dei regolamenti sul commercio di beni culturali. Cfr. A. Chechi, *The Settlement*, cit., p. 47.

⁵² Cfr. A. Chechi et al., *Case Jiroft Collection*, cit., p. 7.

⁵³ F. Francioni, *Custom and General Principles*, cit., p. 545.

benché il Regno Unito non fosse parte della Convenzione (e tuttora non lo sia)⁵⁴. Nella sentenza, la Corte d'Appello ha infatti citato gli articoli rilevanti della Convenzione UNIDROIT, tra i quali l'art. 3, par. 2, dove si afferma che «un bene illecitamente scavato o scavato lecitamente ma illecitamente trattenuto è considerato come rubato, compatibilmente con la legislazione dello Stato nel quale tali scavi sono stati effettuati». Questa disposizione, dunque, stabilendo che è la legge del Paese di origine (la *lex originis*) a determinare l'eventuale illiceità del trasferimento di un bene culturale, ha offerto un'importante base giuridica alla posizione della Corte⁵⁵.

In secondo luogo, è senza dubbio significativo il fatto che questo spirito di cooperazione nella lotta al traffico illecito di beni culturali, fondato sull'interesse condiviso tra tutti gli Stati di proteggere il patrimonio nazionale, si manifesti nella giurisprudenza del Regno Unito e degli Stati Uniti, che sono tra i più importanti Paesi importatori di beni culturali; e anche quest'ultima circostanza non fa altro che corroborare l'*opinio juris* alla base di questo comportamento.

2.1 La sentenza n. 3154 del 2008 da parte del Consiglio di Stato sul caso della Venere di Cirene e l'obbligo di restituzione dei beni culturali trafugati nel corso di un conflitto armato

La cooperazione internazionale nella lotta al traffico illecito di beni culturali trova il proprio fondamento, come si è visto, nel diritto sovrano di ciascuno Stato di considerare "patrimonio nazionale" i beni culturali presenti sul proprio territorio. Tale "principio della nazionalità" dei beni culturali non è di elaborazione recente, ma ha radici storiche piuttosto remote. Esso ha iniziato a svilupparsi, si ricorderà⁵⁶, all'epoca del Congresso di Vienna (1815), quando gli emissari dei Paesi coinvolti nelle guerre napoleoniche, alla luce della portata e dell'entità delle razzie operate dagli eserciti di Napoleone, cominciarono ad interrogarsi sullo specifico problema del trafugamento di opere d'arte durante le ostilità, un tema che imponeva una riflessione rimandata troppo a lungo. Fu in questa sede internazionale che iniziò a

⁵⁴ La Convenzione, adottata a Roma il 24 giugno 1995, è entrata in vigore il 1° luglio 1998. Oggi conta 54 Stati parti, tra cui l'Iran (a partire da dicembre 2005).

⁵⁵ Cfr. E. Campfens, *Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims*, in *Netherlands International Law Review*, 2020, vol. 67, p. 261.

⁵⁶ Si veda Cap. 1, par. 3.

delinearsi l'idea secondo cui le opere d'arte e tutto ciò che ha rilevanza per la cultura e l'educazione dei popoli siano meritevoli di una particolare tutela⁵⁷; e parallelamente a questa idea, venne sancito il concetto di "nazionalità dell'opera d'arte", da cui discende, in maniera naturale, un corollario molto semplice: il bene culturale appartenente ad un determinato contesto socio-culturale deve farvi ritorno, qualora ne sia stato separato. A seguito del Congresso di Vienna, il principio della nazionalità dei beni culturali e quello che potrebbe essere definito il suo "spettro negativo", ossia il divieto dello *ius predae*, divennero sempre più ricorrenti nella prassi pattizia degli Stati, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento (con l'elaborazione dei primi strumenti di diritto internazionale umanitario). Le due guerre mondiali, poi, determinarono un intensificarsi degli sforzi diplomatici tesi all'elaborazione di testi convenzionali in materia di protezione dei beni culturali nel contesto dei conflitti armati, sia a carattere internazionale che interno; fu nel corso di questi negoziati che emerse il problema relativo al ritorno in patria delle opere e dei reperti sottratti nel corso della guerra⁵⁸.

Nonostante il divieto di esportazione di beni culturali dai territori militarmente occupati sia oggi ampiamente diffuso e consolidato nella prassi convenzionale degli Stati⁵⁹, tuttavia la dottrina è rimasta a lungo divisa sull'esistenza di una corrispondente norma consuetudinaria, in particolare per quanto riguarda l'obbligo di restituzione dei beni sottratti nel corso di un conflitto armato, manifestando alcune

⁵⁷ L'idea di riservare una particolare tutela ai beni di interesse artistico, come ricordato nel Cap. 1, fu avanzata dallo scultore italiano Antonio Canova, il quale prese parte al Congresso di Vienna in qualità di inviato dello Stato Pontificio. Per una ricostruzione storica dettagliata del Congresso, si veda B. E. Vick, *The Congress of Vienna: Power and Politics After Napoleon*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2014.

⁵⁸ Cfr. D. Favero, *op. cit.*, p. 403.

⁵⁹ Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 46, 47 e 56, par. 2 del *Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra*, annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 (senza dimenticare che la medesima disciplina era già presente nel precedente Regolamento annesso alla II Convenzione dell'Aja del 1899, concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre); l'art. 33, par. 2 della *Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra* del 1949; l'art. 4, par. 2, lett. g) del *Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali* del 1977; il *Primo Protocollo dell'Aja 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato*, che prevede in capo alle Parti contraenti l'obbligo di impedire l'esportazione di beni culturali dai territori occupati militarmente (par. 1) e di consegnare alle autorità dei territori occupati i beni culturali illecitamente esportati (par. 3). Gli atti di furto, saccheggio e appropriazione indebita (anche di beni culturali) commessi durante un conflitto armato presentano inoltre dei profili penalistici puniti dalle norme internazionali, tra cui l'art. 15, par. 1, lett. e) del *Secondo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato* del 1999; l'art. 8, par. 2, lett. a) punto (iv) dello *Statuto di Roma della Corte penale internazionale* (1998); l'art. 2, lett. e) dello *Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia* (1991).

posizioni scettiche legate all'assenza di una specifica disciplina all'interno del principale accordo in materia, ossia la Convenzione dell'Aja del 1954⁶⁰. Altra dottrina (FRANCIONI), invece, ritiene che esista una norma di diritto internazionale generale in tal senso, comprovata dalla forte accelerazione che ha attraversato la prassi internazionale negli ultimi anni, come dimostrano alcuni fattori⁶¹. In primo luogo, la robusta reazione della Comunità internazionale di fronte allo scempio degli scavi illeciti e dei saccheggi di beni culturali nei territori militarmente occupati, accompagnata da un crescente senso di indignazione e di condanna di tali atti laddove commessi nel quadro di conflitti razziali o di un piano di pulizia etnica, come testimoniato dalle atrocità del conflitto in ex Jugoslavia e dalle azioni criminali compiute dal c.d. "Stato islamico" nei territori occupati di Iraq e Siria. In secondo luogo, a partire dai primi anni 2000 si è assistito ad un significativo aumento degli Stati che hanno aderito o ratificato il Primo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954, lo strumento adottato contestualmente all'accordo principale ed espressamente dedicato al divieto di saccheggio e all'obbligo di restituzione dei beni culturali, e che oggi comprende molti importanti Stati di destinazione (*Market States*), tra cui Cina, Regno Unito, Canada e Giappone⁶². Infine, esempi come le sentenze nei casi *Elicofon* (1981) e *Goldberg* (1989) analizzate nel precedente paragrafo testimoniano una significativa tendenza, nella prassi giurisprudenziale dei tribunali nazionali, ad applicare il divieto internazionale di appropriazione dei beni culturali nei territori militarmente occupati e l'obbligo, in caso di violazione, di restituirli, anche in assenza di uno specifico vincolo convenzionale⁶³.

Ad ulteriore conferma di questa tendenza diffusa nella giurisprudenza delle corti nazionali, e parallelamente della dottrina che afferma l'esistenza di una norma consuetudinaria sancente l'obbligo di restituire i beni sottratti in tempo di guerra, si può richiamare un'altra importante controversia. Si tratta di una vicenda giudiziaria che ha per protagonista la "Venere di Cirene" o Venere *Anadiomene* (letteralmente

⁶⁰ Tra questi si vedano, ad esempio, A. F. Panzera, *op. cit.*, pp. 16, 46; G. Carducci, *L'obligaton de restitution des biens culturels et des ojets d'art en cas de conflit armé*, in *Revue Générale de Droit International*, 2000, vol. 2, p. 290.

⁶¹ F. Francioni, *Custom and General Principles*, cit., p. 539.

⁶² Attualmente fanno parte del Primo Protocollo 111 Stati. Per approfondimenti, si veda il Cap. 2.

⁶³ Lo dimostra il fatto che i tribunali statunitensi che si sono pronunciati sulle controversie citate non erano tenuti ad applicare le norme internazionali sulla restituzione dei beni culturali saccheggiate, non essendo gli Stati Uniti parte del Primo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954.

“che emerge dal mare”)⁶⁴, copia marmorea di epoca adrianea (II secolo d. C.) di un originale d'età ellenistica attribuito allo scultore Prassitele. L'opera venne ritrovata dalle truppe italiane il 28 dicembre 1913, vicino alle rovine dell'antico insediamento romano di Cirene, sulla costa della Libia⁶⁵. Nel 1915 la scultura venne tradotta in Italia, al fine di preservarla dai pericoli del conflitto ancora in corso, e da allora è rimasta esposta al Museo Nazionale Romano⁶⁶. Al momento del suo ritrovamento, alcune zone della Libia (la Tripolitania e la Cirenaica), già appartenenti all'Impero Ottomano, erano sotto l'occupazione italiana, che le aveva annesse in seguito alla guerra italo-turca⁶⁷. Negli anni successivi, la Venere divenne un simbolo della retorica imperialista tipica del fascismo, che vedeva nel suo ritrovamento un «segno del fato»⁶⁸.

Il 4 luglio 1998 lo Stato italiano e la Repubblica di Libia firmarono una dichiarazione congiunta, in base alla quale l'Italia si impegnava a restituire «[...] all manuscripts, artifacts, documents, monuments and archaeological objects brought to Italy during and after the Italian colonization of Libya, pursuant to the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of

⁶⁴ Per una ricostruzione approfondita del caso e il commento alla sentenza, si veda il contributo di D. Favero, *op. cit.*, pp. 403-411.

⁶⁵ Nel 1982 il “Sito archeologico di Cirene” è stato iscritto nella *World Heritage List* (WHL) dell'UNESCO, sulla base dei criteri (iii), (v) e (vi) (si veda l'ultima versione delle *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*, Doc. WHC.23/01, 24 settembre 2023, par. 77). Nel luglio 2016 il *World Heritage Committee* ha deciso di iscrivere il sito archeologico di Cirene e gli altri quattro siti UNESCO libici (il “Sito archeologico di Leptis Magna”, il “Sito archeologico di Sabratha”, la “Città vecchia di Ghadamès”, i “Siti rupestri di Tadrart Acacus”) nella *World Heritage List in Danger*, a causa della situazione di grande instabilità legata alla guerra civile che affliggeva il paese, e che aveva messo in serio pericolo l'integrità dei siti UNESCO. Cfr. Doc. WHC-16/40.COM/7B.106 (*World Heritage Properties in Lybia*) e WHC-16/40.COM/7B.24 (*Archaeological Site of Cyrene*). Per una documentazione dei danni subiti dal patrimonio culturale libico nel corso della guerra civile, si veda J. D. Kila, *Cultural Property Crimes in the Context of Contemporary Armed Conflicts*, in *Journal of Eastern Mediterranean Archaeology and Heritage Studies*, 2013, vol. 1, n. 4, pp. 319-375.

⁶⁶ È interessante notare che la statua venne trasferita da Bengasi a Roma in contrasto con la legge organica di tutela, promulgata nel 1909 ed estesa ai territori occupati. La Venere era semplicemente “troppo preziosa” per essere lasciata in Libia, e la sua immagine riscosse un grande successo, apparendo su francobolli, cartoline e negli annunci pubblicitari. Cfr. L. Venezia, *La Venere di Cirene: un bene conteso e forse perduto*, pubblicato su *DirittoConsenso* (7 giugno 2022), disponibile sul sito www.dirittoconsenso.it.

⁶⁷ Con regio decreto n. 1247 del 5 novembre 1911.

⁶⁸ E. Christillin, C. Greco, *Le memorie del futuro*, Einaudi, Torino, 2021: «Il suo ritrovamento venne inteso, innanzitutto, come un segno del fato. [...] Da lì, si proseguì poi con un'autonoma interpretazione razziale: nel delicato marmo bianco, le forme eleganti e sinuose furono ritenute tipiche della razza mediterranea e appartenevano, quindi, all'Italia». Sul valore simbolico, storico e politico della Venere di Cirene, e il suo utilizzo nella (ri)creazione di un'identità nazional-imperiale costruita “sul mito del ritorno in Africa degli eredi di Roma eterna” (cit.), si veda anche S. Troilo, *Casta e bianca: la Venere di Cirene tra Italia e Libia*, in *Memoria e Ricerca*, 2018, vol. 57, n. 1, pp. 133-156.

Ownership of Cultural Property»⁶⁹. Nel dicembre 2000, nel corso della prima sessione del Comitato per il partenariato italo-libico, un gruppo di esperti identificò le opere che l'Italia si era impegnata a restituire, tra le quali figurava anche la Venere di Cirene⁷⁰; fu in questa occasione che venne concluso un accordo bilaterale per dare valore vincolante a questo impegno. Per dare attuazione all'obbligo internazionale, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, con un decreto del 1° agosto 2002⁷¹, dispose la dismissione della statua dal demanio (ossia l'insieme dei beni pubblici inalienabili) al patrimonio dello Stato; l'opera infatti, essendo parte della collezione di un museo ai sensi dell'art. 822, c. 2 del Codice civile⁷², era classificata come "bene demaniale", in quanto tale indisponibile (ex art. 823, c. 1)⁷³; per poterne disporre il trasferimento e la consegna alle autorità libiche, era necessario riqualificarla come bene del patrimonio disponibile dello Stato attraverso un atto amministrativo. Tuttavia, contro il decreto ministeriale attuativo degli accordi predetti, l'Associazione nazionale *Italia Nostra*, un'organizzazione non governativa istituita nel 1958 al fine di «concorrere alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio storico, artistico e naturale della nazione»⁷⁴, presentò al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio un ricorso per l'annullamento del decreto ministeriale attuativo dei predetti accordi, col quale eccepeva la violazione dell'art. 826, c. 2, del Codice civile⁷⁵, sancente la proprietà statale indisponibile sui beni di interesse storico o archeologico

⁶⁹ *Joint Communiqué between Italy and Libya*, 4 luglio 1998, par. 4.

⁷⁰ Ad onor del vero, di una restituzione della statua si parlava già dal 1989, quando sui giornali italiani trapelò la notizia di una richiesta della Libia, in tal senso, all'allora Ministro degli Affari Esteri, l'On. Gianni De Michelis. Cfr. T. Cevoli, *La Venere di Cirene e gli accordi per la restituzione dall'Italia alla Libia*, in *Archeomafie*, 2011, n. 3, pp. 11-34.

⁷¹ Il testo del decreto (pubblicato in GU n. 190 del 14 agosto 2002) sancisce «il passaggio dal demanio al patrimonio dello Stato della statua marmorea acefala di Afrodite, c.d. Venere di Cirene, custodita nel Museo nazionale romano, in vista del trasferimento della scultura presso gli istituti museali della Repubblica della Libia, ritenuta l'opportunità sotto il profilo scientifico e culturale di procedere ad una collocazione del reperto presso il contesto originario di appartenenza».

⁷² Art. 822 (*Demanio pubblico*), c. 2: «Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia, le raccolte dei musei, delle pinacoteche degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico».

⁷³ Art. 823 (*Condizione giuridica del demanio pubblico*), c. 1: «I beni che fanno parte del demanio pubblico, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano».

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 1 dello *Statuto di Italia Nostra* (ultima versione approvata il 16 gennaio 2023).

⁷⁵ Art. 826 (*Patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni*), c. 2: «Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra».

ritrovati nel sottosuolo nazionale. Secondo la ricorrente, la dismissione di un bene culturale dal demanio pubblico non poteva effettuarsi con un atto amministrativo, trattandosi di un oggetto la cui proprietà è riservata *ex lege* allo Stato; di conseguenza, solo un atto normativo di pari grado rispetto a quello che classificava il bene come “fuori commercio” (*res extra commercium*) avrebbe potuto disporre il trasferimento. Inoltre, sempre la ricorrente riscontrava un elemento di contraddittorietà nel decreto. Quest’ultimo, rispondendo all’esigenza di restituire la statua al contesto culturale di appartenenza, sembrava tralasciare il fatto che un bene culturale simile (una copia romana di un originale greco) sarebbe stato più attinente al contesto storico-artistico italiano che non a quello musulmano⁷⁶.

Il TAR, con sentenza del 20 aprile 2007, n. 3518, respinse il ricorso dell’Associazione e fece proprie le argomentazioni avanzate dall’Italia e dalla Libia, che era intervenuta nella controversia attraverso la sua rappresentanza diplomatica a Roma. In primo luogo, il Tribunale osservò che la rimozione della statua nel 1915 andava considerata un’eccezione nella tradizionale politica italiana, che prevedeva il mantenimento dei reperti archeologici nel luogo di ritrovamento (la c.d. “politica della non decontestualizzazione”); la rimozione, in questo caso, era avvenuta con l’intento di proteggere la statua dai rischi delle operazioni militari che si stavano svolgendo nella regione⁷⁷. A tal proposito, sempre secondo il Tribunale, l’art. 826 del Codice civile non trovava applicazione nel caso in esame: all’epoca del ritrovamento (1913), la Libia non era ancora sotto il controllo italiano, a dispetto del regio decreto di annessione della Tripolitania e della Cirenaica (1911) e del trattato di pace con l’Impero Ottomano (ottobre 1912). Solo con il Trattato di Pace di Losanna del 1923 la sovranità italiana sulla Libia sarebbe stata riconosciuta a livello internazionale; quando la statua fu trovata e rimossa, dunque, la Cirenaica non era terra italiana, ma aveva lo status giuridico di territorio sottoposto ad occupazione militare, condizione inidonea per il trasferimento della sovranità statale su una regione e un popolo. Mancando, dunque, il presupposto della territorialità italiana, la Venere non poteva essere considerata parte del demanio dello Stato.

⁷⁶ Cfr. T. Scovazzi, *La restituzione dell’obelisco di Axum e della Venere di Cirene*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2009, vol. 45, n. 3, pp- 561-562. Sempre Scovazzi nota un elemento inconsueto della controversia in esame, rappresentato, in questo caso, dall’atteggiamento “regressista” della ricorrente, in controtendenza con le posizioni normalmente seguite dalle organizzazioni non governative, che spesso i governi non sono disposti a seguire.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 562.

Tuttavia il Tribunale fece un'altra considerazione di estrema importanza, che prescindeva sia dalla legittimità degli accordi intervenuti tra l'Italia e la Libia, sia dall'applicabilità o meno del divieto di alienazione dei beni culturali appartenenti allo Stato, sulla base del diritto interno italiano. Tale divieto, affermava il giudice amministrativo, non si applica ai casi rientranti nell'ambito dei trattati internazionali con i quali l'Italia ha accettato l'obbligo di restituire beni sottratti ad altri Stati. A tal proposito il Tribunale citò il d.lgs. 490 del 29 ottobre 1999 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*)⁷⁸, che all'art. 20 stabilisce che «l'attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali si conforma ai principi di cooperazione tra Stati, anche nell'ambito di organizzazioni internazionali, stabiliti dalle convenzioni rese esecutive in Italia in materia di protezione del patrimonio culturale mondiale e dei patrimoni nazionali».

In secondo luogo, si sarebbe dovuto dar seguito alla restituzione della statua sin dalla cessazione del conflitto, una volta venute meno quelle esigenze di tutela che avevano portato al suo trasferimento in Italia; ciò in quanto l'impegno a restituire la Venere non era solo previsto dalla dichiarazione congiunta italo-libica del 1998 e dai successivi accordi tra i due Stati, ma rifletteva, prima di tutto, un obbligo già esistente sulla base del diritto internazionale consuetudinario. Gli accordi tra i due Stati, quindi, si limitavano a dare applicazione alla norma consuetudinaria che sancisce il "principio di ricostituzione dei singoli patrimoni culturali nazionali"⁷⁹, riproposta in numerosi testi convenzionali redatti nel corso del Novecento, tra cui i trattati di pace conclusi dopo il primo conflitto mondiale⁸⁰, le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907⁸¹ e la Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, con il relativo Protocollo⁸². Tali convenzioni, dunque, venivano assunte come testimonianza del consolidamento del principio espresso dall'ordinamento giuridico internazionale; ciò rendeva, a parere del Tribunale, del tutto superflua una legge che desse esecuzione alla dichiarazione

⁷⁸ Pubblicato in GU n. 302 del 27 dicembre 1999, Suppl. Ordinario n. 229.

⁷⁹ Cfr. T.A.R. Roma Lazio (Sez. II quater), sentenza 20 aprile 2007, n. 3518, p. 7.

⁸⁰ Questi sono il Trattato di Versailles (28 giugno 1919); il Trattato di Saint-Germain-en-Laye (10 settembre 1919); il Trattato di Riga (18 marzo 1921).

⁸¹ Più precisamente l'art. 56 del Regolamento annesso alla II Convenzione dell'Aja sulle leggi e i costumi della guerra terrestre del 29 luglio 1899 (ratificata dall'Italia con r.d.l. n. 504 del 9 dicembre 1900) e l'art. 46 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, secondo quanto già stabilito nella Dichiarazione di Bruxelles del 1874 sulle norme e consuetudini di guerra (art. VIII).

⁸² L'Italia ha ratificato la Convenzione, e il relativo Protocollo, con l. 7 febbraio 1958, n. 279.

congiunta tra Italia e Libia, dal momento che le norme consuetudinarie di diritto internazionale sono già automaticamente esecutive in forza dell'art. 10 della Costituzione italiana, che stabilisce che «[l]’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute».

Infine, anche l’argomento della ricorrente secondo cui l’opera sarebbe estranea al contesto culturale libico venne prontamente smentito, in quanto storicamente ed archeologicamente inesatto. Il Tribunale ha infatti osservato che la Venere di Cirene non era priva di collegamento con il quadro storico e culturale della Libia: nell’antichità erano presente diversi stanziamenti romani sul territorio libico (ad esempio Sabrata e Leptis Magna), e il periodo ellenistico di riferimento era caratterizzato da un intenso scambio di stili artistici. Per questa ragione, come sottolineato in dottrina (SCOVAZZI), la politica italiana di restituzione dei beni culturali «[l]ungi dall’essere una causa di impoverimento del patrimonio nazionale, [...] è stata vista dal Tribunale anche come uno strumento per stabilire precedente per la richiesta di restituzione di reperti illegalmente rimossi nel passato dall’Italia e ritrovati altrove»⁸³. E proprio in questi termini si espresse il TAR del Lazio, manifestando un’ammirevole sensibilità verso i principi internazionali invocati che non poteva passare inosservata:

«[C]ostituisce fatto notorio che anche il patrimonio artistico-archeologico nazionale è stato gravemente depauperato nel corso dell’ultimo conflitto sicché la riaffermazione del principio del diritto di restituzione delle opere illegittimamente confiscate nel periodo di guerra non comporta certo il rischio di una ulteriore diminuzione del patrimonio stesso, ma offre piuttosto un precedente utile per promuovere il recupero, a favore dell’Italia, dei reperti trafugati da altri Stati»⁸⁴.

L’Associazione ha fatto ricorso contro la decisione del TAR, contestando la posizione secondo cui il vincolo di indisponibilità assoluta del bene non sarebbe stato giustificato neppure nel caso in cui la statua fosse stata rinvenuta in Italia, e che l’obbligo di restituzione derivasse da una norma consuetudinaria. Il Consiglio di Stato è intervenuto con la sentenza n. 3154 del 2008⁸⁵, confermando la posizione

⁸³ T. Scovazzi, *La restituzione*, cit., p. 563.

⁸⁴ T.A.R. Roma Lazio, sentenza 20 aprile 2007, cit., p. 11.

⁸⁵ Consiglio di Stato (sez. VI), sentenza 23 giugno 2008, n. 3154.

del TAR del Lazio e mettendo fine alla controversia. Tuttavia, nella sua decisione, il giudice di ultima istanza è riuscito ad andare oltre, aggiungendo alcune importanti considerazioni alle conclusioni del tribunale di primo grado. Innanzitutto, il Consiglio di Stato ha ribadito la natura essenzialmente consuetudinaria dell'obbligo di restituzione contenuto negli accordi intervenuti fra lo Stato italiano e la Repubblica di Libia: attraverso l'art. 10 della Carta costituzionale – definito «“trasformatore permanente” del diritto interno alle norme internazionali generalmente riconosciute»⁸⁶ – il principio di diritto internazionale sulla restituzione dei beni trafugati in tempo di guerra è già parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano. Tale adattamento “automatico”, essendo sancito da una norma costituzionale, fa sì che la regola consuetudinaria assuma lo stesso rango. Questo getta una nuova luce sulla funzione del decreto ministeriale impugnato, che non è quella di dare mera applicazione agli accordi italo-libici: al contrario, esso adempie, in primo luogo, ad un obbligo internazionale consuetudinario già accolto nell'ordinamento italiano e che è gerarchicamente superiore alle norme che statuiscono la proprietà pubblica sulla statua, contemplate nel Codice civile. Sulla base di questo, come suggerito dalla sentenza del Consiglio di Stato, il Governo italiano, indipendentemente dall'esistenza di un accordo con la Libia, avrebbe dovuto adottare autonomamente tutte le azioni amministrative necessarie per la resa dell'opera, proprio perché vi era tenuto in base ad una norma consuetudinaria.

In aggiunta (aspetto ancor più rilevante) il Consiglio di Stato si è spinto oltre, riconoscendo che la norma consuetudinaria che prevede l'obbligo di restituzione dei beni rimossi nel corso di un dominio coloniale o di un conflitto armato non è solo comprovata a livello pattizio, ma rappresenta il “corollario” (così nel testo della sentenza) della combinazione di due principi di diritto internazionale generale: il “divieto dell'uso della forza” e il “principio di autodeterminazione dei popoli”, consacrati rispettivamente nell'art. 2, par. 4⁸⁷ e negli artt. 1, par. 2⁸⁸, e 55⁸⁹ della

⁸⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁷ Carta ONU, art. 2, par. 4: «I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite».

⁸⁸ *Ibid.*, art. 1, par. 2: «I fini delle Nazioni Unite sono: [...] Sviluppare tra le nazioni relazioni amichevoli fondate sul rispetto e sul principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodeterminazione dei popoli, e prendere altre misure atte a rafforzare la pace universale».

⁸⁹ *Ibid.*, art. 55: «Al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno: a. un più elevato tenore di

Carta ONU. Il principio di autodeterminazione⁹⁰, in particolare, includerebbe il diritto di mantenere e tutelare l'identità culturale ed il patrimonio storico «connessi al territorio di ciascun Stato sovrano o comunque propri di una popolazione soggetta a governo straniero»⁹¹. Ne consegue che, qualora tale diritto venga violato tramite una sottrazione violenta di beni culturali compiuta durante un dominio coloniale od un conflitto bellico, l'aggressore dovrà rimediare al pregiudizio con la restituzione del patrimonio storico e culturale sottratto. Tale principio gioca quindi un ruolo fondamentale nella cooperazione internazionale per la salvaguardia e il ripristino del patrimonio culturale dei popoli; nel caso della Venere di Cirene, ciò è testimoniato anche dal trattato di amicizia che l'Italia e la Libia hanno concluso nel 2008, contenente una specifica disposizione sulla cooperazione culturale⁹².

La restituzione della Venere, avvenuta lo stesso anno della decisione del Consiglio di Stato, ha destato numerose polemiche, soprattutto di natura politica⁹³. Tuttavia, è indubbio che questo precedente giurisprudenziale offerto dalle giurisdizioni amministrative italiane sia di grande rilevanza, principalmente per due motivi strettamente correlati tra di loro. Innanzitutto la riconsegna dell'opera non ha rappresentato un caso isolato, ma si è inserita all'interno di una prassi che ha visto l'Italia restituire, nel corso degli ultimi decenni, alcuni manufatti alle sue ex colonie: tra questi si possono ricordare la *Venere di Leptis Magna* (originariamente donata dal maresciallo del *Reich* Hermann Göring al governatore della Libia, Italo Balbo, e finalmente restituita alla Libia nel 1999), la *Dea di Butrinto* (sottratta all'Albania nel

vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b. la soluzione di problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c. il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione».

⁹⁰ Il Consiglio di Stato, nell'attestare il valore consuetudinario del principio di autodeterminazione, richiama il parere della CIG del 1971 sul caso Namibia (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*), parere consultivo, 21 giugno 1971, in *I.C.J. Reports 1971*, p. 16) e il parere, sempre della CIG, sul caso del Sahara occidentale del 1975 (*Western Sahara*, parere consultivo, 16 ottobre 1975, in *I.C.J. Reports 1975*, p. 12).

⁹¹ Consiglio di Stato, sentenza 23 giugno 2008, cit., p. 6.

⁹² *Trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione* (Bengasi, 30 agosto 2008), art. 16, par. 2: «Le due Parti daranno ulteriore impulso alla cooperazione nel settore archeologico. In tale ambito è altresì esaminata, da un apposito Comitato Misto, la problematica concernente la restituzione alla Libia di reperti archeologici e manoscritti. Le due Parti collaborano anche ai fini della eventuale restituzione alla Libia, da parte di altri Stati, di reperti archeologici sottratti in epoca coloniale».

⁹³ Si veda in proposito l'articolo di F. Gualdoni, *Ma Berlusconi dove guardava? Dieci anni fa il Governo italiano restituiva a Gheddafi la splendida Afrodite di Cirene*, in *Il Giornale dell'Arte* (6 giugno 2018).

1928 e rimpatriata nel 1984) e soprattutto la *Stele di Axum*, ritornata in Etiopia nel 2008 dopo decenni di trattative⁹⁴.

Questi esempi possono essere visti sì, da un lato, come il tardivo adempimento di un obbligo internazionale, che trova origine in numerose disposizioni pattizie; dall'altro lato, essi possono anche essere percepiti come un'evidente manifestazione di quel processo di formazione, attualmente ancora in corso, di nuove norme di diritto internazionale generale nel campo del patrimonio culturale. Ed in questa direzione si sono mosse le decisioni del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato nel caso della *Venere di Cirene*, riscuotendo un comprensibile apprezzamento da buona parte della dottrina⁹⁵. Inoltre, il fatto che un Paese come l'Italia, da secoli soggetto a quello che viene definito "uno stillicidio di reperti antichi"⁹⁶, si attivi virtuosamente per

⁹⁴ Cfr. S. Troilo, *op. cit.*, p. 133. Tra i casi citati, il più complesso fu sicuramente quello relativo alla restituzione della *Stele di Axum*. Trattasi di un imponente obelisco (alto 24 metri, datato tra il I e il IV secolo d. C.) che il governo fascista italiano, al termine della guerra italo-etioptica del 1935-1936, rimosse dall'antica città di Axum, già capitale abissina e dimora di alcune importantissime vestigia archeologiche. La stele venne allora trasportata in Italia, restaurata ed eretta a Roma, in Piazza di Porta Capena (nei pressi dell'allora Ministero delle Colonie). L'evento, che coincideva con il quindicesimo anniversario della "Marcia su Roma", aveva una chiara finalità celebrativa del regime fascista e delle pretese imperialiste di cui si faceva portatore, rievocando le gesta degli imperatori romani che nell'antichità avevano trasportato a Roma i bottini delle loro conquiste, tra cui numerosi obelischi egizi. Alla fine della Seconda Guerra Mondiale, il 10 febbraio 1947 venne concluso un trattato di pace tra Italia ed Etiopia, che prevedeva la restituzione (entro diciotto mesi) di tutti i reperti culturali che l'Italia aveva prelevato durante l'occupazione dell'Etiopia. Questo impegno venne confermato in un successivo accordo tra Italia ed Etiopia del 1956, dove si indicava la *Stele di Axum* tra i beni da restituire. Nel 1969 il ritorno della stele nella terra di origine sembrava imminente, ma all'ultimo le operazioni vennero rinviate per problemi politici interni all'Etiopia e per le ingenti spese di trasporto; nel frattempo, l'anno successivo venne restituita all'Etiopia la statua-simbolo dell'impero etiope, il "Leone di Giuda". Gli anni seguenti furono caratterizzati da lunghe trattative, che nel 1997 culminarono in un nuovo accordo bilaterale e l'avvio delle operazioni di rimozione, trasporto e riassetto del ciclopico obelisco. Finalmente, tra l'aprile e maggio del 2005, la stele venne riportata in Etiopia a spese del governo italiano; si concludeva, così, il lungo contenzioso legato ad una preziosa reliquia della antichità etiopica. Anche l'UNESCO prese parte attiva nelle operazioni di restituzione della *Stele di Axum*, predisponendo il progetto per la reinstallazione della stele in Etiopia e la salvaguardia del sito archeologico di Axum, dove la stele è stata eretta (il sito è iscritto nella WHL dal 1980). Si veda la notizia *Aksum obelisk returns to Ethiopia: UNESCO to handle its reintegration into the World Heritage Site* (17 marzo 2005), pubblicata sul sito <http://whc.unesco.org>. Per una ricostruzione del caso, si vedano, tra i tanti, T. Tampieri, *op. cit.*, pp. 44-46; T. Scovazzi, *La restituzione*, cit., pp. 555-560; M. Santi, *La stele di Axum. Da bottino di guerra a patrimonio dell'umanità. Una storia italiana*, Mimesis, Milano, 2014; L. Lixinski, *Axum Steele*, in J. Hohmann, D. Joyce (a cura di), *International Law's Objects*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 130-140; S. Braman, *International treaties and art*, in *International Journal of Cultural Policy*, 2008, vol. 14, n. 3, pp. 315-333.

⁹⁵ Tra questi T. Scovazzi, *La restituzione*, cit., p. 564; A. Chechi, *The return of cultural objects removed in times of colonial domination and international law: the case of the Venus of Cyrene*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2008, vol. XVIII, n. 1, pp. 159-181. Non sono mancate, comunque, posizioni critiche: si veda N. Ronzitti, *Legittimo sdeamializzare la "Venere di Cirene" per riconsegnare la statua di marmo alla Libia - Sugli obblighi di restituzione dell'Italia la sentenza amministrativa non convince*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2007, n. 21, p. 100.

⁹⁶ Cfr. D. Favero, *op. cit.*, p. 408.

restituire i bottini culturali sottratti in passato ad altri Stati, rappresenta sicuramente un elemento di orgoglio che rafforza la posizione dell'Italia dinanzi ai numerosi detentori del suo patrimonio culturale. La circostanza, poi, che tale comportamento non sia solamente il frutto di un dovere morale, ma risponda ad una vera e propria consuetudine internazionale operante nell'ordinamento italiano in base all'art. 10 della Costituzione, conferisce maggiore valore, sul piano internazionale, sia alla condotta italiana che alla sentenza del giudice amministrativo.

Ed è qui che si ricollega il secondo, fondamentale punto relativo al caso della Venere di Cirene. Affermando che oggi esiste, nel diritto internazionale, una norma consuetudinaria che sancisce l'obbligo di restituzione di beni di valore culturale sottratti nel corso di un conflitto armato, il Consiglio di Stato ha posto l'accento sulla vigenza di una disciplina internazionale generale relativa al settore dei beni culturali, frutto non solo di un articolato regime pattizio, ma anche della tendenza degli Stati a rispettarlo e ad applicarlo. Se ci si ferma ad analizzare le richieste per la restituzione dei beni culturali, queste sono prevalentemente basate, come si è visto, sulla Convenzione dell'Aja del 1954 e il relativo Primo Protocollo, sulla Convenzione UNESCO del 1970 sui mezzi per proteggere e proibire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illecito di beni culturali, e sulla Convenzione UNIDROIT del 1995 relativa alla restituzione internazionale di beni culturali rubati o illecitamente esportati. Come ben evidenziato in dottrina (SCOVAZZI), si tratta di strumenti che hanno certamente molti meriti, ma che allo stesso tempo presentano alcune importanti lacune strutturali: innanzitutto non si applicano a tutti i tipi di beni culturali (beni mobili, perlopiù), con l'esclusione di altri; inoltre, in quanto fonti di diritto internazionale particolare, essi non trovano applicazione nei confronti degli Stati che non ne sono parte; infine, non possono essere applicati retroattivamente⁹⁷.

Tuttavia il diritto internazionale del patrimonio culturale non è confinato solamente alle convenzioni in materia, ma trova spazio, come si vedrà meglio successivamente, anche nell'agenda delle organizzazioni internazionali, a cominciare dalle risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (da qui "AG"). Sul tema specifico della restituzione dei beni culturali, si può citare, a titolo di esempio, la risoluzione 61/52 (*Return or restitution of cultural property to the countries of origin*) del dicembre 2006, nella quale l'AG invitava le agenzie ONU, le

⁹⁷ T. Scovazzi, *La restituzione*, cit., p. 564.

organizzazioni intergovernative e gli Stati a offrire il proprio supporto all'UNESCO sulla questione del rimpatrio dei beni culturali, sottolineando l'importanza che la loro restituzione rappresenta per i Paesi di origine, in quanto parti significative del loro patrimonio culturale (da qui l'assist al già citato principio della "nazionalità del bene culturale") e denunciando i danni che il traffico illecito provoca al patrimonio culturale delle nazioni, che impone il rispetto dei vincoli derivanti dalle convenzioni internazionali⁹⁸. E anche in tempi più recenti, con la risoluzione 76/16 del 2021 (omonima a quella del 2006), l'AG è intervenuta di nuovo sull'argomento, ponendo l'accento sulla necessità di contrastare il traffico illecito di beni culturali in quanto parte della lotta contro il crimine organizzato internazionale e il terrorismo internazionale (che traggono enormi benefici dalla vendita di beni culturali rubati sul mercato nero), e sollecitando a tal fine una pronta ed efficace cooperazione tra gli Stati, i numerosi *stakeholders* (istituti culturali, enti museali, società civile) e le principali agenzie internazionali, in particolare l'UNESCO⁹⁹. Esempi come questi dimostrano l'esistenza di un interesse generale, all'interno della Comunità internazionale, verso la protezione del patrimonio culturale dai fenomeni criminosi che ne minano l'integrità (tra cui il traffico illecito e gli atti di distruzione),

⁹⁸ Assemblea generale ONU, *Return or restitution of cultural property to the countries of origin*, Doc. A/RES/61/52, 4 dicembre 2006: «The General Assembly [...] [a]ware of the importance attached by some countries of origin to the return of cultural property that is of fundamental spiritual and cultural value to them, so that they may constitute collections representative of their cultural heritage, [e]xpressing concern about the illicit traffic in cultural property and its damage to the cultural heritage of nations, [...] [c]alls upon all relevant bodies, agencies, funds and programmes of the United Nations system and other relevant intergovernmental organizations to work in coordination with the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, within their mandates and in cooperation with Member States, in order to continue to address the issue of return or restitution of cultural property to the countries of origin and to provide appropriate support accordingly; [...] [r]eaffirms the importance of the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, as well as the Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects of the International Institute for the Unification of Private Law, and of their implementation [...]».

⁹⁹ Assemblea generale ONU, *Return or restitution of cultural property to the countries of origin*, Doc. A/RES/76/16, 6 dicembre 2021: «The General Assembly [...] [r]ecalling the adoption of resolution 10/7 of 16 October 2020, entitled "Combating transnational organized crime against cultural property", by the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational organized Crime [...] [which] recognized the illicit nature of trafficking in cultural property, its transnational dimension, and the importance of strengthening international cooperation, including through mutual legal assistance, in particular with regard to the return or restitution of trafficked cultural property, [...] [c]ommending Member States, cultural and educational institutions, museums and civil society for their efforts to combat illicit trade and trafficking in cultural property, and welcoming all initiatives, whether by States, institutions or private persons, for the voluntary return of cultural property that has been illicitly appropriated. [...] [e]xpressing deep concern also that cultural property, including religious sites and ritual objects, is increasingly targeted by terrorist attacks and outlawed militias, often resulting in distortion, complete destruction, as well as theft and illicit trafficking, and condemning such attacks».

per cui un'azione cooperativa fondata sul diritto si rende indispensabile¹⁰⁰. Le decisioni del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato sul caso della Venere di Cirene si inseriscono perfettamente in questo progetto di cooperazione internazionale e rappresentano, nel contempo, un'importante manifestazione di prassi (e anche di *opinio juris*) relativa sia all'esistenza di una norma consuetudinaria che vieta il saccheggio di beni culturali in tempo di guerra (già comunque consolidata nella prassi pattizia), sia del relativo obbligo di restituzione degli stessi al Paese di origine. Inoltre, elemento ancor più significativo, il fatto che il Consiglio di Stato ricollegli l'obbligo consuetudinario di restituzione dei beni depredati al principio del divieto dell'uso della forza e al principio di autodeterminazione dei popoli, indicandolo addirittura come "corollario" degli stessi, sembra suggerire indirettamente la necessità di leggere il diritto internazionale dei beni culturali al di fuori delle disposizioni pattizie, in una prospettiva più ampia, alla luce di principi (come quelli indicati) che permettano di rafforzare e valorizzare le norme internazionali già esistenti in materia di patrimonio culturale. La sentenza del Consiglio di Stato sul caso della Venere di Cirene, dunque, raccoglie l'eredità del principio di nazionalità dell'opera d'arte ribadito da Canova nel 1815 e accolto dalle Nazioni europee, inquadrandolo all'interno di due pilastri dell'ordinamento giuridico contemporaneo, il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali e il principio di autodeterminazione.

Rimandando alle pagine successive l'analisi del legame tra la tutela del patrimonio culturale e questi due principi, si ritiene sufficiente, per il momento, affermare che l'autodeterminazione di un popolo non può mai prescindere dal rispetto dell'integrità del suo patrimonio culturale, in quanto elemento essenziale per la (ri)costruzione proprio di quell'identità che è alla base di qualsiasi processo di autorealizzazione¹⁰¹; allo stesso modo, lo stesso *ius predae* costituisce, tradizionalmente, un aspetto di quell'uso della forza vietato dall'art. 2, par. 4 della Carta ONU.

¹⁰⁰ Va notato che la ris. 76/16 del 2021 dell'AG è stata adottata *per consensus*, ossia senza alcuna obiezione. Sul significato del *consensu* nella prassi delle votazioni all'interno dell'AG, si veda *United Nations Juridical Yearbook 2005*, p. 457, in cui si spiega che «consensus [...] is understood as the absence of objection rather than a particular majority».

¹⁰¹ Tra gli studi più recenti sul principio di autodeterminazione dei popoli, si segnala T. Sparks, *Self-Determination in the International Legal System*, Bloomsbury Academic, Londra, 2023; M. B. McKenna, *Reckoning with Empire: Self-Determination in International Law*, Brill, Leiden/Boston, 2022; K. Senaratne, *Internal Self-Determination in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

3. Il contributo della giurisprudenza internazionale nel riconoscimento del patrimonio culturale come valore fondamentale dei popoli

Dopo aver analizzato alcuni casi rilevanti in materia di beni culturali, valutando l'apporto fornito dai tribunali nazionali nell'applicazione delle norme internazionali a tutela del patrimonio culturale e nel consolidamento di un interesse generale alla sua salvaguardia, è opportuno spostare l'attenzione sulla giurisprudenza internazionale; anche in questo caso verranno presentati i casi giurisprudenziali più significativi, allo scopo di analizzare il contributo offerto dai tribunali internazionali nell'identificazione di regole consuetudinarie che proteggono il patrimonio culturale, proibendone la distruzione e la dispersione.

Come si notava all'inizio del presente capitolo¹⁰², negli ultimi decenni si è assistita ad una proliferazione di organi giurisdizionali internazionali, un fenomeno legato all'aumento della densità e della complessità delle norme internazionali; questo intenso sviluppo normativo richiedeva, infatti, un analogo incremento degli organismi in grado di applicare tali norme. Tuttavia, questa moltiplicazione delle corti e dei tribunali internazionali non è stata accompagnata da un sistema di risoluzione delle controversie strutturato e obbligatorio, paragonabile ai sistemi giurisdizionali nazionali¹⁰³: non c'è un'autorità centrale, nessun potere giudiziario all'apice di una gerarchia che includa un sistema di corti di prima istanza e i gradi d'appello, e nessun coordinamento tra i fori esistenti¹⁰⁴. Ciascun organo giurisdizionale ha una propria fonte di legittimazione, la quale non deriva da un potere centrale che mette in relazione le diverse corti; motivo per cui ogni meccanismo di risoluzione delle controversie si è sviluppato in maniera indipendente all'interno di uno specifico regime, rispondendo alle esigenze e alla realtà politica di quel regime¹⁰⁵. Eppure, proprio in un contesto così frammentato, i tribunali internazionali svolgono una

¹⁰² Si veda *supra*, par. 1.

¹⁰³ Cfr. Y. Shany, *op. cit.*, pp. 5-8, 271.

¹⁰⁴ Cfr. A. Chechi, *Evaluating the Establishment*, cit., p. 31. Si veda anche E. A. Posner, *Diplomacy, Arbitration, and International Courts*, in C. Baudenbacher, E. Busek (a cura di), *The Role of International Courts*, German Law Publishes, 2008, pp. 51-60.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 32. Lo stesso Autore sottolinea le problematiche che derivano da questa frammentazione: «This state of affairs entails significant problems such as overlapping jurisdictional ambits, parallel proceedings, waste of judicial resources, the threat of divergent or even conflicting decisions, and difficulties in the execution of judgments against defiant litigants». Sul punto si veda anche J. I. Charney, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1998, vol. 271, p. 101.

funzione importantissima per quanto riguarda l'accertamento e lo sviluppo delle norme internazionali; lo rilevava con parole molto chiare Sir GERALD FITZMAURICE: «[i]n the international field there is at present nothing comparable to a legislature [...] The international community is therefore [...] dependent on its international tribunals for the development and clarification of the law, and for lending to it an authority more substantial and less precarious than can be drawn from the often divergent or uncertain practices of States»¹⁰⁶.

Di conseguenza, questa moltitudine apparentemente disomogenea di tribunali non rappresenta un limite dell'ordinamento giuridico internazionale, ma è piuttosto, secondo la dottrina (CHARNEY), uno dei suoi punti di forza, dal momento che consente quel certo grado di esplorazione e sperimentazione che può portare benefici al diritto internazionale: «[t]he lack of a strictly hierarchical system provides international tribunals with the opportunity to contribute collectively ideas that might be incorporated into general international law. It also facilitates the evaluation of those ideas by the international community as a whole. Ultimately, one would expect that the best ideas will be adopted widely, contributing to the body of international law. [...]. An overly strict hierarchical structure for international decisions could place undesirable constraints on the development of general international law and specialized law for specific areas»¹⁰⁷.

Queste considerazioni di carattere dottrinale non fanno che confermare l'importanza della giurisprudenza internazionale per l'identificazione, l'applicazione e lo sviluppo delle norme internazionali; essa infatti, facendo soprattutto ordine nella prassi degli Stati, offre un immenso contributo all'individuazione di regole e interessi comuni. Tuttavia bisogna sottolineare, come già fatto in precedenza, che il fenomeno della proliferazione di organi giurisdizionali si è sviluppato in maniera incostante, lasciando scoperti settori del diritto internazionale (come quello dedicato ai beni culturali) che, per quanto sviluppati sotto il profilo della regolamentazione, non dispongono di meccanismi *ad hoc* di risoluzione delle controversie¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Questo brano è riportato in W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, Londra, 1964, pp. 143-144.

¹⁰⁷ J. I. Charney, *The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, vol. 31, n. 4, p. 700.

¹⁰⁸ Cfr. M. A. Renold, *op. cit.*, p. 670; A. Chechi, *Evaluating the Establishment*, *cit.*, p. 32.

Ciononostante, in molti casi i tribunali internazionali, a cominciare dalla CIG, si sono confrontati con controversie riguardanti il patrimonio culturale; non sempre, in questi casi, i beni culturali sono stati al centro delle dispute, ma hanno spesso giocato un ruolo importante nel raggiungimento di una soluzione e nell'interpretazione e applicazione delle norme rilevanti per il caso specifico. Tralasciando per il momento la giurisprudenza penale internazionale, che come già detto sarà oggetto di analisi successiva, nelle pagine seguenti si intende presentare una rassegna dei casi più importanti riguardanti la tutela del patrimonio culturale davanti ad organi giurisdizionali internazionali.

3.1 L'evoluzione della tutela giurisdizionale del patrimonio culturale nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale e della Corte internazionale di giustizia

L'analisi proposta intende prendere le mosse dai lavori della Corte internazionale di giustizia (CIG), una scelta dettata da evidenti motivi legati alla sua importanza, all'autorevolezza delle sue decisioni e dei suoi pareri, e in generale perché essa rappresenta, come recita il suo Statuto, «l'organo giudiziario principale dell'Organizzazione [delle Nazioni Unite]»¹⁰⁹. Non bisogna poi dimenticare l'immenso contributo che la CIG fornisce ancora oggi nel processo di identificazione delle norme consuetudinarie, al punto da essere da considerata «the most authoritative source of evidence for the existence of customary norms»¹¹⁰; ciò trova conferma, del resto, nel par. 1 della Conclusione 13 (*Decisions of Courts and Tribunals*) delle *Draft Conclusions* del 2018 della CDI, dove si afferma che «[d]ecisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules»¹¹¹ (corsivo aggiunto).

¹⁰⁹ Statuto della CIG, art. 1.

¹¹⁰ F. Francioni, *Customs, General Principles, and the Intentional Destruction of Cultural Property*, in J. Cuno, T. G. Weiss (a cura di), *Cultural Heritage and Mass Atrocities*, Getty Publications, Los Angeles, 2022, p. 413.

¹¹¹ L'autorevolezza delle decisioni della CIG (come già ricordato nel Cap. 3, par. 8) è ampiamente riconosciuta anche presso le altre corti e tribunali internazionali. Si può ricordare, a questo proposito, oltre alla sentenza della CEDU del 2014 *Jones and Others v. the United Kingdom* (v. Cap. 3, nota 234), la sentenza del Tribunale internazionale del mare (*International Tribunal for the Law of the Sea – ITLOS*) *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guines)*, sentenza, 1° luglio 1999, in *ITLOS Reports 1999*, p. 10, dove il Tribunale ha richiamato (parr. 133-134) la pronuncia della

La CIG, comunemente considerata l'organo successore della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI)¹¹², è parte integrante del sistema delle Nazioni Unite e, come già detto, ha un ruolo chiave nel diritto internazionale. In base all'art. 36, par. 1 del suo Statuto, la Corte ha una competenza potenzialmente molto ampia, comprendente tutti i casi che le Parti intendano sottoporle¹¹³. In virtù del suo ruolo, dunque, oltre a pronunciarsi sulle singole questioni, la Corte indirizza e fornisce chiarimenti sui temi pertinenti di diritto internazionale¹¹⁴.

Prima di analizzare gli episodi più rilevanti ai fini di questa ricerca, che hanno dato un impulso al riconoscimento del valore universale del patrimonio culturale, consolidando l'interesse di tutta la Comunità internazionale alla sua protezione da ogni minaccia, è importante ricostruire l'esperienza della CIG (e *in primis* della CPGI) in materia. Nel corso della sua storia, la CIG si è imbattuta in varie occasioni in questioni riguardanti il patrimonio culturale, con approcci sempre diversi¹¹⁵; più precisamente, la Corte si è confrontata con i diritti connessi all'accesso e all'utilizzo del patrimonio culturale tangibile e intangibile. La terminologia utilizzata per definire questi diritti variava tra "diritti consuetudinari" (*customary rights*) e "diritti storici" (*historic rights*); in ogni caso, si trattava sempre di diritti correlati al patrimonio culturale. Grazie alla loro posizione, sia la CPGI che la CIG hanno dato un forte contributo allo sviluppo di alcuni concetti chiave riguardanti il patrimonio culturale,

CIG sul caso "Gabčíkovo-Nagymaros", soffermandosi in particolare sull'indicazione dei requisiti dello stato di necessità e della loro conformità con il diritto internazionale consuetudinario (*Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza, 25 settembre 1997, in *I.C.J. Reports 1997*, par. 52).

¹¹² Cfr. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 721.

¹¹³ Statuto della CIG, art. 36, par. 1: «La competenza della Corte si estende a tutti gli affari che le parti le sottoporranno, come pure a tutti i casi specialmente previsti nella Carta delle Nazioni Unite e nei trattati e convenzioni in vigore».

¹¹⁴ Cfr. P. Kooijmans, *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, vol. 56, n. 4, pp. 741-753.

¹¹⁵ Parte della dottrina, a questo proposito, propone una distinzione nella giurisprudenza della CIG in materia di cultura, considerando da un lato le "controversie sui trattati" (*treaty disputes*), relative cioè all'interpretazione e all'applicazione delle convenzioni UNESCO o di altri accordi sul patrimonio culturale rientranti nell'ambito di competenza della Corte; dall'altro lato, controversie "extra-pattizie" (*extra-treaty disputes*), ossia che non riguardano né le convenzioni UNESCO né altri accordi culturali. Così A. Chechi, *The Settlement*, cit., p. 147, il quale richiama una precedente distinzione presente in A. Prunty, *Toward Establishing an International Tribunal for the Settlement of Cultural Property Disputes: How to Keep Greece from Losing its Marbles*, in *Georgetown Law Journal*, 1983-1984, vol. 72, pp. 1155-1182. Altra dottrina, invece, ritiene che questa distinzione, definita "dicotomica", non sia efficace, poiché non riesce a catturare la varietà e lo spettro delle questioni inerenti al patrimonio culturale emerse, negli anni, davanti alla CIG, e che vanno oltre qualsiasi etichettatura. Così G. Gagliani, *The International Court of Justice and Cultural Heritage. International Cultural Heritage Law Through the Lens of World Court Jurisprudence?*, in A. M. Carstens, E. Varner (a cura di), *op. cit.*, p. 223.

venendo a contatto con un numero di casi che hanno messo in luce l'ampia varietà delle possibili relazioni tra i diritti inerenti al patrimonio culturale delle comunità e degli Stati.

Già in passato la CPGI si era dovuta confrontare con questioni riguardanti i diritti culturali, tra cui il diritto ad esercitare le proprie tradizioni e la propria lingua, sollevate all'interno di un contenzioso. Nell'affare relativo alle *Comunità greco-bulgare*, ad esempio, alla Corte era stato chiesto un parere sulla definizione di "comunità" (*community*) ai sensi della Convenzione di Neully tra Grecia e Bulgaria relativa al rispetto dei reciproci movimenti migratori¹¹⁶; nel suo parere consultivo la Corte, prima di fare qualunque riferimento alla Convenzione, osservò che il concetto di "comunità" è frutto della combinazione di elementi quali la razza, la religione, il linguaggio e le tradizioni¹¹⁷. In maniera analoga, anche il caso delle *Scuole minoritarie in Albania* del 1935, sempre di fronte alla CPGI, riguardava i diritti culturali delle minoranze; e anche in questa occasione, la Corte ribadì il diritto delle minoranze presenti sul territorio albanese ad avere le proprie istituzioni di beneficenza, religiose ed educative¹¹⁸.

Nonostante il significato dei casi appena citati debba essere letto nel contesto della riorganizzazione territoriale che ha caratterizzato molte regioni dell'Europa all'indomani della Prima Guerra Mondiale, con i conseguenti timori riguardanti la protezione delle minoranze religiose, etniche e linguistiche, le posizioni espresse dalla CPGI hanno silenziosamente spianato la strada a quello che, oggi, rappresenta uno dei pilastri della disciplina internazionale per il patrimonio culturale, ossia il pieno riconoscimento della "diversità culturale" nel diritto internazionale. Come infatti sottolineato in dottrina (GAGLIANI), «[c]ultural rights and cultural diversity are strongly connected»¹¹⁹; ed è proprio nel quadro dei diritti culturali che è emersa e si è

¹¹⁶ *Convention between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration*, Neully-sur-Seine, 27 novembre 1919. Da notare che la Convenzione riconosce il diritto individuale di emigrare, estendendolo anche alle comunità (art. 6), senza tuttavia fornire una definizione di queste ultime.

¹¹⁷ *The Greco-Bulgarian 'Communities'*, parere consultivo, 31 luglio 1930, in *PCIJ Series B. No 17*, p. 21: «[T]he "community" is a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other».

¹¹⁸ *Minority Schools in Albania*, parere consultivo, 6 aprile 1935, in *PCIJ Series A/B. No 64*, p. 22.

¹¹⁹ G. Gagliani, *op. cit.*, p. 226. Sull'interconnessione tra diritti culturali e diversità culturale, si veda anche la dichiarazione del gruppo di esperti dell'ONU in occasione della Giornata Mondiale della diversità culturale per il dialogo e lo sviluppo, 21 maggio 2010 (*Human Rights Are Essential Tools for an Effective Intercultural Dialogue*).

sviluppata l'idea di diversità culturale, trovando poi la definitiva consacrazione nella Convenzione UNESCO del 2005 sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali¹²⁰. Motivo per cui risulta difficile immaginare una genesi alternativa per la diversità culturale e che questa potesse diventare un valore internazionale da proteggere, se non fosse stato per il contributo "in punta di piedi" fornito dalle posizioni espresse dalla CPGI in merito ai diritti culturali¹²¹.

In maniera analoga, sulla scia del processo di decolonizzazione, la CIG si è confrontata con questioni connesse al principio di autodeterminazione, come nel caso delle *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell'Africa del Sud in Namibia*¹²², andando a toccare anche temi sensibili, tra cui l'acquisizione di territori abitati dalle comunità indigene o tribù come *terra nullius*¹²³. Nel suo parere sul caso della Namibia, la Corte ha rilevato che l'evoluzione del diritto internazionale rispetto ai territori non autonomi, in base alla Carta ONU, ha reso l'autodeterminazione un principio applicabile a tutti questi territori, dal momento che la nozione di "sacra missione" (*sacred trust*), ai sensi dell'art. 73 della Carta ONU, «[...] was confirmed and expanded to all "territories whose people have not yet attained a full measure self-government"»¹²⁴. E una volta confermato il significato e lo scopo della "sacra missione" alla quale fa riferimento l'art. 73, e che consiste

¹²⁰ La Convenzione UNESCO del 2005 mette in chiaro fin da subito il legame tra tutela della diversità culturale e rispetto dei diritti umani. L'art. 2, par. 1 della Convenzione, infatti, stabilisce che «[l]a protezione e la promozione della diversità culturale presuppongono il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali quali la libertà di espressione, d'informazione e di comunicazione nonché la possibilità degli individui di scegliere le proprie espressioni culturali». Sul punto si veda Y. Donders, *The Cultural Diversity Convention and Cultural Rights: Included or Ignored?*, in T. Kono, S. van Uytzel (a cura di), *The Convention on the Promotion and the Protection of the Diversity of Cultural Expressions*, Intersentia, Amsterdam, 2012.

¹²¹ Cfr. G. Gagliani, *op. cit.*, p. 226. Sempre sul rapporto tra diversità culturale e diritti umani, si veda S. Borelli, *Of Veils, Crosses and Turbans: The European Court of Human Rights and Religious Practices as Manifestations of Cultural Diversity*, in S. Borelli, F. Lenzerini (a cura di), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Brill, Leida/Boston, 2012, pp. 55-81.

¹²² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, parere consultivo, 21 giugno 1971, in *I.C.J. Reports 1971*, p. 16.

¹²³ Per una ricostruzione dei casi della Namibia e del Sahara occidentale e del parere della Corte, si veda C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 35-37.

¹²⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, cit., p. 31, par. 52. L'art. 73, par. 1 della Carta ONU, infatti, stabilisce che «[i] Membri delle Nazioni Unite, i quali abbiano od assumano la responsabilità dell'amministrazione di territori la cui popolazione non abbia ancora raggiunto una piena autonomia riconoscono il principio che gli interessi degli abitanti di tali territori sono preminenti, ed accettano come sacra missione l'obbligo di promuovere al massimo, nell'ambito del sistema di pace e di sicurezza internazionale istituito dal presente Statuto, il benessere degli abitanti di tali territori [...]».

appunto nel garantire l'autodeterminazione e l'indipendenza dei popoli interessati¹²⁵, bisogna ricordare che, tra gli obblighi previsti in capo agli Stati membri dell'ONU nell'adempimento di questo compito, c'è quello di assicurare il progresso politico, economico, sociale ed educativo delle popolazioni interessate, offrendo loro un giusto trattamento e proteggendole dagli abusi, «con il dovuto rispetto per la [loro] cultura»¹²⁶.

Nel giro di pochi anni, la CIG è tornata sul tema dell'autodeterminazione con il suo parere consultivo sul caso del *Sahara occidentale* del 1975¹²⁷, dove ha ripreso e approfondito il precedente parere del 1971 sulla Namibia. Qui la Corte ha richiamato la risoluzione 1514 dell'Assemblea generale (*Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai paesi e ai popoli colonizzati*)¹²⁸, evidenziando come questa abbia rappresentato la base del processo di decolonizzazione, che a partire dal 1960 ha portato alla creazione di numerosi Stati. Ciò che conta rilevare è che sia nel caso della Namibia che in quello del Sahara occidentale, la Corte si è affidata ad argomenti culturali per ricostruire il significato del diritto all'autodeterminazione, ponendo l'accento su un aspetto molto delicato, ossia la dimensione spirituale e i valori sacri che legano un territorio alle comunità che lo popolano. È ciò che emerge, ad esempio, nel parere della Corte su *Western Sahara*, quando si sofferma sui legami di razza, di natura linguistica, religiosa, culturale ed economica tra le varie tribù e i popoli che abitavano nelle regioni occidentali del Sahara¹²⁹; sul punto è intervenuto anche il giudice GROS, nella sua dichiarazione separata, il quale ha spiegato che questi legami trovano fondamento non in una norma giuridica, bensì nell'etnia, nella religione e nella cultura: «because those ties are not legal ties but ethnic, religious or cultural ties, ties of contact of a civilization with what lies on its periphery and outside it, and which do not touch on its own nature»¹³⁰. E assumendo il rispetto di questi vincoli ancestrali come una componente essenziale dello sviluppo

¹²⁵ *Ibid.*, par. 53: «The developments leave little doubt that the ultimate objective of the sacred trust was the self-determination and independence of the peoples concerned».

¹²⁶ Carta ONU, art. 73, par. 1, lett. a).

¹²⁷ *Western Sahara*, parere consultivo, 16 ottobre 1975, in *I.C.J. Reports 1975*, p. 12.

¹²⁸ Assemblea generale ONU, *Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples*, ris. 1514 (XV), 14 dicembre 1960.

¹²⁹ *Western Sahara*, cit., p. 63, par. 149: «[A]t the time of Spanish colonization, there existed many ties of a racial, linguistic, religious, cultural and economic nature between various tribes and emirates whose peoples dwelt in the Saharan region which today is comprised within the Territory of Western Sahara and the Islamic Republic of Mauritania».

¹³⁰ *Western Sahara (Declaration Gros)*, p. 75, par. 10.

culturale di un popolo, ecco che si ricade pienamente nella definizione di “autodeterminazione” contenuta nell’art. 2 della risoluzione 1514 dell’AG, dove si afferma che «[a]ll the peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development».

Negli anni la giurisprudenza della CIG si è ulteriormente sviluppata, misurandosi con diverse controversie territoriali caratterizzate da implicazioni sui diritti connessi al patrimonio culturale. Ciò non dovrebbe sorprendere, dal momento che le rivendicazioni territoriali sono spesso accompagnate da argomenti di tipo culturale¹³¹. Sia nel caso della *Delimitazione della frontiera marittima nella regione del golfo del Maine*¹³² del 1984 che in quello sulla *Delimitazione marittima dell’area tra Greenland e Jan Mayen*¹³³ del 1993, gli Stati parti (Stati Uniti e Canada nel primo, Danimarca e Norvegia nel secondo) presentarono argomentazioni culturali per modificare, ciascuno secondo le proprie ragioni, i confini in discussione. Nel primo caso, riguardante una controversia tra Stati Uniti e Canada relativamente alla delimitazione dell’area geografica del Golfo del Maine¹³⁴, gli Stati Uniti avevano esplicitamente fatto richiesta alla CIG di tenere in debita considerazione, nella delimitazione della frontiera, le antiche pratiche e attività peschiere che caratterizzavano quell’area¹³⁵; il Canada invece, dal canto suo, aveva invece posto l’accento sugli aspetti socio-economici riguardanti la pesca. La Corte, per raggiungere una soluzione equilibrata, prestò attenzione ai “diritti storici” invocati dagli Stati Uniti, legati alla pratica della pesca da parte delle prime comunità umane insediatesi in quelle zone, anche prima dell’indipendenza statunitense¹³⁶.

¹³¹ Cfr. B. T. Sumner, *Territorial Disputes at the International Court of Justice*, in *Duke Law Journal*, 2004, vol. 53, n. 6, pp. 1779-1812, in particolare pp. 1785-1786.

¹³² *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, sentenza, 20 gennaio 1984, in *I.C.J. Reports 1984*.

¹³³ *Case concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, sentenza, 14 giugno 1993, in *I.C.J. Reports 1993*.

¹³⁴ Questo caso, si ricorderà, ha fatto scuola rispetto allo sviluppo della nozione di consuetudine e l’identificazione dei suoi elementi costitutivi. Si veda il Cap. 3, per approfondimenti.

¹³⁵ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, cit., parr. 16-17, 58. Va notato che oggi la pesca e le tradizioni legate ad essa sono una forma di patrimonio culturale immateriale, come dimostrano il Festival Argungu, una festa della pesca e della cultura che si svolge sulle sponde del fiume Sokoto, in Nigeria, e l’antica tecnica della pesca dei gamberi a cavallo, praticata nel paesino di Oostduinkerke, nelle Fiandre. Entrambe queste usanze sono oggi iscritte nella Lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale, istituita ai sensi dell’art. 16 della Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003.

¹³⁶ *Ibid.*, par. 233: «This reasoning is simple and somewhat akin to the invocation of historic rights, though that expression has not been used. This continuous human presence took the form especially of fishing, and of the conservation and management of fisheries [...]».

Similmente, anche nella successiva controversia tra Norvegia e Danimarca (*Greenland e Jan Mayen*), riguardante in questo caso la delimitazione della piattaforma continentale e le aree peschiere tra i due Stati, emersero questioni di carattere culturale. Entrambi gli Stati, infatti, portarono all'attenzione della Corte le pratiche tradizionali di quelle acque, a cominciare dalla caccia alle balene, che rappresentavano un fondamentale mezzo di sostentamento per il popolo Inuit del Greenland e per la fragile economia delle comunità costiere della Norvegia¹³⁷. La CIG, nella sua decisione, rilevò che la controversia riguardava, essenzialmente, l'accesso alle risorse peschiere, per cui, onde evitare conseguenze catastrofiche per la vita e l'economia delle popolazioni interessate¹³⁸, dovette considerare «[...] whether any shifting or adjustment of the median line, as fishery zone boundary, would be required to ensure equitable access to the capelin fishery resources for the vulnerable fishing communities concerned»¹³⁹.

In un altro episodio ancora, la Corte si è confrontata con un problema di delimitazione di confini (*Frontier Dispute*) con risvolti culturali, questa volta tra il Burkina Faso e il Niger¹⁴⁰. Il Niger lamentava il fatto che una linea di confine precedentemente tracciata tra le due colonie avesse creato delle difficoltà alle popolazioni nomadi, costringendole a spostarsi da una colonia all'altra per mantenere le loro tradizionali rotte della transumanza, o anche solo per poter continuare a coltivare i terreni che si trovavano sulla linea di frontiera¹⁴¹. Una volta stabilito il confine tra i due Paesi, la Corte ha letteralmente espresso il desiderio che gli Stati in causa avessero riguardo verso i bisogni delle popolazioni coinvolte, in particolare delle comunità nomadi o semi-nomadi¹⁴². In aggiunta alle conclusioni

¹³⁷ Cfr. *Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen*, cit., par. 74.

¹³⁸ Da notare che qui la Corte ha richiamato la precedente sentenza sul caso del *Golfo del Maine* del 1984, quando ha riconosciuto la necessità di considerare attentamente gli effetti che la delimitazione della frontiera marittima avrebbe avuto sulle attività di pesca delle Parti, evitando «[...] "catastrophic repercussions for the livelihood and economic well-being of the population of the countries concerned" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 342, par. 237)» (*Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen*, par. 75).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, sentenza, 16 aprile 2013, in *I.C.J. Reports 2013*, p. 44.

¹⁴¹ *Frontier Dispute*, cit., memoria del Niger, 20 aprile 2011, par. 2.5. Da notare che oggi la "transumanza", ossia la pratica della migrazione stagionale del bestiame, ha un valore culturale universale, essendo iscritta dal 2019 come patrimonio intangibile italiano nella Lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale, ai sensi della Convenzione UNESCO del 2003.

¹⁴² *Frontier Dispute*, cit., sentenza, par. 112: «[...] the Court expresses its wish that each Party, in exercising its authority over the portion of the territory under its sovereignty, should have due regard to the needs of the populations concerned, in particular those of the nomadic or semi-nomadic populations, and to the necessity to overcome difficulties that may arise for them because of the frontier».

della CIG, i giudici BENNOUNA e CANÇADO TRINDADE sono intervenuti con due dichiarazioni separate, che hanno portato la riflessione su un altro livello ancora: il primo sottolineando l'esigenza di superare il modello westfaliano e della demarcazione territoriale, che non tiene conto del particolare patrimonio culturale presente in quella regione del mondo¹⁴³; il secondo richiamando l'attenzione sul legame tra popolo e territorio, in particolare quando ci sono radici culturali così profonde, insistendo sulla necessità di rispettare il regime di transumanza e la solidarietà tra popoli che condividono lo stesso territorio¹⁴⁴.

I casi citati dimostrano come gli argomenti connessi al patrimonio culturale abbiano avuto rilievo nella giurisprudenza sia della CPGI che della CGI. Entrambe le Corti hanno promosso la nascita di alcuni concetti fondamentali del diritto internazionale dei beni culturali (tra cui l'idea di "comunità"), prestando particolare attenzione alle situazioni in cui gli interessi degli Stati si sovrapponevano a quelli delle minoranze, come si è visto nella coincidenza tra la tutela delle tradizioni delle comunità nomadi e gli interessi annessi alla delimitazione delle frontiere. Negli esempi richiamati, tuttavia, la CIG in particolare si è misurata sempre con una parte dei diritti collegati alla tutela del patrimonio culturale, ossia i diritti culturali delle minoranze a praticare le proprie tradizioni e a tener viva, così, la propria cultura. Nei prossimi paragrafi verranno presentati invece i casi in cui la Corte ha declinato la tutela del patrimonio culturale in chiave più universale, dando così vigore ad alcune norme fondamentali in materia e all'idea che esiste un reale interesse da parte di tutta la Comunità degli Stati alla sua protezione.

3.2 Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari (1996) e la dissenting opinion del giudice Weeramantry: la protezione del patrimonio culturale nell'interesse delle generazioni future

Uno dei momenti più importanti nella storia recente del diritto internazionale, oltre che nella giurisprudenza della CIG, è stato il parere consultivo che la Corte ha reso l'8 luglio 1996 sulla *Liceità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari*¹⁴⁵, su

¹⁴³ *Frontier Dispute*, cit., *Declaration of Judge Bennouna*, 16 aprile 2013, p. 96.

¹⁴⁴ *Frontier Dispute*, cit., *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, 16 aprile 2013, par. 87.

¹⁴⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo, 8 luglio 1996, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

richiesta dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite presentata il 15 dicembre 1994¹⁴⁶. La Corte era chiamata a rispondere ad un preciso quesito: «Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?»¹⁴⁷. La risposta della CIG al quesito rappresenta, notoriamente, un caso esemplare di ricostruzione e identificazione di una norma consuetudinaria sulla base dell'accertamento dei due classici elementi costitutivi (prassi e *opinio juris*). A tal proposito, la CIG ha fatto affidamento sulle risoluzioni dell'Assemblea generale, affermando che queste, pur non essendo vincolanti, possono talvolta avere un valore normativo, dal momento che forniscono elementi di prova per accertare l'esistenza di una regola o l'emergere di una *opinio juris*¹⁴⁸. Nel caso specifico relativo alla minaccia e all'uso di armi nucleari, la Corte ha riscontrato una scarsa omogeneità tra le risoluzioni adottate dall'AG sul tema¹⁴⁹, affermando che «[...] although [they] are a clear sign of deep concern regarding the problem of nuclear weapons, they still fall short of establishing the existence of an *opinio juris* on the illegality of the use of such weapons»¹⁵⁰. Da qui emerge, a parere della Corte, l'atteggiamento ancora ambivalente della Comunità internazionale, tesa tra due forze opposte rappresentate dal desiderio crescente di mettere al bando l'arsenale nucleare, e la prassi ancora diffusa della deterrenza¹⁵¹. In conclusione, la CIG ha dichiarato (con una maggioranza di undici giudici contro tre) che né il diritto consuetudinario né quello pattizio vietano, in maniera completa e universale, la minaccia o l'uso di armi nucleari. Inoltre ha affermato (con sette voti contro sette, e il voto preponderante del Presidente) che la minaccia o l'uso di armi nucleari sarebbero generalmente contrari alle regole di diritto internazionale applicabili ai conflitti armati, in particolare ai principi di diritto umanitario; tuttavia, la Corte ha poi aggiunto una considerazione alquanto delicata e controversa, ossia che «[...] in view

¹⁴⁶ *Resolution 49/75 K adopted by the General Assembly at its 90th Plenary Meeting on 15 December 1994. Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. La richiesta era stata presentata dall'AG ai sensi dell'art. 96, par. 1 della Carta ONU.

¹⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 228.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 254-255, par. 70.

¹⁴⁹ Talvolta queste affermavano che l'uso di armi nucleari è "in palese contrasto con la Carta ONU"; in altri casi, invece, la posizione dell'Assemblea si è rivelata più blanda, dichiarando che l'uso di arsenale nucleare "dovrebbe essere proibito". Oltretutto queste risoluzioni spesso non venivano adottate all'unanimità, ma con un numero consistente di voti contrari e di astensioni. Per un'analisi accurata degli elementi di diritto del parere della CIG, si veda C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁵⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 255, par. 71.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 255, par. 73.

of the current state of international law [...] the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake»¹⁵².

Il parere consultivo della CIG, giudicato dalla dottrina assai tortuoso e non privo di contraddizioni¹⁵³, non è rilevante solo per il processo di ricostruzione della prassi e dell'*opinio juris* internazionale per verificare l'esistenza di una norma che vieti le armi nucleari, ma anche per le riflessioni che hanno accompagnato le valutazioni della Corte, con particolare riguardo all'apocalittico impatto ambientale causato dall'arsenale nucleare. Per cui la Corte, dopo aver ricordato i vari strumenti internazionali che proibiscono l'uso di armi potenzialmente devastanti per l'ambiente naturale (tra cui la Dichiarazione di Stoccolma del 1972)¹⁵⁴, ha fatto una significativa considerazione, di carattere generale, sull'importanza intergenerazionale dell'ambiente, richiamando gli Stati alle loro responsabilità: «The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, *including generations unborn*. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment»¹⁵⁵.

Con questa statuizione, la Corte ha giustamente portato la riflessione sulla definitiva pericolosità delle armi nucleari nel quadro della protezione internazionale dell'ambiente, in particolare nella sua dimensione intergenerazionale. Il "principio dell'equità intergenerazionale", è risaputo, occupa una posizione centrale nella definizione di "sviluppo sostenibile", come si può dedurre dal celebre rapporto *Our Common Future* (c.d. "Rapporto Brundtland") del 1987, dove si afferma che

¹⁵² *Ibid.*, p. 266, par. 105, (2) lett. E).

¹⁵³ Cfr. B. Conforti, M. Iovane, *op. cit.*, p. 446. Si veda anche il contributo di N. Ronzitti, *La Corte internazionale di giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1996, n. 4, pp. 861-881.

¹⁵⁴ Per la precisione la Corte ha citato il Principio 21 della Dichiarazione di Stoccolma, che stabilisce, *inter alia*, che gli Stati «[have] the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction». In *Report of the United Nations Conference on the Human Environment* (Stoccolma, 5-16 giugno 1972), UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, Principio 21.

¹⁵⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., p. 241, par. 29. Corsivo aggiunto.

«[s]ustainable development is development that meet the needs of the present without compromising the ability to future generations to meet their own needs»¹⁵⁶; e anche la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992¹⁵⁷ e la dottrina¹⁵⁸ mettono in stretta relazione il rispetto per le generazioni future con il concetto di sviluppo sostenibile.

Tuttavia altra autorevole dottrina (BROWN WEISS) concepisce il principio di equità intergenerazionale in una accezione più ampia, definendolo la conservazione della «diversity of the natural and *cultural* resource base, so that each generations does not unduly restrict the options available to future generations in solving their problems and satisfying their own values»¹⁵⁹. Dunque il rispetto dei diritti delle generazioni future si estende anche alla protezione del patrimonio culturale, un aspetto che sembra essere stato tralasciato dalla Corte nel suo parere consultivo; cosa alquanto sorprendente, se si considera anche il riferimento alla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, che, prima di sancire la responsabilità umana collettiva di proteggere e migliorare l'ambiente nell'interesse delle generazioni presenti e future (Principio 1), definisce solennemente nel Preambolo il concetto di "ambiente umano", affermando che «[b]oth aspects of the man's environment, the natural and the *man-made*, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights – even the right to life itself»¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, allegato a *Development and International Co-operation: Environment Report of the World Commission on Environment and Development*, UN Doc. A/42/427, 4 agosto 1987, par. 43.

¹⁵⁷ *Rio Declaration on Environment and Development*, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 agosto 1992, Principio 3: «The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations». Per un commento alla Dichiarazione di Rio, si veda C. Molinari, *Principle 3: From a right to development to intergenerational equity*, in J. E. Viñuales (a cura di), *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 139-155.

¹⁵⁸ Si veda ad esempio H. Ward, *Beyond the Short Term: Legal and Institutional Space for Future Generations in Global Governance*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 2011, vol. 22, n. 1, pp. 3-36, in particolare p. 29: «[...] the needs of future generations are at the heart of sustainable development; failure to take into account of the imperative for intergenerational equity is clearly at odds with sustainable development. [...]. Sustainable development is impossible without fairness to future generations just as it is impossible without fairness between people alive today».

¹⁵⁹ E. Brown Weiss, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, in *American Journal of International Law*, 1990, vol. 84, pp. 201-202. Sulla protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale nel quadro del principio di equità intergenerazionale, si veda il contributo di L. Pineschi, *Tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale come strumenti per garantire i diritti delle generazioni future: il contributo degli organi internazionali giurisdizionali e non giurisdizionali*, in M. Frulli (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea (Atti del XXVI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Firenze 9-10 giugno 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 95-130.

¹⁶⁰ *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, cit., p. 3, par. 1. Corsivo aggiunto.

Questa lacuna è stata in parte colmata dal giudice CHRISTOPHER WEERAMANTRY, che nella sua lunga opinione dissenziente al parere consultivo della CIG ha introdotto alcune importanti considerazioni sulla pericolosità delle armi nucleari, tra cui i danni irreversibili al patrimonio culturale. Nel presentare le ragioni del proprio dissenso, il giudice ha espresso rammarico per le conclusioni poco coraggiose della Corte, che non ha saputo affermare «directly and categorically that the use or threat of use of the weapon is unlawful *in all circumstances without exception*»¹⁶¹, mettendo con vigore la parola fine alla questione una volta per sempre. Per il giudice, infatti, sia l'uso che la minaccia di usare armi nucleari sono illeciti in ogni circostanza, poiché rappresentano una violazione dei principi fondamentali del diritto internazionale e la negazione stessa dei principi alla base del diritto internazionale umanitario, oltre ad essere una grave minaccia per l'ambiente umano¹⁶².

Abbracciando il tema dell'equità intergenerazionale, che già aveva avuto un ruolo centrale nel parere della Corte, il giudice Weeramantry si è soffermato sulle conseguenze delle guerre atomiche, i cui effetti devastanti sull'ambiente possono durare millenni; e a tal proposito ha aggiunto che «no one generation is entitled, for whatever purpose, to inflict such damage on succeeding generations»¹⁶³. Da qui deriva l'obbligo in capo agli Stati di proteggere l'ambiente naturale a beneficio delle generazioni future, obbligo che trova fondamento in diversi accordi internazionali, tra i quali il giudice ha annoverato anche la Convenzione UNESCO del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale¹⁶⁴.

Il richiamo alla Convenzione UNESCO sul Patrimonio Mondiale, strumento che racchiude in sé la protezione sia dei beni culturali che dei beni naturali, è servito a colmare quel vuoto lasciato dal parere consultivo della Corte, gettando un ponte tra

¹⁶¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry)*, p. 433.

¹⁶² Nella sua lunga opinione, il giudice Weeramantry ha richiamato in più occasioni il pensiero di Henri Dunant (1828-1910), citando brani del suo *Un souvenir de Solferino* per ricordare, alla Corte e alla Comunità internazionale, il senso ultimo delle norme umanitarie, che trovano origine e ispirazione nella tragica consapevolezza della brutalità della guerra, che può essere annullata solo contrapponendole ferrei principi di coscienza (*Dissenting Opinion*, cit., pp. 445-446). Il sentimento del nostro tempo, secondo Weeramantry, trova concreta espressione nelle risoluzioni dell'Assemblea generale, nei movimenti di protesta globali e nel desiderio universale di eliminare tutte le armi nucleari; non se ne resta comodo in disparte «in a spirit of scholarly detachment, drawing its conclusions from refined exercises in legal logic» (p. 446).

¹⁶³ *Dissenting Opinion*, cit., p. 455.

¹⁶⁴ Gli altri strumenti richiamati dal giudice sono la *Convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino causato dallo scarico di rifiuti ed altre materie* (Londra, 29 dicembre 1972) e la *Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione* (Washington, 3 marzo 1973). Cfr. *Dissenting Opinion*, cit., p. 455.

la tutela dell'ambiente e quella del patrimonio culturale dai danni irreversibili di un attacco nucleare, coerentemente con la nozione di "ambiente umano" contenuta nella Dichiarazione di Stoccolma. E tra i danni e le devastazioni causate dalle armi nucleari, che costituiscono un *unicum* tra tutti i generi di arsenale (compresi quelli di distruzione di massa), Weeramantry ha opportunamente indicato anche la devastazione culturale (*wreak cultural devastation*)¹⁶⁵, annoverando tra le vittime dell'olocausto nucleare anche quei "tesori culturali" (*cultural treasures*) che costituiscono testimonianza del progresso della civiltà lungo i secoli. Richiamando la protezione speciale accordata ai beni culturali dalla Convenzione dell'Aja del 1954 e dal Secondo Protocollo del 1999, le cui norme sono parte del diritto internazionale umanitario, il giudice ha fermamente dichiarato che i monumenti storici, le opere d'arte e i luoghi sacri che costituiscono il patrimonio culturale e spirituale dei popoli non devono mai essere oggetto di nessun attacco armato¹⁶⁶; per cui ha concluso che «[i]f the preservation of humanity's cultural inheritance is of any value to civilization, it is important to note that it will be an inevitable casualty of the nuclear weapon»¹⁶⁷.

Queste preziose riflessioni del giudice Weeramantry hanno avuto il merito di ricordare che anche la protezione del patrimonio culturale rientra nel quadro delle responsabilità intergenerazionali; un sentimento che, va detto, all'epoca del parere in esame era già pienamente consolidato in forma vincolante all'interno della Convenzione UNESCO del 1972, il cui all'art. 4 stabilisce che «[c]iascuno Stato partecipe della presente Convenzione riconosce che l'obbligo di garantire l'identificazione, protezione, conservazione, valorizzazione e trasmissione alle generazioni future del patrimonio culturale e naturale [...] situato sul suo territorio, gli incombe in prima persona».

Negli anni successivi l'interesse delle generazioni future associato alla tutela del patrimonio culturale si è ulteriormente sviluppato, divenendo l'obiettivo primario di numerosi strumenti culturali internazionali, sia giuridicamente vincolanti che non

¹⁶⁵ *Dissenting Opinion*, cit., p. 472.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 466. Weeramantry prosegue immaginando i possibili scenari atroci, come le conseguenze di un attacco nucleare sulla città di Colonia: «Yet it is manifest that the nuclear bombs no respecter of such cultural treasures. It will incinerate and flatten every object within its radius of destruction, cultural monuments or otherwise. [...] A nuclear attack on a city such as Cologne would thus deprive Germany, in particular, and the world community in general, of a considerable segment of their cultural inheritance for a single bomb would easily dispose of all 9,000 monuments, leaving none standing [...]» (pp. 466-467).

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 467.

vincolanti, a cominciare dalla *Dichiarazione UNESCO sulle responsabilità delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future* del 1997, che all'art. 7 (*Cultural diversity and cultural heritage*) afferma che «[...] the present generations have the responsibility to identify, protect and safeguard the tangible and intangible cultural heritage and to transmit this common heritage to future generations»¹⁶⁸. Non bisogna dimenticare, inoltre, che l'idea della “trasmissione generazionale” è parte integrante della nozione di “patrimonio culturale immateriale”, come ricorda la Convenzione UNESCO del 2003, dove si afferma che questo patrimonio, costituito dalle prassi, le rappresentazioni, le espressioni e le conoscenze, viene «trasmesso di generazione in generazione» ed è «costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia [...]»¹⁶⁹. Anche la Convenzione UNESCO del 2005 sancisce il legame inscindibile tra la diversità culturale e il principio dello sviluppo sostenibile, quando stabilisce che quest'ultimo «[...] di cui beneficiano le generazioni presenti e future, presuppone la protezione, la promozione e il mantenimento della diversità culturale»¹⁷⁰; e già in precedenza, la Dichiarazione dell'UNESCO del 2001 aveva posto sullo stesso piano la biodiversità e la diversità culturale, stabilendo che quest'ultima costituisce «il patrimonio comune dell'Umanità e deve essere riconosciuta e affermata a beneficio delle generazioni presenti e future»¹⁷¹. Infine bisogna citare la *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società* del 2005 (conosciuta come Convenzione di Faro) che, nel definire il concetto di “comunità patrimoniale”, afferma che questa «[...] è costituita da un insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale, e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future»¹⁷².

¹⁶⁸ Conferenza generale UNESCO, *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations*, Parigi, 12 novembre 1997, art. 7.

¹⁶⁹ Convenzione UNESCO del 2003, art. 2, par. 1.

¹⁷⁰ Convenzione UNESCO del 2005, art. 2, par. 6.

¹⁷¹ Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale, art. 1.

¹⁷² Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, Faro, 27 ottobre 2005, art. 2. Sul concetto di “comunità patrimoniale”, si veda L. Zagato, *The Notion of “Heritage Community” in the Council of Europe’s Faro Convention. Its Impact on the European Legal Framework*, in N. Adell et al. (a cura di), *Between Imagined Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, Göttingen University Press, 2015, pp. 141-168. Sul processo di ratifica della Convenzione da parte dell'Italia, si veda M. Cammelli, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: un cammino da avviare*, in *Aedon*, 2020, n. 3.

La cultura, dunque, come ampiamente sottolineato in diversi strumenti internazionali e anche in dottrina¹⁷³, costituisce una componente essenziale dello sviluppo sostenibile, ponendosi allo stesso livello degli interessi economici, sociali e ambientali¹⁷⁴. Un progetto globale di sostenibilità e tutela degli interessi delle generazioni future non può prescindere dalla salvaguardia dei monumenti, delle opere d'arte e dei siti di interesse culturale: così si è espressa, ad esempio, la Conferenza generale degli Stati parti della Convenzione UNESCO del 1972, quando ha affermato che «[b]y identifying, protecting, conserving, presenting and transmitting to present and future generations irreplaceable cultural and natural heritage properties of Outstanding Universal Value (OUV), the World Heritage Convention, in itself, contributes significantly to sustainable development and the wellbeing of people»¹⁷⁵. Tale impegno è stato recepito anche dall'Agenda ONU 2030, che annovera la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale tra i temi specifici degli Obiettivi di sviluppo sostenibile, più precisamente l'Obiettivo 11 ("Città e comunità sostenibili")¹⁷⁶.

Il tema della protezione del patrimonio culturale come risorsa fondamentale per lo sviluppo sostenibile e il rispetto degli interessi intergenerazionale non è estraneo alle questioni al centro della presente ricerca, riguardanti la repressione degli atti di distruzione deliberata dei beni culturali. Non bisogna infatti dimenticare che gli

¹⁷³ Si veda in particolare L. Pineschi, *Tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale*, cit.; S. von Schorlemer, S. Maus, F. Schmermer, *UNESCO World Heritage and SDGs – Interdisciplinary Perspectives*, Papers of the UNESCO Chair in International Relations, Special Issue 1, 2020. Sempre di Pineschi (a cura di) si segnala *Cultural Heritage, Sustainable Development and Human Rights*, Routledge, Londra, 2023, in particolare il capitolo di A. F. Vrdoljak, *The Principle of Sustainable Development and International Cultural Heritage Law*.

¹⁷⁴ Già da diversi anni la cultura è al centro di vari *policy instruments* in materia di sostenibilità. Tra questi le risoluzioni dell'Assemblea generale ONU n. 65/1 (*Keeping the Promise: United to Achieve the Millennium Development Goals*, 2010), n. 65/166 (2011) e n. 66/208 (2012) su *Culture and Development*. Si può inoltre ricordare il documento finale della Conferenza ONU sullo Sviluppo Sostenibile, *The Future We Want* (Rio de Janeiro, giugno 2012), che ha sottolineato l'importanza della diversità culturale e la necessità di un approccio olistico e integrato allo sviluppo sostenibile. Infine la Conferenza internazionale dell'UNESCO *Culture: Key to Sustainable Development* (Hangzhou, 15-17 maggio 2013), da cui è scaturita la Dichiarazione di Hangzhou (*Placing Culture at the Heart of Sustainable Development Policies*), dove si è ribadito che la cultura «should be considered to be a fundamental enabler of sustainability [...] a driver for sustainable development, through the specific contributions that it can make [...] to inclusive social, cultural and economic development, harmony, environmental sustainability, peace and security» (p. 5).

¹⁷⁵ Assemblea generale delle Parti della Convenzione UNESCO del 1972, *Policy Document for the Integration of a Sustainable Development Perspective into the Processes of the World Heritage Convention as adopted by the General Assembly of States Parties to the World Heritage Convention, at its 20th Session*, Res. 20 GA 13, Parigi, 2015, par. 3.

¹⁷⁶ Assemblea generale ONU, *Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Doc. A/RES/70/1, 21 ottobre 2015 (*Goal 11. Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable*).

attacchi intenzionali contro il patrimonio culturale alimentano i conflitti, con conseguenze gravi non solo per lo sviluppo economico e sociale degli Stati direttamente coinvolti, ma anche per la sicurezza internazionale. Ne deriva, in questo modo, un effetto domino che non può essere tralasciato, poiché le ricadute drammatiche della distruzione dei beni culturali si proiettano, per forza di cose, anche sulla violazione degli interessi delle generazioni future, che quindi beneficiano (anche se indirettamente) delle delibere adottate dagli organi dell'ONU e dalle sue agenzie specializzate per contrastare questi fenomeni¹⁷⁷. Per questo motivo, la *dissenting opinion* del giudice Weeramantry costituisce, ancora oggi, un importante strumento per comprendere il rapporto triangolare che lega la protezione del patrimonio culturale in tutte le sue forme, il rispetto dell'equità intergenerazionale e il divieto assoluto di attaccare i beni culturali.

3.3 Il caso del Tempio di Preah Vihear davanti alla Corte internazionale di giustizia. Le Convenzioni UNESCO come nuovo jus gentium nella dissenting opinion del giudice Cançado Trindade

I temi finora discussi inerenti alla protezione del patrimonio culturale – la tutela dei diritti culturali delle minoranze e il rispetto degli interessi delle generazioni future – hanno trovato spazio in un altro caso sottoposto alla CIG, la celebre controversia tra Cambogia e Thailandia relativa all'antico *Tempio di Preah Vihear*, situato al confine tra i due Stati. Benché la controversia ruotasse, prevalentemente, intorno alla sovranità territoriale sul Tempio e gli spazi circostanti, sono state chiamate in causa altre delicate questioni riguardanti la delimitazione dei confini, l'implementazione di trattati internazionali e di principi generali di diritto internazionale, la validità degli insediamenti coloniali e, infine, la protezione del patrimonio culturale; quest'ultimo tema, in particolare, è risultato rilevante poiché il sito è iscritto dal 2008 nella *World Heritage List* (WHL) dell'UNESCO, dunque gode dei meccanismi di protezione previsti dalla Convenzione del 1972.

Il Tempio di Preah Vihear è un antico tempio hindu risalente all'XI secolo, all'epoca dell'impero Khmer, situato su un promontorio nella parte est della catena montuosa

¹⁷⁷ È il caso del Consiglio di sicurezza dell'ONU, UN Doc. S/RES/2347 del 24 marzo 2017, riguardante la distruzione deliberata del patrimonio culturale.

del Dangrek, che segna il confine naturale tra la Cambogia e la Thailandia¹⁷⁸; questo eccezionale capolavoro dell'architettura Khmer è costituito da un sistema di pavimenti e scale che risalgono la collina verso il santuario, che domina la cima della montagna nella parte più a sud del complesso¹⁷⁹. Il Tempio è finito al centro del dibattito giuridico internazionale a causa di una accesa controversia, riguardante la sua sovranità, tra Cambogia e Thailandia, una disputa risalente all'epoca del protettorato francese sulla regione. Il 13 febbraio 1904 la Francia aveva concluso con il Siam (l'attuale Thailandia) un accordo con il quale si stabiliva la frontiera tra il Siam stesso e l'Indocina, che era sotto l'occupazione francese. Questo trattato prevedeva, come delimitazione generale di frontiera, la linea di divisione delle acque, mentre della linea effettiva di delimitazione, comprendente anche la regione in cui si trovava il Tempio di Preah Vihear, si sarebbe dovuta occupare una Commissione *ad hoc* a composizione mista franco-siamese. Alcuni anni dopo (il 23 marzo 1907) i due Stati stipularono un secondo trattato, che prevedeva la cessione di alcuni distretti thailandesi all'Indocina, e l'istituzione di una seconda Commissione mista che avrebbe dovuto provvedere alla delimitazione delle aree di cui non si era occupata la precedente equipe. Dai lavori della seconda Commissione scaturirono undici mappe, compresa quella relativa all'area del Tempio, che in base alla delimitazione tracciata risultava in territorio indocinese. Una volta acquistata l'indipendenza (9 novembre 1953), l'Indocina (poi Cambogia) rivendicò la sovranità sulla regione del Tempio, che nel frattempo era stata occupata da truppe e polizia thailandesi. Dopo aver tentato senza successo una soluzione negoziale, nell'ottobre 1959 la Cambogia si rivolse alla CIG, affinché si ordinasse il ritiro delle forze armate thailandesi, che stazionavano presso il Tempio dal 1954, e si riconoscesse al Regno di Cambogia la piena sovranità sull'area di Preah Vihear; in aggiunta, il governo cambogiano chiedeva alla Corte «[t]o adjudge and declare that the sculptures, stelae, fragments of monuments, sandstone model and ancient pottery which have been removed from

¹⁷⁸ A nord del Dangrek si trova l'altopiano Khorat, della Thailandia nord-orientale, mentre a sud il Tempio si affaccia sulla pianura cambogiana.

¹⁷⁹ Cfr. A. Chechi, *The 2013 Judgment of the ICJ in the Temple of Preah Vihear Case and the Protection of World Cultural Heritage Sites in Wartime*, in *Asian Journal of International Law*, 2016, vol. 6, pp. 353-378; G. Poissonnier, *Préah Vihéar: le temple de la discorde*, in *Journal du droit international*, 2012, n. 1, pp. 115-134.

the Temple by the Thai authorities since 1954 are to be returned to the Government of the Kingdom of Cambodia by the Government of Thailand»¹⁸⁰.

A partire da questo momento, la controversia tra i due Stati si è sviluppata, sostanzialmente, in tre fasi davanti dalla CIG.

La prima fase è rappresentata dalla sentenza resa nel giugno del 1962, con la quale la Corte confermò le richieste della Cambogia, riconoscendo la sua sovranità territoriale sull'area del Tempio e il conseguente obbligo della Thailandia di restituire alla Cambogia qualunque oggetto culturale fosse stato rimosso dalle autorità thailandesi¹⁸¹. Inoltre la Corte inserì nel suo giudizio una seconda clausola operativa, che stabiliva l'obbligo per la Thailandia di ritirare le proprie truppe armate o di polizia stanziate nei pressi del Tempio, o in prossimità (*vicinity*) del territorio cambogiano¹⁸². In questa prima fase, dunque, la Corte non prese in esame gli argomenti culturali, religiosi e storici, per cui il focus dell'analisi e del giudizio non era il Tempio *per se*, ma la sovranità territoriale sull'area interessata¹⁸³. Tuttavia, il significato vago del termine "vicinity" utilizzato dalla Corte per indurre la Thailandia a ritirare le sue forze armate dalla zona venne interpretato in maniera alquanto restrittiva dal governo thailandese, che di fatto abbandonò soltanto l'area in cui sorgeva il Tempio, erigendo una barriera di filo spinato che separava le rovine dal resto del promontorio. Naturalmente la Cambogia si oppose a questa interpretazione, ritenendola incompatibile con il giudizio della CIG del 1962. Gli anni seguenti, macchiati nel sangue di una guerra civile in territorio cambogiano, che portarono al controllo delle regioni settentrionali (compresa l'area di Preah Vihear) da parte dei guerriglieri *Khmer Rouge*, videro la questione cadere in sospenso¹⁸⁴. Solo nel 1998, con la caduta del regime dei Khmer Rossi, Cambogia e Thailandia avviarono un nuovo negoziato bilaterale per ridefinire i confini.

¹⁸⁰ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, sentenza, 15 giugno 1962, in *I.C.J. Reports 1962*, p. 8.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 36-37.

¹⁸² *Ibid.*: «Thailand is under obligation to withdraw any military or police forces, or other guards or keepers, stationed by her at the Temple, or in its vicinity on Cambodian territory».

¹⁸³ A. Chechi, *The 2013 Judgment*, cit., p. 356. Per un'approfondita ricognizione della sentenza del 1962, si veda C. Focarelli, *op. cit.*, pp. 203-204.

¹⁸⁴ Sulla storia contemporanea della Cambogia e il genocidio compiuto dai khmer rossi, si vedano J. A. Tyner, *From Rice Fields to Killing Fields: Nature, Life, and Labor Under the Khmer Rouge*, Syracuse University Press, New York, 2017; Z. Lowery, S. Bergin, *The Khmer Rouge's Genocidal Reign in Cambodia*, Rosen Publishing Group, 2016; E. Becker, *When The War Was Over: Cambodia And The Khmer Rouge Revolution*, PublicAffairs, New York, 1998.

La seconda fase del contenzioso ebbe inizio nel 2007, quando la Cambogia presentò al Comitato per il Patrimonio Mondiale dell'UNESCO una richiesta per l'iscrizione del Tempio di Preah Vihear nella WHL; alla richiesta, come da procedura consueta per le domande di iscrizione, venne allegata una mappa della regione, che riportava l'intero promontorio di Preah Vihear in territorio cambogiano, in linea con la vecchia mappa del 1907 ma in contrasto con l'applicazione del giudizio del 1962 da parte della Thailandia. Le proteste di quest'ultima spinsero il Comitato a rinviare l'iscrizione a luglio 2008, quando il Tempio venne inserito nella Lista «[with] a revised graphic plan of the property»¹⁸⁵. In seguito all'iscrizione¹⁸⁶, l'area adiacente al sito di Preah Vihear fu flagellata da una serie di incidenti armati, che provocarono vittime, l'allontanamento delle comunità locali e danni materiali al Tempio¹⁸⁷; questo portò all'intervento del Consiglio di sicurezza, che nel 2011 ha presentato un ordine permanente di cessate il fuoco¹⁸⁸. Di fronte alle continue proteste della Thailandia, nell'aprile del 2011 la Cambogia ha depositato una richiesta di interpretazione della

¹⁸⁵ Si veda WHC-08/32.COM/24Rev, Decisione 32 COM 8B.102, pp. 220-222. L'iscrizione del Tempio avvenne sulla base del criterio (i) di *Outstanding Universale Value*: «The Temple of Preah Vihear, a unique architectural complex of a series of sanctuaries linked by a system of pavements and staircases on an 800 metre long axis, is an outstanding masterpiece of Khmer architecture, in terms of plan, decoration and relationship to the spectacular landscape environment. Criterion (i): Preah Vihear is an outstanding masterpiece of Khmer architecture. It is very 'pure' both in plan and in the detail of its decoration» (p. 221).

¹⁸⁶ Il governo di Bangkok si oppose con ogni mezzo all'iscrizione del Tempio di Preah Vihear nella WHL. Nel corso della 35^{ma} sessione del Comitato per il Patrimonio Mondiale, la delegazione thailandese lamentò il fatto che l'iscrizione del Tempio aveva inasprito i rapporti tra i due Paesi confinanti, portando a scontri armati. Sosteneva inoltre che il processo di iscrizione fosse incompleto, che gli organi del Comitato non avessero rispettato i principi base e le procedure previste in base alle *Operational Guidelines*, e che l'integrità territoriale della Thailandia e la sua sovranità non fossero state rispettate. Cfr. WHC-11/35.COM.INF.20, *Summary Records*, pp. 214-219.

¹⁸⁷ Non sono mancate, in dottrina, voci critiche verso l'iscrizione del Tempio nella WHL, che avrebbe messo maggiormente a rischio piuttosto che rafforzato la sua protezione. Tra queste, Francesco Francioni ha affermato che «[b]ringing the World Heritage Convention in the battlefield of territorial claims reveals a misconception of the Convention, because this Convention is not an instrument for the advancement of national prestige or territorial claims but a tool for promoting cooperation and safeguarding heritage of exceptional value for humanity». In *Evaluation of UNESCO's Standard-Setting Work of the Culture Sector. Part III – 1972 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*, Internal Oversight Service, UNESCO Doc. IOS/EVS/PI/132 REV.3, 2014, p. 43. Si veda anche A. Chechi, *Non-State Actors and the Implementation of the World Heritage Convention in Asia: Achievements, Problems, and Prospects*, in *Asian Journal of International Law*, 2018, vol. 8, n. 2, p. 482.

¹⁸⁸ Consiglio di sicurezza ONU, *Security Council Press Statement on Cambodia-Thailand Border Situation*, Doc. SC/10174, 14 febbraio 2011. In questo frangente il Consiglio di sicurezza collaborò a stretto contatto con l'Associazione delle Nazioni del Sud-Est asiatico (*Association of Southeast Asian Nations – ASEAN*). Sul ruolo dell'ASEAN nella controversia relativa al Tempio di Preah Vihear, si veda H. D. Phan, *Institutional Design and Its Constraints: Explaining ASEAN's Role in the Temple of Preah Vihear Dispute*, in *Asian Journal of International Law*, 2015, vol. 5, n. 1, pp. 7-15.

sentenza del 1962 sulla base dell'art. 60 dello Statuto della CIG¹⁸⁹, insieme all'urgente richiesta di adozione di misure provvisorie che tutelassero i suoi diritti «[...] relating to its sovereignty, its territorial integrity and to the duty of non-interference incumbent upon Thailand, [and] to stop any more destruction of the Temple [...] and to prevent further casualties»¹⁹⁰. A quel punto la Corte, con un'ordinanza del luglio 2011, ha istituito una “zona provvisoria demilitarizzata” intorno al Tempio, chiedendo agli Stati «to withdraw immediately their armed forces [and to] refrain from any military presence within that zone and from any armed activity directed at that zone»; con l'ordine specifico per la Thailandia di lasciare libero accesso al Tempio alla popolazione cambogiana¹⁹¹.

Infine, nel novembre 2013, è giunta la sentenza nel merito relativa richiesta di interpretazione del giudizio del 1962. In buona sostanza, la Corte ha confermato la sovranità della Cambogia su tutto il territorio del promontorio del Tempio di Preah Vihear, specificando la portata territoriale dell'obbligo della Thailandia di ritirare le proprie truppe e restituire alla Cambogia tutti i manufatti sottratti dall'area del Tempio, in virtù dei suoi diritti sovrani sul sito¹⁹². L'aspetto però più interessante di questa pronuncia è il fatto che la Corte non si è limitata a rispondere alla richiesta di interpretazione della precedente sentenza, ma si è spinta oltre la questione della delimitazione territoriale, richiamando l'attenzione sui pericoli che gli scontri armati nell'area avevano causato all'integrità del Tempio. Vale la pena riportare qui di seguito il brano intero della sentenza (par. 106):

«These obligations [to refrain from the threat or use of force, to respect the territorial integrity or political independence of any state, and to settle any disputes by peaceful means], which derive from the principles of the Charter of the United Nations, are of particular importance in the present context. As is clear from the record of both the present proceedings and those of 1959-

¹⁸⁹ Statuto CIG, art. 60: «La sentenza è definitiva e inappellabile. In caso di contestazione circa il senso e la portata della sentenza, spetta alla Corte, ad istanza di una qualunque delle parti, d'interpretarla».

¹⁹⁰ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, misure provvisorie, ordinanza, 18 luglio 2011, in *I.C.J. Reports 2011*, parr. 10, 48.

¹⁹¹ *Ibid.*, par. 69. Sull'ordinanza del 2011, si veda Y. Tanaka, *New Phase of the Temple of Preah Vihear Dispute before the International Court of Justice: Reflections on the Indication of Provisional Measures of 18 July 2011*, in *Chinese Journal of International Law*, 2012, vol. 11, n. 1, pp. 191-226.

¹⁹² Sulla decisione finale resa dalla Corte nel 2013 e il suo rapporto con la sentenza originale del 1962, si veda V. Kattan, *The Ghosts of the Temple of Preah Vihear/Phra Viharn in the 2013 Judgment*, in *Asian Journal of International Law*, 2015, vol. 5, n. 1, pp. 16-25.

1962, the Temple of Preah Vihear is a site of religious and cultural significance for the peoples of the region and is now listed by UNESCO as a world heritage site [...]. In this respect, the Court recalls that under Article 6 of the World Heritage Convention, to which both States are parties, Cambodia and Thailand must co-operate between themselves and with the international community in the protection of the site as a world heritage. In addition, each State is under an obligation not to “take any deliberate measures which might damage directly or indirectly” such heritage. In the context of these obligations, the Court wishes to emphasize the importance of ensuring access to the Temple from the Cambodian plain»¹⁹³.

La CIG, dunque, ha ritenuto opportuno stabilire un collegamento tra i principi generali del diritto internazionale relativi al divieto dell'uso della forza armata e alla soluzione pacifica delle controversie internazionali, e gli obblighi previsti dalla Convenzione UNESCO del 1972. Dopo aver ricordato il dovere degli Stati di risolvere le proprie controversie senza il ricorso alla forza militare, la Corte ha richiamato l'art. 6 della Convenzione del 1972, che impone agli Stati parti della Convenzione di cooperare al fine di proteggere i patrimoni culturali e naturali rientranti nelle definizioni previste agli artt. 1 e 2 dell'Accordo, sempre nel rispetto della sovranità dello Stato territoriale. Tale obbligo generale di cooperazione (par. 1) si traduce, si ricorderà e sempre secondo la lettera dell'art. 6, in un obbligo positivo, ossia prestare il proprio supporto, su richiesta dello Stato territoriale, all'identificazione e alla protezione dei patrimoni culturali e naturali (par. 2); e in un obbligo negativo, ossia astenersi da qualunque azione possa danneggiare i patrimoni altrui (par. 3)¹⁹⁴. Ciò che conta è la *ratio* all'origine di questo obbligo, ossia il riconoscimento del valore universale di questi patrimoni culturali e naturali, al quale corrisponde un interesse generale alla loro protezione.

¹⁹³ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, sentenza, 11 novembre 2013, in *I.C.J. Reports 2013*, pp. 317-318, par. 106.

¹⁹⁴ Bisogna sempre ricordare che l'art. 6 rappresenta il naturale completamento dell'art. 4 della Convenzione UNESCO del 1972, che fissa gli obblighi di identificazione, protezione, conservazione, valorizzazione e trasmissione alle generazioni future in capo, prima di tutto («[...] gli incombe in prima persona»), allo Stato territoriale. Le due norme costituiscono la spina dorsale del regime di protezione giuridica previsto dalla Convenzione, che mira a coordinare il rispetto della territorialità con il legittimo interesse della Comunità internazionale a proteggere quei patrimoni considerati universali. Per un commento, si veda G. Carducci, *Part. II Commentary, Art. 4-7 National and International Protection of the Cultural and Natural Heritage*, in F. Francioni (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., pp. 103-132.

L'approccio seguito dalla CIG, in questo senso e nel caso specifico del *Tempio di Preah Vihear*, è senza dubbio innovativo: richiamando l'art. 6 della Convenzione UNESCO del 1972 nel quadro di una controversia su una delimitazione territoriale, caratterizzata da una forte tensione tra gli Stati coinvolti, la Corte ha conferito alla norma in questione un nuovo significato e valore, leggendola al di fuori dell'ambito circoscritto alla tutela dei beni culturali e naturali, ma declinandola in un contesto più ampio, ossia quello della soluzione pacifica delle controversie. In questo modo la nozione stessa di "patrimonio dell'umanità" e l'impegno a cooperare per la sua protezione diventano strumenti per instaurare e mantenere rapporti pacifici, in nome di un interesse universale. Non solo: la Corte ha così spostato l'attenzione sul Tempio di Preah Vihear, non più solamente un brano di territorio conteso tra due Stati, ma prima di tutto un sito di straordinario valore culturale e religioso per le comunità locali e, in virtù della sua iscrizione nella WHL, dell'umanità intera. Motivo per cui l'invito rivolto alla Cambogia e alla Thailandia di interrompere le ostilità e raggiungere una soluzione pacifica trova ulteriore forza nel loro obbligo di cooperare, in quanto Stati parti della Convenzione UNESCO del 1972, per proteggere il Tempio e preservare il suo riconosciuto "eccezionale valore universale".

Parte della dottrina (CHECHI) ha giustamente rilevato, in maniera critica, che la Corte, nel far luce sugli obblighi internazionali relativi alla protezione dei beni culturali applicabili al caso in esame, ha invocato solamente la Convenzione sul Patrimonio Mondiale, tralasciando il fatto che, obiettivamente, era in corso un conflitto armato tra Cambogia e Thailandia¹⁹⁵; a maggior ragione, visto il corretto richiamo dei principi della Carta ONU, tra cui il divieto dell'uso della forza ex art. 2, par. 4. Per cui, se il riferimento ai principi contenuti nella Carta ONU appare adeguato, lo è assai meno il nesso esclusivo con la Convenzione del 1972, poiché in questo modo la Corte ha completamente trascurato l'applicazione, al caso specifico, del regime giuridico in vigore per la protezione dei beni culturali durante un conflitto armato¹⁹⁶; e probabilmente, un inquadramento in questo senso avrebbe permesso di individuare con ancor maggiore precisione gli obblighi e le responsabilità in capo ai due Stati.

¹⁹⁵ Cfr. A. Chechi, *The 2013 Judgment*, cit., pp. 359, 363-364.

¹⁹⁶ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 53 della Convenzione di Ginevra del 1949 per la protezione dei civili in tempo di guerra, all'art. 53 del I Protocollo aggiuntivo del 1977 e all'art. 16 del II Protocollo aggiuntivo del 1977, oltre che al regime specifico previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1954 per la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato, alla quale appartengono entrambi gli Stati (la Cambogia dal 1962 e la Thailandia dal 1958). Per quanto riguarda, invece, il regime rafforzato introdotto con il Secondo Protocollo del 1999, ne fa parte solo la Cambogia (dal 2013).

Ad ogni modo, l'elemento forse più importante che emerge dalla pronuncia della CIG è costituito dal rilievo dato al fattore umano, che rappresenta una componente essenziale della tutela di un sito come il Tempio di Preah Vihear. Il par. 106 della sentenza del 2013, infatti, non si focalizza solamente sulla questione della sovranità territoriale e della preservazione dei monumenti presenti nel territorio conteso, ma sottolinea anche il bisogno di proteggere le persone che vivono in prossimità del Tempio quando afferma che quest'ultimo «is a site of religious and cultural significance for the peoples of the region» e che le Parti devono garantire il libero accesso alla sua struttura. Difatti, anche se il Tempio (e in generale la collina dove si erge) è un antico luogo di culto, esso continua ad essere un santuario sacro e un luogo dal profondo significato spirituale per molti pellegrini, specialmente dalla Cambogia¹⁹⁷. Inoltre la CIG, riconoscendo nel Tempio un esempio unico e insostituibile di arte e architettura Khmer meritevole di essere salvaguardato nell'interesse di tutti i popoli, ha messo in rilievo l'importanza del sito sia a livello locale che universale.

Su questo aspetto del legame tra la protezione di un bene culturale caratterizzato da profondi significati spirituali e la tutela degli interessi religiosi di una comunità si è ampiamente soffermato, nel corso della sua carriera, il giudice brasiliano ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, membro della Corte interamericana dei diritti umani (da qui in avanti "Corte IDU") e successivamente giudice presso la CIG, il quale ha dato un inestimabile contributo al dibattito sulla protezione dei diritti delle popolazioni indigene¹⁹⁸. Già all'epoca del suo incarico presso la Corte IDU, Cançado Trindade aveva rilevato e sviluppato le connessioni che, in molti casi, esistono tra la salvaguardia del patrimonio culturale tangibile, il rispetto dei diritti umani e la protezione dell'identità culturale delle minoranze¹⁹⁹; su questo legame egli aveva

¹⁹⁷ Cfr. G. Poissonier, *Préah Vihear: le temple de la discorde*, in *Journal du droit international*, 2012, n. 1, pp. 115-134, in particolare pp. 116-117.

¹⁹⁸ Sul tema dei popoli indigeni, si veda anche J. Anaya, *Indigenous People in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

¹⁹⁹ La giurisprudenza della Corte IDU è molto ricca, in proposito, e ha riconosciuto in diverse occasioni che, per i popoli autoctoni e le minoranze, la salvaguardia di alcuni diritti fondamentali (come il diritto alla non-discriminazione, il diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla vita) è saldamente legata alla possibilità di continuare a vivere nelle terre di origine, seguendo il proprio stile di vita tradizionale e praticando i propri riti. Si veda, in particolare, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Series C, No. 66, sentenza, 31 agosto 2001; *Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala*, Series C, No. 105, sentenza, 29 aprile 2004; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Series C, No. 146, sentenza, 29 marzo 2006; *Saramacas People v. Suriname*, Series C, No. 172, sentenza, 28 novembre 2007; *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Series C, No. 245, sentenza, 27 giugno 2012.

fondato l'esistenza di un nuovo *jus gentium*, a new *International Law for humankind*, di cui la Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972, la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile del 2003 e la Convenzione per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005 sarebbero la principale manifestazione. Nelle parole del giudice:

«[T]he universal juridical conscience has evolved towards a clear recognition of the relevance of cultural diversity for the universality of human rights and vice-versa. It has further developed toward the *humanization* of International Law and the creation, at the beginning of the XXI century, of a new *jus gentium*, a new International Law for humankind, and the aforementioned triad of UNESCO Conventions (of 1972, 2003 and 2005) are, in my opinion, one of the many contemporary manifestations of human conscience in this respect»²⁰⁰.

Sul punto Cançado Trindade è ritornato successivamente, proprio in occasione della richiesta di interpretazione della sentenza del 1962 relativa al caso del *Tempio di Preah Vihear*. Nella sua opinione individuale pronunciata a margine dell'ordinanza del 18 luglio 2011, il giudice ha riproposto l'esistenza di un nuovo *jus gentium* fondato sul rispetto della diversità culturale dei popoli, criticando l'approccio seguito dalla Corte nell'adozione della misura cautelare (*i.e.* l'istituzione di una zona demilitarizzata nell'area circostante il Tempio), a suo avviso giudicato troppo vincolato a questioni di sovranità territoriale, ignaro dunque del legame che unisce una comunità al suo patrimonio culturale²⁰¹. Secondo l'opinione del giudice, la Corte

²⁰⁰ Corte IDU, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations and Costs*, Series C, No. 142, sentenza, 6 febbraio 2006, opinione concorrente del Giudice A. A. Cançado Trindade, par. 12. Questo passaggio è già citato nel Cap. 2, nota 60. Sul punto si veda Cançado Trindade, *The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights*, in S. Yee, J. Y. Morin (a cura di), *Multiculturalism and International Law*, Brill, Leida/Boston, 2009, pp. 477-499; Id., *International Law for Humankind: Towards a New jus gentium*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2006, vol. 316.

²⁰¹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear, Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, luglio 2011, pp. 598-599, par. 96: «As already pointed out, given the circumstances of the present case of the Temple of Preah Vihear, the gravity of the situation, the probability or imminence of irreparable harm, and the resulting urgency, the Court has rightly indicated Provisional Measures of Protection. To that end, it has established a provisional demilitarized zone, in the vicinity of the Temple of Preah Vihear. Yet, though the Court has taken the correct decision in the present Order, it has done so pursuant to a reductionist reasoning. In laying the grounds for its decision to order the Provisional Measures, the Court was attentive essentially to territory, although the case lodged with it goes well beyond it».

non aveva operato una necessaria distinzione tra i fondamentali diritti umani e le prerogative di uno Stato, come la sovranità e l'integrità territoriale; ciò richiedeva un cambio di prospettiva radicale nel linguaggio e nel quadro concettuale della Corte, rendendoli adeguati alle nuove esigenze di protezione, al di là della sovranità territoriale e di altri interessi stato-centrici. La salvaguardia del patrimonio culturale, proseguiva il giudice, esige piuttosto la presa in considerazione di molteplici elementi, come «territory, people and human values»²⁰²: la distruzione di un luogo di culto ricco di valore simbolico, come il tempio di Preah Vihear, può infatti compromettere la salvaguardia dei c.d. *spiritual needs* delle popolazioni locali:

«When we come to consider cultural and spiritual world heritage, there is still one remaining aspect, which I deem it fit to dwell upon, however briefly, in this Separate Opinion: I refer in particular to the protection of the spiritual needs of human beings. Such protection is brought to the fore by the safeguard of cultural and spiritual world heritage, as raised, inter alia, in the present case of the Temple of Preah Vihear»²⁰³.

Di conseguenza, la protezione di un luogo carico di significati spirituali come il Tempio di Preah Vihear, la cui presenza ha fatto nascere nei secoli un senso di fede e di appartenenza nei gruppi religiosi presenti nell'area, è legata a doppia mandata alla protezione del "fattore umano", rappresentato dal diritto alla vita e all'integrità personale dei membri delle popolazioni locali. Inoltre, l'impossibilità di frequentare quei luoghi sacri (a causa delle continue incursioni militari) metteva a rischio, nelle parole di Cançado Trindade, il diritto dei residenti ad un progetto di vita dopo la morte (*the right to a project after-life*)²⁰⁴, esponendo le vittime ad una forma aggravata di danno morale, che copre le violazioni alla sfera intima della persona e può, di conseguenza, essere definito "danno spirituale"²⁰⁵.

Alla luce delle considerazioni svolte dal giudice brasiliano nella sua *separate opinion* all'ordinanza della CIG del luglio 2011, appare evidente che, con il par. 106 della

²⁰² *Ibid.*, p. 600, par. 100.

²⁰³ *Ibid.*, par. 101.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 104.

²⁰⁵ *Ibid.*, par. 105: «[A]n aggravated form of moral damage, which has direct bearing on what is most intimate to the human person, namely, her inner self, her beliefs in human destiny, her relations with their dead. This spiritual damage would of course not give rise to pecuniary reparations, but rather to other forms of reparation». Sul punto si veda anche E. Polymenopoulou, *Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, vol. 27, n. 2, pp. 447-464, in particolare p. 456, 463.

sentenza del novembre 2013, la Corte abbia accolto le sue riflessioni. Nella successiva opinione separata alla pronuncia del 2013, Cançado Trindade ha infatti commentato che la Corte «[...] has endorsed the on-going process of *humanization* of international law», e che «giving its due to the preservation of world cultural heritage, parallel to the safeguard of territorial sovereignty, the Court is contributing to the avoidance of a *spiritual damage*»²⁰⁶.

L'elaborazione concettuale di questo "danno spirituale" appartiene allo stesso Cançado Trindade e risale agli anni in cui era giudice presso la Corte IDU, con particolare riferimento al caso *Moiwana Community v. Suriname*²⁰⁷, deciso nel giugno 2005 dalla Corte e riguardante il tragico massacro di un villaggio cimarrone da parte delle forze armate del Suriname, avvenuto nel 1986²⁰⁸. Nel cercare di descrivere il dolore e il lutto di una comunità decimata e costretta ad abbandonare le proprie tradizioni e il legame spirituale che aveva con la propria terra, Cançado Trindade si serve di argomenti molto alti, che spaziano dalla teologia ai fondamenti del diritto internazionale. Il punto di partenza è rappresentato dall'esistenza di un dovere morale, prima che giuridico, che i vivi hanno verso i propri morti, e che trova le proprie radici nella storia delle religioni e negli studi dei padri fondatori del diritto internazionale. Ugo Grozio, per richiamare l'esempio più noto, dedica il capitolo XIX del secondo libro del suo fondamentale trattato *De iure belli ac pacis* (1625) al "diritto alla sepoltura", affermando che il diritto di seppellire i propri morti è comune a tutte le

²⁰⁶ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear, Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, novembre 2013, par. 65.

²⁰⁷ Corte IDU, *Case of the Moiwana Community v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, Series C, No. 124, sentenza, 15 giugno 2005.

²⁰⁸ Il 29 novembre del 1986, i membri delle forze armate del Suriname attaccarono il villaggio *N'djuka Maroon* di Moiwana, massacrando oltre quaranta persone, tra cui donne e bambini; i sopravvissuti trovarono presumibilmente rifugio nelle foreste circostanti, e furono costretti all'esilio forzato dalle proprie terre. Inoltre, fino alla data del ricorso davanti alla Corte IDU, depositato nel dicembre 2002 dalla Commissione interamericana dei diritti umani a seguito di una petizione dell'organizzazione *Moiwana '86*, il governo del Suriname non aveva condotto nessuna indagine adeguata sul massacro; di conseguenza non vi erano stati né procedimenti penali né condanne per quanto avvenuto, e i sopravvissuti continuavano a vivere lontani dalle loro terre, nell'impossibilità di tornare al proprio stile di vita tradizionale. Nella sentenza resa il 15 giugno 2005, la Corte ha condannato all'unanimità il Suriname per violazione dell'art. 5, par. 1 (diritto al trattamento umano), dell'art. 22 (diritto alla libertà di movimento e di residenza), dell'art. 21 (diritto di proprietà) e degli artt. 8, par. 1 e 25 (diritto a ricevere le garanzie giudiziali e la protezione giudiziale) della *Convenzione americana dei diritti umani* (San José, 1969 – CADU). Per un'analisi del caso e della sentenza della Corte, si veda T. M. Antkowiak, *Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2007, vol. 25, n. 2, pp. 268-282. Si veda anche F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2008, in particolare il capitolo curato da G. Nieves, *Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities*, pp. 143-160.

nazioni, e che è proprio la condizione mortale a ricondurre tutti gli esseri umani all'assoluta eguaglianza²⁰⁹; per questo motivo tutti (inclusi i nemici) meritano di essere sepolti, sulla base di quello che è un principio di virtù e umanità²¹⁰.

Riferimenti a questo diritto sono oggi individuabili nel diritto internazionale umanitario, attraverso disposizioni che impongono il rispetto per i resti dei defunti: l'art. 130 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 (relativa alla protezione della popolazione civile in tempo di guerra) impone che vengano prese tutte le cure e mostrato rispetto per i resti mortali²¹¹. Inoltre l'art. 34 del I Protocollo del 1977 elabora ulteriormente la materia: nel Commento all'articolo da parte della Croce Rossa Internazionale, si legge che il rispetto dei resti dei defunti «implies that they are disposed of as far as possible in accordance with the wishes of the religious beliefs of the deceased, insofar as these are known»²¹².

L'interruzione di questo flusso continuo tra i vivi e i morti integra, nell'opinione del giudice, il "danno spirituale" di cui si diceva poco sopra, chiamato così perché riguarda la sfera più intima della persona, ossia la sua interiorità, le sue idee sulla vita e il destino dell'umanità e il rapporto che ha con i propri defunti: nelle parole del giudice, «[t]his new category of damage [...] embodies the principle of humanity in a temporal dimension, encompassing the living in their relations with their dead, as well as the unborn, conforming the future generations»²¹³. Rispetto al "danno morale", sviluppatosi nell'ambito della teoria della responsabilità civile e fondato sul

²⁰⁹ U. Grozio, *De iure belli ac pacis*, Libro II, Cap. XIX.

²¹⁰ *Ibid.* Cançado Trindade mette in luce l'influenza che la religione ha avuto nello sviluppo del diritto internazionale, segnalando in particolare il contributo dei teologi spagnoli Francisco de Vitoria (*Relecciones Teológicas*, 1538-1539) e Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), che hanno avuto una grande influenza su Grozio e nella formazione del suo pensiero. Si veda *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, cit., *Separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade*, p. 21, par. 62.

²¹¹ IV Convenzione di Ginevra del 1949, art. 130: «Le autorità detentrici invigileranno che gli internati morti in cattività siano onorevolmente inumati, possibilmente secondo i riti della religione cui appartenevano, e che le loro tombe siano rispettate, tenute convenientemente e segnate in modo da poter sempre essere ritrovate. [...]. Le ceneri saranno conservate con cura dalle autorità detentrici e saranno consegnate il più presto possibile ai congiunti prossimi, che ne facciano richiesta. Non appena le circostanze lo permettano [...], la Potenza detentrici trasmetterà [...] alle Potenze alle quali appartenevano gli internati deceduti, gli elenchi delle tombe degli internati morti. Questi elenchi conterranno tutti i particolari necessari per l'identificazione degli internati morti e la localizzazione esatta delle tombe».

²¹² Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 08 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Nijhoff, Ginevra, 1987, p. 379.

²¹³ *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, cit., *Separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade*, p. 24, par. 72. La protezione del principio di *humanitas* ha radici storiche molto lontane, risalenti alle culture antiche, in particolare il mondo greco (si pensi all'*Antigone* di Sofocle), e nel tempo associato alla formazione morale e spirituale dell'essere umano.

principio *neminem laedere*, il “danno spirituale” presenta una differenza molto marcata riguardante la determinazione dello stesso a fini riparatori: mentre per il danno morale, infatti, si procede generalmente “quantificandone” l’entità e la portata, individuando così una forma di riparazione a beneficio esclusivo della vittima (diretta o indiretta) vivente, nel caso del danno spirituale, invece, tale quantificazione non è praticabile, perché non è possibile separare i vivi dai propri morti²¹⁴.

Il caso *Moiwana* della Corte IDU è esemplare di questa fattispecie di danno, proprio perché (come nel caso del *Tempio di Preah Vihear* davanti alla CIG) ha delle connotazioni culturali estremamente delicate ma decisive per comprendere fino in fondo il pensiero delle vittime e il dolore sofferto. In base alla sensibilità culturale e alla filosofia della comunità *N’djuka*²¹⁵, esperienze come la strage del 1986 sono causa di profonda sofferenza sia per i vivi che per i morti, con il rischio che il trauma si proietti di generazione in generazione; avendo dunque ripercussioni nella dimensione ultraterrena, che è parte integrante della vita e della cultura delle comunità colpite, il “danno spirituale” non può essere quantificato, ma può essere riparato solo ripristinando la situazione originaria (ossia permettere ai sopravvissuti di onorare i propri morti). Solo questo riporterebbe l’equilibrio e la fiducia nel mondo infranti dal massacro subito, poiché, senza il contatto con i defunti, viene a mancare una parte fondamentale dell’esistenza di queste comunità, per le quali, sempre citando le parole di Cançado Trindade, «[t]here is no cogent reason to remain in the world exclusively of the living»²¹⁶.

Casi come quello del villaggio *Moiwana* e del *Tempio di Preah Vihear* sono la prova che un’attenta analisi degli elementi culturali presenti in una controversia apparentemente estranea a tali questioni (come può essere una disputa su una delimitazione territoriale), può rivelare il profondo legame che esiste tra la tutela del patrimonio culturale (che si tratti di un monumento o di uno stile di vita tradizionale) e i diritti fondamentali dei soggetti che usufruiscono di quel patrimonio in quanto parte della loro identità. Il caso del *Tempio di Preah Vihear*, in particolare, dimostra che il riconoscimento del patrimonio culturale come valore fondamentale della Comunità

²¹⁴ *Ibid.*, p. 24, par. 74.

²¹⁵ Nei paesi del centro e del sud America è comune, tra gli studiosi, l’utilizzo del termine “cosmovisione”, con il quale si indica una visione del mondo riferita alla sapienza tradizionale delle civiltà locali.

²¹⁶ *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, cit., *Separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade*, p. 23, par. 69.

internazionale, nel caso specifico rafforzato dall'iscrizione del bene nella WHL, non ha rilievo *per se*, ma piuttosto quale strumento per la salvaguardia degli interessi della persona umana²¹⁷. Viene alla luce, inoltre, un altro aspetto significativo riguardante la tutela del patrimonio culturale, già esplorato nelle pagine precedenti ma su cui vale la pena tornare: esso consiste nella convergenza tra la protezione di un bene culturale materiale (come può essere un edificio religioso) e la salvaguardia degli elementi culturali immateriali che esso incarna (ossia l'esercizio dei riti tradizionali praticati dai membri delle comunità che da secoli si recano presso quell'edificio). Il concetto di "ripetizione" e "continuazione", dunque, non è solo tipico della nozione di "patrimonio culturale intangibile" indicata all'art. 2 della Convenzione UNESCO del 2003²¹⁸, ma assai spesso costituisce un presupposto fondamentale per la protezione di una bene culturale tangibile, soprattutto quando è così saldamente legato alle pratiche tradizionali di un gruppo. Ed è questa, come si è già ampiamente sottolineato in precedenza²¹⁹, una delle principali funzioni della Convenzione UNESCO sul Patrimonio Mondiale del 1972, soprattutto all'indomani dell'introduzione della categoria dei "paesaggi culturali" (*cultural landscapes*): preservare i valori identitari e intangibili di un luogo, la cui specificità per una cultura locale diventa desiderio universale di protezione e trasmissione alle generazioni future²²⁰. Il fatto che questo aspetto sia stato pienamente recepito dalla CIG nella sentenza del 2013 sul caso del *Tempio di Preah Vihear* costituisce, ancora oggi, un momento decisivo nella tutela giurisdizionale del patrimonio culturale, per diverse ragioni: innanzitutto perché la Corte è andata oltre le ragioni territoriali degli Stati, e ha messo in evidenza l'importanza del legame tra un popolo e il proprio territorio; in secondo luogo, ha dato rilevanza all'eccezionale valore culturale del sito di Preah Vihear, il cui profondo significato spirituale per le comunità locali lo rende, tra i vari

²¹⁷ A. Vigorito, *op. cit.*, p. 85.

²¹⁸ Convenzione UNESCO del 2003, art. 2: «[...] Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è *costantemente ricreato* dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di *continuità*, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana». Corsivo aggiunto.

²¹⁹ Si veda il Capitolo 2, par. 6.2 ss.

²²⁰ Si pensi al già citato esempio del "Parco Nazionale del Tongariro" in Nuova Zelanda, iscritto come "paesaggio culturale" nella WHL, dove ancora vivono i discendenti della comunità Maori per i quali quel sito ha un profondo significato spirituale. Anche in questo caso, come per il Tempio di Preah Vihear, intraprendere attività che potrebbero compromettere le caratteristiche di quei luoghi non significherebbe solo danneggiarne l'integrità fisica, ma anche violare l'identità culturale delle minoranze che vi risiedono.

motivi, un bene da proteggere nell'interesse di tutta l'umanità; e il fatto che sia mancato, da parte della Corte, un esplicito riconoscimento del valore consuetudinario degli obblighi ai quali Cambogia e Thailandia sono stati in tal senso richiamati, ossia di cooperare pacificamente insieme alla Comunità internazionale per la protezione di un patrimonio dell'umanità, non ne indebolisce in alcun modo la portata vincolante. Infine, con questa pronuncia e i sensibili rilievi culturali svolti, la Corte ha dato segno di intraprendere, come auspicato dal giudice Cançado Trindade, quel processo di "umanizzazione" del diritto internazionale dal quale la tutela del patrimonio culturale, e dei diritti fondamentali ad esso associati, non possono che trarre beneficio.

3.4 La protezione dei beni culturali e l'ambigua posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso *Ahunbay et al. c. Turchia* (2019)

L'analisi dedicata alla giurisprudenza della CIG ha dimostrato una progressiva evoluzione nell'approccio della Corte al riconoscimento e alla tutela degli aspetti culturali presenti, anche se mai veramente centrali, in alcune dispute sottoposte al suo giudizio. Discorso a parte, invece, merita l'esperienza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo (da qui in avanti "Corte EDU"), soprattutto a seguito di una controversa pronuncia riguardante la tutela di un sito archeologico. Trattasi del caso *Ahunbay et al. c. Turchia*²²¹, che ha visto cinque cittadini turchi presentare un ricorso alla Corte EDU per fermare l'imminente distruzione del sito archeologico di *Hasankeyf*²²², a causa di un progetto per la realizzazione di una diga e di una

²²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ahunbay et autres c. Turquie*, No. 6080/06, decisione, 29 gennaio 2019. Per un'analisi del caso e dell'approccio seguito dalla Corte, si veda L. Acconciamesa, *Le generazioni future davanti alla Corte europea dei diritti umani: verso il riconoscimento di un diritto alla tutela del patrimonio culturale*, in M. Frulli (a cura di), *op. cit.*, pp. 277-296; Id., *Public-Interest Litigation before the ECtHR: Towards a Human Rights Approach to the "Universal" Protection of Cultural Heritage?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, pp. 189-207; B. Aykan, *Saving Hasankeyf: Limits and Possibilities of International Human Rights Law*, in *International Journal of Cultural Property*, 2018, vol. 25, n. 1, pp. 11-34

²²² L'antica città di Hasankeyf, risalente a oltre 10,000 anni fa, fu la prima capitale di Artuqids e si trova nella provincia del Batman, sulle rive del fiume Tigri. Il sito è costituito da abitazioni in caverne del periodo neolitico e presenta tracce dell'Impero Romano, Bizantino, Suljuk e di quello Ottomano. Sulla base di un rapporto pubblicato dalla Commissione per la cultura, la scienza e l'istruzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Cultural Aspects of the Ilasu Dam*, 18 dicembre 2001, par. 6.3.2: «thousands of years of human ingenuity is being destroyed for a short-lived power project».

centrale idroelettrica (il c.d. “Ilisu Project”)²²³. Secondo i ricorrenti, la perdita di un sito archeologico di tale importanza storica e scientifica avrebbe rappresentato una violazione sia dei loro diritti umani che dell’umanità intera, rappresentati da tutta una serie di disposizioni della *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*²²⁴ (CEDU) che, a parere loro, avrebbero dovuto essere interpretate in modo da includere un “diritto al patrimonio culturale”, inteso come un diritto a condividere e trasmettere liberamente valori culturali²²⁵. In aggiunta veniva invocato l’art. 2 del *Protocollo addizionale alla Convenzione* (“Diritto all’istruzione”), adducendo il fatto che la distruzione del sito avrebbe comportato anche un danno all’istruzione per le generazioni presenti e future²²⁶.

Come rilevato in dottrina, dunque, i ricorrenti si facevano portavoce dell’interesse dell’umanità e delle generazioni presenti e future a tramandare i valori culturali e la conoscenza²²⁷: in base alle loro argomentazioni, esiste nel diritto internazionale dei diritti umani un diritto all’accesso, alla protezione e alla conoscenza del patrimonio storico, culturale e naturale che lo Stato è chiamato a garantire e proteggere. Essi,

²²³ Si riporta qui di seguito una sintesi degli elementi di fatto. Nel 1954 il *National Water Board* avviò un’indagine esplorativa sulla fattibilità del progetto Ilisu, che già prevedeva la costruzione di una diga e una stazione idroelettrica sul fiume Tigri. Il piano minacciava il sito di Hasankeyf, quest’ultimo classificato come sito archeologico di prima categoria nel 1978. Nel 1982 il governo turco identificò delle aree per la realizzazione di un grande programma di investimento, finalizzato a potenziare lo sviluppo economico e sociale dei territori sud-orientali dell’Anatolia (*Güneydoğu Anadolu Projesi*), comprendente anche la costruzione della diga Ilisu, che avrebbe soddisfatto il fabbisogno energetico della regione. Nel 1991 venne stanziato un budget per l’identificazione, l’estrazione, il trasferimento e la reinstallazione dei monumenti di Hasankeyf; i lavori archeologici iniziarono nel 1998, e portarono alla scoperta di altri 289 siti; si stimò che l’80% dell’intero sito di Hasankeyf dovesse essere protetto dall’inondazione. Nel 1999 un avvocato turco, Mr. Cano, presentò una richiesta all’ufficio del Primo Ministro affinché il progetto della diga fosse accantonato. La sua richiesta fu tacitamente respinta, per cui si rivolse al tribunale amministrativo chiedendo l’annullamento della decisione; nel frattempo i lavori per la costruzione della diga proseguivano, e parallelamente le operazioni per il trasferimento delle moschee di *Eyyubi*, *El Rizk* e *Süleyman Koç*. Il 6 marzo 2006 Mr. Cano, insieme ad altri quattro cittadini turchi, presentò un ricorso alla Corte EDU; alcuni anni dopo (2012) il tribunale amministrativo turco respinse la sua richiesta, e anche l’appello al Consiglio di Stato non andò a buon fine. Nel 2020 l’antica città di Hasankeyf è rimasta sommersa dalle acque per effetto della costruzione della diga. Cfr. *Ahunbay and others v. Turkey*, *Press Release*, 21 febbraio 2019.

²²⁴ *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Roma, 4 novembre 1950.

²²⁵ Nella fattispecie, le norme della Convenzione di cui invocavano la violazione erano l’art. 1 (“Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo”), l’art. 2 (“Diritto alla vita”), l’art. 5 (“Diritto alla libertà e alla sicurezza”), l’art. 9 (“Libertà di pensiero, di coscienza e di religione”), l’art. 10 (“Libertà di espressione”) e l’art. 14 (“Divieto di discriminazione”). Il diritto alla vita ex art. 2, in particolare, secondo i ricorrenti andava interpretato in modo da ricomprendere la c.d. “sopravvivenza culturale” degli esseri umani, nonché la protezione dei valori umani e la necessità di trasmetterli alle generazioni future. Si veda *Ahunbay et autres c. Turquie, Autriche et Allemagne*, No. 6080/06, decisione (parziale) del 21 giugno 2016, par. 86.

²²⁶ *Ibid.*, par. 87.

²²⁷ *Ibid.*, par. 88. Si veda L. Acconciamesa, *Public-Interest Litigation before the ECtHR*, cit., p. 191.

inoltre, affermavano di avere un *locus standi* per rivendicare la violazione di questi diritti, poiché si consideravano personalmente coinvolti e colpiti, e di agire nell'interesse dell'umanità e di tutte le generazioni.

La Corte EDU si è pronunciata, in via provvisoria, il 21 giugno 2016, affermando che avrebbe esaminato i reclami sulla base degli artt. 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 10 ("Libertà di espressione")²²⁸, rimandando tuttavia la decisione sull'ammissibilità del ricorso. Nella medesima occasione, la Corte ha sottoposto alcuni quesiti alle Parti, uno dei quali si è rivelato decisivo per l'esito del caso: si chiedeva, infatti, se, in base al diritto internazionale, agli ordinamenti degli Stati membri e alla giurisprudenza della Corte stessa relativa agli artt. 8 e 10 della CEDU, fosse possibile accertare l'esistenza di un diritto individuale alla protezione del patrimonio storico e culturale e del diritto a prendere parte liberamente alla vita culturale²²⁹. Inoltre, una volta accertata l'esistenza di questo diritto, era necessario dimostrare che i ricorrenti avevano effettivamente titolo (*locus standi*) per adire la Corte al fine di proteggere gli interessi lesi²³⁰.

I ricorrenti hanno risposto che la competenza *ratione materiae* della Corte dovesse essere valutata alla luce del quadro giuridico previsto dalla CEDU, tenendo conto della civiltà europea da cui traggono origine i diritti dell'uomo, nonché delle norme internazionali volte alla salvaguardia del patrimonio culturale: «Si l'héritage culturel et les valeurs qui y sont inhérentes n'étaient pas considérés comme un droit de l'homme, la civilisation européenne, ses institutions et tout individu conscient devraient alors s'interroger sur leur sort. Selon les traités internationaux signés sous l'égide de l'UNESCO et le Conseil de l'Europe, tout comme selon la doctrine, l'héritage culturel s'analyserait en un pan de "données" "exceptionnelles" et "universelles". Or, pour que l'héritage culturel subsiste à travers les temps, il devra

²²⁸ La Corte ha ritenuto che l'esame delle disposizioni di cui agli artt. 8 e 10 della CEDU si prestasse maggiormente al tipo di reclamo rivolto contro la Turchia. Così si legge in *Ahunbay et autres c. Turquie, Autriche et Allemagne*, cit., 21 giugno 2016, par. 95: «Pour ce qui concerne les doléances dirigées contre la Turquie [...] la Cour – maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause [...] estime d'emblée que – à ce stade et sous réserve de toute appréciation ultérieure – la requête se prête davantage à un examen sous l'angle des dispositions des articles 8 et 10 de la Convention, pris isolément ou combinés».

²²⁹ *Ahunbay et autres c. Turquie*, No. 6080/06, comunicazione del 21 giugno 2016, domanda a).

²³⁰ *Ibid.*, domanda b). In caso di risposta affermativa ai primi due quesiti, la Corte chiedeva se l'irreversibile distruzione del sito archeologico di Hasankeyf andasse considerata una violazione dei diritti previsti dagli artt. 8 e 10 della CEDU, e se le autorità governative avessero svolto un corretto bilanciamento tra gli interessi economici collettivi alla base della costruzione della diga, e gli interessi dei ricorrenti e delle generazioni presenti e future alla preservazione del patrimonio storico e culturale.

impérativement être protégé»²³¹. Il governo turco, al contrario, ha sostenuto l'incompatibilità *ratione materiae* del ricorso presentato, affermando che la Corte non aveva alcuna giurisdizione rispetto alla costruzione di una diga che metteva a rischio l'integrità di un sito archeologico, rivendicando, altresì, la competenza e la responsabilità esclusive in materia delle autorità turche²³².

Alla fine, la Corte ha respinto il ricorso in quanto incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della CEDU, affermando che quest'ultima non garantisce ancora «un droit individual universel à la protection de tel ou de tel héritage culturel»²³³. La Corte ha motivato la sua posizione affermando che, nonostante la crescente consapevolezza dei valori connessi alla conservazione del patrimonio culturale e della conseguente necessità di averne costante accesso abbia portato all'elaborazione di un quadro giuridico internazionale in materia, tuttavia non è ancora possibile riscontrare un "consenso europeo", o perlomeno una tendenza tra gli Stati membri, che permetta di ricavare dalle disposizioni della Convenzione l'esistenza di un diritto individuale alla tutela di uno o più elementi del patrimonio culturale²³⁴. Allo stato attuale, dice la Corte, questo consenso sarebbe limitato alla protezione del patrimonio culturale come diritto umano di gruppi specificamente interessati alla sua tutela, come minoranze etniche²³⁵ e popoli indigeni²³⁶. Le conclusioni della Corte EDU, il cui approccio alla questione è stato giudicato «more

²³¹ *Ahunbay et autres c. Turquie*, cit., 29 gennaio 2019, par. 20.

²³² *Ibid.*, par. 19.

²³³ *Ibid.*, par. 25.

²³⁴ *Ibid.*, parr. 23-25: «[...] la Cour est prête à considérer qu'il existe une communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité de protéger le droit d'accès à l'héritage culturel. Cependant, force est de constater que cette protection vise généralement les situations et des réglementations portant sur le droit des minorités de jouir librement de leur propre culture ainsi que sur le droit des peuples autochtones de conserver, contrôler et protéger leur héritage culturel. [...] [L]es droits liés à l'héritage culturel paraissent intrinsèques aux status spécifiques des individus qui bénéficient, en d'autres termes, à l'exercice des droits des minorités et des autochtones. [...] Par contre, elle n'observe, à ce jour, aucun "consensus européen" ni même une tendance parmi les États membres du Conseil de l'Europe qui aurait pu nécessiter une remise en cause de l'étendue des droits en question ou qui aurait autorisé que l'on inférât des dispositions de la Convention un droit individual universel à la protection de tel ou de tel héritage culturel, comme il est revendiqué dans la présente requête».

²³⁵ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chapman v. United Kingdom*, No. 27238, sentenza, 18 gennaio 2001, par. 96: «the vulnerable position of Gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory planning framework and in reaching decisions in particular cases».

²³⁶ Sul punto si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hingitaq and others v. Denmark*, No. 18584/04, sentenza, 12 gennaio 2006. Qui una comunità indigena lamentava la perdita delle proprie terre ancestrali, che lo Stato aveva dato in concessione per l'installazione di una base militare. Il ricorso è stato dichiarato inammissibile perché lo Stato aveva riconosciuto un risarcimento alla comunità, ritenuto congruo dalla Corte.

than regrettable»²³⁷, meritano senza dubbio un approfondimento, sia sotto il profilo sostanziale dell'esistenza o meno di un diritto individuale al patrimonio culturale, sia per quanto riguarda l'atteggiamento che la Corte ha avuto nell'identificazione di tale diritto.

Ciò che lascia maggiormente sorpresi è l'apparente mancanza di attenzione, da parte dei giudici, verso alcuni elementi ormai consolidati in materia di tutela del patrimonio culturale, e che hanno traghettato sia la disciplina che la coscienza internazionale verso un grado di maturità e di consapevolezza che travalica gli aspetti prettamente materiali della protezione dei beni culturali, e di cui le Convenzioni UNESCO sono solo una parziale testimonianza. Innanzitutto, viene da chiedersi se la Corte avrebbe potuto attribuire maggiore rilevanza alla tendenza, tanto europea quanto internazionale, verso il riconoscimento di quel legame inestricabile tra la conservazione e l'accesso al patrimonio culturale, da un lato, e la protezione dei diritti umani e della dignità umana, dall'altro. Un contributo fondamentale, in questo senso, viene dall'*independent expert* dell'ONU (poi *Special Rapporteur*) per i diritti culturali, FARIDA SHAHEED, che in un *report* del 2011 presentava le sue conclusioni sulla portata del diritto al godimento e all'accesso al patrimonio culturale all'interno del diritto internazionale dei diritti umani; a tal proposito ella non solo ha rimarcato la componente transgenerazionale del patrimonio culturale, che è parte stessa del concetto di "patrimonio" dal momento che riflette «the dynamic character of something that has been developed, built or created, interpreted and re-interpreted in history, and transmitted *from generation to generation*»²³⁸, ma ha anche suggerito l'esistenza di un interesse "individuale" alla trasmissione di questo insieme di valori ereditati dal passato²³⁹. Il collegamento tra la tutela del patrimonio culturale e i diritti umani non è estraneo al quadro giuridico del Consiglio d'Europa: nel Preambolo della Convenzione di Faro del 2005, infatti, si legge che ogni persona «ha il diritto, nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui, ad interessarsi al patrimonio culturale di propria scelta, in quanto parte del diritto a

²³⁷ European Rivers Network, *European Court for Human Rights takes no Responsibility for Hasankyef (Ilisu Dam in Turkey)*, 25 febbraio 2019, disponibile online all'indirizzo <https://www.ern.org/en/european-court-for-human-rightstakes-no-responsability-for-hasankyef/>.

²³⁸ Consiglio per i diritti umani, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Farida Shaheed*, UN Doc. A/HRC/17/38, 21 marzo 2011, par. 5. Corsivo aggiunto.

²³⁹ *Ibid.*: «Cultural heritage links the past, the present and the future as it encompasses things inherited from the past that are considered to be of such value or significance today, that *individuals and communities* want to transmit them to *future generations*». Corsivo aggiunto.

partecipare liberamente alla vita culturale, sancito dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite dei diritti dell'uomo (1948) e garantito dal Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966)»²⁴⁰; inoltre viene sancito esplicitamente l'impegno degli Stati parti a «riconoscere che il diritto al patrimonio culturale è inerente a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo»²⁴¹.

Inoltre la Corte, nel tentativo di individuare un nuovo diritto alla luce della CEDU, avrebbe potuto sottolineare maggiormente la necessità di bilanciare, da una parte, il principio di sovranità, che comporta il diritto per ciascuno Stato di utilizzare il proprio territorio nella maniera ritenuta più adeguata alla tutela dei propri interessi, e dall'altro quello che la dottrina (BLAKE) definisce il principio della "dignità umana", che presuppone la protezione del patrimonio culturale in quanto parte del diritto individuale e collettivo all'identità culturale²⁴².

²⁴⁰ Convenzione di Faro del 2005, Preambolo, par. 5.

²⁴¹ *Ibid.*, art. 1, lett. a).

²⁴² Janet Blake identifica uno dei punti di contatto tra la protezione del patrimonio culturale e i diritti umani nel concetto di "dignità umana". Secondo la studiosa, il patrimonio culturale e la sua tutela rientrano a pieno titolo nella sfera della dignità umana, a causa dello stretto legame con l'identità culturale, che prevede il diritto di ognuno di scegliere liberamente e sviluppare la propria identità culturale, sia individualmente che in rapporto con gli altri; a questo si aggiunge il diritto dei gruppi di mantenere e sviluppare la propria cultura, e così pure il diritto individuale a prendere parte alla vita culturale. Si veda J. Blake, *Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection*, in *Heritage and Society*, 2011, vol. 4, n. 2, pp. 199-238. È necessario spendere alcune considerazioni sul concetto di "identità culturale", che, come si vedrà successivamente, risulta centrale per comprendere il fenomeno della distruzione intenzionale del patrimonio culturale. Negli ultimi anni, secondo alcuni studiosi, il diritto dell'individuo al mantenimento della propria identità culturale si sarebbe affermato come una prerogativa essenziale per la realizzazione di alcuni diritti fondamentali già consolidati nell'ordinamento internazionale. Il modello di partenza che avrebbe condotto allo sviluppo di questo diritto andrebbe individuato nell'art. 27 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, che riconosce alle persone appartenenti a minoranze etniche, religiose e linguistiche il diritto di godere della propria cultura, di praticare e professare la propria religione e di usare il proprio linguaggio, in comunità con gli altri membri del gruppo. La violazione di questo diritto può assumere un'ampia varietà di forme, che in ogni caso comportano l'infrazione di prerogative individuali. Come esempio di questo meccanismo, si può richiamare nuovamente il caso *Moiwana c. Suriname* della Corte IDU, di cui si è discusso nel precedente paragrafo. Qui la Corte, rilevando la responsabilità del governo del Suriname per aver precluso alla comunità *N'djuka* la possibilità di onorare i propri morti in conformità alle proprie tradizioni, aveva riscontrato la violazione dell'art. 5, par. 1 della CADU, che sancisce il diritto individuale all'integrità fisica, mentale e morale, a danno dei membri della comunità (per un elenco dei diritti violati, v. *supra*, nota 208). La Corte aveva raggiunto questa conclusione poiché «[i]f the various death rituals are not performed according to N'djuka tradition, it is considered a profound moral transgression, which will not only anger the spirit of the individual who died, but also may offend other ancestors of the community [...]. This leads to a number of 'spiritually – caused illnesses' that become manifest as actual physical maladies and can potentially affect the entire natural lineage [...].» (*Case of Moiwana Village v. Suriname*, cit., par. 98 ss.). Successivamente, la Corte ha sviluppato ulteriormente l'orientamento relativo al nesso tra identità culturale e diritti fondamentali. Nel caso *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (Series C, No. 125, sentenza, 17 giugno 2005), la Corte IDU ha riconosciuto l'esistenza di un legame tra il diritto alla preservazione dell'identità culturale e il diritto fondamentale alla vita, che rappresenta il presupposto indispensabile per il godimento di tutti gli altri diritti umani (parr. 164-168). Sempre la

Come già visto, nella sua decisione la Corte ha fatto un esplicito riferimento al concetto di “consenso europeo”, che rappresenta il fondamento delle sue conclusioni circa l’assenza, all’interno della CEDU, di un diritto universale alla protezione del patrimonio culturale, e la conseguente assenza di giurisdizione per il caso specifico di *Hasankeyf*. Quella del “consenso europeo” è una dottrina che ha trovato spazio e affermazione nella giurisprudenza della Corte EDU²⁴³, in base alla quale, qualora si riscontri una lacuna giuridica all’interno della CEDU, la Corte può esaminare la prassi interna degli Stati membri e la tendenza generale nell’ordinamento giuridico sia europeo che internazionale²⁴⁴; l’obiettivo è valutare se il riconoscimento di “nuovi diritti” alla luce della Convenzione, o l’interpretazione evolutiva di quelli esistenti, siano giuridicamente giustificabili senza violare il principio di sovranità, in base al quale una limitazione alla libertà dello Stato dovrebbe scaturire, in linea di principio, dal libero consenso dello Stato stesso²⁴⁵. Specificamente nel caso *Ahunbay*, come si è visto, la Corte EDU, pur riconoscendo l’esistenza di un consenso internazionale ed

Corte IDU ha riscontrato una connessione tra il diritto all’identità culturale e il diritto di proprietà, inteso come un diritto collettivo (si veda *Awes Tingni Mayagna (Sumo) Indigenous Community v. Nicaragua*, Series C, No. 66, sentenza, 6 agosto 2001, par. 146), nonché con il diritto alla salute sancito dall’art. 12 del Patto sui diritti civili e politici del 1966.

²⁴³ Si veda Corte europea dei diritti dell’uomo, *Demir and Baykara v. Turkey*, No. 34503/97, sentenza, 12 novembre 2008, par. 85: «The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases».

²⁴⁴ Per una bibliografia essenziale sull’argomento, si veda J. T. Theilen, *European Consensus between Strategy and Principle. The Uses of Vertically Comparative Legal Reasoning in Regional Human Rights Adjudication*, Nomos, Baden-Baden, 2021; D. Peat, *Consensus Doctrine in the European Court of Human Rights*, in Id., *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 140-177; P. Kapotas, V. P. Tzevelekos, *Building Consensus on European Consensus. Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, in particolare il capitolo di O. Bassok, *The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence*, pp. 236-257; K. Dzehtsiarou, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, pp. 534-553.

²⁴⁵ Si veda V. P. Tzevelekos, *The Making of International Human Rights Law*, in C. M. Brölmann, Y. Radi (a cura di), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 329-353, p. 348: «[...] the ECtHR often attempts to collect the elements that support and offer legitimacy to its ‘activism’ in state practice within Europe, as well as within the broader international legal system. [...] The consensus-based approach does not rely on majorities in the society, nor is it a form of judicial ‘referendum’. What the ECtHR is valuing is state practice, reflecting the will of sovereigns. Unlike national judges, whose powers stem from constitutions, international judges are competent because states allow them to be. [...] [International human rights] are posited within and by the system of international law, and that very system, despite the aforementioned ambiguity about the inner source of its normativity, remain state-centric, with rules being created either by treaties that reflect state will, or by custom that stems from state practice that is accepted as law again by states».

europeo riguardante la protezione del patrimonio culturale e il diritto di accedervi, ha però affermato che tale consenso è circoscritto ai casi in cui la tutela della cultura interagisce con la protezione dei diritti delle minoranze e delle popolazioni indigene. Viene da chiedersi, a questo proposito, se tra gli “specifici gruppi” ai quali la Corte ha fatto riferimento, si potevano eventualmente annoverare anche le “future generazioni” chiamate in causa nel caso in esame; a maggior ragione se si pensa che, come già visto nelle pagine precedenti, la tutela del patrimonio culturale nell’interesse delle prossime generazioni è concretamente riconosciuta in diversi strumenti internazionali, come la Convenzione UNESCO sul Patrimonio Mondiale del 1972 (art. 4) e la Dichiarazione UNESCO sulle responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future del 1997, che, pur essendo uno strumento di *soft law*, insiste con vigore sulla necessità di adottare un approccio alla preservazione del patrimonio culturale integrato con il principio di equità intergenerazionale²⁴⁶. Va comunque detto che non è stata la prima volta che la Corte ha escluso l’esistenza di un diritto umano alla protezione del patrimonio culturale, storico e naturale in quanto tale. Nel caso *Sylogos Ton Athinainon* del 2016, incentrato sulla richiesta di restituzione dei marmi del Partenone alla Grecia, la Corte ha dichiarato che il ricorrente (un’associazione per la tutela del patrimonio culturale ellenico) «has failed to point out any case of this Court where it has held that Article 8 gives rise to a general right to the protection of cultural heritage and of the nature considered in the present case»²⁴⁷. Alla luce, quindi, dell’esperienza giurisdizionale della Corte di Strasburgo, il patrimonio culturale risulta rilevante ai sensi della CEDU solo in casi molto specifici, che possono essere distinti in due gruppi. Al primo gruppo appartengono le ipotesi in cui la protezione del patrimonio culturale rappresenta un legittimo obiettivo degli Stati, che può giustificare un’interferenza con i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione, laddove sussistano le condizioni che legittimano un conflitto di questo tipo (in particolare, la presenza di un rapporto di proporzionalità tra l’interferenza creata e il fine perseguito dallo Stato). Un esempio in questo senso

²⁴⁶ Per il testo dell’art. 7 della Dichiarazione UNESCO del 1997, si veda *supra*, par. 3.2. Inoltre l’art. 8 della medesima Dichiarazione, con riferimento al “patrimonio comune dell’umanità”, afferma che «[t]he present generations may use the common heritage of humankind, as defined in international law, provided that this does not entail compromising it irreversibly». Sul tema della rappresentatività delle generazioni future per prevenire la perdita del patrimonio culturale, di cui il caso *Ahunbay* è un esempio lampante, si segnalano le interessanti riflessioni di L. Acconciamezza, *Public-Interest Litigation before the ECtHR*, cit., in particolare pp. 192-198.

²⁴⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Sylogos Ton Athinainon v. the United Kingdom*, No. 48259/15, decisione, 31 maggio 2016.

viene dal caso *Beyeler c. Italia* del 2000, riguardante la compatibilità del diritto di prelazione previsto dalla legge italiana per l'acquisto di un'opera d'arte e il diritto individuale di proprietà (previsto dall'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alla CEDU)²⁴⁸. In questa occasione la Corte, benché avesse riconosciuto il diritto dello Stato a proteggere il patrimonio culturale e artistico nazionale, tuttavia riscontrò una violazione del diritto di proprietà²⁴⁹.

Nel secondo gruppo, invece, rientrano quelle ipotesi in cui la Corte considera la protezione del patrimonio culturale e storico come un diritto individuale ai sensi della CEDU, quando tale protezione va a incidere sulla tutela dell'identità delle minoranze, ad esempio i gruppi etnici e i diritti di proprietà delle comunità indigene²⁵⁰. Come infatti spiegato in dottrina (SILVERMAN et al.) e già illustrato in precedenza, il legame tra patrimonio culturale e diritti umani è parte della nozione stessa di "identità"; ciò rende la tutela del patrimonio culturale un elemento imprescindibile della sfera dei diritti umani, poiché è strettamente correlata al riconoscimento, alla preservazione e allo sviluppo dell'identità dell'individuo o di un gruppo²⁵¹.

²⁴⁸ Il caso in questione si riferisce ad un quadro (*Le jardinier*, di Vincent Van Gogh) che un gallerista svizzero, Ernst Beyeler, comprò nel 1977 tramite un intermediario, senza rivelare al venditore né al Ministero italiano per i Beni Culturali (in base alla legge n. 1089 del 1939) che il quadro era stato acquistato per suo conto. Il Ministero italiano venne a conoscenza che il sig. Beyeler era l'acquirente del quadro solo nel 1983. Nel 1988 Beyeler era in trattative per la vendita dell'opera con la Fondazione Guggenheim, che intendeva destinarla alla collezione veneziana. Al momento di concludere la vendita, lo Stato italiano intervenne contestando il titolo di proprietà del gallerista ed esercitando un diritto di prelazione sull'acquisto dell'opera, rimborsando a Beyeler solo il prezzo pagato nel 1977.

²⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Beyeler v. Italy*, No. 33202/96, sentenza, 5 gennaio 2000, parr. 112-114: «the Court considers that the control by the State of the market in works of art is a legitimate aim for the purposes of protecting a country's cultural and artistic heritage. [...] [T]he Court recognizes that, in relation of works of art lawfully on its territory and belonging to the cultural heritage of all nations, it is legitimate for a State to take measures designed to facilitate in the most effective way wide public access to them, in the general interest of universal culture [...]. [T]he concern to achieve a 'fair balance' between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights is reflected in the structure of Article 1 as a whole and entails the need for a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized».

²⁵⁰ Rientrano in questa categoria il già citato caso *Chapman v. the United Kingdom*, cit., 18 gennaio 2001, dove la Corte ha riconosciuto che «[...] the applicant's occupation of her caravan is an integral part of her ethnic identity as a Gypsy, reflecting the long traditions of that minority of following a travelling lifestyle. [...] Measures affecting the applicant's stationing of her caravan therefore have an impact going beyond the right to respect for her home. They also affect her ability to maintain her identity as a Gypsy and to lead her private and family life in accordance with that tradition» (parr. 93-96). Si veda anche *Hingitaq and others v. Denmark*, cit., 12 gennaio 2006; *Yordanova and others v. Bulgaria*, No. 25446/06, sentenza, 24 febbraio 2012; *Winterstein and others v. France*, No. 27013/07, sentenza, 17 ottobre 2013.

²⁵¹ H. Silverman, D. Fairchild Ruggles, *Cultural Heritage and Human Rights*, in H. Silverman, D. Fairchild Ruggles (a cura di), *Cultural Heritage and Human Rights*, Springer, New York, 2007, p. 3 ss.

Tornando al caso *Ahunbay*, non bisogna dimenticare che la Corte, in un primo momento, sembrava propensa a identificare, nel quadro giuridico europeo ed internazionale, una sorta di tendenza diffusa al riconoscimento di un diritto individuale alla protezione del patrimonio culturale; questo sembrava il suo approccio, come si legge nella decisione provvisoria del 2016 e come rilevato in dottrina²⁵². A tal proposito, la Corte ha richiamato diversi strumenti giuridici sia europei che internazionali, tra cui la *Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa riguardante la protezione e la valorizzazione del patrimonio archeologico nel contesto delle operazioni di pianificazione cittadina* del 1989²⁵³, la *Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla conservazione del patrimonio architettonico europeo* del 1975²⁵⁴ e la Convenzione UNESCO sulla Protezione del Patrimonio Mondiale del 1972²⁵⁵. In particolare la Corte ha momentaneamente appoggiato gli argomenti dei ricorrenti quando, richiamando la *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico* del 1992 (conosciuta anche come "Convenzione di Malta")²⁵⁶, ha sottolineato che essa stabilisce «un principe universel pour la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine représentatif de toutes les formes d'expression culturelle ayant vu le jour tout au long de l'histoire d'un territoire donné, indépendamment du contexte politique qui règne dans ce territoire à tel ou tel moment [...]»²⁵⁷. Inoltre, in base alla Convenzione di Faro del 2005 sul valore del patrimonio culturale per la società, la

²⁵² Così L. Acconciamezza, *Public-Interest Litigation before the ECtHR*, cit., p. 201. Si veda anche B. Drazewska, *Hasankeyf, the Ilisu Dam, and the Existence of Common European Standards on Cultural Heritage Protection*, in *Santander Art and Culture Review*, 2018, n. 2, pp. 89-120, in particolare pp. 110-111: «In light of the 2016 Decision, it certainly appeared as though that the Court intended to look for evidence of commonly accepted standards pertaining to cultural heritage in a variety of international legal instruments and documents. [...] [J]udging from that decision only, it certainly appeared as though that the Court was minded to treat the referenced documents as manifestations of 'common European standards' in protecting cultural heritage in its discussion over whether Turkey has violated its obligations under the ECHR».

²⁵³ *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States concerning the Protection and Enhancement of the Archaeological Heritage in the Context of Town and Country Planning Operations*, No. R (89) 5, 13 aprile 1989.

²⁵⁴ *Recommendation on the Conservation of Europe's architectural heritage*, No. 750, 24 gennaio 1975.

²⁵⁵ Da notare che la Corte EDU, quando seleziona gli strumenti rilevanti all'interpretazione delle norme della CEDU, non distingue tra strumenti vincolanti e non vincolanti. Sul punto si veda A. Nußberger, *Hard Law or Soft Law – Does it Matter? Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, in A. van Aaken, J. Motoc (a cura di), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 41-58.

²⁵⁶ Conclusa a La Valletta, 16 gennaio 1992, Serie dei Trattati Europei n. 143.

²⁵⁷ *Ahunbay et autres c. Turquie, Autriche et Allemagne*, cit., 21 giugno 2016, par. 69.

Corte ha rilevato che il valore del patrimonio culturale è misurato dall'efficacia del suo contributo alla vita di ciascuno in Europa²⁵⁸; e la circostanza che la Turchia non abbia ratificato la Convenzione di Faro non esclude la possibilità di ricorrere ad essa per scopi interpretativi, sulla base del criterio di interpretazione sistemica previsto dall'art. 31, par. 3 lett. c) della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* del 1969²⁵⁹.

Esistono inoltre diversi strumenti internazionali, sia a carattere vincolante che di *soft law*, che riconoscono la stretta relazione tra i diritti umani e la tutela del patrimonio culturale, e da cui è possibile ricavare un'inclinazione, da parte della Comunità internazionale, a considerare la protezione della cultura un diritto umano. Riferimenti, in tal senso, possono essere individuati negli artt. 22 e 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (da qui in avanti "DUDU"), che sanciscono, rispettivamente, l'importanza dei diritti economici, sociali e culturali per la dignità di ciascun individuo e il pieno sviluppo della sua personalità, e il diritto di partecipare alla vita culturale della propria comunità²⁶⁰, quest'ultimo riconosciuto anche nel *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali* del 1966, all'art. 15, par. 1 lett. a). Proprio con riferimento al diritto a partecipare alla vita culturale, nel 2009 il Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali ha pubblicato un commento generale dove osservava che il concetto di "partecipazione alla vita culturale", premesso che la promozione e il rispetto per i diritti culturali «is essential for the maintenance of human dignity [...]» (par. 1), si snoda in tre componenti fondamentali: partecipazione, accesso, capacità di contribuire alla vita culturale (par. 15); in particolare, l'accesso (lett. b) consiste nel diritto di ciascuno – individualmente o in quanto membro di una comunità – «to know and understand his or her own culture and that of others through education and information», e in aggiunta «to benefit from cultural heritage and the creation of other individuals and

²⁵⁸ *Ibid.*, par. 75. La Corte prosegue affermando che «[l]a conséquence de cette approche serait que les efforts de conservation et d'appréciation du patrimoine doivent être perçus non pas comme une activité secondaire, mais comme une action indispensable au maintien et à la mise en valeur de biens essentiels pour la qualité de la vie quotidienne et le progrès futur».

²⁵⁹ Conclusa a Vienna, 23 maggio 1969.

²⁶⁰ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 22: «Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità». Art. 27, par. 1: «Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici».

communities»²⁶¹. E benché il Comitato, nel suo commento, si riferisse principalmente ai diritti delle minoranze e delle popolazioni indigene, invitava comunque gli Stati a prestare attenzione al patrimonio culturale di *tutti i gruppi*, quando si tratta di elaborare dei piani di sviluppo economico²⁶². E proprio il caso del sito archeologico di *Hasankeyf* è stato al centro di alcune riflessioni dal parte del Comitato, che in un *report* del 2011 si è dichiarato «deeply concerned at the potential impact of the Ilisu dam under construction [...] on the enjoyment of economic, social and cultural rights in the area concerned, especially with regard to [...] the environmental and cultural impact», invitando all'occorrenza la Turchia «to take account of a human-rights based approach in its infrastructure development projects [...]»²⁶³.

Se alcuni strumenti internazionali relativi ai diritti umani confermano la posizione della Corte EDU, e cioè che la protezione del patrimonio culturale costituisce un diritto fondamentale se rapportato alla tutela delle minoranze e delle comunità indigene, tuttavia è possibile individuare diversi altri strumenti che identificano un rapporto molto più ampio, che porta la sfera del patrimonio culturale a intersecarsi con quella dei diritti umani e della dignità umana in quanto tale. Tra questi si può ricordare il più volte citato Preambolo della Convenzione dell'Aja del 1954 sulla tutela dei beni culturali nei conflitti armati, dove si riconosce che il danno ai beni culturali di qualunque popolo si traduce in un danno al patrimonio culturale dell'umanità; e anche nel Preambolo della Dichiarazione UNESCO sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale del 2003 si legge che «[...] cultural heritage is an important component of the cultural identity communities, groups and individuals, and of social cohesion, so that its intentional destruction may have adverse consequences on human dignity and human rights». In maniera simile il Preambolo della Convenzione di Malta del 1992 richiama l'obiettivo del Consiglio d'Europa di salvaguardare il patrimonio comune degli Stati membri, affermando che il patrimonio archeologico «[...] è un elemento essenziale per la conoscenza del passato delle civiltà», mentre la Convenzione di Faro del 2005 si fa letteralmente promotrice di un'idea antropocentrica di patrimonio culturale, quando insiste sulla «[...] necessità

²⁶¹ Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 21 on the Right of Everyone to Take Part in Cultural Life*, UN Doc. E/C.12/GC/21, 21 dicembre 2009.

²⁶² *Ibid.*, par. 50, lett. b).

²⁶³ Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Turkey*, UN Doc. E/C.12/TUR/CO/1, 12 luglio 2011, par. 26.

di mettere la persona e i valori umani al centro di un'idea ampliata e interdisciplinare di patrimonio culturale»²⁶⁴; e il suo dispositivo va dietro a questo principio, sancendo l'obbligo degli Stati di adottare misure per migliorare l'accesso al patrimonio culturale e la partecipazione democratica (art. 12), incoraggiando lo studio, la ricerca e lo scambio di informazioni in questo settore (artt. 13-14).

Il legame stretto tra la protezione del patrimonio culturale e i diritti umani (nello specifico i diritti culturali) trova spazio, come si è visto, anche nei documenti e nelle raccomandazioni degli organi e degli esperti dell'ONU. Il già citato *report* del 2011 dell'esperto nel campo dei diritti culturali Farida Shaheed, nel sottolineare la necessità di proteggere il patrimonio culturale, il cui valore in quanto tale è nullo in confronto alla dimensione umana di cui è espressione²⁶⁵, offre un immenso contributo nell'inquadrare i soggetti per i quali la tutela del patrimonio culturale riveste importanza, approfondendo la distinzione binaria tra "individui" e "comunità". Nell'opinione dell'*independent expert*, è opportuno distinguere tra i "creatori" o le "comunità di origine" (*originators or 'source communities'*), ossia coloro che si considerano custodi e titolari di uno specifico patrimonio culturale; gli "individui" e le "comunità" (*individuals and communities*), incluse le comunità locali, che considerano il patrimonio culturale in questione parte della loro vita comunitaria, anche se questo non presuppone necessariamente un loro coinvolgimento nel mantenimento di quel patrimonio; poi ci sono gli "scienziati" e gli "artisti" (*scientists and artists*); e infine il grande pubblico (*general public*), che accede al patrimonio culturale altrui²⁶⁶. L'attenzione per i diritti umani nel quadro della protezione del patrimonio culturale è al centro anche del *report* del 2016 della *Special Rapporteur* per i diritti culturali KARIMA BENNOUNE, in particolare quando si tratta di affrontare il tema drammatico della distruzione intenzionale dei beni culturali. Qui il relatore speciale dell'ONU, pur riconoscendo indubbiamente l'esistenza di specifici individui e

²⁶⁴ Convenzione di Faro del 2005, Preambolo, par. 3.

²⁶⁵ Consiglio per i diritti umani, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Farida Shaheed*, cit., par. 77: «As reflected in international law and practice, the need to preserve/safeguard cultural heritage is a human rights issue. Cultural heritage is important not only in itself, but also in relation to its human dimension, in particular its significance for individuals and communities and their identity and development processes».

²⁶⁶ *Ibid.*, par. 62. Nel report si fa inoltre riferimento alla Convenzione di Faro, che con la figura delle "comunità patrimoniali" (*heritage community*) introduce una nuova categoria di soggetti coinvolti, nello specifico persone che valorizzano determinati aspetti del patrimonio culturale che intendono preservare e trasmettere alle generazioni future (Convenzione di Faro, art. 2, lett. b). Si veda anche *supra*, par. 3.2.

comunità che possono essere maggiormente (in quanto direttamente) colpiti dagli atti di distruzione deliberata di certi beni culturali, ricorda che qualunque atto di violenza verso il patrimonio culturale rappresenta sempre un danno per tutta l'umanità, dal momento che ogni popolo contribuisce alla cultura del mondo²⁶⁷. La *Special Rapporteur* prosegue spiegando che il “diritto di accesso e godimento di tutte le forme del patrimonio culturale” (*right of access to and enjoyment of all forms of cultural heritage*) è garantito dal diritto internazionale dei diritti umani²⁶⁸, e trova la propria base giuridica, in particolare, nel diritto a prender parte alla vita culturale, il diritto delle minoranze a godere della propria cultura e il diritto delle popolazioni indigene all'autodeterminazione e di mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il patrimonio culturale. Tuttavia, nell'opinione del relatore speciale, tale diritto possiede un respiro molto più ampio: riprendendo e sviluppando le riflessioni presenti nel *report* del 2011, ella afferma che l'accesso al patrimonio culturale «[...] includes the right of individuals and collectivities to, inter alia, know, understand, enter, visit, make use of, maintain, exchange elements of and develop cultural heritage, as well as to benefit from the cultural heritage and the creation of others»²⁶⁹.

Infine bisogna citare la risoluzione 33/20 del 2016 sulla protezione del patrimonio culturale, adottata dal Consiglio per i diritti umani dell'ONU, che si sofferma sugli effetti drammatici che la distruzione dei beni culturali produce sul libero esercizio dei diritti culturali, «[...] in particular the right of everyone to take part in cultural life, including the ability to access and enjoy cultural heritage»²⁷⁰. E proprio per far fronte a questa sciagura, la risoluzione esorta gli Stati a rispettare e proteggere il diritto di ciascuno a prendere parte alla vita culturale, ivi compresa la possibilità di usufruire

²⁶⁷ In ciò parafrasando il già citato passaggio del Preambolo della Convenzione dell'Aja del 1954. Cfr. Assemblea generale ONU, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Karima Bennoune*, UN Doc. A/71/317, 9 agosto 2016, par. 8.

²⁶⁸ Tra gli strumenti internazionali in materia di diritti umani che garantiscono il diritto di accesso al patrimonio culturale, la *Special Rapporteur* annovera la DUDU, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

²⁶⁹ Assemblea generale ONU, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Karima Bennoune*, cit., par. 14.

²⁷⁰ Consiglio per i diritti umani, *Cultural rights and the protection of cultural heritage*, UN Doc. A/HRC/RES/33/20, 6 ottobre 2016, Preambolo: «*Convinced* that the damage to cultural heritage, both tangible and intangible, of any people constitutes damage to the cultural heritage of humanity as a whole”; *Noting* that the destruction of or damage to cultural heritage may have a detrimental and irreversible impact on the enjoyment of cultural rights [...] *Recognizing further* that the violation or abuse of the right of everyone to take part in cultural life, including the ability to access and enjoy cultural heritage, may threaten stability, social cohesion and cultural identity [...]».

del patrimonio culturale, sviluppando collaborazioni tra le competenti autorità nazionali e la società civile in modo da potenziare effettivamente la protezione dei diritti culturali²⁷¹.

Per quanto riguarda la prassi giudiziale, come già illustrato nel precedente paragrafo, l'esistenza di un diritto universale alla protezione del patrimonio culturale trova ampio supporto nell'opinione separata del giudice Cançado Trindade all'ordinanza del 2011 della CIG sul caso del *Tempio di Preah Vihear*, dove il giudice brasiliano rimarca il vincolo molto stretto che lega il patrimonio culturale e spirituale alla dimensione umana, piuttosto che rappresentare un interesse esclusivo dello Stato: «[b]eyond the State, the ultimate *titularies* of the right to the safeguard and the preservation of their cultural and spiritual heritage are the collectivities of human beings concerned, or else humankind as a whole»²⁷². Come poi sancisce con solennità il giudice, «[...] we are in the domain of superior *human values*, the protection of which is not unknown to the law of nation [...]. It is beyond doubt that the States, as promoters of the *common good*, are under the duty of co-operation between themselves to that end of the safeguard and preservation of the cultural and spiritual heritage»²⁷³. La centralità, dunque, dei valori umani nel campo della protezione del patrimonio culturale rappresenta un aspetto della disciplina che merita la massima considerazione, in sede giurisdizionale.

Alla luce di questa ricostruzione, viene dunque da chiedersi se la Corte EDU abbia prestato sufficiente attenzione alla dimensione umana del caso *Ahunbay*, o se sarebbe stato più opportuno adottare un approccio maggiormente basato sui valori umani in gioco, come sottolineato in precedenza, nel verificare l'esistenza di un diritto universale al patrimonio culturale ai sensi della CEDU. Ed è interessante notare che la Corte EDU non è estranea a questo tipo di approccio: come è stato rilevato in dottrina (TZEVELEKOS), «[...] consensus and state practice are not the only means international human rights courts, including the ECtHR, use for recognition of 'fresh' human rights»²⁷⁴. Esistono infatti dei casi in cui la Corte, anche in assenza di un "consenso europeo", ha ritenuto che la CEDU andasse integrata con un "nuovo diritto", sulla base di un bilanciamento dei valori e dei principi rilevanti nel caso

²⁷¹ *Ibid.*, parr. 1, 6.

²⁷² *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear, Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, luglio 2011, par. 114.

²⁷³ *Ibid.*, par. 115.

²⁷⁴ V. P. Tzevelekos, *The Making of International Human Rights Law*, cit., p. 349.

specifico²⁷⁵. Si può ricordare, a titolo di esempio, il caso *Vinter c. Regno Unito* del 2013, in cui la Corte ha riconosciuto che l'assenza di un consenso europeo non esclude necessariamente che una condanna irriducibile all'ergastolo sia contraria all'art. 3 della CEDU (divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti), proprio alla luce di quel principio di dignità umana al quale la dottrina (BLAKE), come già ricordato, lega la protezione del patrimonio culturale, e che in questo caso specifico è stato invocato dalla Corte come fondamento stesso della CEDU²⁷⁶. Oltretutto è il caso di notare che, in altre occasioni, la Corte EDU ha esplicitamente riconosciuto il valore fondamentale che il patrimonio culturale riveste per l'umanità e una determinata popolazione, come nel caso *Kozacioğlu c. Turchia* del 2009²⁷⁷, dove il ricorrente (un cittadino turco) ha invocato la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU (diritto di proprietà) dopo che il Ministero della Cultura lo aveva espropriato di una sua proprietà classificata come "bene culturale", corrispondendogli una compensazione non adeguata al valore dell'immobile. Qui la Corte, benché abbia dato ragione al ricorrente affermando che le autorità turche non gli avevano rilasciato un equo indennizzo, ha tuttavia sottolineato che «[...] the protection of a country's cultural heritage is a legitimate aim capable of justifying the expropriation by the State of a building listed as "cultural property". [...] The Court points out in this respect that the conservation of the cultural heritage and, where appropriate, its sustainable use, have as their aim, in addition to the maintenance of a certain quality of life, the preservation of the historical, cultural and artistic roots of a region and its inhabitants»²⁷⁸.

Nella decisione finale sul caso *Ahunbay* del 2019, invece, la Corte non si è spinta oltre il riconoscimento del «[...] gradual increase in awareness of the values linked to conservation of the cultural heritage and access to it [...]»²⁷⁹, applicando alla lettera la dottrina del "consenso europeo", e soprattutto smentendo la posizione di apertura

²⁷⁵ Cfr. L. Acconciamezza, *Public-Interest Litigation before the ECtHR*, cit., p. 205. Sul tema del bilanciamento, si veda P. De Sena, L. Acconciamezza, *Balancing Test*, in H. Ruiz Fabri, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

²⁷⁶ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vinter and others v. the United Kingdom*, Nos. 66069/09, 130/10 e 3896/10, sentenza, 9 luglio 2013, par. 113: «Similar considerations must apply under the Convention system, the very essence of which, as the Court often stated, is respect for human dignity».

²⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kozacioğlu v. Turkey* No. 2334/03, sentenza, 19 febbraio 2009.

²⁷⁸ *Ibid.*, parr. 53-54.

²⁷⁹ *Ahunbay and others v. Turkey*, Press Release, 21 febbraio 2019.

che aveva manifestato nella decisione provvisoria del 2016. Ciò che è mancato da parte della Corte EDU, in questa circostanza, è stato un approccio bilanciato fondato sul principio di proporzionalità nel senso ampio del termine²⁸⁰, in grado di tener conto di tutti gli interessi coinvolti (da un lato il diritto di proteggere il patrimonio culturale invocato dai ricorrenti, dall'altro la tutela degli interessi economici rappresentati dalla costruzione della diga Ilisu). Un maggior bilanciamento, in tal senso, avrebbe permesso alla Corte di considerare con più attenzione le specificità del caso, a cominciare dalle conseguenze del progetto di sviluppo intrapreso dalle autorità turche: e cioè che mentre la diga, a causa dell'insabbiamento dei fondali, ha un'aspettativa di vita di 30-40 anni, la perdita di un sito archeologico millenario è invece irreversibile²⁸¹.

3.5 L'esempio virtuoso della giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti

La presente ricognizione della giurisprudenza internazionale in materia di patrimonio culturale, fatte salve le sentenze delle corti penali sulle quali si interverrà nei successivi paragrafi, non potrebbe dirsi completa senza considerare le decisioni dei tribunali creati ai sensi della *Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati*²⁸², che ha istituito il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID). La giurisprudenza dell'ICSID è di grande rilievo nel settore della tutela dei beni culturali, poiché dimostra che possono sorgere controversie nel momento in cui progetti di investimento sono in procinto di essere realizzati in prossimità di siti protetti, come centri storici o aree naturali, in particolare quando si tratta di siti iscritti nella WHL, e che il diritto internazionale per i beni culturali può influenzare l'esito delle decisioni, anche se non è parte del diritto applicabile²⁸³. Si tratta di controversie che generalmente vedono gli investitori scontrarsi con le misure nazionali che regolano la protezione del patrimonio culturale.

²⁸⁰ P. De Sena, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some... "Utilitarian" Reflections*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, n. 4, pp. 1009-1025.

²⁸¹ Cfr. B. Drazewska, *op. cit.*, p. 92.

²⁸² Washington, 19 marzo 1965.

²⁸³ Cfr. F. Francioni, *Public and Private in the International Protection of Global Cultural Goods*, in *European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, n. 3, pp. 719-730.

Il primo caso che bisogna richiamare, esemplificativo dello scontro tra gli interessi degli investitori e la protezione del patrimonio culturale, è la causa *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Repubblica Araba d’Egitto* del 1992²⁸⁴, riguardante un contratto concluso nel 1974 tra l’Egitto (nelle figure del Ministero egiziano per il turismo e la *Egyptian General Organization for Tourism and Hotels*) e una società di Hong Kong, la *Southern Pacific Properties (SPP)*, che prevedeva l’istituzione di una *joint venture* per la costruzione di un complesso turistico nei pressi delle Piramidi di Giza (*Pyramids Oasis Project*)²⁸⁵. Nel giro di pochi mesi il contratto ricevette il via libera dell’ente preposto agli investimenti, la *General Organization for Investment of Arab Capital and Tax-Free Areas*²⁸⁶, e nella primavera del 1975 ottenne l’approvazione dal Presidente della Repubblica egiziana²⁸⁷. Una volta trasferito alla nuova impresa comune il diritto di usufrutto sui terreni relativi all’investimento, in maniera irrevocabile e senza restrizioni di sorta, nell’estate del 1977 iniziarono i lavori di costruzione. Tuttavia, pochi mesi dopo, iniziò a svilupparsi all’interno dell’opinione pubblica egiziana una forte opposizione verso il progetto, considerato una minaccia per l’integrità del sito interessato dai lavori, in particolare per le antichità ancora da scoprire. La presenza di reperti archeologici nella zona occidentale dell’area delle Piramidi venne presto confermata dall’Autorità egiziana per le antichità; ciò condusse, nel maggio del 1978, all’adozione di un decreto con cui si dichiarava “proprietà pubblica” la zona circostante le Piramidi, e la conseguente revoca delle autorizzazioni riguardanti il progetto.

A quel punto il ricorrente avviò un procedimento arbitrale contro il governo egiziano presso un tribunale dell’ICSID, chiedendo il risarcimento dei danni per la violazione

²⁸⁴ ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, No. ARB/84/3, lodo arbitrale, 20 maggio 1992.

²⁸⁵ Per una ricostruzione completa degli elementi di fatto della controversia e un commento al lodo, si veda E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972 nelle controversie arbitrali internazionali sugli investimenti*, in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., pp. 431-456, in particolare pp. 435-438; per un contributo più aggiornato e in lingua inglese del medesimo Autore, si veda *The UNESCO World Heritage Convention in International Investment Arbitration*, in E. Baroncini, B. Demarsin, A. G. López Martin, R. Regueiro Dubra, R. I. Stoica, *Forever Young: Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention*, Mucchi Editore, Modena, 2023, pp. 413-451. Si vedano anche E. Sardinha, *Protecting Cultural Heritage in International Investment Law: Tracing the Evolution and Treatment of Cultural Considerations in Recent FTAs and Investor-State Jurisprudence*, in J. Chaisse et al. (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, pp. 1878-1900, in particolare pp. 1898-1899; M. A. Renold, *op. cit.*, pp. 676-677; P. J. O’Keefe, *Foreign Investment and the World Heritage Convention*, in *International Journal of Cultural Property*, 1994, vol. 3, n. 2, pp. 259-266.

²⁸⁶ Con decreto n. 30/16-75. Si veda ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, cit., par. 54.

²⁸⁷ Con decreto n. 475.

dell'accordo e un indennizzo per l'espropriazione dei diritti contrattuali. L'Egitto sosteneva che le sue azioni erano giustificate dalla Convenzione UNESCO del 1972, che aveva ratificato nel 1974; sulla base delle sue argomentazioni, a partire dall'entrata in vigore della Convenzione (17 dicembre 1975), era subentrato l'obbligo internazionale di cancellare il *Pyramids Oasis Project*. Oltretutto il sito era stato iscritto tra i patrimoni dell'umanità della WHL nel 1979, il che rafforzava ulteriormente gli obblighi convenzionali.

Alla fine il tribunale arbitrale, benché avesse riconosciuto la legittimità della decisione egiziana di cancellare il progetto turistico per proteggere il proprio patrimonio archeologico sulla base degli obblighi della Convenzione UNESCO²⁸⁸, riconobbe comunque i danni all'investitore straniero, dal momento che non era stato adeguatamente compensato dallo Stato convenuto; in tal senso appoggiò le argomentazioni della SPP, secondo la quale gli interessi pubblici alla base dell'espropriazione non cancellavano l'obbligo di corrispondere un'equa compensazione. Tuttavia, anche per definire l'ammontare dell'indennizzo, il tribunale fece affidamento sul peso della Convenzione UNESCO del 1972, utilizzando come spartiacque il momento dell'iscrizione della Necropoli di Giza e degli altri antichi siti funerari nella WHL (ossia il 1979); solo a partire da questo momento, sosteneva il tribunale, era sorto l'obbligo internazionale di vietare la costruzione di un complesso turistico, e non dall'entrata in vigore della Convenzione UNESCO nel 1975, come invece pretendeva l'Egitto²⁸⁹. Sulla base di questo parametro temporale, il tribunale

²⁸⁸ Cfr. ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, cit., par. 158: «Clearly, as a matter of international law, the Respondent was entitled to cancel a tourist development project situated on its own territory for the purpose of protecting antiquities. [...] The decision to cancel the project constituted a lawful exercise of the right of eminent domain. The right was exercised for a public purpose, namely, the preservation of antiquities in the area». Citato in E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., p. 437.

²⁸⁹ *Ibid.*, par. 184: «[T]he UNESCO Convention by itself does not justify the measures taken by the Respondent to cancel the project, nor does it exclude the Claimant's right to compensation. According to the system of the Convention [...] the choice of sites to be protected is not imposed externally, but results instead from the State's own voluntary nomination. Consequently, the date on which the Convention entered into force with respect to the Respondent is not the date on which the Respondent became obligated by the Convention to protect and conserve antiquities on the Pyramids Plateau. It was only in 1979, after the Respondent nominated 'the pyramid fields' and the World Heritage Committee accepted that nomination, that the relevant international obligations emanating from the Convention became binding on the Respondent». Questo punto relativo all'obbligatorietà del sistema previsto dalla *World Heritage Convention* merita un approfondimento, poiché esiste una corrente dottrinale del diritto internazionale dei beni culturali (in particolare Prott e P. O'Keefe) critica verso l'idea che gli obblighi dello Stato derivanti dalla Convenzione e relativi alla protezione di un determinato sito siano subordinati all'iscrizione di quest'ultimo nella WHL. Tale dottrina fa affidamento su un altro approccio, che ha trovato terreno fertile nella giurisprudenza dell'Alta Corte d'Australia: nella causa *Richardson*

quantificò il risarcimento spettante alla SPP, limitandolo ai profitti previsti per il periodo precedente all'iscrizione del sito nella WHL; a partire dal 1979, invece, «[...] the Claimant's activities on the Pyramids Plateau would have been in conflict with the Convention and therefore in violation of international law, and any profits that might have resulted from activities are consequently non-compensable»²⁹⁰.

La pronuncia del tribunale ICSID, in tal senso, è estremamente significativa sotto il profilo dell'*enforcement* degli obblighi previsti dalla Convenzione UNESCO del 1972: il tribunale, infatti, non solo ha compreso la rilevanza della Convenzione ai fini della soluzione della controversia, ma ha anche riconosciuto il primato degli obblighi in essa contenuti rispetto alle norme sugli investimenti, al punto da considerare illegittimi progetti potenzialmente dannosi per l'integrità dei siti protetti²⁹¹.

Un altro episodio in cui un tribunale arbitrale è stato chiamato a valutare l'obbligo e la misura di indennizzo per un'espropriazione diretta motivata da un obbligo internazionale non inerente al settore degli investimenti è il caso *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Repubblica del Costa Rica*²⁹². Questo caso riguardava un'espropriazione, da parte del Costa Rica, dell'area naturale di Santa Elena, una striscia di terra di particolare bellezza che si estendeva per 30 km sulla costa occidentale del Pacifico, e che era stata acquistata nel 1970 dalla compagnia CDSA, una società costaricana i cui soci di maggioranza erano di nazionalità

v. Forestry Commission (Commonwealth Law Reports, 1987-1988, vol. 164, p. 261), la Corte, nell'affrontare la questione dell'esistenza di un obbligo ex art. 4 della Convenzione di proteggere un sito che non era ancora stato qualificato come "patrimonio dell'umanità", affermò che la *World Heritage Convention* non stabilisce che il dovere di proteggere un sito non sussista finché lo Stato non lo identifica come parte del suo patrimonio. Analogamente, nella causa *Queensland v. Commonwealth (Commonwealth Law Reports, 1989, vol. 167, p. 232)*, la Corte sostenne che l'*outstanding universal value* dipende dalle qualità del sito, piuttosto che da una valutazione condotta dallo Stato parte o dal Comitato per il Patrimonio Mondiale. E pur riconoscendo che questi casi sono circoscritti al territorio australiano, O'Keefe e Prott ritengono che questa interpretazione della Convenzione sia corretta e che dovrebbe essere adottata a livello globale. Cfr. P. J. O'Keefe, L. V. Prott, *Cultural Heritage Conventions and Other Instruments*, Institute of Art and Law, Londra, 2011. Si veda anche V. Vadi, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 122.

²⁹⁰ *Ibid.*, par. 191.

²⁹¹ Come infatti affermato dal tribunale (par. 154): «[A] hypothetical continuation of the Claimant's activities interfering with antiquities in the area could be considered as unlawful from the international point of view». Cfr. A. Chechi, *The Settlement*, cit., p. 57.

²⁹² ICSID, *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, No. ARB/96/1, lodo arbitrale, 17 febbraio 2000. Si veda E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., pp. 438-441; E. Sardinha, *op. cit.*, pp. 1899-1900; V. Vadi, *Cultural Heritage in International Economic Law*, Brill, Leida / Boston, 2023, p. 169, 182. Si veda anche M. Hirsch, *Interactions between investment and non-investment obligations in international investment law*, in P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (a cura di), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 168-169.

statunitense; tale decisione era stata presa al fine di proteggere e ampliare la *Guanacaste Conservation Area*, una meravigliosa foresta tropicale caratterizzata da una fauna ed una flora uniche. Il governo del Costa Rica, dunque, nel maggio 1978, aveva approvato il decreto per acquisire dalla CDSA la proprietà di Santa Elena allo scopo di unirla al Parco nazionale di Santa Rosa, ampliando così la zona di preservazione dell'*habitat* e delle numerose specie animali e vegetali presenti in quell'area. Pur non contestando il diritto di espropriazione del Costa Rica, la compagnia CDSA si opponeva alla compensazione offertale dallo Stato, ritenendola inadeguata rispetto al valore di mercato del bene espropriato. Per questo motivo, nel 1995 la società presentò una richiesta di arbitrato all'ICSID, chiedendo solamente che venisse stabilito un indennizzo adeguato all'espropriazione di Santa Elena. Tra gli argomenti offerti a propria difesa, il Costa Rica, nel tentativo di contenere la somma dovuta, richiamò gli obblighi di tutela previsti dalla Convenzione UNESCO del 1972²⁹³, e a tal proposito presentò nel corso del procedimento arbitrale il dossier di candidatura dell'area di conservazione di Guanacaste²⁹⁴, affermando che l'obbligo internazionale di preservare l'eccezionale valore dell'ecosistema di Santa Elena, comprovato dall'iscrizione del sito nella WHL, implicava una compensazione ridotta. Il Tribunale fissò a 16 milioni di dollari la compensazione che il Costa Rica doveva corrispondere al ricorrente per l'espropriazione, sulla base dell'equo valore di mercato di quell'area. Secondo il collegio arbitrale, la circostanza che quei terreni fossero stati espropriati per il legittimo interesse di pubblica utilità di proteggere l'ecosistema «[did] not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking», e che «[...] the international source of the obligation to protect the environment makes no difference»²⁹⁵; in altre parole, una compensazione tempestiva e adeguata era comunque dovuta, non rilevando il fatto che il sito espropriato fosse patrimonio UNESCO. Secondo il Tribunale, infatti, «[e]xpropriatory environmental measures — no matter how laudable and beneficial to society as a whole — are [...] similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for

²⁹³ Il Costa Rica aveva ratificato la Convenzione nell'agosto del 1977.

²⁹⁴ L'iscrizione nella WHL avvenne nel 1999. Si veda la scheda "Area de Conservación Guanacaste", sul sito <https://whc.unesco.org>.

²⁹⁵ ICSID, *Compania de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, cit., par. 71.

environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains»²⁹⁶.

Se il lodo arbitrale sul caso *Santa Elena* può apparire, ad una prima impressione, un passo indietro, in realtà non fa altro che confermare le posizioni raggiunte nel precedente caso delle *Piramidi*. La presenza del riconoscimento UNESCO e degli obblighi che ne derivano incide sulla compensazione dovuta all'investitore espropriato, nella misura in cui quest'ultimo chiedi una maggiorazione per i mancati profitti (*lucrum cessam*); così è stato nel caso della SPP per l'investimento sfumato a Giza, dove la richiesta di un maggior indennizzo da parte della ricorrente era stata respinta proprio alla luce degli obblighi internazionali dell'Egitto. Al contrario, tali esigenze di tutela di un sito UNESCO non funzionano "al contrario", ossia non possono essere invocate dallo Stato territoriale per corrispondere un indennizzo inferiore al valore di mercato del bene espropriato; quest'ultimo deve essere comunque rispettato in sede di compensazione, come sottolineato nel lodo relativo al caso *Santa Elena*²⁹⁷.

Un approccio simile ai due casi appena analizzati lo si può ritrovare anche nell'arbitrato *Parkerings-Compagniet AS c. Repubblica di Lituania*²⁹⁸, dove un tribunale ICSID venne chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità delle autorità lituane per aver deciso di preferire una società tedesca ad una norvegese nella assegnazione di un appalto, sulla base di un bando pubblicato nel 1997 dalla municipalità di Vilnius, per la costruzione di un parcheggio nel centro storico della città, un sito iscritto nella WHL nel 1994²⁹⁹. Inizialmente, infatti, a risultare vincitrice del bando era stata la compagnia norvegese "Parkerings", che nel 1999 concludeva un accordo con il comune di Vilnius per la realizzazione di questa infrastruttura. Lo status di sito protetto dall'UNESCO richiedeva l'approvazione di diverse commissioni amministrative, prima di poter procedere con qualsiasi intervento infrastrutturale. Vennero condotte, a tal proposito, una serie di valutazioni previste ex

²⁹⁶ *Ibid.*, par. 72.

²⁹⁷ Così E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., pp. 440-441.

²⁹⁸ ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, No. ARB/05/8, lodo arbitrale, 11 settembre 2007. Per un commento dettagliato, si veda sempre E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., pp. 441-443; E. Sardinha, *op. cit.*, pp. 1893-1894; V. Vadi, *Cultural Heritage in International Economic Law*, cit., p. 195, 213, 411.

²⁹⁹ Il sito "Vilnius Historic Centre" possiede, tra le altre cose, uno straordinario valore universale grazie ai diversi stili che convivono nelle sue architetture, che spaziano dal gotico, al rinascimentale fino al barocco. Per maggiori dettagli, si rimanda alla scheda presente sul sito della *World Heritage List* (<https://whc.unesco.org/en/list/>).

lege relative all’impatto che il progetto avrebbe prodotto sul patrimonio culturale; da qui risultò che la proposta dell’investitore, che prevedeva una serie di scavi da compiere sotto la città (in particolare nella zona della Cattedrale), avrebbe potuto avere un impatto negativo sul patrimonio architettonico presente nell’area protetta dall’UNESCO. Per tale ragione, la municipalità di Vilnius rifiutò il progetto norvegese. Pochi mesi dopo il Comune diede l’autorizzazione ad una società olandese (la “Pinus Proprius”) di costruire un parcheggio nello stesso sito, ritenendo il progetto proposto da quest’ultima più discreto e rispettoso verso il sito UNESCO.

Per questo motivo nel 2005 l’investitore norvegese depositò una richiesta di arbitrato presso l’ICSID, sostenendo che le autorità lituane avevano violato diverse disposizioni contenute nell’Accordo bilaterale sugli investimenti (*Bilateral Investment Treaty on the Promotion and Mutual Protection of Investments – BIT*), in vigore tra la Lituania e la Norvegia³⁰⁰. Il ricorrente lamentava, in particolare, la violazione della “clausola della nazione più favorita” (*Most Favoured Nation Clause – MFN*), ritenendo di aver ricevuto un trattamento discriminatorio da parte del governo lituano rispetto alla compagnia olandese. Detta clausola, infatti, si considera violata qualora un investitore terzo venga preferito ad una società dello Stato che ha sottoscritto il BIT, sebbene quest’ultima proponga, per la realizzazione dell’affare, identiche condizioni economiche.

Il punto focale di questo arbitrato, dunque, era stabilire se all’investimento della compagnia Parkerings fosse stato accordato un trattamento meno favorevole rispetto a quello dell’impresa Pinus Proprius, in presenza di circostanze simili («[in] similar circumstances»)³⁰¹; e così era stato precisato anche dal tribunale ICSID, affermando che «[t]he essential condition of the violation of a MFN clause is the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation. Therefore, a comparison is necessary with an investor in *like*

³⁰⁰ *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Lithuania on the Promotion and Mutual Protection of Investments*, Vilnius, 16 agosto 1992.

³⁰¹ ICSID, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, cit., par. 364. Il ricorrente riteneva che i due progetti fossero simili, e che dunque fosse stato violato il principio di non discriminazione. Secondo il governo lituano, invece, il progetto proposto dalla compagnia norvegese era fondamentalmente diverso da quello della società olandese sotto due aspetti (par. 378): «First, the MSCP project proposed by the Claimant was clearly bigger than the MSCP built by Pinus Proprius. Second, the proposed MSCP designed by the Claimant extended to the Odiminiu Square, which is part of the Old Town area [...], but the one constructed by Pinus Proprius did not».

circumstances»³⁰². Tuttavia il Tribunale, dopo aver confrontato le proposte avanzate dai due investitori, concluse che essi non si trovassero “in like circumstances”, e che dunque il ricorrente non fosse riuscito a dimostrare la violazione della clausola MFN ai sensi del BIT. Il collegio arbitrale ritenne, infatti, che le due compagnie, nonostante operassero nel medesimo settore, non avessero proposto le stesse condizioni contrattuali, proprio in virtù del minore impatto che la realizzazione del progetto della compagnia tedesca avrebbe avuto sul centro storico di Vilnius; al contrario, il piano di costruzione proposto dal ricorrente si estendeva «significantly in the Old Town as defined by UNESCO and especially near the historical site of the Cathedral»³⁰³; elemento, quest’ultimo, che il Tribunale considerò decisivo³⁰⁴. Sulla base di questo confronto, da cui non risultarono le similitudini pretese dal ricorrente, il collegio arbitrale ritenne che ci fossero presupposti legittimi per operare una distinzione tra i due investitori, anche sulla base del clima di opposizione che si era creato intorno alla proposta del ricorrente, «[which] contributed to the Municipality decision to refuse such a controversial project»³⁰⁵. Il Tribunale quindi, nel caso di specie, ha tenuto in forte considerazione l’impatto storico, archeologico e ambientale del progetto proposto dalla compagnia ricorrente, ritenendo questi fattori «a justification for the refusal of the project»³⁰⁶.

Diversi commentatori (FRANCIONI, VADI) concordano nel considerare questo lodo arbitrale altamente innovativo, per avere introdotto questioni legate al patrimonio culturale che lo Stato può legittimamente invocare nell’adozione di misure regolamentari che potrebbero colpire i diritti economici degli investitori³⁰⁷. Inoltre rappresenta un caso esemplare di bilanciamento, da parte di un tribunale, tra le

³⁰² *Ibid.*, par. 369.

³⁰³ *Ibid.*, par. 385.

³⁰⁴ *Ibid.*, par. 392.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Si veda F. Francioni, *Plurality and interaction of legal orders in the enforcement of cultural heritage law*, in F. Francioni, J. Gordley (a cura di), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, cit., p. 54: «This award breaks new ground in introducing cultural heritage concerns as legitimate aims that the host State may pursue in adopting regulation or taking measures that have an impact on the economic interests of an investor and may constitute a prima facie violation of its obligations under international investment law»; V. Vadi, *Cultural Heritage in International Economic Law*, cit., p. 213: «Not only did the Tribunal pay due attention to cultural heritage matters, but it also stated that compliance with the obligations flowing from the World Heritage Convention [...] justified the refusal of the project, concluding that “The historical and archaeological preservation and environmental protection could be, and in this case were, a justification for the refusal of the [claimant’s] project”».

esigenze di protezione del patrimonio culturale e gli obblighi derivanti da un trattato sugli investimenti.

Questo approccio sempre più attento alla tutela dei patrimoni culturali e naturali sulla base della Convenzione UNESCO del 1972 ha conosciuto successivamente ulteriori interessanti sviluppi, soprattutto con riguardo all'obbligo di preservare ciò che possiede un *outstanding universal value* a prescindere dalla sua iscrizione nella WHL – come espressamente previsto dall'art. 12 della Convenzione stessa³⁰⁸.

Particolarmente significativo, in tal senso, è il caso *Glamis Gold Ltd. v. Stati Uniti d'America*³⁰⁹, riguardante la salvaguardia delle tradizioni e dei luoghi sacri della tribù indiana Quechan. La controversia nacque a causa di un'intensa attività amministrativa e normativa intrapresa dallo Stato della California e dagli enti federali statunitensi sull'*Imperial Project*, un ambizioso piano di sfruttamento minerario condotto dalla società canadese Glamis Gold Ltd. L'attività mineraria in progetto – che prevedeva l'estrazione di oro e argento – doveva svolgersi nel settore meridionale dell'Area di conservazione del deserto californiano (*California Desert Conservation Area*), una zona protetta dalla normativa statunitense in quanto considerata sacra dai nativi americani³¹⁰. La *Native American Quechan Indian Nation* si oppose al progetto minerario, affermando che il sito costituiva una terra ancestrale, caratterizzata da uno speciale significato culturale per la loro tribù; quell'area era infatti conosciuta come *Trail of Dreams*, un tempo attraversata dai nativi americani e oggi utilizzata per la celebrazione di riti cerimoniali³¹¹.

Nell'ottobre 2000, in seguito alla pubblicazione di uno studio di impatto ambientale che sconsigliava caldamente attività minerarie nella zona, il Dipartimento Federale degli Interni pose un veto ventennale sulle concessioni minerarie, compresa l'area dell'*Imperial Project* e le terre pubbliche circostanti; tale decisione era stata presa «to protect historic properties, Native American values, and [...] portions of the Indian Pass ACEC, and of the Indian Pass and Picacho Peak wilderness area»³¹². Tuttavia, dopo una serie di rinvii, all'inizio del 2003 il progetto della Glamis Gold venne

³⁰⁸ Convenzione UNESCO del 1972, art. 12: «Il fatto che un bene del patrimonio culturale o naturale non è stato inserito in uno dei due elenchi menzionati nei paragrafi 2 e 4 dell'articolo 11, non significa in alcun modo che esso non ha un valore universale eccezionale per fini diversi da quelli che risultano dalla iscrizione su questi elenchi».

³⁰⁹ UNCITRAL, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, lodo arbitrale, 8 giugno 2009.

³¹⁰ Cfr. E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., pp. 443-444.

³¹¹ UNCITRAL, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, cit., par. 107.

³¹² *Ibid.*, par. 152.

autorizzato, a patto che la compagnia procedesse celermente al riempimento dei pozzi della miniera, al fine di ripristinare le condizioni territoriali esistenti prima delle estrazioni. Pochi mesi dopo (luglio 2023), la società canadese decise di chiedere un arbitrato contro gli Stati Uniti all'interno dell'Accordo NAFTA³¹³, lamentando la violazione di alcune disposizioni dell'Accordo. Nello specifico, secondo la ricorrente, le misure adottate dalla California e dagli uffici federali integravano un'ipotesi di espropriazione indiretta dell'investimento, dunque una violazione dell'art. 1110 del NAFTA³¹⁴. Tale espropriazione era iniziata con il rifiuto del governo federale di approvare il progetto della società canadese, e si era protratta fino alla richiesta di riempire i pozzi della miniera; quest'ultima misura in particolare, ad avviso della ricorrente, contravveniva all'art. 1105 del NAFTA, ossia il rispetto del trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment – FET*) degli investimenti stranieri³¹⁵, poiché era arbitraria e rendeva l'investimento antieconomico, oltre che poco funzionale alla protezione del patrimonio culturale. La ricorrente sosteneva, infatti, che mentre l'estrazione dell'oro dal terreno avrebbe senza dubbio distrutto qualunque risorsa culturale presente in superficie, rimettere il materiale scavato all'interno di un pozzo non avrebbe protetto adeguatamente quelle risorse, ma avrebbe potuto, delle due, seppellire un numero maggiore di artefatti e reperti, causando una grave perdita di beni culturali, oltre che «*increase environmental degradation*»³¹⁶.

Con decisione unanime dell'8 giugno 2009, il tribunale arbitrale respinse il ricorso della Glamis Gold, dichiarando che le misure adottate dalle autorità statunitensi non pregiudicavano i profitti dell'investimento della ricorrente, e che anche le richieste di riempimento dei pozzi delle miniere non producevano un impatto economico tale da

³¹³ Il *North American Free Trade Agreement* è l'Accordo nordamericano per il libero scambio tra Canada, Messico e Stati Uniti. È stato firmato il 17 dicembre 1992 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1994. Dal 1° luglio 2020 il NAFTA è stato sostituito dal *North American, Mexico and Canada Agreement* (USMCA).

³¹⁴ NAFTA, art. 1110, par. 1: «No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except: (a) for public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law [...]; and (d) on payment of compensation [...]».

³¹⁵ *Ibid.*, art. 1105, par. 1: «Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security».

³¹⁶ UNCITRAL, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, cit., parr. 687-688. Cfr. V. Vadi, *Cultural Heritage in International Economic Law*, cit., p. 173.

integrare un'espropriazione, ergo una violazione dell'art. 1110 del NAFTA³¹⁷. Inoltre il Tribunale ritenne che tali misure erano «rationally related to [their] stated purpose»³¹⁸, ossia proteggere il patrimonio culturale ed evitare il degrado ambientale nell'area interessata dai lavori. A tal proposito, la Convenzione UNESCO del 1972 giocò un ruolo di primo piano nelle conclusioni degli arbitri: questi ultimi, infatti, la richiamarono a sostegno delle misure adottate dagli Stati Uniti per tutelare il patrimonio culturale dei nativi. Dopo aver ricordato il secondo alinea del Preambolo della Convenzione, dove si afferma che la distruzione di qualunque sito culturale rappresenta un impoverimento del patrimonio culturale di tutti i popoli, il Tribunale ricordò gli obblighi di protezione del patrimonio culturale ai quali sono chiamati gli Stati parti della Convenzione, segnalando, in modo particolare, l'art. 12, che stabilisce che gli Stati sono tenuti a preservare il patrimonio a prescindere dal suo inserimento nella WHL³¹⁹, dal momento che l'*outstanding universal value* non è il prodotto di un formale riconoscimento da parte del Comitato per il Patrimonio Mondiale, ma è nella natura stessa del bene da proteggere³²⁰. Questo rilievo operato dagli arbitri per il caso della Glamis Gold è di grande valore, poiché l'art. 12 della Convenzione del 1972 copre un'ampia gamma di siti culturali, tra cui quelli delle minoranze, dei popoli indigeni e di quei settori storicamente svantaggiati della società – ossia un patrimonio culturale tradizionalmente poco rappresentato nelle Liste UNESCO, nonostante il suo eccezionale significato universale³²¹. Infine bisogna citare la recente causa *Gosling et al. c. Repubblica di Mauritius* del 2020³²², nella quale un gruppo immobiliare britannico ha presentato un reclamo contro le Mauritius, lamentando, tra i vari motivi, una violazione del principio di trattamento giusto ed equo (da qui “FET standard”) ai sensi del BIT del 1986 tra

³¹⁷ UNCITRAL, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, cit., parr. 366, 536.

³¹⁸ *Ibid.*, par. 803.

³¹⁹ *Ibid.*, par. 84: «The World Heritage Convention, adopted by UNESCO in 1972, ratified by the United States [...] recognized that the destruction of any cultural site impoverishes “the heritage of all nations of the world”. [...]». Il riferimento all'art. 12 della Convenzione è presente nella nota 194 del lodo, dove il Tribunale puntualizza che «[t]he Convention makes special note that the fact of a site's non-inclusion on the register does not signify its failure to possess “outstanding universal value”». Per un commento approfondito dell'art. 12 della Convenzione UNESCO del 1972, si veda F. Lenzerini, *Article 12: Protection of Properties Not Inscribed on the World Heritage List*, in F. Francioni (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention*, cit., pp. 201-218.

³²⁰ Cfr. E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., p. 446.

³²¹ Cfr. V. Vadi, *Cultural Heritage in International Economic Law*, cit., p. 174.

³²² ICSID, *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, No. ARB/16/32, lodo arbitrale, 18 febbraio 2020.

Regno Unito e Mauritius³²³. Gosling e gli altri investitori avevano in programma di effettuare degli investimenti nella regione di Le Morne, un sito iscritto nella WHL. Penisola di straordinaria bellezza e di profondo significato culturale, Le Morne era stato nel XIX secolo un luogo di rifugio per coloro che riuscivano a sottrarsi alla tratta degli schiavi, e che preferivano lanciarsi dal promontorio di Le Morne Brabant piuttosto che essere ricatturati³²⁴. Per questi motivi, la Repubblica di Mauritius aveva perseguito l'iscrizione del sito come "paesaggio culturale" sin dal 2003, ottenendola finalmente nel 2008. Per conseguire questo prestigioso riconoscimento, il governo dovette respingere la richiesta di autorizzazione da parte degli investitori di costruire due complessi turistici nella *buffer zone* di Le Morne. Gli investitori sostenevano che in questo modo il governo avesse violato il FET standard, in quanto aveva «[...] frustrated their legitimate expectations by failing to honor specific assurances received from Government officials at highest level»³²⁵. Inoltre, sempre ad avviso dei ricorrenti, la condotta del governo di Mauritius integrava un'ipotesi di espropriazione indiretta (art. 5 del BIT): essi, infatti, ritenevano di essere stati privati dei diritti contrattuali di sviluppo, che affermavano di aver acquisito grazie ad una *Letter of Intent* del 30 dicembre 2005, rilasciata dal *Board of Investment* (BOI) mauriziano, e al successivo sollecito di quest'ultimo, di giugno 2006, a presentare la documentazione richiesta per l'emanazione del certificato di investimento³²⁶. Il Tribunale ICSID, analizzando attentamente la documentazione presentata, ha rilevato che dalla *Letter of Intent* non risultava alcuna concessione di diritti contrattuali di sviluppo; anzi, essa esplicitamente non creava alcuna relazione contrattuale tra il BOI e gli investitori³²⁷. Di conseguenza la condotta statale non poteva essere configurata come una espropriazione indiretta, ossia una violazione dell'art. 5 del BIT tra Regno Unito e Mauritius. Inoltre il Tribunale ha sottolineato

³²³ Più precisamente l'art. 2 dell'*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Mauritius for the Promotion and Protection of Investments* (BIT Regno Unito/Mauritius), Port Louis, 20 maggio 1986.

³²⁴ Per approfondimenti sui tragici fatti storici legati al significato culturale del sito di Le Morne, si veda E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., p. 447, in particolare la nota 55. Si veda anche il *report* dell'ICOMOS, *Le Morne Cultural Landscape (Republic of Mauritius)*, No. 1259, 11 marzo 2008, disponibile sul sito <https://whc.unesco.org>.

³²⁵ ICSID, *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, cit., par. 168.

³²⁶ Cfr. E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., p. 448. Va specificato che il ricorrente Gosling e le società da lui controllate non avevano rispettato il termine di sei mesi indicati nella *Letter of Intent* per consegnare i documenti necessari; di conseguenza, non era stato rilasciato nessun certificato.

³²⁷ Cfr. ICSID, *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, cit., par. 229.

come, nel corso del tempo, ci sia stato un mutamento delle condizioni richieste perché si configuri una violazione dello standard FET. Se da un lato tale standard deve essere adattato alle circostanze di ciascun caso, non sono però le aspettative soggettive degli investitori a rendere il trattamento più o meno flessibile; per essere protette, tali aspettative «[...] must rise to the level of legitimacy and reasonableness»³²⁸. Dunque lo standard FET deve sempre essere interpretato tenendo in considerazione entrambi gli interessi in gioco, ossia bilanciando la sovranità statale con la necessità di proteggere l'investimento straniero.

Nel caso di specie, il Tribunale ha notato che gli investitori erano al corrente dell'intenzione dello Stato di iscrivere Le Morne nella WHL. Nel 2003, infatti, all'epoca in cui il governo delle Mauritius avviava l'iter per iscrivere il sito nella WHL dell'UNESCO, Gosling iniziava a valutare la possibilità di investire in quelle zone, senza però prestare attenzione alle restrizioni che l'eventuale riconoscimento UNESCO avrebbe comportato rispetto alla gestione delle aree rientranti nella *buffer zone* del sito. Il Tribunale ha riconosciuto che «[t]he Respondent was entitled to change its policy in respect of development in Le Morne and had never given any assurance that it would not change it»³²⁹. Nella sua *dissenting opinion*, il Prof. STANIMIR ALEXANDROV ha rimarcato l'indiscutibile valore di interesse pubblico dell'iscrizione di Le Morne nella WHL, definendolo "a noble goal", coerente con lo scopo di preservare la storia di quel luogo, onorando così la dignità e la memoria degli schiavi che là avevano vissuto e vi erano morti, creando un simbolo di libertà e dignità e – cosa non meno importante – preservando la bellezza naturale di quelle terre. In altre parole, «[the] [r]espondent was fully entitled to prohibit any development at *Le Morne* [...] in the interests of the people of Mauritius – and it did so»³³⁰. Il governo, dunque, non aveva mai promesso o assicurato ai ricorrenti che il progetto da loro proposto sarebbe stato compatibile con il suo prioritario obiettivo politico, ossia l'iscrizione del sito di Le Morne nella WHL dell'UNESCO. In assenza di una prova documentale in tal senso, il Tribunale ha concluso che gli investitori non avevano alcuna legittima aspettativa di procedere con lo sviluppo del loro progetto a Le Morne.

³²⁸ *Ibid.*, par. 244.

³²⁹ *Ibid.*, par. 249.

³³⁰ *Ibid.*, *Dissenting Opinion of Arbitrator Stanimir Alexandrov*, 14 febbraio 2020, par. 27.

Alla luce dei casi analizzati, è evidente come la giurisprudenza arbitrale sugli investimenti abbia progressivamente e costantemente dimostrato una grande attenzione e sensibilità verso il rispetto delle norme della Convenzione UNESCO del 1972 e la tutela dei patrimoni dell'umanità. Ciò costituisce un prezioso supporto non solo perché conferma il valore "pubblicistico" degli obblighi di valorizzazione, protezione e trasmissione alle generazioni future derivanti dalla Convenzione, ma anche perché rafforza l'idea che la protezione del patrimonio culturale sia realmente un interesse collettivo.

SEZIONE 2 – PATRIMONIO CULTURALE E DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE: IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA E IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA DELL'ONU

1. Introduzione

In materia di protezione del patrimonio culturale, il diritto internazionale penale è diventato, nel corso degli anni, uno strumento cruciale. Sotto il profilo normativo, gli sviluppi più significativi hanno riguardato l'introduzione di norme volte a criminalizzare gli atti di distruzione dei beni culturali, nel quadro dei trattati relativi alla tutela dei beni culturali durante i conflitti armati. In secondo luogo, i tribunali penali internazionali (da qui in avanti "TPI") hanno spianato la strada all'implementazione della responsabilità penale individuale per queste condotte. Tuttavia l'inquadramento degli atti di aggressione contro il patrimonio culturale tra i crimini internazionali non ha seguito un percorso lineare; ciò è soprattutto dovuto, a parere di chi scrive, al fatto che il concetto stesso di "bene culturale" ha dovuto attraversare una costante evoluzione e rilettura, a livello internazionale, che ha portato al progressivo riconoscimento del suo ruolo, della sua funzione e, in buona sostanza, della sua più intima natura. Lo stesso passaggio, già approfondito nei capitoli precedenti, dalla nozione di "bene culturale" a quella di "patrimonio culturale" ha aperto a prospettive di lettura totalmente inedite, che inevitabilmente hanno ridefinito i fondamenti stessi della disciplina internazionale relativa alla protezione della cultura. Questo cambiamento ha interessato, per forza di cose, anche il modo di concepire gli attacchi contro il patrimonio culturale: nel momento in cui l'oggetto

dell'analisi si impadronisce di nuovi significati e valori, anche i fenomeni che lo riguardano (in particolare quelli patologici) andranno letti sotto una luce diversa. Accanto alla progressiva attenzione dimostrata dalla giurisprudenza nazionale e internazionale verso la tutela del patrimonio culturale come valore fondamentale per l'umanità, il diritto internazionale penale, e in particolare la giurisprudenza dei TPI, hanno fornito un immenso contributo nel dare sempre maggiore risalto alla *dimensione umana* del patrimonio culturale, che emerge principalmente quando questo diviene bersaglio di attacchi specifici e intenzionali. In questa seconda parte del capitolo si cercherà, innanzitutto, di presentare il fenomeno della distruzione intenzionale dei beni culturali e come questo, a seconda del contesto e delle modalità che assume, si collochi nelle tre principali categorie di crimini internazionali (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio). Dopodiché verrà analizzata la giurisprudenza dei TPI, valutando l'impulso che questa ha dato nel ridefinire le condotte lesive dei beni culturali. Per concludere, dopo aver introdotto l'esempio più significativo nella storia recente di attacco deliberato contro un bene culturale, ossia la distruzione dei *Buddha di Bamiyan* da parte del regime talebano, ci si soffermerà sulla reazione della Comunità internazionale per far fronte a questi episodi, con particolare riguardo alle misure adottate dal Consiglio di sicurezza.

2. La distruzione dei beni culturali e il suo inquadramento tra i crimini internazionali. Percorso storico e caratteristiche di questa fattispecie criminosa

L'esame del fenomeno della distruzione intenzionale dei beni culturali e del suo inquadramento nel diritto internazionale richiede, innanzitutto, una premessa; questo perché gli attacchi deliberati contro il patrimonio culturale presentano delle specificità uniche, che li distinguono dalle altre forme di danneggiamento. A tal proposito va detto che, in linea di principio, gli episodi di distruzione dei beni culturali possono essere suddivisi in tre distinte categorie. La prima, assai diffusa ma il più delle volte ignorata, riguarda le situazioni che si producono nel contesto dell'attuazione di opere pubbliche o programmi di sviluppo – o, più in generale, nella realizzazione di attività economiche – che comportano il “sacrificio”, come definito in dottrina (LENZERINI) «più o meno consapevole, e più o meno “inevitabile”»³³¹, di siti di rilevanza culturale

³³¹ F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 4.

presenti nell'area interessata dai lavori. Generalmente, queste forme di distruzione del patrimonio culturale rimangono circoscritte all'ambito interno e non integrano profili giuridici di interesse internazionalistico, salvo i casi in cui coinvolgano beni di particolare importanza tali da rientrare nel regime di operatività delle convenzioni internazionali pertinenti, come nel caso dei patrimoni UNESCO protetti dalla Convenzione del 1972.

La seconda categoria, invece, include quelle situazioni in cui la distruzione dei beni culturali avviene in modo *non* intenzionale, ossia come conseguenza (o effetto collaterale) delle azioni belliche compiute in un determinato territorio. In questi casi, benché tale forma di distruzione sia proibita, come si è visto, dal diritto internazionale sia pattizio che consuetudinario³³², è in genere possibile sottrarsi alla responsabilità che ne scaturirebbe invocando la c.d. "necessità militare", di cui si è ampiamente parlato nei capitoli precedenti. Tuttavia, benché l'applicabilità del concetto della necessità militare presupponga che la condotta dello Stato agente sia caratterizzata da un ragionevole grado di diligenza e cura nel cercare di risparmiare i beni culturali dagli effetti, per esempio, di un bombardamento, in termini pratici è in genere assai arduo, al di fuori dei casi di palese negligenza o di evidenti comportamenti dolosi, stabilire se le esigenze militari invocate fossero effettivamente presenti nel caso specifico.

Infine, la terza forma di distruzione del patrimonio culturale è quella perpetrata *intenzionalmente*, in genere con lo scopo deliberato di colpire e pregiudicare il morale delle comunità umane che riconoscono la propria identità nei beni distrutti. In questi casi, l'azione distruttiva non è la conseguenza di una strategia militare poco oculata, ma è bensì il prodotto dell'odio e dell'intolleranza da parte di forze belligeranti, gruppi etnici o religiosi, motivati da ragioni di tipo discriminatorio. Ed è questa fattispecie, per la quale si è iniziato a parlare di crimine di "persecuzione culturale", a sollevare le questioni giuridiche più interessanti.

³³² Si vedano in dottrina, tra i tanti, M. Frigo, *La protezione*, cit., p. 62; G. Carducci, *L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de La Haye de 1954*, in *Revue générale de droit international public*, 2000, vol. 104, n. 2, pp. 289-357; A. Gioia, *The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: The Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2001, vol. XI, pp. 25-57; L. Zagato, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 26; F. Francioni, *Customs, General Principles*, cit., p. 415.

Come in parte si è visto nel primo capitolo di questo lavoro, la distruzione deliberata del patrimonio culturale è un fenomeno tutt'altro che recente; al contrario, si tratta di una pratica che ha accompagnato l'umanità in tutte le fasi della sua storia, in maniera trasversale, coinvolgendo molteplici comunità sia come autori che come vittime. Esempi di quella che viene definita in dottrina "una piaga" (*a scourge*)³³³, in tal senso, sono numerosi e si spingono fino ai giorni nostri: basti pensare alla conquista di Cartagine nel 146 a. C., le cui rovine sono state oggetto di scempio da parte dell'esercito di Scipione l'Africano, allo scopo di cancellare qualsiasi traccia della memoria della civiltà punica³³⁴. Si pensi anche alla distruzione del tempio di Serapide, ad Alessandria d'Egitto, descritto come un "simbolo dell'eternità di Roma"³³⁵, la cui demolizione fu ordinata dall'imperatore romano Teodosio nel 391 d. C. per eliminare le ultime manifestazioni di paganesimo a fronte del dominio del Cristianesimo, ormai divenuto la religione ufficiale dell'Impero. Vi sono poi altri episodi che si possono ricordare, appartenenti al mondo antico, come la devastazione del tempio di Somnath e del suo *jyotirlinga* (un oggetto devozionale rappresentante il dio Shiva) nel Gujarat, in India, da parte di *Mahmud di Ghazna* nel 1026; e così pure la tentata distruzione della Piramide di Menkaure, in Egitto, da parte del Sultano *Al-Aziz Uthman*, alla fine del XII secolo. Già nell'antichità, dunque, la distruzione delle città, dei monumenti e dei templi era un mezzo per colpire al

³³³ F. Lenzerini, *Intentional Destruction*, cit., p. 75.

³³⁴ L'esempio di Cartagine, si ricorderà (Cap. 1), è citato da Niccolò Macchiavelli nel celebre passo de *Il Principe*, dove afferma che «[...] in verità, non ci è modo sicuro a possederle altro che la rovina. E chi diviene padrone di una città consueta a vivere libera, e non la disfaccia, aspetti di essere disfatto da quella» (V. Cap. 1, nota 6). L'intuizione espressa in questa frase da quello che è universalmente considerato il padre della scienza politica contemporanea è molto chiara: la distruzione di una città, e in generale del patrimonio storico e artistico di una comunità, è condizione fondamentale per sottomettere un popolo; ciò in ragione del fatto che la città e la cultura sono espressione di libertà e appartenenza, senza le quali le comunità degli uomini sono private dei loro riferimenti essenziali per vivere e affermare dinanzi al mondo la propria esistenza.

³³⁵ Cfr. A. Marcellinus, *The Later Roman Empire: A.D. 354-378* (XXII.16) (trad. Hamilton W., Penguin Books, London, 1986). Il tempio fu distrutto dopo che alcuni seguaci dei riti pagani vi si erano rifugiati, facendo prigionieri un gruppo di cristiani e costringendoli ad adorare i loro dei. I cristiani – inizialmente riluttanti ad attaccare il tempio poiché suggestionati dalla leggenda che, qualora la statua di Serapide fosse stata abbattuta, il cielo sarebbe caduto – alla fine si decisero ad assediare, spinti da un ordine perentorio del Vescovo di Alessandria. Una volta fatta irruzione nel tempio, distrutta la statua e constatato che la triste profezia non si era avverata, gli assalitori cristiani sfogarono la propria rabbia su tutti i simboli pagani presenti. Il tempio di Serapide fu dunque abbattuto, e al suo posto furono eretti una chiesa ed un altare per i martiri. L'elemento di maggior interesse di questa vicenda, come rilevato in dottrina (Lenzerini), è che «[...] i pagani, piuttosto che darsi alla fuga e mettere in salvo la propria vita, preferirono morire difendendo il tempio, consci che la sua distruzione avrebbe significato l'annientamento della loro identità religiosa e, *a fortiori*, culturale». In F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 8.

cuore l'identità religiosa e culturale di coloro che in quei beni trovavano il proprio rifugio spirituale e la propria identità³³⁶.

Anche la storia contemporanea continua ad essere afflitta da queste pratiche. Il XX secolo, con l'immenso carico di tragedie umanitarie che, come un cavo elettrico, l'hanno interamente attraversato, è stato il palcoscenico di numerosi atti di distruzione deliberata del patrimonio culturale, nonché anticamera per le nuove forme di vandalismo e barbarie che negli anni recenti hanno afflitto le regioni del Medio Oriente e non solo. Oltre agli episodi di distruzione e ai saccheggi che hanno caratterizzato la prima metà del Novecento, frutto in particolare della violenza e della barbarie nazista³³⁷, si possono ricordare numerosi altri casi: i ripetuti attacchi perpetrati contro i siti ebrei da parte della Legione araba, durante l'assedio di Gerusalemme nel 1948; il piano per la sistematica distruzione di moschee e di altri edifici religiosi nel corso della guerra nei Balcani, all'inizio degli anni Novanta, nei territori dell'ex Jugoslavia³³⁸; la demolizione della moschea di Babri (*Babri Masjid*), nella città di Ayodhya, in India, da parte di un gruppo di attivisti (*Kar Sevaks*) Hindu nel 1992³³⁹; l'abbattimento del ponte di Mostar (*Stari Most*) nel novembre del 1993; la drammatica distruzione delle due gigantesche statue di Buddha nella valle di Bamiyan, in Afghanistan, da parte delle forze talebane nel marzo 2001³⁴⁰; le distruzioni del patrimonio culturale in Iraq durante la campagna militare guidata dagli Stati Uniti nel 2003³⁴¹; le devastazioni compiute nell'antica città di Timbuctù, nel Mali,

³³⁶ Va comunque ricordato che già nel XVI e XVII secolo giuristi come Ugo Grozio e Alberico Gentili percepivano la violazione dei luoghi sacri come condotte contro il diritto di natura, e denunciavano con enfasi l'illegittimità della distruzione dei templi, delle mura, delle statue e dei dipinti. Si veda P. Ragoni, *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale - Atti del Convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana. San Ginesio, 22-23 settembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2008.

³³⁷ Per approfondimenti, si veda il Cap. 1.

³³⁸ Sul tema, si veda A. J. Riedlmayer, *Destruction of Cultural Heritage in Bosnia-Herzegovina, 1992-1996: A Post-War Survey of Selected Municipalities (report* presentato al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 2002); H. Walasek (con contributi di R. Carlton, A. Hadžimuhamedović, V. Perry, T. Wilk), *Bosnia and the Destruction of Cultural Heritage*, Routledge, Londra / New York, 2015.

³³⁹ Cfr. A. Saikal, R. Thakur, *Vandalism in Afghanistan and No One to Stop it*, in *The International Herald Tribune*, 6 marzo 2001.

³⁴⁰ Si veda F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, p. 619 ss.; K. D. Kornegay, *Destroying the Shrines of Unbelievers: The Challenge of Iconoclasm to the International Framework for the Protection of Cultural Property*, in *Military Law Review*, 2014, vol. 221, p. 153 ss.; J. Atai, *The Destruction of Buddhas: Dissonant Heritage, Religious or Political Iconoclasm?*, in *Tourism, Culture & Communication*, 2019, vol. 19, pp. 303-312.

³⁴¹ Per uno studio approfondito, si veda P. G. Stone, J. F. Bajjalay (a cura di), *The Destruction of Cultural Heritage in Iraq*, Boydell & Brewer, Martlesham, 2008.

ad opera del gruppo fondamentalista islamico Ansar Dine, nel giugno-luglio del 2012; l'incendio appiccato dagli estremisti israeliani alla Chiesa della Moltiplicazione dei Pani e dei Pesci, in Israele, nel giugno 2015. Per concludere con la sistematica distruzione degli inestimabili tesori culturali dell'umanità da parte dello Stato Islamico dell'Iraq e della Siria (*Islamic State of Iraq and Syria – ISIS / Da'esh*) nei territori occupati, tra cui il santuario e la tomba di *Ahmed al-Rifai*, la moschea *Al-Qubba Husseinya* e la tomba di Giona a Mosul (in Iraq) e la chiesa consacrata come memoriale del genocidio armeno a Deir el Zor (in Siria), nel 2014; le devastazioni compiute nei musei di Mosul e Nimrud, in Iraq³⁴², la distruzione della moschea di *Al-Shaaf* a Tripoli, in Libia, e di numerosi altri centri sufi dati alle fiamme, e così pure la Chiesa della Vergine Maria a Tel Nasri, in Siria, nel 2015; e infine, sempre in Siria, la distruzione dell'antica città romana di Palmira (incluso il Leone di *Al-Jāt*), tra il giugno e l'agosto del 2015 e nel gennaio 2017³⁴³.

L'elemento di base, il minimo comun denominatore di tutti i casi citati, è rappresentato dall'intento *discriminatorio* degli autori di questi atti, che non puntano a distruggere il patrimonio culturale in quanto tale, ma piuttosto ad annichilire le comunità per le quali il patrimonio colpito riveste un'importanza speciale, in quanto percepito come un elemento essenziale della loro vita, della propria identità e unicità. Ed è in tale drammatico contesto che emerge il valore olistico del "patrimonio

³⁴² È notizia recente l'inaugurazione presso il Museo di Bassora, in Iraq, della riproduzione del *Lamassu*, il "Toro di Nimrud", gioiello dell'arte assira distrutto dalla follia iconoclasta dell'ISIS nel 2015. La riproduzione è stata donata dall'Italia al Governo iracheno, in un gesto di illuminata diplomazia culturale. Si veda l'articolo *Rinascere dalle distruzioni è possibile: inaugurata al Museo Culturale di Bassora la riproduzione del Toro di Nimrud*, in *La Stampa*, 6 febbraio 2024.

³⁴³ Si veda C. V. Hill, *Killing a Culture: The Intentional Destruction of Cultural Heritage in Iraq and Syria under International Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2016, vol. 45, p. 191 ss. Anche a seguito dei citati casi di aggressione al patrimonio culturale perpetrati dall'ISIS, la prassi distruttiva ha continuato a ripetersi, anche se in maniera meno clamorosa: nel 2019, il governo dell'Azerbaijan ha minacciato di distruggere migliaia di monumenti armeni presenti nella città di Culfa, un sito sacro per gli armeni cristiani situato al confine con l'Iran. La condotta dell'Azerbaijan, che nello stesso anno ha ospitato la 43^{ma} sessione del *World Heritage Committee*, ha attirato numerose critiche da parte dell'opinione pubblica: si veda l'articolo di D. B. Sawa, *Monumental loss: Azerbaijan and "the worst cultural genocide of the 21st century"*, in *The Guardian*, 1 marzo 2019. Anche S. Maghakyan, *This Year's UNESCO Session Was an Insult to World Heritage*, 9 luglio 2019, pubblicato sul sito <https://hyperallergic.com>. Sempre in tempi recenti, le minacce al patrimonio culturale sono state al centro anche delle tensioni politiche e militari tra Stati Uniti e Iran: nel gennaio 2020 il Presidente americano Trump ha dichiarato di tenere sotto tiro 52 siti fondamentali per la cultura iraniana, minacciando di colpirli in caso di qualunque reazione da parte dell'Iran. Nel corso di un *meeting* a Parigi tra l'ambasciatore iraniano e il Direttore generale dell'UNESCO, Audrey Azoulay, quest'ultima ha richiamato sia l'Iran che gli Stati Uniti agli obblighi derivanti dalla Convenzione del 1954 sulla tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato, nonché dalla Convenzione UNESCO del 1972, di cui entrambi gli Stati sono parti, insistendo sul valore universale del patrimonio culturale e naturale come strumenti di dialogo fra i popoli. Cfr. *Us and Iran must protect cultural sites, says UNESCO*, in *Aljazeera*, 6 gennaio 2020.

culturale”, che appunto non si limita alle espressioni tangibili dell’arte, dell’architettura, della religione e della letteratura, ma include anche molteplici forme intangibili «trasmess[e] di generazione in generazione, costantemente ricreat[e] dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia, [dando] loro un senso di identità e di continuità [...]», come affermato all’art. 2 della Convenzione UNESCO del 2003. In tal senso, torna particolarmente utile la definizione di “patrimonio culturale” contenuta nella Dichiarazione di Città del Messico del 1982, dove si riconosce che il *cultural heritage of a people* include, accanto alle opere degli artisti, degli scrittori e degli architetti, anche «[...] expressions of the people’s spirituality, and the body of values which give meaning to life»³⁴⁴; tale definizione serve a ricordare che la suddivisione del concetto di “patrimonio culturale” in categorie distinte (ossia tangibile, intangibile, spirituale, etc.) adempie ad una funzione meramente descrittiva, dal momento che il medesimo “elemento” di patrimonio culturale può assumere diversi significati per una determinata comunità, a seconda dei valori che gli vengono assegnati dai soggetti coinvolti. Per fare un esempio, un edificio considerato di “eccezionale valore universale” in base alla Convenzione UNESCO del 1972 – dunque di straordinaria importanza per l’intera umanità – può possedere, allo stesso tempo, uno speciale significato spirituale e sociale (ossia un valore intangibile) per una determinata comunità, e che probabilmente trascende le qualità artistiche ed estetiche di quel bene³⁴⁵. Ed è esattamente tale valore speciale il bersaglio degli autori di atti di distruzione intenzionale del patrimonio culturale, che in tal modo demoliscono ben più di un oggetto eccezionale e insostituibile, poiché spezzano il legame intimo e spirituale tra quel bene e una comunità umana. Questa tragica realtà è stata ripetutamente denunciata dall’UNESCO, che proprio in occasione del procedimento contro *Ahmad Al Faqi Al Mahdi* davanti alla CPI per la distruzione dei mausolei di Timbuctù ha affermato che «the loss of heritage during times of conflict can deprive

³⁴⁴ *Mexico City Declaration on Cultural Politics*, par. 23.

³⁴⁵ Si ricorderà, e va comunque ribadito in questa sede, che non di rado tra gli elementi che conferiscono un *outstanding universal value* ad un determinato bene, sulla base dei criteri indicati al par. 77 delle *Operational Guidelines* della Convenzione UNESCO del 1972, vi è anche il valore speciale che quel sito riveste per una comunità, da cui può scaturire un profondo legame spirituale (criterio (vi): «be directly or tangibly associated with events or living traditions, with ideas, or with beliefs, with artistic and literary works of outstanding universal significance»). In questi casi, si realizza una coincidenza tra l’interesse specifico della comunità legata a quel bene, e l’interesse generale affinché quel sito venga protetto, proprio in virtù del suo speciale significato per le persone che lo vivono.

a community of its identity and memory, as well as the physical testimony of its past. Those destroying cultural heritage seek to disrupt the social fabric of societies»³⁴⁶;

senza dimenticare il portato di terrore e scoramento che questi atti si trascinano dietro, e che rappresentano la negazione stessa dei principi alla base della trasmissione del patrimonio culturale inteso come memoria condivisa³⁴⁷.

Un altro elemento che caratterizza questi atti, e che scaturisce dalla *ratio* discriminatoria che li anima, è la componente della *selettività*, costantemente presente ed evidenziata dalle modalità con cui queste azioni sono perpetrate: se ci si sofferma ad analizzare episodi come la distruzione monumenti religiosi a Timbuctù, nel 2012, o le devastazioni compiute durante la guerra civile nei Balcani all'inizio degli anni Novanta³⁴⁸, ci si accorge che tali atti non sono stati una conseguenza casuale ed involontaria delle operazioni belliche, ma il frutto di un progetto accuratamente pianificato e messo in pratica, sempre allo scopo di mortificare il senso di appartenenza delle comunità che si intendevano colpire, attraverso la distruzione dei loro simboli culturali³⁴⁹.

In definitiva, la *mens rea* degli autori di atti di distruzione intenzionale del patrimonio culturale è, generalmente, la volontà di colpire una determinata comunità umana; e questo ha, naturalmente, delle significative implicazioni in termini di definizione e inquadramento delle condotte in esame. A tal proposito bisogna ricordare che, in certi casi, il soggetto preso di mira è anche la Comunità internazionale nel suo

³⁴⁶ CPI, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, No. ICC-01/12-01/15, *UNESCO Amicus Curiae Observations submitted pursuant to Rule 13 of the Rules of Procedure and Evidence*, 2 dicembre 2016, par. 1.

³⁴⁷ Così si legge nell'*Expert Report – Reparations Phase, Al Mahdi*, presentato dalla Dott.ssa Marina Lostal, 28 aprile 2017, par. 44: «[Intentional destruction of cultural heritage] carries a message of terror and helplessness; it destroys part of humanity's shared memory and collective consciousness; and it renders humanity unable to transmit its values and knowledge to future generations».

³⁴⁸ Sulla base di una ricerca svolta per conto del Procuratore dell'ICTY nel processo contro Slobodan Milošević, è stato riscontrato che, su 277 moschee situate nell'area del conflitto, ne sono state colpite 255 (ossia il 92%), di cui 136 distrutte e 119 gravemente danneggiate a causa dei bombardamenti. Un destino analogo è toccato anche a 57 chiese cattoliche presenti nelle zone di guerra, 30 delle quali sono state danneggiate e 13 distrutte. Cfr. A. J. Riedlmayer, *op. cit.*, pp. 7-9. Si veda anche F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 6.

³⁴⁹ Tra i vari episodi di distruzione dei beni culturali mirati all'annichilimento dell'identità di una comunità umana, il c.d. *Pogrom di Istanbul* è sicuramente uno dei più tristemente celebri: nel settembre del 1955, la comunità greca che viveva nella città turca fu colpita da una serie di attacchi sistematici finalizzati alla pulizia etnica di questa comunità. Questi attacchi portarono all'uccisione di 16 persone e ad innumerevoli atti di aggressione fisica nei confronti di uomini e donne; inoltre vennero rasi al suolo numerosi monumenti ed edifici (70 chiese, 20 monasteri, 36 scuole, per fare alcuni esempi) appartenenti alla minoranza greca. Per una visione più approfondita dei c.d. "eventi di settembre" si veda A. de Zayas, *The Istanbul Pogrom of 6-7 September 1955 in the Light of International Law*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2007, vol. 2, n. 2, pp. 137-154.

insieme, dal momento che gli autori sono mossi dalla fanatica convinzione che tutte le manifestazioni non corrispondenti al loro modello culturale debbano essere sradicate dal mondo, in quanto sbagliate, false e immorali³⁵⁰; in questo modo si ricade in quello che l'UNESCO stessa ha definito una "pulizia culturale" (*cultural cleansing*)³⁵¹. È questo genere di fanatismo, per esempio, che ha ispirato il regime talebano a radere al suolo le due gigantesche statue di Buddha a Bamiyan nel 2001, sulla base del presupposto che «[t]he real God is only Allah, and all other false gods should be removed»³⁵²; e così pure il gruppo fondamentalista responsabile della distruzione dei mausolei sacri a Timbuctù, nel Mali, e che lo ha fatto allo scopo di imporre una "disciplina morale" alla popolazione, reprimendo e sopprimendo qualunque manifestazione fosse percepita come viziosa³⁵³; o anche l'ISIS, che ha sistematicamente distrutto il patrimonio culturale iracheno, siriano e libico per rimuovere «not only symbols of other faiths, but also anything valued by those who follow Islam in a different way»³⁵⁴.

2.1 Il quadro normativo internazionale in materia di distruzione intenzionale del patrimonio culturale

³⁵⁰ Cfr. F. Lenzerini, *Intentional Destruction*, cit., p. 79.

³⁵¹ UNESCO, *Director-General Irina Bokova firmly condemns the destruction of Palmyra's ancient temple of Baalshamin, Syria*, in *UNESCO News*, 1 settembre 2015.

³⁵² F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan*, cit., p. 626.

³⁵³ CPI, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, No. ICC-01/12-01/15, sentenza, 27 settembre 2016, par. 33: «The *Hesbah* [la brigata della moralità comandata da Al Mahdi] was entrusted with regulating the morality of the people of Timbuktu, and of preventing, suppressing and repressing anything perceived by the occupiers to constitute a visible vice». Sul caso Al Mahdi, si veda, *ex multis*, E. McGeorge, *Prosecution of Cultural Heritage Destruction: Framework, Precedents and Recent Developments in International Criminal Law*, in *Public Interest Law Journal of New Zealand*, 2016, vol. 3, p. 204 ss.; K. Wierczyńska, A. Jakubowski, *Individual Responsibility for Deliberate Destruction of Cultural Heritage: Contextualizing the ICC Judgment in the Al-Mahdi Case*, in *Chinese Journal of International Law*, 2017, vol. 16, pp. 695-721; T. Scovazzi, *La prima sentenza della Corte penale internazionale in tema di distruzione di beni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, vol. 11, n. 1, pp. 77-86; P. Rossi, *The Al Mahdi Trial before the International Criminal Court: Attacks on Cultural Heritage Between War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, vol. 11, n. 1, pp. 87-100; K. Wierczyńska, A. Jakubowski, *The Al Mahdi Case: From Punishing Perpetrators to Repairing Cultural Heritage Harm*, in A. M. Carstens, E. Varner (a cura di), *op. cit.*, pp. 133-156.

³⁵⁴ Così S. Stenning, *Destroying Cultural Heritage: More Than Just Material Damage*, in *British Council*, 21 agosto 2015. Sulle distruzioni di patrimonio culturale commesse dall'ISIS, si veda F. Mucci, *Intentional Destruction of Cultural Heritage by ISIS: The Reaction of the International Community Against This Specific Aspect of the Aggression to Peace and Human Rights*, in *Processi di Pace e Dignità Umana*, 2016, vol. 2, p. 1 ss.

Attualmente non esiste ancora, a livello internazionale, uno strumento multilaterale vincolante espressamente dedicato alla distruzione intenzionale del patrimonio culturale. Ad oggi, il principale strumento normativo adottato dalla Comunità internazionale, espressione dell'unanime indignazione verso atti così odiosi, è la *Dichiarazione concernente la distruzione intenzionale del patrimonio culturale*, adottata il 17 ottobre 2003 durante la XXXII Conferenza generale dell'UNESCO. Tale documento, benché sia stato fortemente criticato per alcune scelte linguistiche – come l'uso del condizionale (*States should...*) nell'indicazione dei principali doveri in capo agli Stati – e che, già trattandosi di uno strumento di *soft law*, ne hanno ulteriormente indebolito il dispositivo, oltre ad alcune evidenti mancanze nel testo finale, è riuscito comunque a sottolineare le principali implicazioni giuridiche caratterizzanti questo fenomeno³⁵⁵. Innanzitutto la Dichiarazione (art. III, par. 1) richiede agli Stati membri dell'UNESCO «[to] take all appropriate measures to prevent, avoid, stop and suppress acts of intentional destruction of cultural heritage, wherever such heritage is located », sia nel corso di un conflitto armato che in tempo di pace. Qui, l'accostamento tra la localizzazione del patrimonio culturale, che può trovarsi ovunque (*wherever such heritage is located*), con la necessità di proteggerlo anche in tempo di pace ex art. IV (*Protection of cultural heritage when conducting peacetime activities*) mette in chiaro che il dovere richiamato dalla Dichiarazione include anche i casi di distruzione del patrimonio culturale provocata dallo Stato sul proprio territorio, e che dunque rappresenta una condotta illecita per il diritto internazionale. Un altro punto importante all'interno della Dichiarazione del 2003 è l'introduzione del principio della responsabilità internazionale sia dello Stato «[which] intentionally destroys or intentionally fails to take appropriate measures to prohibit, prevent, stop, and punish any intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization [...]»³⁵⁶, sia dell'individuo «who commit, or order to be committed, acts of intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity»³⁵⁷, indipendentemente, anche in questo caso, dall'iscrizione di tale patrimonio nelle Liste UNESCO.

³⁵⁵ Per un'analisi dettagliata della Dichiarazione UNESCO del 2003, si veda F. Lenzerini, *The UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage: One Step Forward and Two Steps Back*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2003, vol. XIII, n. 1, pp. 131-145.

³⁵⁶ *UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, art. VI.

³⁵⁷ *Ibid.*, art. VII.

In ogni caso, bisogna sottolineare che l'assenza di norme vincolanti specificamente dedicate agli attacchi deliberati contro il patrimonio culturale è, in realtà, solo apparente. Ciò risulta evidente se si considera questo genere di condotte nel quadro della categoria più ampia e generale degli atti contro il patrimonio culturale. Come si ricorderà dalle pagine precedenti³⁵⁸, le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulle leggi e gli usi della guerra sono state le prime a introdurre disposizioni che vietavano questo genere di condotte, stabilendo che «[n]egli assedi e bombardamenti devono essere presi tutti i provvedimenti necessari per risparmiare, quanto è possibile, gli edifici consacrati al culto, alle arti, alle scienze, alla beneficenza, i monumenti storici, gli ospedali ed i luoghi ove trovansi riuniti gli ammalati e i feriti, a condizione che essi non siano adoperati in pari tempo a scopo militare»³⁵⁹. Rimanendo nell'ambito del diritto internazionale umanitario, anche il I Protocollo e il II Protocollo del 1977 (riguardanti, rispettivamente, la protezione delle vittime nei conflitti armati internazionali e non internazionali), aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, hanno introdotto un'articolata disciplina sulla protezione dei beni culturali e dei luoghi di culto, adeguandosi alle disposizioni contenute nella Convenzione dell'Aja del 1954: nello specifico, in essi viene stabilito il divieto di «compiere atti di ostilità diretti contro i monumenti storici, le opere d'arte o i luoghi di culto, che costituiscono il patrimonio culturale o spirituale dei popoli», nonché di «utilizzare detti beni in appoggio allo sforzo militare» e di farne oggetto di rappresaglie³⁶⁰. Sempre il I Protocollo, include, tra le gravi violazioni, il fatto di «dirigere un attacco contro monumenti storici, opere d'arte o luoghi di culto chiaramente riconosciuti, che costituiscono il patrimonio culturale o spirituale dei popoli, e ai quali sia stata concessa una protezione speciale in base ad un accordo particolare [...]»³⁶¹.

In seguito, anche il Secondo Protocollo del 1999, che ha rafforzato la disciplina della Convenzione dell'Aja del 1954, ha ricompreso, tra le gravi infrazioni del Protocollo stesso (art. 15), «[the] extensive destruction or appropriation of cultural property

³⁵⁸ Si veda il Cap. 1, parr. 6-6.1.

³⁵⁹ Così all'art. 27 del Regolamento sulle leggi e gli usi della guerra terrestre, allegato alla II Convenzione dell'Aja del 1899, l'art. 27 del Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra, allegato alla IV Convenzione dell'Aja del 1907. Una disposizione molto simile è prevista anche all'art. 5 della IX Convenzione dell'Aja del 1907, riguardante il bombardamento di forze navali in tempo di guerra.

³⁶⁰ Tali divieti sono previsti, rispettivamente, all'art. 53 del Protocollo I e all'art. 16 del Protocollo II.

³⁶¹ I Protocollo del 1977 aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, all'art. 84, par. 4 lett. d).

protected under the Convention and this Protocol» (par. 1, lett. c). L'art. 16 richiede inoltre agli Stati parti di adottare tutte le misure normative necessarie per stabilire la propria giurisdizione sulle violazioni indicate all'art. 15, sia quando la distruzione è commessa nel proprio territorio, il presunto responsabile è un proprio cittadino o anche nel caso in cui la responsabilità sia di un cittadino straniero che si trova nel territorio di uno Stato parte del Protocollo³⁶². Infine, gli artt. 17 e 18 del Secondo Protocollo dispongono l'applicazione del principio *aut dedere aut iudicare* per i soggetti presunti responsabili della violazione in esame, in base al quale lo Stato parte sul cui territorio si trova il sospettato deve estradarlo verso un altro Stato parte del Protocollo, oppure sottoporlo a procedimento penale³⁶³.

Infine bisogna menzionare, a livello regionale, la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali* del 2017³⁶⁴, che all'art. 10, par. 1 stabilisce che ciascuna Parte provvede a incriminare, nel proprio ordinamento interno, una serie di comportamenti, qualora questi siano commessi intenzionalmente, tra cui «[...] la distruzione o il danneggiamento illegale di beni culturali mobili o immobili, indipendentemente dalla proprietà di tali beni» (lett. a). Tutte queste disposizioni pattizie hanno contribuito a definire le caratteristiche e le responsabilità riguardanti gli atti dolosi contro il patrimonio culturale, agevolando la loro collocazione tra i crimini internazionali. Nei prossimi paragrafi verranno approfonditi gli aspetti penalistici relativi a queste condotte, analizzando il loro inquadramento, grazie al fondamentale supporto fornito negli anni dalla giurisprudenza penale internazionale, all'interno di tre diverse fattispecie criminose: i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, e il crimine di genocidio.

2.2 La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come crimine di guerra

³⁶² Secondo Protocollo del 1999 alla Convenzione dell'Aja del 1954, art. 16, par. 1: «[...] each Party shall take the necessary legislative measures to establish its jurisdiction over offences set forth in Article 15 in the following cases: a. when such an offence is committed in the territory of that State; b. when the alleged offender is a national of that State; c. [...] when the alleged offender is present in its territory».

³⁶³ Su questo principio, si veda A. Caligiuri, *L'obbligo aut dedere aut iudicare nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2012.

³⁶⁴ La Convenzione è stata firmata a Nicosia il 19 maggio 2017 ed è entrata in vigore il 1° aprile 2022. Ad oggi (marzo 2024) ne fanno parte 13 Stati (tra cui due Paesi non membri del Consiglio d'Europa – il Messico e la Federazione Russa). L'Italia ha ratificato la Convenzione con legge 21 gennaio 2022, n. 6 (pubblicata sulla G.U. Serie Generale n. 31, 7 febbraio 2022).

In aggiunta alle disposizioni indicate nel paragrafo precedente, è possibile individuare altre regole relative alla distruzione intenzionale del patrimonio nel quadro del diritto internazionale penale. In particolare, la condotta in esame è qualificata come una violazione delle leggi e dei costumi di guerra, o come un crimine di guerra, dall'art. 3 (*Violations of the laws or customs of war*) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (da qui in avanti "Statuto dell'ICTY"), dove si stabilisce che tra le violazioni rientranti nella competenza del Tribunale figurano «seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and workd of art and science» (lett. d); del medesimo tenore è anche il *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* della CDI (da qui in avanti "Draft Code del 1996"), il cui art. 20, lett. e) punto (iv) riprende letteralmente il testo dell'art. 3, lett. d) dello Statuto dell'ICTY³⁶⁵. Lo stesso Statuto della Corte penale internazionale (da qui in poi "Statuto della CPI")³⁶⁶, all'art. 8, par. 2, lett. b) punto (ix), fa rientrare tra le condotte che configurano un crimine di guerra «dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari a monumenti storici [...] purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari»; infine anche la legge che ha istituito, nel 2004, le Camere straordinarie nei Tribunali della Cambogia, allo scopo di punire i principali responsabili delle numerose atrocità avvenute durante il regime dei Khmer Rossi (1975-1979)³⁶⁷, dava alle Camere competenza a giudicare gli atti di distruzione dei beni culturali commessi negli anni di regime³⁶⁸.

³⁶⁵ Si veda *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, adottato durante la XLVIII sessione della CDI, 5 luglio 1996. Il testo è pubblicato su *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part. Two. Per un commento, si veda J. Allain, J. Jones, *A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, in *European Journal of International Law*, 1997, vol. 8, pp. 100-117.

³⁶⁶ *Rome Statute of the International Criminal Court*, firmato a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002. Ad oggi (marzo 2024) ne fanno parte 124 Stati. L'Italia ha ratificato lo Statuto con legge 12 luglio 1999, n. 232 (pubblicata sulla G.U. Serie Generale n. 167, 19 luglio 1999, Suppl. Ordinario n. 135).

³⁶⁷ *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, NS/RKM/1004/006, 27 ottobre 2004. Per uno studio dettagliato sulle distruzioni del patrimonio culturale cambogiano da parte dei *Khmer Rouge*, si rimanda a C. Ehlert, *op. cit.*, pp. 175-228. Si veda anche G. Roversi Monaco, *Evoluzione e sviluppi della tutela internazionale dei beni culturali in tempo di conflitti armati*, in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., pp. 127-146.

³⁶⁸ *Ibid.*, art. 7: «The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects most responsible for the destruction of cultural property during armed conflict pursuant to the 1954 Hague Convention for Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979».

Infine la medesima posizione è stata condivisa anche dal Consiglio di sicurezza, con la risoluzione 2347 del 24 marzo 2017, dove ha affermato in maniera molto netta che «directing unlawful attacks against sites and buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, or historic monuments may constitute, under certain circumstances and pursuant to international law a war crime and that perpetrators of such attacks must be brought to justice»³⁶⁹.

Questo tipo di caratterizzazione, che vede nella distruzione intenzionale dei beni culturali un “crimine di guerra”, ha trovato ampia conferma anche nella consolidata giurisprudenza dell’ICTY, che in diversi casi, come si vedrà a breve, si è pronunciato su gravi episodi di distruzione o danni diffusi al patrimonio culturale, in particolare di natura religiosa³⁷⁰, applicando a tal proposito il già menzionato art. 3, lett. d) del proprio Statuto; inoltre il Tribunale ha più volte confermato che gli atti ostili diretti contro i beni culturali sono proibiti a livello consuetudinario, anche nei casi di conflitti armati a carattere non internazionale³⁷¹. Allo stesso modo, nel 2016 la CPI ha condannato a nove anni di detenzione Ahmad Al Faqi Al Mahdi per crimini di guerra,

³⁶⁹ *Resolution 2347 (2017) Adopted by the Security Council at its 7907th meeting*, UN Doc. S/RES/2347 del 24 marzo 2017, par. 4. Per un’analisi e un commento alla risoluzione 2347, si veda il contributo di S. Urbinati, *Alcune considerazioni sulle ultime attività del Consiglio di sicurezza in materia di protezione del patrimonio culturale in caso di conflitto armato*, in E. Baroncini, *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., pp. 195-210; K. Hausler, *Cultural heritage and the Security Council: Why Resolution 2347 matters*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 2018, vol. 48, pp. 5-19.

³⁷⁰ Sul tema, si vedano F. Lenzerini, *The Role of International and Mixed Criminal Courts in the Enforcement of International Norms Concerning the Protection of Cultural Heritage*, in F. Francioni, J. Gordley (a cura di), *Enforcing Cultural Heritage Law*, cit., pp. 40-64; M. Frulli, *Advancing the Protection of Cultural Property through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2005, vol. XV, n. 1, pp. 195-216.

³⁷¹ Così in ICTY Trial Chamber II, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, No. IT-99-36-T, sentenza, 1 settembre 2004, par. 595: «Institutions dedicated to religion are protected under the Statute and under customary international law», dove il Tribunale cita all’uopo le fonti pattizie in materia (artt. 27 e 56 delle Regole dell’Aja del 1907; l’art. 5 della IX Convenzione dell’Aja del 1907; i Protocolli del 1977 addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949, rispettivamente agli artt. 53 e 16; l’art. 1 del Patto Roerich del 1935; la Convenzione dell’Aja del 1954; gli artt. 8(2)(b)(ix) e 8(2)(iv) dello Statuto di Roma del 1998). Così pure in ICTY Trial Chamber II, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, No. IT-01-42-T, sentenza, 31 gennaio 2005, parr. 229-230: «[The Chamber] found that the customary rules relating to the protection of cultural property had developed to govern internal strife [...]. The Chamber is satisfied that Article 3(d) of the Statute is a rule of international humanitarian law which not only reflects customary international law but is applicable to both international and non-international armed conflicts». Anche ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, No. IT-94-1, decisione, 2 ottobre 1995, par. 127: «[...] it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities [...] protection of civilian objects, in particular *cultural property* [...]». Corsivo aggiunto.

per aver diretto intenzionalmente attacchi contro alcuni edifici di immenso significato storico e religioso a Timbuctù.

2.2.1 *Il contributo della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia*

La giurisprudenza penale internazionale rappresenta, da sempre, il campo più vitale e florido per quanto riguarda l'individuazione e la definizione dei crimini internazionali, e gli atti di distruzione deliberata dei beni culturali, in questo senso, non fanno eccezione. Se il quadro normativo a protezione del patrimonio culturale dalle condotte distruttive appare alquanto frastagliato, senza un baricentro che identifichi in maniera univoca il "crimine contro il patrimonio culturale", i tribunali penali internazionali hanno però saputo dare risalto agli strumenti a disposizione, offrendo un inestimabile supporto nella definizione e nella condanna di tali condotte distruttive. A tal proposito, il contributo probabilmente più significativo lo si può rintracciare nell'esperienza giurisprudenziale dell'ICTY³⁷², che non solo ha saputo svolgere un ruolo fondamentale nell'interpretazione delle disposizioni pattizie in materia di protezione dei beni culturali durante i conflitti armati, riconoscendone in diversi casi il rango consuetudinario³⁷³, ma ha anche rappresentato una tappa significativa nella progressiva affermazione del patrimonio culturale come valore fondamentale della Comunità internazionale.

Nel corso del cruento conflitto che, tra il 1991 e il 1992, caratterizzò la disgregazione della Jugoslavia negli Stati indipendenti emersi da questo processo storico-politico (Serbia-Montenegro, Croazia, Slovenia, Bosnia-Erzegovina, Repubblica di Macedonia), si registrarono gravissimi atti di vandalismo e distruzione di importanti testimonianze storico-artistiche (come il Ponte di Mostar sul fiume Neretva)³⁷⁴, nonché atti di saccheggio di beni artistici da numerosi siti. Vanno ricordati in modo particolare i fatti che hanno portato alla distruzione del centro storico della città di

³⁷² Istituito con Ris. n. 827 del Consiglio di Sicurezza ONU (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*), UN Doc. S/RES/827 (1993), 25 maggio 1993) per giudicare i crimini di genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità commessi nel territorio dell'ex-Jugoslavia a partire dal 1991.

³⁷³ In aggiunta ai casi indicati *supra* (nota 369), si vedano *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit., par. 98; ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Mario Kordić and Dario Cerkez*, No. IT-95-14/2-T, sentenza, 26 febbraio 2001, par. 206.

³⁷⁴ A. Riedlmayer, *Killing Memory: The Targeting of Bosnia's Cultural Heritage*, in *Newsletter of the Middle East Librarians Association*, 1994, n. 61, pp. 1-6.

Dubrovnik, iscritto nella WHL dell'UNESCO dal 1979 in virtù delle sue straordinarie caratteristiche architettoniche e in quanto testimonianza di una tradizione culturale vivente, le cui macerie sono divenute il triste simbolo dei danni irreparabili che la guerra provoca al patrimonio culturale. Dal 23 ottobre al 6 dicembre 1991, la *Yugoslavian National Army* lanciò contro questo sito un violento bombardamento aereo che provocò la completa distruzione di sei edifici e il grave danneggiamento di numerosi immobili consacrati alla religione, all'insegnamento, alle arti e alle scienze. L'intervento militare venne pianificato e condotto in totale dispregio del fatto che numerosi edifici rientrassero nel regime di protezione garantito dalla Convenzione dell'Aja del 1954, e fossero contraddistinti dal segno distintivo dello "scudo blu", previsto dalla stessa Convenzione al fine di segnalare alle parti belligeranti la presenza, nell'area interessata dalle operazioni militari, di beni culturali oggetto di protezione speciale³⁷⁵.

Per i fatti di Dubrovnik, il Procuratore dell'ICTY formulò capi di imputazione contro *Miodrag Jokić*³⁷⁶ e *Pavle Strugar*³⁷⁷ con l'accusa di crimini di guerra in base all'art. 3 dello Statuto, in particolare per atti di devastazione e distruzione immotivata di città e villaggi, non giustificati da esigenze militari (lett. b); l'attacco e il bombardamento di città, villaggi ed edifici non difesi (lett. c); nonché la distruzione e il danneggiamento deliberati di edifici consacrati alla religione, alla beneficenza, all'insegnamento, alle arti e alle scienze, di monumenti storici, di opere d'arte e di opere di carattere

³⁷⁵ Si ricorderà dal Cap. 2 del presente lavoro che, per la salvaguardia dei beni culturali immobili dalle minacce dei conflitti armati, la Convenzione del 1954 distingue due regimi di protezione: una "generale" (artt. 2-7), accordata a tutti i beni rientranti nella definizione dell'art. 1 della Convenzione, e consistente nel divieto di utilizzare i beni culturali immobili per fini militari che potrebbero esporli a distruzione o danneggiamento (art. 4, comma 1), dichiarandoli immuni da qualunque atto di ostilità diretto contro di essi a titolo di rappresaglia (art. 4, comma 4). La protezione "speciale" (artt. 8-11), invece, può essere accordata ai rifugi destinati a custodire, in caso di conflitto, beni culturali mobili, nonché ai centri monumentali e ad altri beni immobili «of very great importance» (art. 8, comma 1). Su richiesta dello Stato di appartenenza, i beni ai quali si intende accordare una protezione speciale vengono iscritti nel "Registro internazionale dei beni culturali sotto protezione speciale" (art. 8, comma 6) e vanno sempre identificati con il contrassegno dello scudo blu. L'iscrizione di un bene nel Registro obbliga gli Stati parte della Convenzione coinvolti nel conflitto ad assicurare a quel bene l'immunità, astenendosi da qualunque atto di ostilità e da qualsiasi uso dello stesso a fini militari (art. 9). La protezione speciale accordata ai beni iscritti nel Registro prevede un regime di deroga più severo rispetto ai beni sottoposti a protezione generale: mentre la protezione garantita a questi ultimi è derogabile in presenza di una "necessità militare imperativa", per i beni iscritti nel Registro deve sussistere, in via eccezionale, una "necessità militare ineluttabile", che «[...] può essere constatata soltanto dal comandante di una formazione di importanza pari o superiore a quella di una divisione» (art. 11, comma 2).

³⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, No. IT-01-42, Second Amended Indictment, 27 agosto 2003.

³⁷⁷ ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, No. IT-01-42-PT, Third Amended Indictment, 10 dicembre 2003.

scientifico (lett. d). Questo giudizio fu l'occasione per interpretare e applicare la norma dello Statuto dell'ICTY relativa all'incriminazione degli atti di distruzione di beni culturali (art. 3, lett. d). Tale norma era stata già oggetto di un'importante interpretazione in un precedente giudizio, la *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* resa nel caso *Tadić* del 1995. Qui i giudici della Camera d'Appello dell'ICTY diedero un'interpretazione estensiva dell'art. 3, ampliandone il campo di applicazione ai conflitti armati sia interni che internazionali³⁷⁸; a tal proposito, essi indicarono una serie di condizioni (le c.d. *Tadić conditions*) in presenza delle quali può ritenersi commesso un crimine di guerra³⁷⁹ - categoria nella quale rientrano le violazioni ai danni dei beni culturali - ossia: 1) l'esistenza della violazione di una norma di diritto internazionale umanitario; 2) che la disposizione violata sia di rango consuetudinario oppure, se di natura pattizia, che sia vincolante per le parti in conflitto al momento della commissione del crimine³⁸⁰; 3) che la norma violata sia posta a tutela di valori fondamentali e che dalla sua violazione derivino conseguenze gravi per le vittime; 4) che la violazione comporti la responsabilità penale di un individuo sul piano internazionale³⁸¹. Inoltre, sempre in questa occasione, i giudici rilevarono che alcune norme pattizie relative ai conflitti armati erano gradualmente diventate parte del diritto internazionale consuetudinario³⁸², tra cui l'art. 19 della Convenzione dell'Aja del 1954, che stabilisce che «[in] caso di un conflitto armato non internazionale nel territorio di una delle Alte Parti contraenti, ognuna delle parti in conflitto sarà tenuta ad applicare almeno quelle disposizioni [...] che si riferiscono al rispetto dei beni culturali [ossia il divieto di distruggere e di compiere qualunque atto di ostilità verso tali beni ex art. 4]».

³⁷⁸ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit., par. 137.

³⁷⁹ Sulla nozione di "crimini di guerra", si veda, *inter alia*, G. Werle, F. Jeßberger, *War Crimes*, in Id., *Principles of International Criminal Law*, 2020, Oxford University Press, Oxford, p. 441 ss.; M. Bothe, *War Crimes*, in A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer, U. Dé (a cura di), *International Criminal Law*, Routledge, Londra / New York, 2015, p. 115 ss.; A. Cullen, *War Crimes*, in W. A. Schabas, N. Bernaz (a cura di), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londra / New York, 2010, p. 139 ss.; A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 63 ss.

³⁸⁰ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit., par. 143.

³⁸¹ *Ibid.*, par. 94. Si veda A. Vigorito, *op. cit.*, p. 61.

³⁸² Sul contributo della giurisprudenza dell'ICTY allo sviluppo di norme consuetudinarie in tema di diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti armati non internazionali, si veda A. Oriolo, *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008. Si veda anche G. Calvetti, T. Scovazzi (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007.

Le *Tadić conditions* sono state determinanti nell'accertamento delle responsabilità di Miodrag Jokić, accusato e condannato per numerose gravi violazioni delle leggi di guerra (tra cui omicidio, trattamenti crudeli e attacchi contro civili), compresa anche la distruzione di edifici di valore culturale e religioso non giustificata da esigenze militari, ossia il bombardamento della Città Vecchia di Dubrovnik³⁸³: la sentenza del 18 marzo 2004 emessa nei suoi confronti dalla *Trial Chamber* è stata la prima pronuncia di un tribunale penale internazionale riguardante la distruzione di un bene culturale iscritto nella WHL come crimine di guerra. Relativamente alle norme di diritto internazionale umanitario violate, i giudici richiamarono le disposizioni pattizie vincolanti le Parti in conflitto all'epoca della commissione del crimine, riguardanti il divieto di commettere violazioni ai danni dei beni culturali immobili³⁸⁴. Tuttavia gli aspetti più interessanti della sentenza sono emersi con riferimento ai valori fondamentali lesi dalla commissione del crimine: nell'invocare le norme internazionali che proteggono i beni culturali e ne proibiscono la distruzione, la Corte citò il Preambolo della Convenzione UNESCO del 1972, dove si afferma che «la degradazione o la sparizione di un bene del patrimonio culturale e naturale è un impoverimento nefasto del patrimonio di tutti i popoli del mondo»³⁸⁵. Partendo da questo presupposto, la Corte ha precisato che la distruzione di un sito iscritto nella WHL costituisce un crimine di guerra ancora più grave (*a crime of even greater seriousness*) della distruzione di edifici civili³⁸⁶; e tale era la condizione Dubrovnik, considerata, all'epoca degli attacchi, un elemento particolarmente importante del patrimonio culturale mondiale: «[i]t was, among other things, an outstanding architectural ensemble illustrating a significant stage in human history. The shelling attack on the Old Town was an attack not only against the history and heritage of the

³⁸³ ICTY Trial Chamber I, *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, No. IT-01-42/1-S, sentenza, 18 marzo 2004, par. 22, 27: «[D]uring military operations directed at Srd Hill and the wider Dubrovnik Region, Yugoslav forces (JNA) under the command of Miodrag Jokić fired hundreds of shells which struck the Old Town of Dubrovnik (the "Old Town"). [...] As a result of the shelling, two civilians were killed [...] and three civilians were wounded [...] within the Old Town. Six buildings in the Old Town were destroyed in their entirety and many more buildings suffered damage, [as well as] [i]nstitutions dedicated to religion, [...] historic monuments, works of art and science [...]».

³⁸⁴ Nello specifico gli artt. 27 e 56 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 sulle leggi e gli usi della guerra terrestre; l'art. 5 della IX Convenzione de L'Aja del 1907 sul bombardamento da parte delle forze navali in tempo di guerra; gli artt. 4 e 11 della Convenzione dell'Aja del 1954 e gli artt. 53 e 16 rispettivamente del I e del II Protocollo del 1977 addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

³⁸⁵ Convenzione UNESCO del 1972, Preambolo, alinea 3.

³⁸⁶ *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, cit., par. 53: «The Trial Chamber finds that, since it is a serious violation of international humanitarian law to attack civilian buildings, it is a crime of even greater seriousness to direct an attack on an especially protected site [...]».

region, but also *against the cultural heritage of humankind*»³⁸⁷. Alla luce del suo status di patrimonio UNESCO, i giudici hanno confermato che il sito di Dubrovnik era «especially protected under international law»³⁸⁸; e benché la sua iscrizione nella WHL non rientrasse esplicitamente tra le circostanze aggravanti, essa è stata utilizzata come elemento determinante per valutare la gravità del crimine. Così si è espressa la Corte:

«The Trial Chamber deems that the crime of destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity, education, and the arts and sciences, and to historic monuments and works of art and science subsumes the fact that the Old Town was an undefended and culturally valuable site, thus especially protected under international law. It therefore finds that this special status of the Old Town has already been taken into consideration in the definition and evaluation of the gravity of the crime and should not be considered also in aggravation»³⁸⁹.

Inoltre, la circostanza che Jokić fosse assolutamente consapevole dello straordinario valore culturale della città, testimoniato non solo dalla sua iscrizione nella Lista UNESCO ma anche dalla presenza dei simboli della Convenzione dell'Aja del 1954, rese il suo gesto ancora più riprovevole³⁹⁰.

Anche nel successivo caso *Strugar*³⁹¹ la Corte giunse alle medesime conclusioni, aggiungendo alcune considerazioni di rilievo sul livello di gravità dei danni ai beni culturali ex art. 3, lett. d) dello Statuto dell'ICTY. A tal proposito la Camera di primo grado, per definire il concetto di "bene culturale", ricordò la tradizionale definizione contenuta nell'art. 1, lett. a) della Convenzione dell'Aja del 1954, osservando che tale categoria di beni è, per definizione, «[...] di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli»³⁹². Di conseguenza, a parere della Corte, il fatto che la Città Vecchia di Dubrovnik rientrasse a pieno titolo nella suddetta categoria di "beni

³⁸⁷ *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, cit., par. 51. Corsivo aggiunto.

³⁸⁸ *Ibid.*, par. 67. Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, par. 23: «Miodrag Jokić was aware of the Old Town's status, in its entirety, as a [UNESCO] World Cultural Heritage site [...]. He was further aware that a number of buildings in the Old Town and the towers of the Old Town's Walls were marked with the symbols mandated by the 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict [...]».

³⁹¹ ICTY Trial Chamber II, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, No. IT-01-42-T, sentenza, 31 gennaio 2005.

³⁹² *Ibid.*, par. 232: «As regards the seriousness of the offence of damage to cultural property (Article 2 (d)), the Chamber observes that such property is, by definition, of "great importance to the cultural heritage of people"».

culturali” non la rendeva semplicemente distinta, sotto il profilo logistico, dal resto della città, ma la distingueva anche sul piano legale, dal momento che godeva di un livello di protezione superiore garantito dall’iscrizione nella WHL³⁹³.

Questi richiami, presenti nelle sentenze *Jokić* e *Strugar*, alle norme della Convenzione UNESCO del 1972 per fondare, da un lato, la gravità del crimine, e dall’altro per individuare i valori fondamentali lesi, hanno messo in evidenza una stretta relazione tra la normativa riguardante la tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato e quella applicabile in tempo di pace, confermando l’esigenza, ma anche il progressivo sviluppo, di un approccio non settoriale, ma organico, alla protezione del patrimonio culturale³⁹⁴. Inoltre i due casi hanno dimostrato che la distruzione di un bene culturale protetto dal diritto internazionale, laddove avvenga durante un qualsiasi conflitto armato, rappresenta sempre un crimine di guerra.

2.2.2 Un altro caso di scuola in materia di distruzione dei beni culturali come crimine di guerra: la sentenza Al Mahdi della Corte penale internazionale

Ahmad Al Faqi Al Mahdi, conosciuto anche come Abu Tourab, era membro di Ansar Dine, un gruppo fondamentalista islamico il cui obiettivo era imporre la *sharia* in tutto il territorio del Mali. Grazie all’alleanza con il gruppo *Al-Qaeda in the Islamic Maghreb* (AQIM), nell’aprile 2012 Ansar Dine guadagnò il controllo della capitale Timbuctù. Nel corso dell’occupazione della città, conclusasi nel gennaio 2013, le forze occupanti istituirono un tribunale islamico e l’*Hesbah*, una brigata addetta alla tutela della moralità e alla prevenzione e repressione di qualunque cosa potesse rappresentare un “vizio visibile”³⁹⁵, a capo della quale venne messo Al Mahdi in virtù della sua profonda conoscenza del Corano e delle questioni religiose legate all’Islam. Tra il 30 giugno e l’11 luglio 2012 i membri dell’*Hesbah* rasero al suolo una serie di monumenti ed edifici storici e religiosi a Timbuctù, in quanto ritenuti idolatri³⁹⁶. Al Mahdi svolse un ruolo cruciale nella progettazione e preparazione degli

³⁹³ *Ibid.*, par. 279: «The Old Town is also legally distinct from the rest of the wider city because the Old Town, in its entirety including the medieval walls, enjoys a World Heritage listing and the protections and immunities that are consequent on that listing».

³⁹⁴ Cfr. A. Vigorito, *op. cit.*, p. 63.

³⁹⁵ Cfr. *Situation in the Republic of Mali*, cit., parr. 33, 81. V. *supra* nota 352.

³⁹⁶ Gli edifici in questione erano i mausolei dei cimiteri, frequentemente visitati dagli abitanti di Timbuctù come luoghi di preghiera, oltre che da altri devoti come luoghi di pellegrinaggio. La ragione per la quale Al Mahdi prese di mira questi edifici risiedeva nel fatto che la dottrina islamica, almeno secondo l’interpretazione di Al Mahdi e altri religiosi radicali, vieta le costruzioni sulle tombe.

attacchi, e partecipò direttamente alla distruzione degli edifici recandosi sui luoghi con armi, trattori cingolati e strumenti quali picconi e spranghe con cui dare esecuzione al piano di demolizione, informando nel frattempo i giornalisti presenti sulla natura delle operazioni³⁹⁷.

Il 13 luglio 2012 il governo maliano³⁹⁸ fece una segnalazione a FATOU BENSOUDA, Procuratore capo della CPI³⁹⁹, sulla situazione in Mali, dichiarando che erano stati commessi crimini contro l'umanità e crimini di guerra, rispettivamente previsti agli artt. 7 e 8 dello Statuto di Roma. L'Ufficio del Procuratore, nel valutare l'esistenza di elementi sufficienti per aprire un'indagine ai sensi dell'art. 53, par. 1 dello Statuto⁴⁰⁰, rilevò che le informazioni a disposizione facevano supporre che erano stati commessi solo crimini di guerra⁴⁰¹. Dopo aver qualificato la situazione in Mali come un conflitto a carattere non internazionale⁴⁰², il Procuratore individuò nella distruzione dei mausolei e delle moschee di Timbuctù un crimine di guerra ai sensi dell'art. 8, par. 2, lett. e) punto (iv) dello Statuto di Roma, che fa rientrare tra le

³⁹⁷ Si riporta qui di seguito un brano della spiegazione resa da Al Mahdi ai giornalisti durante la distruzione della porta della moschea *Sidi Yahia*: «What you see here is one of the ways of eradicating superstition, heresy and all things or subterfuge which can lead to idolatry. We heard about a door in the ancient mosque of Sidi Yahya. If it is opened, the Day of Resurrection will begin. Following an investigation, we discovered that it was a condemned door in the courtyard of an old mosque. The door was condemned and bricked up. Over time, a myth took hold, claiming that the Day of Resurrection would begin if the door were opened. We fear that these myths will invade the beliefs of people and the ignorant who, because of their ignorance and their distance from religion, will think that this is the truth. So we decided to open it». In *Situation in the Republic of Mali*, cit., par. 38.

³⁹⁸ Il Mali ha firmato lo Statuto di Roma il 17 luglio 1998 e lo ha ratificato il 16 agosto 2000.

³⁹⁹ La segnalazione venne fatta in applicazione dell'art. 14 dello Statuto di Roma: «1. Uno Stato Parte può segnalare al Procuratore una situazione nella quale uno o più crimini di competenza della Corte appaiono essere stati commessi, richiedendo al Procuratore di effettuare indagini su questa situazione al fine di determinare se una o più persone particolari debbano essere accusate di tali crimini. 2. Lo Stato che sottopone il caso indica per quanto possibile le circostanze rilevanti e presenta la documentazione di supporto di cui dispone».

⁴⁰⁰ Statuto di Roma, art. 53, par. 1: «Il Procuratore, dopo aver valutato le informazioni sottoposte alla sua conoscenza, apre un'inchiesta a meno che non determini la mancanza di un ragionevole fondamento per un'azione giudiziaria in forza del presente Statuto».

⁴⁰¹ *Situation in Mali - Article 53(1) Report*, 16 gennaio 2013, parr. 96-124.

⁴⁰² Tale qualificazione è stata poi confermata dalla Corte in sede di giudizio, dove ha ravvisato gli elementi per poter definire la situazione nel Mali settentrionale come un vero e proprio conflitto, distinguendolo così da quelle situazioni di disordini e tensioni interne alle quali non si applica il diritto internazionale dei conflitti armati. Si veda *Situation in the Republic of Mali*, cit., par. 49: «The Chamber is satisfied that these acts took place in the context of and were associated with a non-international armed conflict between Malian Government forces and groups including Ansar Dine and AQIM. [...] With respect to the requirement that the armed violence must meet a certain minimum level of intensity to be distinguished from mere internal disturbances and tensions, the Chamber notes that the fact that these groups exercised control over such a large part of Mali for such a protracted period – with the resulting effect on the civilian populations concerned – clearly demonstrates a sufficient degree of intensity of the conflict [...]».

violazioni gravi delle leggi e degli usi applicabili ai conflitti armati non internazionali⁴⁰³ «[...] dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, monumenti storici, ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari». Al Mahdi, che nel frattempo era scappato in Nigeria, venne arrestato e trasferito all'Aja il 26 settembre 2015; il 17 dicembre dello stesso anno, il Procuratore Bensouda formulò il capo d'accusa, incriminando Al Mahdi per la distruzione intenzionale di monumenti storici ed edifici destinati alla religione come crimine di guerra. Il processo, conclusosi il 27 settembre 2016 con una sentenza di condanna a nove anni di carcere, si è risolto in maniera eccezionalmente rapida anche grazie alla collaborazione e all'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato⁴⁰⁴. Si è trattato di una sentenza che ha fatto epoca, e che ha ulteriormente consolidato il sentimento internazionale di repressione delle aggressioni contro i beni culturali; per di più, oltre ad essere stato il primo caso, davanti alla CPI, riguardante il danneggiamento di beni culturali come crimine di guerra, è stato anche il primo caso in assoluto, davanti ad un tribunale penale internazionale, in cui la distruzione di beni culturali era l'unico capo di imputazione.

La Corte ha innanzitutto rilevato la totale assenza di una necessità militare a giustificazione delle operazioni di distruzione; inoltre nove tra i monumenti rasi al suolo, ossia la moschea *Sidi Yahia* e i mausolei di nove santi Sufi, erano parte integrante del bene "Timbuctù", iscritto fin dal 1988 nella WHL dell'UNESCO in virtù del suo eccezionale valore storico e religioso⁴⁰⁵. La circostanza che i beni distrutti fossero iscritti nella Lista del patrimonio mondiale, e dunque ricevessero un riconoscimento speciale a livello internazionale a causa del loro straordinario valore non solo per la popolazione del Mali, ma per l'intera umanità, ha permesso alla Corte

⁴⁰³ La medesima disposizione applicata ai conflitti internazionali è contenuta nell'art. 8, par. 2, lett. b), punto (ix) dello Statuto.

⁴⁰⁴ Per la prima volta nella giurisprudenza della CPI, si è assistito ad un'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato a norma dell'art. 64, par. 8, lett. a) dello Statuto di Roma.

⁴⁰⁵ Il sito è stato iscritto nella WHL sulla base dei criteri (ii), (iv) e (v) di *outstanding universal value*. Così si legge sul *report* dell'ICOMOS (Doc. n. 119 Rev., luglio 1988): «The mosques and holy places of Timbuktu have played an essential role in the spread of Islam in Africa at an early period. The three great mosques of Timbuktu, restored by the Qadi Al Aqib in the 16th century, bear witness to the golden age of the intellectual and spiritual capital at the end of the Askia dynasty. The three mosques and mausoleums are outstanding witnesses to the urban establishment of Timbuktu, its important role of commercial, spiritual and cultural centre on the southern trans-Saharan trading route, and its traditional characteristic construction techniques. Their environment has now become very vulnerable under the impact of irreversible change». Proprio a causa degli eventi successi durante il conflitto in Mali, il sito è ancora oggi iscritto nella WHLD dell'UNESCO.

di valutare la gravità del crimine commesso da Al Mahdi sotto una duplice luce, in quanto gli edifici distrutti avevano sia un carattere religioso che un valore culturale⁴⁰⁶. La Corte, pur dichiarando esplicitamente che i crimini contro le persone sono più gravi dei crimini contro i beni⁴⁰⁷, ha tuttavia riconosciuto che i crimini commessi da Al Mahdi avevano una gravità considerevole⁴⁰⁸, e questo perché gli edifici attaccati non avevano semplicemente una funzione religiosa, ma erano anche beni culturali iscritti nella WHL dell'UNESCO, dunque ufficialmente riconosciuti come patrimonio dell'umanità, con tutte le garanzie internazionali previste. La loro distruzione, dunque, non rappresentava solo una lesione per gli abitanti del luogo, deliberatamente colpiti nella loro libertà religiosa ed identità culturale, ma per l'intera Comunità internazionale⁴⁰⁹. In questo modo la Corte ha indirettamente affermato che l'iscrizione di un bene in una delle due liste previste dalla Convenzione del 1972 vale a fugare qualsiasi dubbio circa il valore storico e culturale di un bene; pur non rappresentando, tale iscrizione, un requisito decisivo per l'applicazione dell'art. 8, par. 2, dello Statuto di Roma⁴¹⁰. In questo senso, la sentenza della CPI sul caso *Al Mahdi* è di grande importanza: sull'esempio della *Trial Chamber* dell'ICTY nel caso *Jokić*, la CPI ha fatto ricorso alla nozione di "patrimonio mondiale" dell'UNESCO per qualificare la gravità di un crimine internazionale:

«These mausoleums and mosques all qualify as both religious buildings and historic monuments, as evidenced by their role in the cultural life in Timbuktu and the status of nine of these buildings as UNESCO World Heritage sites. UNESCO's designation of these buildings reflects their special importance to international cultural heritage, noting that 'the wide diffusion of culture, and the education of humanity for justice and liberty and peace are indispensable to the dignity of man and constitute a sacred duty which all the nations must fulfil in a spirit of mutual assistance and concern' [in base al Preambolo della

⁴⁰⁶ Si veda T. Scovazzi, *La prima sentenza della Corte penale internazionale*, cit., p. 80.

⁴⁰⁷ *Situation in the Republic of Mali*, cit., par. 77: «In the view of the Chamber, even if inherently grave, crimes against property are generally of lesser gravity than crimes against persons».

⁴⁰⁸ *Ibid.*, par. 109: «The Chamber finds that the crime for which Mr Al Mahdi is being convicted is of significant gravity».

⁴⁰⁹ *Ibid.*, par. 80: «The witness testified that destroying the mausoleums, to which the people of Timbuktu had an emotional attachment, was a war activity aimed at breaking the soul of the people of Timbuktu. [...] Furthermore, all the sites but one [...] were UNESCO World Heritage sites and, as such, their attack appears to be of particular gravity as their destruction does not only affect the direct victims of the crimes, namely the faithful and inhabitants of Timbuktu, but also people throughout Mali and international community».

⁴¹⁰ T. Scovazzi, *La prima sentenza della Corte penale internazionale*, cit., p. 81.

Costituzione dell'UNESCO]. Attacking these mausoleums and mosques was clearly an affront to these values; as Mr Al Mahdi said himself during the Djingareyber Mosque attack: 'It's probably the oldest mosque here in town, and is considered a heritage site [...] a World Heritage Site. There are so many rumours relating to these shrines [...]. Those UNESCO jackasses – this [...] they think that this is heritage. Does 'heritage' include worshipping cows and trees?'»⁴¹¹

La conferma della gravità del crimine in questione, e di come gli effetti lesivi si siano estesi anche alla Comunità internazionale, è arrivata dallo stesso Al Mahdi, il quale, nella sua ammissione di colpevolezza, ha espresso «deep regret and great pain» per i crimini commessi e per il danno causato alla sua famiglia, al popolo di Timbuctù, al suo paese e alla Comunità internazionale⁴¹²; un messaggio non da poco, che a parere della Corte serviva a ripristinare la pace nel Mali settentrionale, alleviando le sofferenze morali delle vittime e possibilmente scongiurando la commissione di crimini simili in Mali o altrove⁴¹³.

La sentenza della CPI sul caso *Al Mahdi* ha avuto l'indubbio merito di stabilire con chiarezza che la distruzione di beni culturali costituisce un crimine di guerra di considerevole gravità, laddove soprattutto i beni in questione abbiano un valore culturale universale, oltre che un significato religioso; il fatto, poi, che lo stesso imputato abbia riconosciuto, in coscienza, l'entità del suo crimine, rende il legame tra gli atti di distruzione di beni culturali durante un conflitto armato e i crimini di guerra un binomio inattaccabile. Tuttavia anche un giudizio così importante, anche alla luce dei primati che ha segnato, ha prestato il fianco ad alcune critiche, legate in particolar modo all'approccio seguito dalla Corte, che ha circoscritto le proprie valutazioni alla presenza di un conflitto armato, nel caso di specie, e all'inquadramento delle azioni compiute da Al Mahdi tra i crimini di guerra, senza approfondire adeguatamente l'elemento dell'intenzionalità e la possibilità di far rientrare la condotta tra i crimini contro l'umanità. Su quest'ultimo punto, e sugli importanti spunti giurisprudenziali al riguardo, si tornerà nel prossimo paragrafo.

⁴¹¹ *Situation in the Republic of Mali*, cit., par. 46.

⁴¹² *Situation in the Republic of Mali*, cit., par. 103.

⁴¹³ *Ibid.*, par. 100.

2.3 La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come crimine contro l'umanità

Come già sottolineato in precedenza, nella maggior parte dei casi di distruzione deliberata del patrimonio culturale il bersaglio degli autori non è il bene culturale in quanto tale, ma le comunità e le persone per le quali quel bene riveste un significato speciale. Esaminati in questa prospettiva, tali atti rivelano un inconfutabile intento discriminatorio e persecutorio nei confronti di uno specifico gruppo culturale, o addirittura contro la Comunità internazionale nel suo insieme. Lo scopo, per quanto riguarda le comunità direttamente lese, è quello di favorire la loro umiliazione e mortificazione, determinando un logoramento del loro senso di appartenenza, unità e orgoglio, che nei casi peggiori può degenerare nell'annullamento della loro identità culturale. Alla luce di queste connotazioni, è evidente come la distruzione deliberata del patrimonio culturale finisca per integrare una soglia di gravità ben superiore a quella rappresentata dal pregiudizio che tale pratica è suscettibile di causare a ciascun essere umano, a causa della perdita del bene distrutto in virtù delle sue qualità estetiche, artistiche e storiche, ossia il valore culturale inerente al bene in sé; ciò che invece queste condotte mettono a rischio, come sottolineato in dottrina (LENZERINI), «è un valore ben più prezioso, ovvero l'identità di una o più comunità umane»⁴¹⁴, giungendo ad integrare, a causa delle deliberate sofferenze inflitte di natura psicologica e spirituale, il concetto di "persecuzione". E anche in questo frangente, la giurisprudenza penale internazionale ha fornito eccezionali stimoli per ampliare l'inquadramento degli atti dolosi contro i beni culturali al di fuori della categoria dei crimini di guerra.

Già alla fine della Seconda Guerra Mondiale, il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, nel caso *Streicher*, qualificò come "persecuzione" gli atti di distruzione premeditata di sinagoghe, catalogando tali condotte all'interno dei "crimini contro l'umanità"⁴¹⁵. In seguito, all'inizio degli anni Novanta, anche la CDI confermò questa

⁴¹⁴ F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 8.

⁴¹⁵ Così si legge in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg 14 November 1945 – 1 October 1946)*, Germania, 1947, p. 369. Si veda anche *International Military Tribunal, Nuremberg, Judgment*, in *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, pp. 243-247, 294-295. Sull'argomento si vedano, tra i tanti, A. F. Vrdoljak, *The Criminalisation of the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, in T. Bergin, E. Orlando (a cura di), *Forging a Socio-Legal Approach to Environmental Harms*, Routledge, Londra, 2017, p. 237 ss.; F. Lenzerini, *Intentional Destruction of Cultural Heritage, Crimes Against Humanity and Genocide: Towards an*

impostazione, dichiarando espressamente che «persecution may take many different forms, for example [...] the systematic destruction of buildings or monuments representative of a particular social, religious, cultural or other group»⁴¹⁶. È dunque evidente, nella pratica, che questo genere di atti non costituisce un crimine contro i beni e le proprietà, ma rappresenta prima di tutto un *crimine contro le persone*, con tutte le implicazioni che tale configurazione comporta in termini giuridici, specialmente per quanto riguarda la qualificazione del crimine e la perseguibilità degli autori; anche se il contributo più importante, in questo caso, è giunto di nuovo dalla giurisprudenza dell'ICTY.

Se infatti la sentenza *Jokić* del 2004 ha avuto il merito di richiamare la Convenzione del 1972 (dunque un accordo riguardante la tutela dei beni culturali in tempo di pace) per dare un fondamento giuridico alla gravità del crimine contro i beni culturali, individuando nel contempo i valori fondamentali lesi dagli atti di distruzione, tuttavia essa non si è discostata dal dettato dell'art. 3 dello Statuto dell' ICTY, che fa rientrare la distruzione senza motivo e deliberata di città, villaggi e luoghi di culto tra i crimini di guerra. In altri e precedenti casi, invece, l'ICTY aveva indagato il concetto di “persecuzione” applicato alla distruzione intenzionale di beni culturali, affidandosi spesso alla già citata giurisprudenza del Tribunale di Norimberga e ai lavori del 1991 dell'organo di codificazione dell'ONU; ciò ha portato il Tribunale per l'ex Jugoslavia a sviluppare un approccio diverso e molto più audace verso l'inquadramento di queste condotte, spingendosi oltre la caratterizzazione della distruzione del patrimonio culturale come crimine di guerra.

A partire dalla sentenza contro *Tihomir Blaškić* del 2000⁴¹⁷, l'ICTY ha sottolineato il carattere multiforme del concetto di “persecuzione”, che non si ferma alle più manifeste violenze fisiche e psicologiche dirette contro la persona, ma comprende anche «those acts rendered serious not by their apparent cruelty but by the discrimination they seek to instil within humankind», tra cui «[...] destruction of private dwellings or businesses, *symbolic buildings* or means of subsistence belonging to the Muslim population of Bosnia-Herzegovina»⁴¹⁸. La Corte, di

Evolutionary Interpretation of International Criminal Law, in *Europa Ethnica*, 2017, vol. 74, n. 3-4, pp. 66-72.

⁴¹⁶ *Report of the International Law Commission on the Work of its 43rd Session*, 29 aprile-19 giugno 1991, Doc. A/46/10/Suppl. 10, par. 268.

⁴¹⁷ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, No. IT-95-14-T, sentenza, 3 marzo 2000.

⁴¹⁸ *Ibid.*, par. 227. Corsivo aggiunto.

conseguenza, ha riconosciuto che il crimine di persecuzione non comprende solo quelle condotte che procurano danni fisici e mentali, e che in generale violano la libertà individuale, ma anche «[those] acts which appear less serious, such as those targeting property, so long as the victimised persons were specially selected on grounds linked to the belonging to a particular community». E in questa osservazione sembra risiedere la figura stessa della distruzione intenzionale intesa come “atto persecutorio”, comprendente sia l’elemento oggettivo della “selettività” (l’identificazione del gruppo colpito), sia quello soggettivo dell’intenzione (la volontà discriminatoria).

Tuttavia, è stato con la successiva sentenza *Kordić & Cerkez* del 2001⁴¹⁹ che l’ICTY si è spinto oltre, mettendo chiaramente in collegamento la distruzione a scopo persecutorio di edifici culturali, in questo caso religiosi, e la categoria dei “crimini contro l’umanità”⁴²⁰. Qui il Tribunale affermò quanto segue:

«This act, when perpetrated with the requisite discriminatory intent, amounts to an attack on the very religious identity of a people. As such, it manifests a nearly pure expression of the notion of “crimes against humanity”, for all of humanity is indeed injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects. The Trial Chamber therefore finds that the destruction and wilful damage of institutions dedicated to Muslim religion or education, coupled with the requisite discriminatory intent, may amount to an *act of persecution*»⁴²¹.

⁴¹⁹ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Kordić & Cerkez*, No. IT-95-14/2-T, sentenza, 26 febbraio 2001.

⁴²⁰ Sul tema, si veda G. Acquaviva, F. Pocar, *Crimes against Humanity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford Public International Law, 2022; G. Mettraux, *International Crimes: Law and Practice: Volume II: Crimes Against Humanity*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁴²¹ *Ibid.*, par. 207. Il Tribunale ha raggiunto conclusioni simili anche in altre sedi: si veda ICTY Trial Chamber II, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, No. IT-97-24-T, sentenza, 31 luglio 2003, par. 768 («The Trial Chamber therefore concludes that acts of “destruction of, or wilful damage to, religious and cultural buildings”, even if not listed in Article 5 of the Statute, may amount to persecutions»); ICTY Trial Chamber I, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, No. IT-00-39-T, sentenza, 27 settembre 2006, par. 782 («The Chamber considers that the destruction of cultural property as an underlying act of persecution is to be understood as destruction or damage of an institution dedicated to religion, charity, education, or the arts and sciences, historic monuments and works of art and science, when the perpetrator acted with the intent to destroy or damage that property or in the reckless disregard of the substantial likelihood of the destruction or damage»). In dottrina si vedano H. Abtahi, *The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in A. J. Connolly (a cura di), *Cultural Heritage Rights*, Routledge, Londra, 2015, pp. 384-416; I. Liyanage, T. R. Galappaththige, *Protection of Places of Worship during Armed Conflicts: The Enrichment of International Humanitarian Law Through Buddhism*, in *Beijing Law Review*, 2022, vol. 13, pp. 401-412, in particolare p. 404.

Alla luce di questo fondamentale passaggio, la Corte ha riconosciuto che, in certi casi, la distruzione intenzionale dei beni religiosi e culturali di un popolo o di un gruppo può integrare la fattispecie del “crimine contro l’umanità”, più precisamente il crimine di “persecuzione” previsto dall’art. 5, lett. h) dello Statuto dell’ICTY⁴²², sebbene gli attacchi contro il patrimonio culturale non siano esplicitamente contemplati tra i crimini in questione, ma solo, come si è visto, tra le violazioni delle leggi e consuetudini di guerra (art. 3, lett. d))⁴²³. L’elemento qualificante che determina l’innalzamento del livello di gravità della distruzione del patrimonio culturale – da “semplice” violazione delle regole dei conflitti armati a crimine contro l’umanità – è proprio la persecuzione, che essendo perpetrata a causa dei tratti distintivi culturali di una determinata comunità, può essere definita con l’espressione

⁴²² Statuto dell’ICTY, art. 5, lett. h): «The International Criminal Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: [...] (h) persecution on political, racial and religious grounds». Va notato che il *Draft Code* del 1996 della CDI ha recepito, in parte, la definizione di “persecuzione” prevista dall’art. 5, lett. h) dello Statuto dell’ICTY come atto che configura un “crimine contro l’umanità”, aggiungendo l’elemento dell’etnia. Inoltre, per la configurazione del crimine, ha introdotto i requisiti della “sistematicità” e della “diffusione”, oltre all’istigazione da parte dello Stato. Così in *Draft Code 1996*, art. 18, lett. e): «A crime against humanity means any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group: [...] (e) Persecution on political, racial, religious or ethnic grounds». La persecuzione come fattispecie di “crimine contro l’umanità” è presente in altri Statuti: si veda l’art. 6, lett. c) della Carta di Londra dell’8 agosto 1945, con la quale venne istituito il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga («Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts [...] or persecutions on political, racial or religious grounds [...]»); anche lo Statuto della CPI, all’art. 7, par. 1, lett. h) («Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l’umanità s’intende uno degli atti di seguito elencati, se commessi nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell’attacco: [...] Persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso [...]»).

⁴²³ Per una definizione sufficientemente meditata del crimine di “persecuzione”, bisogna fare riferimento sempre alla giurisprudenza dell’ICTY, che ha precisato quanto segue: «The crime of persecution can be committed by either a single or a series of intentional act(s) or omission(s). There is no comprehensive list of acts or omissions that may amount to persecution, and the determination of whether the underlying acts constitute persecution needs to be done on a case-by-case basis. [...] It is not required that acts or omissions underlying persecution be considered crimes under international law. Not every denial of a human right is serious enough to constitute a crime against humanity. [...] These acts or omissions need to be of equal gravity to the crimes listed in Article 5 [of the ICTY Statute] whether considered in isolation or in conjunction with other acts. The test of equal gravity can only be met by a gross or blatant denial of a fundamental right, and must be determined based on ‘a fact specific inquiry’. Persecutory acts might often form part of a discriminatory policy or at least of a patterned discriminatory practice. However, the existence of a discriminatory policy is not a necessary requirement for proving persecution. An act or omission is considered discriminatory when a victim is targeted because of his or her membership in a group defined by the perpetrator on political, racial or religious grounds. [...] [A] discriminatory intent has been inferred from an accused’s knowing participation in a system or enterprise that discriminated on political, social or religious grounds». In ICTY Trial Chamber II, *Prosecutor v. Vujadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Ljubomir Borovčanin, Radivoje Miletić, Milan Gvero, Vinko Pandurević*, IT-05-88-T, sentenza, 10 giugno 2010, parr. 965-969.

“persecuzione culturale”; e la *ratio* di questo crimine risiede nel fatto che il danno provocato al patrimonio culturale di un gruppo è strumentale all’inflizione di una profonda ferita al senso di appartenenza e di identità di quel gruppo come autonoma entità culturale. Si tratta, dunque, di un crimine che lede, prima di tutto, il diritto di ciascuna comunità di preservare e tramandare alle generazioni future la propria identità culturale; ed è chiaro che, alla luce delle peculiari caratteristiche di questa fattispecie, il concetto stesso di “distruzione del patrimonio culturale” debba essere interpretato in maniera ampia. L’espressione “patrimonio culturale”, in particolare, non riguarda solo le forme materiali della cultura, ma va intesa nel senso di “manifestazioni culturali”, comprendenti anche quelle intangibili; parallelamente, il concetto di “distruzione” non si limita agli atti di annientamento dei beni culturali tangibili, dunque in senso esclusivamente “materiale”, ma comprende anche le azioni idonee ad impedire ad una comunità di poter esercitare quelle pratiche culturali considerate fondamentali per la realizzazione della propria identità. Tornando al giudizio *Kordić & Cerkez*, la Corte ha fornito altri importanti spunti interpretativi riguardanti i requisiti per la configurazione di un “crimine contro l’umanità”, vale a dire la “sistematicità” e la “diffusione” della violazione (*a widespread and systematic attack*), richiamando la posizione espressa dalla Camera d’Appello nella sentenza contro *Dusko Tadić* del 1999, dove si era affermato che «crimes which are unrelated to widespread or systematic attacks on a civilian population should not be prosecuted as crimes against humanity»⁴²⁴. Nella sentenza *Kordić & Cerkez*, il Tribunale di primo grado ha però aggiunto che, nonostante le violazioni che si caratterizzano come “crimini contro l’umanità” siano generalmente, per loro natura, parte di una condotta su ampia scala, è sufficiente che venga posto in essere un singolo atto isolato perché questo, se commesso nel quadro di un attacco sistematico e diffuso, costituisca un crimine contro l’umanità⁴²⁵. Questo vale naturalmente anche per la “persecuzione culturale”, che per configurarsi non richiede necessariamente una serie diffusa di aggressioni contro il patrimonio

⁴²⁴ ICTY Appeal Chamber, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, No. IT-94-1-A, sentenza, 15 luglio 1999, par. 271.

⁴²⁵ Si veda *Prosecutor v. Kordić & Cerkez*, cit., par. 178: «Although generally, because of their very nature, offences which are characterised as crimes against humanity are part of a course of conduct, Trial Chambers have also accepted that a single isolated act by a perpetrator, if linked to a widespread or systematic attack, could constitute a crime against humanity». Su questo punto si esprime favorevolmente anche F. Francioni, *La protezione internazionale dei beni culturali*, cit., p. 12, in particolare la nota 28.

culturale di un popolo, dal momento che l'atto distruttivo può anche essere uno solo; ciò che conta è la presenza della *mens rea* discriminatoria, che, tra le diverse forme di crimini contro l'umanità (omicidio, sterminio, tortura, stupro), è propria solo della persecuzione⁴²⁶. Questo crimine, infatti, stando alla sentenza di primo grado nel caso *Tadić*, richiede tre requisiti base: la presenza di un atto o un'omissione a carattere discriminatorio; che la natura discriminatoria della condotta sia fondata sulla razza, la religione o ragioni politiche; l'intenzione di causare e un'effettiva violazione di un diritto fondamentale⁴²⁷.

Nonostante l'impostazione suggerita dal Tribunale nel citato par. 207 della sentenza *Kordić & Cerkez* si applichi, principalmente, al patrimonio culturale a carattere religioso, alla luce del significato spirituale che lo contraddistingue per le popolazioni coinvolte, essa si può ben estendere, come sottolineato in dottrina⁴²⁸, anche al patrimonio culturale non religioso, una volta stabilito che questo rappresenta un elemento essenziale dell'identità culturale di una determinata comunità o gruppo. Tale posizione è stata ribadita sempre dall'ICTY, in particolare nel 2013 dalla *Trial Chamber III* che ha definito "crimine di persecuzione" la distruzione intenzionale del Ponte Vecchio di Mostar (*Stari Most*), in Bosnia-Erzegovina, avvenuta nel novembre 1993, in considerazione del fatto che vi era «the intention of discriminating against the Muslims of the Municipality of Mostar and violating their basic rights to life, human dignity, freedom and property [...]», e tenendo ben presente che il ponte possedeva «[an] undeniable cultural, historical and symbolic value for the Muslims»⁴²⁹. Questa conclusione della *Trial Chamber*, in verità, è stata successivamente rovesciata dalla Camera d'Appello, sulla base del presupposto che i fatti presentati non dimostravano, oltre ogni ragionevole dubbio, l'intento discriminatorio dei responsabili delle distruzioni, che rappresenta l'indispensabile *conditio sine qua non* per configurare l'atto come persecutorio, dunque un crimine

⁴²⁶ *Ibid.*, par. 199: «[W]hile the notion of persecution is generally used to describe a series of acts, the Trial Chamber agrees [...] finding that a single act may constitute persecution, provided there is clear evidence of the discriminatory intent». Par. 211: «[T]he discriminatory intent "is an indispensable legal ingredient of the offence only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for Article 5(h), concerning various types of persecution».

⁴²⁷ I requisiti indicati dalla *Trial Chamber* nel caso *Tadić* sono riportati nella sentenza *Kordić & Cerkez* (par. 189). Nello stesso paragrafo, la Corte ribadisce che «persecution is the only crime against humanity enumerated in Article 5 to require a discriminatory intent».

⁴²⁸ Cfr. F. Lenzerini, *Intentional Destruction*, cit., p. 83.

⁴²⁹ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Prlić et al.*, No. IT-04-74-T, sentenza, 29 maggio 2013, par. 1713, 1711.

contro l'umanità⁴³⁰. La posizione espressa dal giudice di secondo grado, tuttavia, non pregiudica in alcun modo l'idea di partenza che gli attacchi deliberati contro il patrimonio culturale, laddove si riscontri un intento discriminatorio da parte degli autori, rientrino tra i crimini contro l'umanità.

Infine, il brano citato dalla sentenza *Kordić & Cerkez* contiene un'altra affermazione alquanto significativa, e cioè che «all of humanity is [...] injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects». Questa constatazione esprime il principio secondo cui il pregiudizio che deriva da un atto di distruzione di un bene culturale, nonché dal conseguente danno inflitto all'identità delle comunità che attribuivano a quel bene un importante valore simbolico e spirituale, non esaurisce i suoi effetti nei confronti dei gruppi direttamente colpiti, ma si proietta sull'*intera umanità*, anch'essa offesa dalle conseguenze di un simile atto. Questo principio è stato successivamente ribadito, anche in termini più espliciti, si ricorderà, nella sentenza del 2004 sul caso *Jokić*, dove i giudici hanno affermato che il bombardamento del centro storico di Dubrovnik «[...] was not only an attack against the history and heritage of the region, but also against the cultural heritage of humankind»⁴³¹. In tal modo l'ICTY ha aggiunto la propria voce ad una prassi internazionale conforme, testimoniata da alcuni passaggi contenuti nei trattati internazionali maggiormente rilevanti in tema di patrimonio culturale, e che fissano il medesimo principio: tra questi emerge, in particolare, il solenne inciso contenuto nel Preambolo della Convenzione dell'Aja del 1954, dove si afferma che «i danni arrecati ai beni culturali, qualunque sia il popolo cui appartengono, pregiudicano il patrimonio culturale dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale», da cui consegue che «la conservazione del patrimonio culturale è di grande importanza per tutti i popoli del mondo [...]»⁴³². In termini simili si esprime, come si sa, anche la Convenzione UNESCO del 1972, quando dichiara solennemente che «la degradazione o la sparizione di un bene del patrimonio culturale e naturale è un impoverimento nefasto del patrimonio di tutti i popoli del mondo»⁴³³, e così pure le successive convenzioni UNESCO sul patrimonio

⁴³⁰ Cfr. ICTY Appeal Chamber, *Prosecutor v. Prlić et al.*, No. IT-04-74-A, sentenza, 29 novembre 2017, parr. 422-423.

⁴³¹ *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, cit., par. 51.

⁴³² Convenzione dell'Aja del 1954, Preambolo, alinea 2 e 3.

⁴³³ Convenzione UNESCO del 1972, Preambolo, alinea 3.

subacqueo del 2001⁴³⁴, sul patrimonio immateriale del 2003⁴³⁵ e sulla diversità culturale del 2005⁴³⁶.

Negli anni, la validità dell'approccio proposto dalla ICTY ha inoltre trovato conferma presso altre sedi internazionali: nel 2012, ad esempio, la Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, in risposta alla distruzione degli edifici storici e religiosi di Timbuctù da parte degli estremisti di Ansar Dine, prese una posizione molto chiara e decisa, esprimendo il proprio sgomento verso atti così vergognosi e condannando «in the strongest possible terms such barbaric and unspeakable acts which it considers as war crimes *and crimes against humanity* and which are inconsistent with [...] human rights and international humanitarian law»⁴³⁷. In maniera analoga, nel maggio 2015 l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato la risoluzione 69/281 (*Saving the cultural heritage of Iraq*), dove ha dichiarato che la distruzione del patrimonio culturale cancella la memoria di una nazione e rappresenta un trauma per le comunità, poiché minaccia la loro identità culturale⁴³⁸; in questo modo l'AG ha messo in evidenza il principale valore colpito dagli atti di distruzione dei beni culturali, ossia il significato culturale e spirituale di tale patrimonio, che, come già rilevato in dottrina (SANDOZ et al.), è intimamente associato alla cultura e alla storia di un determinato popolo, e costituisce nel contempo un elemento fondamentale della sua distintiva identità culturale⁴³⁹. Si tratta di aspetti che, in maniera assai rilevante, sono stati presi in grande considerazione in tempi recenti anche dalla CPI, all'interno del *Policy on Cultural Heritage* pubblicato dall'Ufficio del Procuratore nel giugno 2021. In questo documento sono state attentamente messe in rilievo le

⁴³⁴ Convenzione UNESCO del 2001, Preambolo, alinea 1: «[...] the importance of underwater cultural heritage as an integral part of the cultural heritage of humanity and a particularly important element in the history of peoples, nations, and their relations with each other concerning their common heritage».

⁴³⁵ Convenzione UNESCO del 2003, Preambolo, dove viene enfatizzato il legame esistente tra il patrimonio culturale immateriale e i diritti umani, nonché «[...] il rilevante ruolo del patrimonio culturale immateriale in quanto

fattore per riavvicinare gli esseri umani e assicurare gli scambi e l'intesa fra di loro».

⁴³⁶ Convenzione UNESCO del 2005, Preambolo, alinea 2: «[...] consapevole che la diversità culturale rappresenta un patrimonio comune dell'umanità e che dovrebbe essere valorizzata e salvaguardata a beneficio di tutti».

⁴³⁷ *African Commission on Human and Peoples' Rights, Press release on the destruction of cultural and ancient monuments in the Malian city of Timbuktu*, 10 luglio 2012. Corsivo aggiunto.

⁴³⁸ Cfr. Assemblea generale ONU, *Saving the cultural heritage of Iraq*, Doc. A/RES/69/281, 28 maggio 2015, alinea 9: «[The General Assembly] *Affirming* that the destruction of cultural heritage, which is representative of the diversity of human culture, erases the collective memories of a nation, destabilizes communities and threatens their cultural identity [...]».

⁴³⁹ Cfr. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Ginevra, 1987, p. 646, par. 2064; così anche F. Lenzerini, *Intentional Destruction*, cit., p. 84.

numerose connessioni tra gli attacchi contro il patrimonio culturale e le varie forme di crimini contro l'umanità, comprendenti, oltre alla persecuzione (art. 7, par. 1, lett. h), anche gli attacchi contro la popolazione civile, lo sterminio (lett. b), gli atti di tortura (lett. f) e altri atti inumani (lett. k)⁴⁴⁰.

2.3.1 *Alcune considerazioni critiche sulla sentenza Al Mahdi*

Alla luce di quanto affermato nel paragrafo precedente, risulta oltremodo sorprendente che nel caso *Al Mahdi* la CPI, pur individuando nelle motivazioni religiose e discriminatorie invocate per la distruzione dei mausolei islamici a Timbuctù un elemento di odiosa gravità, abbia alla fine condannato l'imputato solamente per crimini di guerra, senza considerare questo emblematico episodio di distruzione intenzionale di un patrimonio culturale sotto la lente, sicuramente più congeniale, dei crimini contro l'umanità. Al contrario questo riferimento al valore della cultura come espressione dell'identità di un popolo è stato messo da parte nella sentenza *Al Mahdi*, dove invece la Corte ha preferito adottare un approccio "universalista"⁴⁴¹ nella lettura del crimine in questione, concentrandosi sull'*outstanding universal value* dei beni colpiti e usando principalmente questo elemento, per quanto di grande importanza, come parametro per valutare il livello di gravità del gesto commesso da Al Mahdi; in tal modo perdendo l'occasione di approfondire l'inquadramento degli atti in esame tra i crimini contro l'umanità, sviluppando il concetto di "persecuzione culturale" e seguendo la linea suggerita anni prima dalla ICTY. Si è trattato di una mancanza di non poco conto, considerato che lo stesso Procuratore Betsouda, nella dichiarazione di apertura per la conferma delle accuse contro Al Mahdi, aveva posto l'accento proprio sull'importanza che i siti e i monumenti colpiti rivestivano per l'identità delle comunità locali, e che l'attacco intenzionale rivolto a questi simboli storici andava considerato alla stregua di un assalto alla dignità e all'identità di intere popolazioni⁴⁴²; e lo stesso Al Mahdi, nella

⁴⁴⁰ CPI, *Policy on Cultural Heritage*, giugno 2021, pp. 23-30.

⁴⁴¹ Sulla distinzione tra universalismo e relativismo culturale nel diritto penale internazionale, si veda P. Casaly, *Al Mahdi before the ICC. Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, vol. 14, pp. 1199-1220.

⁴⁴² *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of the confirmation of charges hearing in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi*, 1 marzo 2016. Il Procuratore non ha mancato, comunque, di sottolineare il valore universale dei siti distrutti, ricavando da questo un'esigenza generale di protezione del patrimonio culturale: «Beyond Mali, the sites attacked were not only important for the people of Timbuktu and Mali. They were also important for

sua ammissione di colpevolezza, non ha mancato di rilevare le profonde connessioni tra i monumenti distrutti e la comunità colpita, mostrando sentimenti di empatia nei confronti delle vittime del crimine da lui commesso⁴⁴³.

Oltretutto, è stato dimostrato che gli elementi necessari per configurare questi atti come crimini contro l'umanità erano di fatto presenti, all'epoca della distruzione dei mausolei: non solo, infatti, gli attacchi contro la popolazione della regione di Timbuctù comprendevano numerosi crimini, tra cui omicidi, torture e stupri⁴⁴⁴, ma questi atti criminosi erano diretti a strappare, alla popolazione sottomessa, la cieca obbedienza alla visione estrema della *Sharia* propugnata dagli *ihadisti*, al fine di consolidare il loro potere sulla regione. Dunque le condizioni richieste dall'art. 7, par. 1 dello Statuto di Roma – ossia la presenza di un «*esteso o sistematico* attacco contro popolazioni civili, con la *consapevolezza* [dello stesso]» – erano sicuramente soddisfatte; e gli atti alla base di questo disegno criminoso avevano come fine l'imposizione della politica fondamentalista di Ansar Dine e dell'AQIM⁴⁴⁵. Al di là degli aspetti relativi al contesto delle condotte criminose, bisogna considerare anche gli elementi specifici della “persecuzione”, che anche lo Statuto di Roma fa rientrare tra gli atti che costituiscono un crimine contro l'umanità: l'art. 7, lett. h) dello Statuto parla di «[p]ersecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale [...], o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale [...]»⁴⁴⁶. Anche questi elementi erano pienamente presenti nel caso del Mali: le aggressioni e gli attacchi rivolti contro la popolazione locale avevano chiaramente un carattere discriminatorio, poiché miravano a colpire la forma moderata dell'Islam praticato nel Nord del Mali; ed è indubbio che la distruzione dei santuari *Sufi* e dei mausolei fosse parte integrante di un piano persecutorio. Facendo una valutazione alla luce dei requisiti indicati nella

the whole Africa and the entire world. It is rightly said that “cultural heritage is the mirror of humanity”. Such attacks affect humanity as a whole. We must stand up to the destruction and defacing of our common heritage. [...] [A]ll of sites in Timbuktu had been designated by UNESCO as World Heritage sites. [...] Humanity as a whole was affected by this loss».

⁴⁴³ CPI, sentenza *Al Mahdi*, par. 104.

⁴⁴⁴ Che rientrano tra i crimini contro l'umanità ai sensi dello Statuto di Roma, all'art. 7 lett. a), f), g).

⁴⁴⁵ Cfr. P. Rossi, *op. cit.*, p. 93; S. A. Green Martínez, *Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali. A Crime Against Humanity?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, vol. 13, pp. 1073-1097, in particolare pp. 1090-1092.

⁴⁴⁶ L'art. 7, par. 2, lett. g) dello Statuto di Roma fornisce una definizione di “persecuzione”, con la quale si intende «[...] la intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali, in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo o della collettività».

sentenza *Tadić* del 1997⁴⁴⁷ perché si integri il crimine di persecuzione, le aggressioni contro il patrimonio culturale del Mali vi rientrano pienamente, sia per quanto riguarda l'elemento oggettivo dell'atto avente natura discriminatoria fondata, in questo caso, sulla religione (l'attacco materiale contro i simboli della fede della comunità perseguitata), sia per quanto riguarda l'intenzione che ha animato la condotta (imporre una visione fondamentalista negando l'identità culturale e religiosa dei gruppi colpiti).

Inoltre, la natura persecutoria delle distruzioni è stata esplicitamente riconosciuta dalla *Trial Chamber* della CPI, quando ha affermato che «[...] the discriminatory religious motive invoked for the destruction of the sites is undoubtedly relevant to its assessment of the gravity of the crime»⁴⁴⁸. Tuttavia, come appunto si legge nelle parole della Corte, il carattere discriminatorio delle condotte, nel caso in questione, è stato considerato alla stregua di un elemento aggiuntivo, utile per valutare la gravità del crimine, che rimaneva pur sempre un crimine di guerra; in altre parole, non è servito a inquadrare le distruzioni in una prospettiva diversa, divenendo l'elemento costitutivo di un atto di persecuzione, ossia un crimine contro l'umanità.

2.4 La distruzione del patrimonio culturale come prova del crimine di genocidio. Il dibattito sul "genocidio culturale", dalla Convenzione del 1948 alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia e della Corte internazionale di giustizia

Il "genocidio", così come definito nella *Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio* del 1948⁴⁴⁹ (da qui in avanti "Convenzione del 1948"), consiste nella distruzione fisica o biologica, in tutto o in parte, di un determinato gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale. Esso richiede la presenza di un intento specifico (un *dolus specialis*) da parte degli autori, ossia eliminare il gruppo preso di mira attraverso uno dei seguenti atti: uccidendo i membri del gruppo; provocando lesioni gravi alla loro integrità fisica e mentale; sottoponendoli a condizioni di vita finalizzate alla loro distruzione fisica, sia essa

⁴⁴⁷ V. *supra*, nota 425.

⁴⁴⁸ *Situation in the Republic of Mali*, cit., par. 81.

⁴⁴⁹ La Convenzione è stata firmata a New York il 9 dicembre 1948, ed è entrata in vigore il 12 gennaio 1951. L'Italia ha aderito alla Convenzione con legge 11 marzo 1952, n. 153 (pubblicata sulla G.U. Serie Generale n. 74, 27 marzo 1952).

totale o parziale; adottando misure intese a impedire le nascite all'interno di quel gruppo; deportando i fanciulli da un gruppo all'altro⁴⁵⁰. Tra le fattispecie indicate, dunque, non viene fatto riferimento alla distruzione dei beni culturali appartenenti a quel gruppo né, in generale, al crimine di distruzione dei beni culturali, che infatti è stato escluso dal testo finale della Convenzione del 1948. Tuttavia, durante i lavori preparatori dell'Accordo⁴⁵¹, anche le azioni distruttive contro il patrimonio culturale furono prese seriamente in considerazione.

In una delle prime bozze della Convenzione, risalente all'agosto del 1947⁴⁵², tra le varie forme di genocidio da prevenire e perseguire figurava appunto il c.d. "genocidio culturale"⁴⁵³, che poteva configurarsi secondo diverse modalità, tra cui la «systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien uses, destruction or dispersion of documents and objects of historical, artistic, or religious value and of objects used in religious worship»⁴⁵⁴. La *ratio* alla base di questa concettualizzazione trovava fondamento nelle appassionate riflessioni di diversi membri del *drafting committee*, a cominciare da RAPHAEL LEMKIN (1900-1959), il progenitore intellettuale della nozione di "genocidio"⁴⁵⁵, il quale affermava che un gruppo razziale, nazionale o religioso non poteva in alcun modo continuare

⁴⁵⁰ Si riporta qui di seguito il testo completo dell'art. II della Convenzione del 1948: «Nella presente Convenzione, per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale: a) uccisione di membri del gruppo; b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; c) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo all'altro».

⁴⁵¹ Per una ricostruzione dettagliata, si veda Y. Shany, *The Road to the Genocide Convention and Beyond*, in P. Gaeta (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3 ss. Si veda anche M. Lippman, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Fifty Years Later*, in *Arizona Journal of International Comparative Law*, 1998, vol. 15, pp. 415-514.

⁴⁵² *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*, UN Doc. E/477 allegato all'ECOSOC Res. 77 (V), 6 agosto 1947, Art. II, par. 2, lett. e). Per una breve ma dettagliata ricognizione del processo di elaborazione del concetto di "genocidio culturale" durante i lavori preparatori della Convenzione del 1948, si rimanda a M. Lippman, *Art and Ideology in the Third Reich: The Protection of Cultural Property and the Humanitarian Law of War*, in *Dickinson Journal of International Law*, 1998, vol. 17, in particolare pp. 60-63.

⁴⁵³ Si veda *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*, cit., pp. 26-28.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁵⁵ Il valore dell'opera di Lemkin è inestimabile. Ai fini di questo studio rileva, oltre naturalmente al suo lavoro più celebre, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, (Columbia University Press, New York, 1944), anche il contributo *Genocide as a Crime under International Law*, in *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, pp. 145 ss. Per un'introduzione alla figura di Raphael Lemkin e alla genesi della Convenzione del 1948, si veda il bel contributo di M. Flores, *Come si è giunti alla Convenzione sul genocidio*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, vol. 9, n. 3, pp. 551-569.

ad esistere «[...] unless it preserves its spirit and moral unity»⁴⁵⁶, e che ciò dipendesse dalla perpetuazione della sua cultura⁴⁵⁷. Vale la pena riportare integralmente la sua posizione, come descritta nei commenti alla *Draft Convention* del 1947:

«Such a group's right to existence was justified not only from the moral point of view, but also from the point of view of the value of the contribution made by such a group to civilization generally. If the diversity of cultures were destroyed, it would be as disastrous for civilization as the physical destruction of nations. [Professor Lemkin] added that means of cultural genocide were criminal acts under municipal law and that hence there was no reason why they should not be included in the international crime of genocide. [He] pointed out that cultural genocide was much more than just a policy of forced assimilation by moderate coercion [...]. It was a policy which by drastic methods, aimed at the rapid and complete disappearance of the cultural, moral, religious life of a group of human beings»⁴⁵⁸.

Come si diceva, altri membri della commissione erano allineati su questa posizione: il Dott. PÉREZ PEROZO, del Venezuela, sottolineava ad esempio il fatto che fosse possibile spazzare via un gruppo umano distruggendo il suo patrimonio culturale, permettendo allo stesso tempo ai suoi membri di sopravvivere⁴⁵⁹. In una successiva bozza della Convenzione del maggio 1948, la fattispecie del “genocidio culturale” si arricchì di un’ulteriore forma, riguardante la distruzione di «[...] libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship and other cultural institutions and objects of the group», condotta con l’intento di cancellare la cultura di quel gruppo come un atto di genocidio⁴⁶⁰; nello specifico, l’art. III della bozza era espressamente dedicato al “genocidio culturale”, inteso come «any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion or culture of a national, racial or religious group in grounds of national or racial origin or religious belief [...]». Era evidente, quindi, che i membri del *drafting committee* riconoscevano che la repressione del

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁵⁷ Cfr. M. Lippman, *Art and Ideology in the Third Reich*, cit., p. 60.

⁴⁵⁸ *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*, cit., p. 27.

⁴⁵⁹ Cfr. ECOSOC, *Ad Hoc Commission of Genocide*, 3rd Year, 6th Sess., 5th Mtg., p. 2, UN Doc. E/AC.25/SR.5, 1948. Si veda anche M. Lippman, *Art and Ideology in the Third Reich*, cit., p. 61.

⁴⁶⁰ *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*, UN Doc. E/794, allegato all’ECOSOC, 3rd Year, 7th Sess., Supp. No. 6, 24 maggio 1948, p. 17, Art. III, par. 2.

genocidio era finalizzata non solo a proteggere l'esistenza fisica di un gruppo, ma anche la sua cultura. Del resto, come sottolineato da un altro membro del Comitato (il Prof. ZOUREK, della Cecoslovacchia), la distruzione della cultura era stato uno dei caratteri peculiari delle politiche genocidarie naziste durante la Seconda Guerra Mondiale⁴⁶¹; e ancora, che il genocidio culturale «represented the end, whereas physical genocide was merely the means. [...] It would be against all reason to treat physical genocide as a crime and not to do the same for cultural genocide»⁴⁶².

Tuttavia, già all'epoca della prima bozza del 1947, gli esperti che coadiuvavano il Segretario generale dell'ONU (il Prof. DONNADIEU DE VABRES, della Facoltà di Giurisprudenza di Parigi, e il Prof. VEPASIAN V. PELLA, Presidente dell'Associazione Internazionale per il Diritto Penale) si erano mostrati contrari all'introduzione di questa disposizione, sostenendo che la protezione della cultura fosse un'estensione non necessaria della nozione di genocidio, che era stata invece creata per proteggere l'integrità fisica di un gruppo⁴⁶³; alla fine la Sesta Commissione dell'AG ONU respinse il concetto di "genocidio culturale", e preparò il testo finale della Convenzione che venne adottato in seduta plenaria dall'AG. L'opposizione che si era sviluppata intorno all'inclusione del genocidio culturale all'interno della Convenzione derivava dal fatto che «the concept was not susceptible to adequate definition, thereby potentially giving rise to abusive and illegitimate claims of genocide; that it might interfere with legitimate efforts by states to foster a national community and civilize so-called 'primitive' (generally colonial or indigenous) peoples; that the destruction of a group's cultural attributes did not rise to the level of physical destruction, the main concern of the Convention; that the subject was more appropriately left to the realm of human rights; and that its inclusion might prevent states from joining the Convention»⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Assemblea generale ONU, UNGAOR, 6th Comm. 3d Sess., 83d mtg., 25 ottobre 1948, p. 205. Così anche in M. Lippman, *Art and Ideology in the Third Reich*, cit., p. 59: «The notion that the Nazi's destruction [...] of cultural property was a component of genocide was most fully articulated in the prosecution of Artur Greise, former Governor and National Socialist leader in Poznan in the annexed Polish territories». Il riferimento è al processo contro Gauletier Artur Greiser, ristampato in *War Crimes Commission, XIII Law Report of Trials of War Criminals*, pp. 70-117.

⁴⁶² Così si esprimeva il delegato del Pakistan, Mr. Khan. UNGAOR, 6th Comm. 3d Sess., 83d mtg., cit., p. 193.

⁴⁶³ *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*, 1947, cit., p. 27.

⁴⁶⁴ Citato in S. R. Ratner, J. S. Abrams, J. L. Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 33.

La nozione di “genocidio” contenuta nella Convenzione del 1948 (fatta esclusione per il “genocidio culturale”, per i motivi menzionati) è stata successivamente incorporata negli ordinamenti nazionali degli Stati che hanno ratificato la Convenzione⁴⁶⁵. Di conseguenza, la stragrande maggioranza delle norme penali nazionali che incriminano il genocidio non includono il concetto di genocidio culturale, con una sola importante eccezione: la *Nazi and Nazi Collaborators (Punishment) Law*, uno statuto israeliano del 1950 adottato contestualmente alla legge di ratifica della Convenzione del 1948⁴⁶⁶. Questa legge ha introdotto nell’ordinamento israeliano una nuova categoria di reati, i c.d. “crimini contro il popolo ebraico”; questa tipologia di crimini, chiaramente ispirata al dettato della Convenzione del 1948, proibisce espressamente, all’art. 1, lett. b), punto 6, gli atti di distruzione o di profanazione dei valori e delle risorse culturali e religiose del popolo ebraico. All’origine di questa disposizione c’era la lucida decisione di includere una dimensione culturale nella definizione del crimine, allo scopo di far emergere la vera e unica natura del genocidio degli ebrei, che aveva riguardato non solo l’annientamento fisico, ma l’esistenza culturale stessa del popolo ebraico⁴⁶⁷. In tempi più recenti, anche la giurisprudenza internazionale è intervenuta sulla questione del “genocidio culturale”, respingendone l’esistenza ma allo stesso tempo introducendo alcune considerazioni molto significative. La Camera di primo grado dell’ICTY, in particolare, con la sentenza contro *Radislav Krstić*⁴⁶⁸ del 2001, richiamò

⁴⁶⁵ Attualmente (marzo 2024) gli Stati parti della Convenzione sono 153. L’Italia ha introdotto il crimine di genocidio nel proprio ordinamento con legge 9 ottobre 1967, n. 962, *Prevenzione e repressione del delitto di genocidio* (pubblicata sulla G.U. Serie Generale n. 271, 30 ottobre 1967).

⁴⁶⁶ Israele ha ratificato la Convenzione il 9 marzo 1950. Numerosi casi (circa quaranta) riguardanti *Kapò* sono stati avviati sulla base di questa legge del 1950, compreso il celebre processo contro Adolf Eichmann; anche nel corso di questo processo, che vide la condanna dell’imputato per crimini di guerra e contro l’umanità, venne riconosciuto che «[...] the destruction of synagogues and other buildings dedicated to religion may amount to persecution» (*Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Corte Distrettuale di Gerusalemme, 1961, par. 57). Questo aspetto del processo contro Eichmann viene sottolineato anche dalla *Trial Chamber* dell’ICTY nel caso *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, cit., par. 230: «[The Jerusalem District Court] stated in the *Eichmann* case that from the moment Hitler came to power the persecution of the Jews became manifest in the systematic destruction of synagogues and the boycott of their businesses and shops». I “Kapò” (che potevano appartenere o meno al popolo ebraico) erano detenuti nei campi di concentramento e nei ghetti, ai quali i nazisti affidavano incarichi di comando sugli altri detenuti, con mansioni riguardanti principalmente la disciplina, l’ordine, l’igiene e funzioni di polizia. Così in M. Frulli, *Advancing the Protection of Cultural Property*, cit., pp. 195-216. Per approfondimenti, si veda O. Ben-Naftali, Y. Tuval, *Punishing International Crimes Committed by the Persecuted, The Kapo Trials in Israel (1950s-1960s)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, vol. 4, pp. 128-178.

⁴⁶⁷ Cfr. O. Ben-Naftali, Y. Tuval, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁶⁸ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, No. IT-98-33-T, sentenza, 2 agosto 2001. Krstić era un generale al comando delle truppe serbo bosniache, di stanza a Srebrenica nel luglio 1995. Nell’agosto 2001 è stato condannato in primo grado a 46 anni di carcere dal Tribunale per l’ex-

i lavori preparatori della Convenzione del 1948 e le successive posizioni della CDI espresse nel *Draft Code* del 1996⁴⁶⁹; muovendo da questi presupposti, i giudici affermarono che, benché nella pratica uno dei metodi utilizzati per distruggere un gruppo umano possa consistere nello sradicamento deliberato della sua cultura e della sua identità, che può condurre all'eventuale estinzione del gruppo, inteso come entità distinta, dalla memoria della comunità umana⁴⁷⁰, tuttavia il significato della parola "genocidio", ai sensi del diritto internazionale consuetudinario, è ancora circoscritto alla seguente fattispecie:

«[T]hose acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group. Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide»⁴⁷¹.

Allo stesso tempo, però, laddove vi sia la distruzione fisica o biologica di un gruppo, spesso è possibile riscontrare, simultaneamente, attacchi diretti contro il patrimonio culturale e religioso del gruppo perseguitato. Queste azioni violente contro i simboli di un gruppo possono legittimamente assurgere a testimonianza dell'intento di distruggerlo fisicamente. In questi casi, la distruzione intenzionale degli edifici religiosi appartenenti ai membri una determinata comunità potrà essere presa in considerazione come prova della volontà (ossia della *mens rea*) di distruggere quella comunità di persone⁴⁷². Ciò significa, in altre parole, che l'esistenza di un piano

Jugoslavia per quello che è stato definito un "genocidio", non un atto di pulizia etnica, come invece avevano sostenuto i legali dell'imputato. Nell'aprile 2004 la Camera d'Appello ha confermato la sentenza e la fattispecie genocidaria, riducendo la condanna a 35 anni poiché l'imputato non aveva partecipato direttamente al massacro. Cfr. *Osservatorio Balcani e Caucaso Transeuropa*, consultabile online all'indirizzo <https://www.balcanicaucaso.org>.

⁴⁶⁹ Anche la CDI ha respinto il concetto di "genocidio culturale". Così si legge nel *Draft Code* del 1996, pp. 90-91: «As clearly shown by the preparatory work for the [Genocide] Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group. The national or religious element and the racial or ethnic element are not taken into consideration in the definition of the word 'destruction', which must be taken only in its material sense, its physical or biological sense».

⁴⁷⁰ Cfr. *Prosecutor v. Krstić*, cit., par. 574: «The physical destruction of a group is the most obvious method, but one may also conceive of destroying a group through purposeful eradication of its culture and identity resulting in the eventual extinction of the group as an entity distinct from the remainder of the community».

⁴⁷¹ *Ibid.*, par. 580.

⁴⁷² Cfr. *Ibid.*: «The Trial Chamber however points out that where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to

sistematico e deliberato di distruzione del patrimonio culturale può essere rivelatore dell'intenzione di annientare una comunità umana – vale a dire commettere un genocidio –, a condizione che sia accompagnato dalla soppressione fisica o biologica del gruppo preso di mira. In tal senso, come è stato sottolineato in dottrina (FRULLI), la Camera di prima istanza dell'ICTY ha riconosciuto che il tentativo di eliminare fisicamente uno specifico gruppo è inseparabile dal tentativo di distruggere i simboli culturali e religiosi del gruppo stesso⁴⁷³.

In seguito, anche la Camera d'Appello ha confermato le conclusioni raggiunte in primo grado⁴⁷⁴. Nella sua parziale opinione dissenziente, il giudice SHAHABUDEEN, pur confermando che la nozione di "bene culturale" non ricade nell'*actus reus* del genocidio, come previsto dal diritto internazionale consuetudinario, tuttavia ribadì con enfasi le considerazioni del Tribunale di primo grado, secondo cui «[t]he destruction of culture may serve evidentially to confirm an intent, to be gathered from other circumstances, to destroy the group as such»⁴⁷⁵. Riguardo alle accuse mosse a Krstić, il giudice dichiarò che «the razing of the principal mosque confirm[ed] an intent to destroy the Srebrenica part of the Bosnian Muslim group»⁴⁷⁶. La circostanza, dunque, che la distruzione del patrimonio culturale, pur non costituendo un atto di genocidio in quanto tale, rilevi come prova significativa della volontà genocidaria, pone una nuova enfasi sull'esistenza sociale di un gruppo, in contraltare con la sua mera esistenza biologica⁴⁷⁷.

La posizione dell'ICTY è stata successivamente recepita anche dalla CIG, sia nella sentenza del 2007 sul caso *Bosnia ed Erzegovina c. Serbia e Montenegro*⁴⁷⁸ che in quello *Croazia c. Serbia*⁴⁷⁹. Nel primo caso⁴⁸⁰, riguardante il crimine di genocidio

physically destroy the group. In this case, the Trial Chamber will thus take into account as evidence of intent to destroy the group the deliberate destruction of mosques and houses belonging to members of the group». Sul punto si veda A. Vigorito, *La "dimensione culturale" della mens rea e dell'actus reus del crimine di genocidio*, in G. Ziccardi Capaldo (a cura di), *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 341 ss.

⁴⁷³ Cfr. M. Frulli, *Advancing the Protection of Cultural Property*, cit., p. 213.

⁴⁷⁴ ICTY Appeal Chamber, *Prosecutor v. Krstić*, No. IT-98-33-A, sentenza, 19 aprile 2004, parr. 25-26.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, opinione parzialmente dissenziente del giudice Shahabuddeen, par. 53.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Cfr. F. Francioni, *Beyond State Sovereignty*, cit., p. 1218.

⁴⁷⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro)*, sentenza, 26 febbraio 2007, in *I.C.J. Reports 2007*, p. 43 ss.

⁴⁷⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, sentenza, 3 febbraio 2015, in *I.C.J. Reports 2015*, p. 3 ss.

⁴⁸⁰ Per un'analisi e massimazione della sentenza della CIG, si veda il contributo di E. Branca, *International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 26 February 2007*, in E. Baroncini (a cura di), *Il diritto internazionale*, cit., pp. 321-328.

commesso dalla Serbia e dal Montenegro in relazione a diversi eventi, tra cui gli attacchi alla città di Sarajevo, il massacro di Srebrenica e le stragi commesse nei numerosi campi di prigionia, la Corte ha, prima di tutto, qualificato il divieto di genocidio come una norma di *jus cogens*, soffermandosi a lungo ad analizzarne i tre elementi costitutivi, ossia: l'identificazione del "gruppo protetto" per motivi razziali, etnici o religiosi; il *dolus specialis* di annientare quel gruppo; le specifiche condotte indicate dall'art. II della Convenzione del 1948. Sulla base di questa analisi, la Corte ha dichiarato che, nonostante le condotte indicate all'art. II possiedano già l'elemento dell'intenzionalità, perché si configuri il crimine di genocidio è sempre necessario un dolo specifico (il cui accertamento richiede un controllo molto cauto ed accurato), vale a dire che le condotte siano state commesse con l'intento preciso di distruggere un determinato gruppo.

Alla luce di queste considerazioni, la CIG ha respinto il concetto di "genocidio culturale", affermando che «the destruction of historical, religious and cultural heritage cannot be considered to be a genocidal act within the meaning of Article II of the Genocide Convention»⁴⁸¹. Allo stesso tempo, però, la CIG ha abbracciato le osservazioni dell'ICTY nel caso *Krstić*, riguardo all'annientamento dei beni culturali come prova dell'intento genocidario, riconoscendo (e ribadendo) che «'where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attack which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group'»⁴⁸².

La CIG è tornata sul punto nel successivo caso *Croazia c. Serbia*, sempre relativo alla violazione della Convenzione del 1948. Anche in questa circostanza, la Corte ha confermato le conclusioni della precedente sentenza del 2007, aggiungendo però un punto importante riguardante la possibilità di tenere in seria considerazione «[...] attacks on cultural and religious property in order to establish an intent to destroy the group physically»⁴⁸³.

⁴⁸¹ *Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro*, cit., par. 344.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Croatia v. Serbia*, cit., par. 390.

Allo stesso tempo, è indubbio che la distruzione intenzionale del patrimonio culturale sia un tipico elemento qualificabile come “genocidio culturale”⁴⁸⁴, consistente nella distruzione totale o parziale di una cultura, anche laddove non conduca allo sterminio fisico. Secondo autorevole dottrina (FRANCIONI), il fatto che questa fattispecie, pur non rientrando nel campo di applicazione del concetto più ristretto di “genocidio”, costituisca al limite prova del suo *dolus specialis*, è condizione sufficiente perché essa sia proibita dal diritto internazionale⁴⁸⁵.

3. *La distruzione dei Buddha di Bamiyan nel 2001 da parte del regime talibano. Alcuni cenni introduttivi*

La violenta distruzione delle gigantesche sculture in roccia raffiguranti il Buddha, nella valle di Bamiyan in Afghanistan, da parte delle forze militari e paramilitari del governo talibano nel marzo 2001, rappresenta il perfetto esempio di quella che la dottrina definisce una “cultural infamy”⁴⁸⁶. Se si analizza nel dettaglio questo episodio, che ha fatto scuola, emergono quelli che sono, ancora oggi, elementi di unicità nel quadro delle condotte patologiche di uno Stato nei confronti del patrimonio culturale⁴⁸⁷.

Innanzitutto, a differenza dei tradizionali danni di guerra ai beni culturali, che vanno a colpire il patrimonio del nemico, la distruzione dei Buddha di Bamiyan ha riguardato il patrimonio stesso dell’Afghanistan: le statue si trovavano in territorio afghano ed

⁴⁸⁴ Sul tema, si veda Y. Donders, *Cultural Genocide*, in A. J. Wiesand, K. Chainoglou, A. Śledzińska-Simon, Y. Donders (a cura di), *Culture and Human Rights: The Wrocław Commentaries*, De Gruyter, Berlino, 2016, p. 132 ss.

⁴⁸⁵ F. Francioni, *Customs, General Principles*, cit., p. 414. Va comunque evidenziato che esistono diverse voci, nella dottrina internazionalistica, che auspicano l’introduzione del concetto di “genocidio culturale” nel diritto internazionale; tra queste P. Boylan, *op. cit.*, p. 121; M. Frulli, *Advancing the Protection of Cultural Property*, cit., p. 214; M. Lippman, *Art and Ideology in the Third Reich*, cit., pp. 60-63; D. Nersisyan, *Rethinking Cultural Genocide under International Law*, in *Carnegie Foundation Human Rights Dialogue*, 2005, vol. 12, pp. 7-9. È interessante notare che lo stesso ex presidente serbo, Slobodan Milošević, accusato dall’ICTY, *inter alia*, della distruzione e dei danni diffusi provocati a edifici dedicati all’istruzione e alla religione, nel corso del suo processo ha affermato: «[The] destruction of monuments of culture would be tantamount to genocide». Si veda ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, trascrizioni dell’8 luglio 2003, p. 23839, citato in C. Elhert, *op. cit.*, p. 37, nota 103.

⁴⁸⁶ F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan*, cit., p. 620. Le statue, interamente scolpite nella roccia e risalenti tra il III e il VI secolo d. C., si trovavano a circa 230 km dalla capitale Kabul

⁴⁸⁷ Per un’analisi dei profili giuridici relativi alla distruzione dei Buddha, si veda N. Lanzoni, *La distruzione dei Buddha di Bamiyan: una retrospettiva*, in E. Baroncini, *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., pp. 177-193.

erano una testimonianza del suo antico passato preislamico. In secondo luogo, la *ratio* della distruzione non aveva alcun legame con un obiettivo militare, ma era ispirata dalla pura volontà di sradicare qualsiasi manifestazione culturale, spirituale o religiosa che non corrispondesse alla visione talibana della religione e della cultura. In terzo luogo, le modalità di esecuzione furono profondamente diverse da qualunque altra forma di aggressione ai beni culturali vista nei precedenti conflitti armati, tra cui la guerra nei Balcani e il conflitto tra Iran e Iraq (1980-1988), dove la distruzione diffusa era avvenuta per effetto di un consistente bombardamento, come nel caso di Dubrovnik, o in risposta ad un impulso di odio etnico. Nel caso dei Buddha, la demolizione si è svolta secondo modalità assolutamente inedite: è stata accuratamente pianificata; attentamente annunciata ai media; e cinicamente documentata in ogni sua fase, dalla preparazione alla distruzione finale. Inoltre, è stato il primo episodio di demolizione pianificata e intenzionale di un bene culturale di straordinaria importanza compiuto come gesto di sfida nei confronti delle Nazioni Unite e della Comunità internazionale. Non è un mistero, infatti, che la decisione dei talebani di distruggere i Buddha sia arrivata a seguito delle sanzioni adottate nel 1999 e nel 2000 contro il governo afghano, a causa dei legami con gruppi terroristici e la pianificazione di azioni terroristiche. Infine, la distruzione dei Buddha e di altre importanti collezioni di arte afghana di epoca preislamica è stato un atto di narcisistica autoaffermazione da parte del regime talebano, come reazione alle pressioni da parte dell'allora Direttore generale dell'UNESCO, KŌICHIRO MATSUURA, e del suo inviato speciale a Kabul, l'ambasciatore LAFRANCHE, nonché del Segretario generale dell'ONU, KOFI ANNAN, che avevano implorato i talebani di desistere dalla sciagurata decisione di procedere con la distruzione delle statue⁴⁸⁸.

Tutti questi elementi illustrano bene lo stato shock che ha colto l'UNESCO e l'intera Comunità internazionale di fronte alla distruzione dei Buddha. C'era grande apprensione per la depravazione morale mostrata dagli autori di questi atti, accompagnata dall'ansia circa il ruolo del diritto internazionale nel prevenire e

⁴⁸⁸ A tal proposito si veda anche l'appello lanciato dall'ICOMOS il 1° marzo 2001, quando richiamò l'attenzione sulle conseguenze nefaste della distruzione, dichiarando che essa «[...] would be a total cultural catastrophe. It would remain written in the pages of history next to the most infamous acts of barbarity». Per una ricostruzione cronologica dei comunicati internazionali per dissuadere il regime talebano dalla distruzione, si veda *Report of the Bureau of the World Heritage Committee*, XXV sessione, 30 giugno 2001, Doc. WHO-2001/CONF.205/10.

sopprimere una tale forma di vandalismo culturale che, nelle parole del Direttore generale dell'UNESCO, può costituire un "crimine contro la cultura".

3.1 *La cornice storica*

Originariamente i Talibani (letteralmente "I ricercatori") erano un gruppo di studenti delle scuole coraniche pakistane, al confine con l'Afghanistan, che si era formato nel 1994. I membri del gruppo erano guidati dal *Mullah* (ossia il leader religioso) MOHAMMED OMAR, un uomo che si diceva avesse perso un occhio combattendo contro i sovietici durante l'occupazione dell'Afghanistan⁴⁸⁹. Proprio in seguito all'invasione sovietica dell'Afghanistan, i Talibani iniziarono ad operare come movimento politico e militare, facendosi promotori di un ideale politico-religioso finalizzato alla costituzione di uno Stato teocratico ispirato esclusivamente alla regola sociale, culturale e giuridica dell'Islam⁴⁹⁰. Per questo motivo, essi ricevettero fin da subito ampio supporto da gran parte della popolazione civile, frustrata dalla guerra civile che affliggeva il paese dalla fine degli anni Settanta; in particolare, gli afghani era fiduciosi nella promessa di stabilità e di pace offerta dai Talibani, che si dimostrarono abili nell'eliminare la corruzione e ristabilire condizioni di vita accettabili. A partire dal 1994, la presa dei Talibani sul territorio afghano si intensificò sempre di più; all'epoca della distruzione dei Buddha, l'Emirato Islamico dell'Afghanistan, istituito dai Talibani, occupava il 90-95% del paese, compresa la capitale Kabul⁴⁹¹.

Nonostante il movimento guidato dal Mullah Omar avesse guadagnato l'effettivo controllo su gran parte del territorio afghano, la Comunità internazionale non concepiva come legittimo il nuovo governo dell'Emirato Islamico dell'Afghanistan: con l'esclusione di un piccolo gruppo di Stati (Pakistan, Arabia Saudita ed Emirati Arabi Uniti), la maggior parte dei membri della Comunità internazionale, compresi l'Iran e la Russia, continuava a considerare lo Stato Islamico dell'Afghanistan, guidato dal Fronte Unito e ancora operativo nel nord del paese, il legittimo

⁴⁸⁹ Si veda la voce enciclopedica *Mohammad Omar, emir of Afghanistan*, in *Encyclopaedia Britannica* (ultimo aggiornamento, 23 gennaio 2024).

⁴⁹⁰ Cfr. UNHCR, *Background Paper on Refugees and Asylum Seekers from Afghanistan*, Ginevra, giugno 1997.

⁴⁹¹ Cfr. F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan*, cit., p. 622.

governo⁴⁹². A partire dal giugno 2000, gli scontri militari tra il regime talibano e il Fronte Unito iniziarono ad intensificarsi, con gravi violazioni delle norme di diritto internazionale umanitario e dei diritti umani da entrambe le parti⁴⁹³. L'isolamento dei Talibani dalla scena internazionale era dovuto, oltre che ai legami intrattenuti con le frange terroriste, anche alla generale inosservanza dei più basilari diritti umani che caratterizzava le politiche del regime, come naturale conseguenza dell'estrema intolleranza religiosa professata dai suoi membri⁴⁹⁴.

L'estremismo religioso e l'intolleranza non erano estranei alla volontà talibana di promuovere il terrorismo internazionale. Essi davano infatti supporto e ospitalità al dissidente saudita OSAMA BIN LADEN e al gruppo terroristico *Al-Qaeda* nella loro crociata contro "l'imperialismo dell'Occidente", fornendo supporto logistico per l'addestramento dei terroristi in territorio afghano. Tale vicinanza tra il regime e il mondo terroristico attirò l'attenzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU (da qui in avanti "CdS"), che adottò una serie di sanzioni economiche contro i Talibani – nello specifico le Risoluzioni 1267 (1999) e 1333 (2000)⁴⁹⁵ – che condussero ad un indebolimento delle relazioni diplomatiche tra l'Afghanistan e l'Arabia Saudita, di fronte al rifiuto di arrestare o estradare Bin Laden; i leader talibani respinsero le sanzioni economiche, dichiarandole del tutto inefficaci «[...] because for us our ideology is first»⁴⁹⁶.

Già prima delle sanzioni del CdS, la situazione di persecuzione culturale e religiosa che si stava vivendo in Afghanistan era stata oggetto di dibattito all'interno dell'UNESCO, con particolare riguardo ai crescenti rischi per il patrimonio culturale della regione. Nel dicembre del 1997, il *World Heritage Committee* riunito a Napoli aveva adottato una risoluzione nella quale esprimeva tutta la sua ansia per le

⁴⁹² Il presidente dello Stato Islamico dell'Afghanistan, nonché leader del Fronte Unito, era B. Rabbani. A conferma

⁴⁹³ I *report* dell'epoca delle Ong parlano di case bruciate, stupri, torture e rastrellamenti. Si veda il rapporto di *Human Rights Watch*, *Fueling Afghanistan War*, in HRW World Report, 2001: Asia Overview, pubblicato sul sito <https://www.hrw.org>. Nel gennaio 2001, *Amnesty International* chiedeva con forza agli Stati Uniti di supportare l'istituzione di un tribunale internazionale per l'Afghanistan, con l'incarico di indagare i massacri commessi dalle fazioni in guerra. Cfr. *Amnesty International Seeks US Support for Afghanistan International Tribunal*, consultabile sul sito <https://www.afghan-politic.org>.

⁴⁹⁴ Si vedano *Situation of human rights in Afghanistan*, Doc. A/55/346, 30 agosto 2000; *Situation of human rights in Afghanistan – Report of the Special Rapporteur*, Doc. E/CN.4/2001/43, 1 febbraio 2001, p. 50.

⁴⁹⁵ Si vedano UN Doc. S/RES/1267 (1999), 15 ottobre 1999; UN Doc. S/RES/1333 (2000), 19 dicembre 2000.

⁴⁹⁶ Parole pronunciate dal leader talibano, Sayed Rahmatullah Hashimi. Cfr. F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan*, cit., p. 623.

minacce manifestate dal regime talibano contro i monumenti dedicati a Buddha, nel Bamiyan. La risoluzione, proposta dall'Italia e adottata all'unanimità, insisteva sul fatto che «cultural and natural heritage of Afghanistan, particularly the Buddhist statues in Bamiyan [...] for its inestimable value, [has to be considered] not only as part of the heritage of Afghanistan, but as part of the heritage of humankind [...]»⁴⁹⁷. Sfortunatamente né le sanzioni del CdS né gli appelli dell'UNESCO servirono a dissuadere il regime dal suo proposito. Nel febbraio 2001 la milizia talibana annunciò ufficialmente l'intenzione di distruggere le due enormi statue del Buddha, sulla base di un decreto religioso (*fatwa*) del 26 febbraio 2001 del Mullah Omar, con il quale si ordinava la cancellazione di tutte le testimonianze tangibili del passato preislamico presenti nel paese⁴⁹⁸. Con inquietante lucidità e cinismo, l'evento venne documentato in ogni sua fase, e un filmato trasmesso in tutto il mondo dimostrò l'inequivocabile distruzione delle statue, avvenuta nei primi giorni di marzo. Come si diceva poc'anzi, questo episodio rappresentava anche un gesto di sfida lanciato dai Talibani alla Comunità internazionale, in risposta alle sanzioni che il CdS aveva adottato per i presunti legami che il movimento fondamentalista intratteneva con il gruppo terroristico di *Al Qaeda*. La reazione della Comunità internazionale fu immediata, e il 9 marzo l'AG dell'ONU adottò la risoluzione 55/243, dichiarando che l'azione in danno di questi monumenti unici al mondo «would be an irreparable loss for humanity as a whole», esortando da un lato i Talibani a interrompere la *fatwa*, e dall'altro invitando gli Stati membri dell'ONU a intervenire per mettere al sicuro il patrimonio culturale afgano⁴⁹⁹. Con la successiva risoluzione 55/254⁵⁰⁰, l'AG ribadiva fermamente la condanna verso qualunque atto di distruzione di siti religiosi;

⁴⁹⁷ UNESCO, *Report of the XXI Session of the World Heritage Committee*, Napoli (1-6 dicembre 1997), Doc. WHC-97/CONF.208/17, 27 febbraio 1998. Il *report* proseguiva così: «The *World Heritage Committee* [...] 1. *Reaffirms* the sovereign rights and responsibilities, towards the International Community, of each State for the protection of its own cultural and natural heritage; 2. *Calls upon* the International Community to provide all the possible assistance needed to protect and conserve the cultural and natural heritage of Afghanistan under threat; 3. *Invites* the authorities in Afghanistan to take appropriate measures in order to safeguard the cultural and natural heritage of the country; 4. *Further invites* the authorities in Afghanistan to co-operate with UNESCO and the World Heritage Committee with a view to ensuring effective protection of its cultural and natural heritage [...]» (par. VII.58).

⁴⁹⁸ Secondo il decreto: «All statues and non-Islamic shrines located in different parts of the country must be broken [...]. Allah Almighty is the only real shrine and all false symbols should be smashed». Alla notizia che i Talibani intendevano distruggere le statue dei Buddha, il Direttore generale dell'UNESCO definì questa decisione «a real cultural disaster» (UNESCO Press No. 2001-28, 28 febbraio 2001), e così pure la comunità internazionale e l'opinione pubblica mondiale si unirono al coro di condanna unanime di questo sciagurato progetto distruttivo.

⁴⁹⁹ *The destruction of relics and monuments in Afghanistan*, Doc. A/RES/55/243, 1° maggio 2001.

⁵⁰⁰ *Protection of religious sites*, Doc. A/RES/55/254, 11 giugno 2001.

nel frattempo, presso l'UNESCO, la Conferenza Generale e l'Assemblea degli Stati parti della Convenzione del 1972 qualificavano la distruzione intenzionale del Buddha di Bamiyan «a crime against the common heritage of mankind»⁵⁰¹. Appena dieci anni dopo i tragici eventi della guerra nei Balcani, dove la persecuzione culturale si era scatenata in tutta la sua ferocia, un altro drammatico episodio di intolleranza e distruzione, entrambe figlie dell'odio, gettava la sua ombra sul mondo.

3.2 I profili giuridici

La dottrina si è interrogata a lungo sui regimi di responsabilità internazionale applicabili alla distruzione dei Buddha di Bamiyan, individuando da un lato profili di responsabilità dello Stato afgano, e dall'altro la responsabilità penale internazionale degli individui che materialmente hanno commesso il crimine.

Per quanto riguarda il primo profilo, la dottrina (VIGORITO)⁵⁰² ha giustamente ricordato che affinché la distruzione dei Buddha rilevi come un illecito dello Stato, è necessario, innanzitutto, essere in presenza di un atto contrario a norme di diritto internazionale (il c.d. elemento oggettivo), e che esso sia imputabile al governo afgano (ossia l'elemento soggettivo dell'illecito), poiché commesso dai suoi organi (*de jure* o *de facto*); ciò in conformità all'art. 2 del *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati* della CDI⁵⁰³. Con riferimento alla prima condizione, c'è unanimità di vedute nel considerare la condotta dei Talibani in contrasto con le norme della Convenzione UNESCO del 1972, che l'Afghanistan aveva ratificato nel 1979; a tal proposito, nel 2003 l'UNESCO stessa, nella figura del suo consigliere giuridico, ha riconosciuto che le disposizioni della Convenzione hanno rango di norme impositive di obblighi *erga omnes*⁵⁰⁴; una conclusione che ha trovato

⁵⁰¹ Si veda il documento WHC D1: Conf. 208/23, p. 12.

⁵⁰² A. Vigorito, *Nuove tendenze*, cit., p. 68.

⁵⁰³ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II (Part II). Testo adottato dall'Assemblea generale ONU con Ris. 56/83, 12 dicembre 2001. In base all'art. 2 (*Elements of an internationally wrongful act of a State*): «There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State».

⁵⁰⁴ Il principio degli obblighi *erga omnes* è stato proclamato dalla CIG nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, in *I.C.J. Reports 1970*, sentenza, 5 febbraio 1970: «[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. Such

l'appoggio di alcuni illustri commentatori (FRANCIONI, LENZERINI, GOY)⁵⁰⁵. Nelle parole dell'UNESCO, «[a]ll the obligations which States have in sovereign capacity decided to assume by being parties to the *Convention* are characterized by the fact that they correspond, not to a bilateral logic (that is of an *inter partes* reciprocal arrangement [...]), but to a logic based on the general or common interest. Thus, the obligations created by the *Convention* are *erga omnes* obligations, that is to say obligations whose violation is deemed to be an offence not only to the State directly affected by the breach, but against all the members of the international community (who can in turn seek its enforcement)»⁵⁰⁶.

Nel caso dei Buddha di Bamiyan, è risultato senz'altro violato l'art. 4 della Convenzione del 1972, che attribuisce allo Stato sul cui territorio è situato il bene da salvaguardare l'obbligo di tutelarlo, conservarlo e valorizzarlo, così da poterlo trasmettere alle generazioni future⁵⁰⁷. Va sottolineato che le statue, all'epoca della loro distruzione, non erano iscritte nella WHL, e questo sembrerebbe apparentemente escludere obblighi in capo allo Stato afgano ai sensi della Convenzione; tuttavia, come precisato in dottrina⁵⁰⁸, l'art. 4 va letto in combinato disposto con l'art. 12 della Convenzione, che stabilisce che la mancata iscrizione di un bene non esclude che esso non possieda un *outstanding universal value* a fini diversi da quelli previsti per l'iscrizione nella Lista, e che di conseguenza meriti le tutele previste dalla Convenzione. L'antigiuridicità della condotta, in questo caso, trova conferma anche sotto altri profili: a cominciare dall'intento discriminatorio che ha ispirato la pianificazione della distruzione delle statue, messa in atto allo scopo di danneggiare la minoranza buddhista presente in Afghanistan; bisogna inoltre considerare l'ampio consenso che negli anni si è sviluppato intorno alla Convenzione

obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination» (parr. 34-35).

⁵⁰⁵ Si veda F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan*, cit., p. 634: «In our view, the prohibition of acts of willful and systematic destruction of cultural heritage of great importance for humanity also falls in the category of *erga omnes* obligations». Anche R. Goy, *La destruction intentionnelle du patrimoine culturel en droit international*, in *Revue generale de droit international public*, 2005, vol. 109, n. 2, pp. 273-304, in particolare p. 294 ss.

⁵⁰⁶ *Legal Considerations Concerning the Inscription of Properties on the List of World Heritage in Danger and the Deletion of Properties from the World Heritage List*, Doc. WHC-02/CONF.202/8, Parigi, 17-22 marzo 2003, par. 29.

⁵⁰⁷ Si veda L. Lixinski, *Destruction of Cultural Heritage in Peacetime and International Law*, in J. A. G. Zarandona, E. Cunliffe, M. Saldin (a cura di), *The Routledge Handbook of Heritage Destruction*, Routledge, Londra / New York, 2024, pp. 65-75.

⁵⁰⁸ F. Francioni, F. Lenzerini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan*, cit., p. 631.

del 1972, nonché, come già detto, la natura *erga omnes* dell'obbligo violato, ossia tutelare beni di "eccezionale valore universale". Inoltre, secondo l'UNESCO e parte della dottrina⁵⁰⁹, la distruzione delle statue era strettamente legata alla guerra civile che, all'epoca dei fatti, era ancora in corso sul territorio afghano tra la milizia talibana e il Fronte Unito guidato dai leader del precedente governo, per il controllo di alcune città; così si espresse il Direttore generale dell'UNESCO, quando dichiarò che la demolizione delle statue «was an act of an occupying power»⁵¹⁰. Per cui, appoggiando questa visione, si potrebbe affermare che la condotta e la distruzione messa in atto dai Talibani risultarono in contrasto anche con le norme che proteggono i beni culturali in caso di conflitto armato non internazionale, alcune delle quali di rango consuetudinario⁵¹¹, come l'art. 19 della Convenzione dell'Aja del 1954 e l'art. 16 del II Protocollo del 1977 addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Tuttavia altra dottrina (O'KEEFE) non condivide questo legame tra il conflitto armato in Afghanistan e la distruzione delle statue, per una serie di ragioni: intanto affermando che, al contrario di quanto dichiarato dal Direttore generale dell'UNESCO, «[...] there is no such thing as belligerent occupation in non-international armed conflict»⁵¹². Inoltre si sostiene che, benché la presenza di un conflitto armato nella regione di uno Stato sia condizione sufficiente a determinare l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1954 su tutto il territorio dello Stato, ciò non significa che tutti gli atti compiuti nel territorio di quello Stato per l'intera durata del conflitto saranno governati dalla Convenzione; tali atti, per ricadere nel regime giuridico dell'Aja 1954, dovranno essere strettamente collegati al conflitto in corso; e in tal senso, la distruzione dei Buddha non aveva alcun legame con la guerra civile⁵¹³.

Chiarita, ad ogni modo, la natura illecita della condotta, rimane da stabilire l'elemento soggettivo, ossia l'imputabilità della stessa allo Stato afghano. Come già illustrato nel precedente paragrafo, all'epoca dei fatti il regime fondato dai Talibani, pur godendo di un riconoscimento internazionale piuttosto limitato (solamente tre

⁵⁰⁹ *Ibid.*, parr. 632-633, 635-637. Anche il Direttore della Divisione "Cultural Heritage" del Settore "Cultura" dell'UNESCO sosteneva questa posizione, in *Bureau of the World Heritage Committee, Twenty-Fifth Session, 25-30 June 2001. Report of the Rapporteur*, Doc. WHC-2001/CONF.205/10, par. 1.9. Si veda anche UNESCO Doc. 32 C/3, p. 100.

⁵¹⁰ UNESCO Doc. DG/2001/115, p. 1.

⁵¹¹ Si ricorda, in tal senso, il contributo della giurisprudenza dell'ICTY. Vedi *supra*, nota 370.

⁵¹² R. O'Keefe, *Protection in Armed Conflict*, cit., p. 98.

⁵¹³ *Ibid.*, pp. 98-99.

Stati) e pur non essendo accreditato presso alcuna organizzazione internazionale, esercitava poteri di governo effettivi ed indipendenti sul 90% del territorio afgano, compresa la capitale. Dal momento che la prassi internazionale ha più volte confermato che «[l']organizzazione di governo che eserciti effettivamente ed indipendentemente il proprio potere su di una comunità territoriale diviene soggetto internazionale in modo automatico»⁵¹⁴, mentre il riconoscimento da parte degli altri Stati è un atto meramente politico che non incide sulla soggettività, non ci sono dubbi nemmeno sull'esistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, ossia l'imputabilità della condotta antiggiuridica al governo talibano⁵¹⁵.

La distruzione dei Buddha di Bamiyan ha sollevato importanti questioni relative ai profili di responsabilità penale internazionale derivanti da questi atti, imputabili non allo Stato ma agli individui direttamente coinvolti nelle operazioni di demolizione. La dottrina si è interrogata molto su questi aspetti, in particolare sulla qualificazione giuridica di questo specifico *crimen* e sulle difficoltà nell'individuare una giurisdizione internazionale competente a giudicare i presunti responsabili.

Per quanto riguarda la qualificazione del crimine in questione, bisogna ripartire dall'art. 3 dello Statuto dell'ICTY che, come si è visto, fa rientrare la distruzione o il danneggiamento deliberato di edifici consacrati alla religione nella categoria dei crimini di guerra. Tuttavia, si ricorderà, in diverse pronunce il Tribunale ha affermato che quando tali violazioni vengono commesse con intento discriminatorio, offendono l'identità religiosa del gruppo coinvolto; in questo modo si configura il crimine di persecuzione, che rientra nella categoria dei crimini contro l'umanità, ossia quelle violazioni diffuse e sistematiche dei fondamentali diritti umani. Se si segue questa linea, considerare la distruzione dei Buddha di Bamiyan un crimine di persecuzione risulta un'ipotesi assolutamente condivisibile: le stesse parole usate dai Talibani nell'editto religioso che ordinava la demolizione delle statue, dove si parlava di eliminare le false manifestazioni idolatre presenti in territorio afgano, tradiva in maniera quanto mai eclatante l'intento discriminatorio ai danni delle minoranze non

⁵¹⁴ B. Conforti, M. Iovane, *op. cit.*, p. 20. Sul punto si veda anche A. Cassese, P. Gaeta (a cura di), *Diritto internazionale*, 2006, Il Mulino, Bologna, pp. 89-93.

⁵¹⁵ Nel caso dei Buddha, l'imputabilità dell'illecito ricade sugli organi *de facto* del governo afgano. Sul tema, si veda G. Ziccardi Capaldo, *Providing a Right of Self-Defense Against Large-Scale Attacks by Irregular Forces: The Israeli-Hizbollah Conflict*, in *Harvard International Law Journal Online*, 2007, vol. 48, p. 101 ss.

musulmane, indebolendone lo spirito attraverso un attacco spietato ai simboli della loro identità religiosa.

Tuttavia parte della dottrina ha rilevato che, alla luce delle circostanze in cui la distruzione dei Buddha è stata commessa, ossia in un contesto caratterizzato da sistematiche violazioni dei diritti umani ai danni del popolo afgano, l'episodio può essere valutato anche sotto una diversa prospettiva. Se infatti si considera la distruzione dei Buddha non solo come pratica persecutoria che minaccia la libertà di culto delle minoranze buddhiste, ma anche come parte di un complesso disegno criminoso per terrorizzare la popolazione civile, si delinea un'altra fattispecie criminosa, vale a dire un "crimine di terrore"⁵¹⁶. Si tratta di una fattispecie che rientra tra i crimini di guerra, e che si configura quando atti o minacce di violenza, commessi con lo specifico intento di diffondere il terrore, provocano gravi conseguenze nei confronti della popolazione civile; non è necessario che si tratti di conseguenze dannose sul piano fisico, dal momento che possono anche avere natura psicologica in quanto «[...] psychological impact also satisfies the required gravity threshold»⁵¹⁷. Per questo motivo è possibile far rientrare tra gli atti idonei a diffondere il terrore non solo quelli capaci di pregiudicare la salute fisica della vittima, come l'omicidio e i maltrattamenti, ma anche quelli in grado di comprometterne l'equilibrio psicologico, come la distruzione di beni culturali e dei luoghi di culto⁵¹⁸. Così si è espresso, puntualmente, il giudice LIU DAQUN nella sua *partly dissenting opinion* alla sentenza della Camera d'Appello dell'ICTY contro *Dragomir Milošević*, il quale ha spiegato che il crimine di terrore è costituito da quegli atti o minacce finalizzati a creare «[...] an atmosphere of terror among a civilian population that result in terrorisation», e che

⁵¹⁶ A. Vigorito, *Nuove tendenze*, cit., p. 78. Tale crimine è previsto e vietato dagli artt. 51, par. 2 e 13, par. 2 rispettivamente del I Protocollo e del II Protocollo del 1977 addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Entrambe le disposizioni vietano «[...] gli atti o minacce di violenza, il cui scopo principale sia di diffondere il terrore fra la popolazione civile [...]».

⁵¹⁷ Così in ICTY Appeal Chamber, *Prosecutor v. Dragomir Milosevic*, No. IT-98-29/1-A, sentenza, 12 novembre 2009, parr. 33-35. Anche rispetto al crimine di terrore, il contributo della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia è risultato fondamentale.

⁵¹⁸ Nella sua *Partly Dissenting Opinion* sul caso *Prosecutor v. Dragomir Milosevic*, il giudice Liu Daqun afferma che «[...] The offence would criminalise unlawful acts or threats designed to create an atmosphere of terror among a civilian population that result in terrorisation. Such conditions could include, inter alia, acts of beating, torture, rape and murder as well as threats and intimidation; shelling and sniping in and around civilian areas; separation of family members; burning of homes and *destruction of property*» (par. 24). Inoltre suggerisce quelli che, a suo parere, sono gli elementi costitutivi del crimine di terrore: «Accordingly, I would suggest that a war crime of terror comprise the following elements: 1. The commission of any unlawful act or threat; 2. The offender had the specific intent to spread terror among the civilian population or individual civilians; and 3. The unlawful act or threat resulted in serious trauma or psychological harm» (par. 25).

includono non solo le aggressioni fisiche alla persona (torture, omicidi e stupri), ma anche «burning of homes and *destruction of property*»⁵¹⁹. Egli ha inoltre suggerito quelli che, a suo parere, sono gli elementi costitutivi del crimine di terrore, ossia la commissione di un atto illecito o la minaccia di commetterlo; l'intento specifico di diffondere il terrore tra la popolazione civile o tra singoli individui civili; e che dall'atto illecito derivi un grave trauma o un danno psicologico; e pur riferendosi ad esso, principalmente, come un "crimine di guerra" (*war crime of terror*), ha riconosciuto che questa fattispecie «should also be considered an offence in the context of peace, as a crime against humanity»⁵²⁰.

Indipendentemente dalla qualificazione della distruzione dei Buddha come crimine di persecuzione o crimine di terrore, la dottrina ha rilevato una serie di difficoltà circa l'esercizio dell'azione penale per giudicare i presunti responsabili di questi atti, sia sul piano giuridico interno che sotto il profilo internazionale. A tal proposito, la Convenzione dell'Aja del 1954 prevede all'art. 28 l'obbligo per gli Stati parti di adottare, nei rispettivi ordinamenti, tutte le misure necessarie perché siano perseguiti e colpiti da sanzioni penali o disciplinari gli individui, di qualsiasi nazionalità, che hanno commesso o dato l'ordine di commettere un'infrazione alle disposizioni della Convenzione⁵²¹. Tuttavia, anche ammettendo l'applicazione della Convenzione del 1954 al caso in questione, proprio l'episodio della distruzione dei Buddha di Bamiyan ha messo in luce l'inadeguatezza degli strumenti interni di repressione: questo perché la violazione era stata autorizzata da quegli stessi organi di governo che

⁵¹⁹ *Prosecutor v. Dragomir Milosevic*, cit., *partly dissenting opinion of Judge Liu Daqun*, p. 154, par. 24. Corsivo aggiunto.

⁵²⁰ *Ibid.*, parr. 25-26. Nel suo intervento, Daqun sottolinea le differenze tra l'atto di terrorismo e il crimine di terrore, richiamando per l'occasione la nozione di "terrorismo" fornita da Antonio Cassese, che è quanto di più vicino ad una definizione universalmente accettata: «[...] broadly speaking, terrorism consists of (i) acts normally criminalized under any national penal system, or assistance in the commission of such acts whenever they are performed in time of peace; those acts must be (ii) intended to provoke a state of terror in the population or to coerce a state or an international organization to take some sort of action, and finally (iii) are politically or ideologically motivated, i.e. are not based on the pursuit of private ends» (in A. Cassese, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, vol. 4, p. 937). Stando al giudice Daqun, è nella *mens rea* che risiede la differenza tra il crimine di "terrore" e il crimine di "terrorismo": «While the *actus reus* of the crime of terror and crime of terrorism appear virtually identical, the context requirement effectively sets the two offences apart. Furthermore, the *mens rea* of terror and terrorism are distinct. Crucially, the intent to spread terror among the civilian population is only a possible *mens rea* requirement for terrorism, while it is a fundamental element of the crime of terror» (par. 28).

⁵²¹ Convenzione dell'Aja del 1954, art. 28: «Le Alte Parti contraenti si obbligano a prendere, secondo il loro diritto penale, tutte le misure affinché siano perseguite e punite con sanzioni penali o disciplinari le persone, di qualsiasi cittadinanza, che hanno commesso o dato l'ordine di commettere un'infrazione alla presente Convenzione».

avrebbero dovuto provvedere a reprimerla, adottando le misure necessarie per punire i colpevoli⁵²². Venendo meno la possibilità di avviare un procedimento penale all'interno dello Stato, l'ordinamento internazionale consente di sopperire a questa mancanza attivando la CPI, la cui giurisdizione ha natura complementare rispetto a quella degli Stati, come specificato nel Preambolo e all'art. 1 del suo Statuto⁵²³. Sfortunatamente, nel caso della distruzione dei Buddha, neppure la CPI avrebbe potuto essere chiamata a giudicare i presunti colpevoli, a causa dei limiti *ratione temporis* della sua giurisdizione, dal momento che i fatti erano avvenuti prima dell'entrata in vigore del suo statuto, e dunque non ricadevano tra i crimini di competenza della Corte⁵²⁴.

Bisogna comunque ricordare che alcune delle disposizioni violate nel caso della distruzione dei Buddha, ossia quelle previste dalla Convenzione UNESCO del 1972, appartengono, come già detto, alla categoria delle norme impositive di obblighi *erga omnes*. Ciò significa che, in casi analoghi, alla violazione di queste norme possono teoricamente reagire sia lo Stato direttamente leso, sia Stati terzi. Questi ultimi, in particolare, intervenendo a tutela di un interesse proprio della Comunità internazionale, come la protezione di un patrimonio culturale di grande valore per l'umanità, potranno eventualmente applicare il principio della "giurisdizione penale universale"⁵²⁵. Tale principio viene richiamato esplicitamente dal Protocollo del 1999 alla Convenzione dell'Aja del 1954, allorché disciplina le gravi violazioni ai danni di beni considerati importanti per l'umanità agli artt. 15 e 16, ponendo in tal modo l'accento sull'interesse collettivo a non lasciarle impuniti⁵²⁶.

⁵²² Cfr. A. Vigorito, *Nuove tendenze*, cit., p. 78.

⁵²³ Statuto della CPI, Preambolo, alinea 10: «[Gli Stati Parti del presente Statuto] *Evidenziando* che la Corte penale internazionale istituita ai sensi del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali [...]»; art. 1: «[La Corte] è complementare alle giurisdizioni penali nazionali [...]». Anche l'art. 17, che riguarda le condizioni di improcedibilità, stabilisce che il caso è improcedibile davanti alla Corte se «[...] a) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o procedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento».

⁵²⁴ Statuto della CPI, art. 11, par. 1: «La Corte ha competenza solo sui crimini di sua competenza, commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto». Lo Statuto di Roma è entrato in vigore il 1° luglio 2002. All'epoca dei fatti, l'Afghanistan non era ancora Stato parte della CPI; ha depositato il suo strumento di accessione il 10 febbraio 2003. Per una prospettiva generale sul funzionamento della CPI, si veda la voce enciclopedica di D. Tladi, *International Criminal Court (ICC)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2020.

⁵²⁵ Sul principio della giurisdizione universale si veda, *ex multis*, G. Werle, F. Jeßberger, *Foundations*, in *Id.*, *op. cit.*, p. 73 ss.; M. R. Mauro, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, CEDAM, Padova, 2012.

⁵²⁶ Cfr. U. Leanza, *Il rafforzamento della tutela internazionale*, cit., p. 2061; G. Ziccardi Capaldo, *Editor's Introduction*, cit., p. xvi ss.; A. Vigorito, *Nuove tendenze*, cit., p. 79.

Nonostante le drammatiche perdite di beni culturali, avvenute pochi anni prima durante la guerra nei Balcani, la Comunità internazionale non ha preso veramente coscienza della gravità dei crimini contro il patrimonio culturale fino all'abbattimento pianificato delle statue di Buddha da parte del regime talibano; cosa ancora più importante, la risonanza globale generata da questo episodio è stata accompagnata dalla consapevolezza dell'insufficienza dei mezzi giuridici a disposizione per impedire, o perlomeno reprimere, questi atti. È proprio questa presa di coscienza ha portato, nel giro di pochissimi anni dalla distruzione dei Buddha, all'adozione di quello che, ancora oggi, rappresenta il principale strumento internazionale espressamente dedicato al fenomeno della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, che ha fatto da apripista ad altre significative e solide prese di posizione della Comunità internazionale contro le forme più feroci di distruzione del patrimonio culturale.

3.3 La Dichiarazione UNESCO del 2003 e la decisione della Commissione Reclami Eritrea-Etiopia sulla Stele di Matara

Come si diceva alla fine del precedente paragrafo, è stato a seguito dell'abbattimento dei Buddha di Bamiyan che la Comunità internazionale ha infine deciso di intervenire sul piano normativo, avviando un negoziato *ad hoc* all'interno dell'UNESCO col preciso scopo di produrre uno strumento specifico in materia di distruzione dei beni culturali. Tra le varie alternative a disposizione, alla fine si è optato per lo strumento della "dichiarazione", principalmente per due motivi, a parere della dottrina (LENZERINI)⁵²⁷. Innanzitutto, per ragioni di emergenza legate a questo fenomeno, si sono voluti privilegiare gli aspetti della speditezza e della necessità di trasmettere un segnale di forte condanna collettiva, che fosse immediatamente riconosciuto dall'intera comunità degli Stati. La dichiarazione, in tal senso, rappresenta lo strumento indicato per assolvere questa funzione; e quando proviene da un organismo internazionale come l'UNESCO, che ha il potere di rappresentare l'intera comunità degli Stati, essa ha un peso molto più incisivo che, pur non generando obblighi nel senso tecnico del termine in virtù della sua natura di atto di *soft law*, può esercitare comunque un'efficace pressione nei confronti degli Stati. In

⁵²⁷ Cfr. F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 16.

secondo luogo, c'era la convinzione, da parte degli Stati, che le condotte che si volevano condannare con il nuovo strumento fossero già vietate dal diritto internazionale pertinente, sia consuetudinario che pattizio⁵²⁸, e che di conseguenza non fosse necessario fissare nuovi obblighi giuridici all'interno di uno strumento vincolante, ma che bastasse ribadire con vigore i vincoli già esistenti nell'ordinamento giuridico internazionale.

Per questo motivo, il 17 ottobre 2003 venne adottata la Dichiarazione concernente la distruzione intenzionale del patrimonio culturale (da qui in avanti "Dichiarazione"); questa, se da una lato ha segnato sicuramente un punto a favore nella lotta internazionale contro gli atti di aggressione al patrimonio culturale, soprattutto per le intenzioni e la *ratio* che hanno portato alla sua adozione, dall'altro ha sollevato, soprattutto in dottrina⁵²⁹, non poche perplessità circa il suo contenuto; ciò è stato dovuto, principalmente, alla necessità di raggiungere in tempi brevi un compromesso tra le diverse posizioni in campo, che ha finito per favorire quelle più conservatrici⁵³⁰. Per cui, «[r]ecalling the tragic destruction of the Buddhas of Bamiyan that affected the international community as a whole [...]» e richiamando le norme che proteggono il patrimonio culturale durante i conflitti armati, oltre alle disposizioni contenute negli statuti dei tribunali penali internazionali che criminalizzano gli atti volutamente distruttivi dei beni culturali⁵³¹, la Dichiarazione, pur inquadrando saggiamente la gravità universale della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, definendola (art. II, par. 2) «[an] unjustifiable offence to the principles of humanity and dictates of public conscience», si limita a ribadire (art. I) che la Comunità internazionale «[...] recognizes the importance of the protection of cultural

⁵²⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle norme di diritto internazionale umanitario a tutela dei beni culturali, specificamente contenute nella Convenzione dell'Aja del 1954 e nel Secondo Protocollo del 1999, ma presenti anche nelle Regole dell'Aja del 1907 e nei Protocolli del 1977 aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949; nonché, per quanto riguarda anche il tempo di pace, alle disposizioni della Convenzione UNESCO del 1972.

⁵²⁹ Si veda S. Green Martínez, *UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage (2003)*, in C. Smith (a cura di), *Encyclopedia of Global Archaeology*, 2018, pp. 1-6; G. Rodrigo Bandeira Galindo, *The UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, in J. A. R. Nafziger, T. Scovazzi (a cura di), *The Cultural Heritage of Mankind*, cit., pp. 399-453; T. Scovazzi, *La Dichiarazione sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2006, n. 3-4, p. 551-562; J. Hladik, *The UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage: A new instrument to protect cultural heritage*, in *Art, Antiquity & Law*, 2004, vol. 9, pp. 215-236; F. Lenzerini, *The UNESCO Declaration*, cit., pp. 131-145.

⁵³⁰ Cfr. F. Lenzerini, *The UNESCO Declaration*, cit., p. 132.

⁵³¹ Cfr. *UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, Preambolo, alinea 1, 7, 9.

heritage and reaffirms its commitment to fight against its intentional destruction in any form so that such cultural heritage may be transmitted to the succeeding generations». Inoltre, come già evidenziato in precedenza⁵³², risulta particolarmente deludente l'art. III, che indica i doveri a carico degli Stati per combattere il fenomeno delle distruzioni deliberate di beni culturali: se da un lato la norma appare sufficientemente precisa nell'indicare le misure che gli Stati devono adottare, dall'altro lato, tuttavia, ogni paragrafo è scandito dall'uso al condizionale del verbo "dovere" (*States should...*)⁵³³, che indebolisce ulteriormente e in maniera significativa la forza giuridica di norme che, già di per sé, non sono vincolanti, essendo contenute in un atto di *soft law*. La norma, quindi, invita gli Stati a prendere le misure appropriate al fine di «[...] prevent, avoid, stop and suppress acts of intentional destruction of cultural heritage, wherever such heritage is located»⁵³⁴, nonché ad adottare le misure normative, amministrative, educative e tecniche per proteggere il patrimonio culturale, compatibilmente con le proprie risorse economiche; infine, di promuovere il rispetto al patrimonio culturale all'interno della società, attraverso programmi educativi e l'informazione, e di aderire alle convenzioni internazionali in materia, in particolare quelle che tutelano i beni culturali dalle conseguenze nocive dei conflitti armati⁵³⁵. Alla luce di questa disposizione, risulta evidente la semplice funzione di monito svolta dalla Dichiarazione, che non offre particolari spunti innovativi per il progresso della materia, limitandosi a ribadire principi già consolidati nel diritto internazionale consuetudinario, tra cui il divieto di colpire i beni culturali durante un conflitto armato (art. V)⁵³⁶. Inoltre, anche la norma dedicata alla protezione del patrimonio culturale in tempo di pace risulta insoddisfacente, sotto il profilo della forza giuridica: considerato, infatti, lo scopo principale della Dichiarazione, che doveva essere quello di condannare la distruzione intenzionale in ogni circostanza, l'art. IV si rivela piuttosto fiacco se si

⁵³² Si veda *supra*, par. 2.1 di questa Sezione.

⁵³³ Tullio Scovazzi, nel suo scritto dedicato, ha definito l'uso del condizionale "discutibile". In T. Scovazzi, *La Dichiarazione sulla distruzione*, cit., p. 551.

⁵³⁴ *UNESCO Declaration*, cit., art. III (*Measures to combat intentional destruction of cultural heritage*), par. 1.

⁵³⁵ *Ibid.*, art. III, parr. 2-4.

⁵³⁶ *Ibid.*, art. V (*Protection of cultural heritage in the event of armed conflict, including the case of occupation*): «When involved in an armed conflict, be it of an international or non-international character, including the case of occupation, States should take all appropriate measures to conduct their activities in such a manner as to protect cultural heritage, in conformity with customary international law and the principles and objectives of international agreements and UNESCO recommendations concerning the protection of such heritage during hostilities».

limita a stabilire che «[w]hen conducting peacetime activities, States should take all appropriate measures to conduct them in such a manner as to protect cultural heritage [...]», in conformità ai principi ed obiettivi degli strumenti internazionali pertinenti

Inoltre, un altro aspetto di debolezza della Dichiarazione riguarda la concezione di “patrimonio culturale” che emerge dal suo testo. Nonostante nel Preambolo si affermi che «[...] cultural heritage is an important component of the cultural identity of communities, groups and individuals, and of social cohesion, so that its intentional destruction may have adverse consequences on human dignity and human rights [...]»⁵³⁷, tuttavia il dispositivo sembra privilegiare un’idea di patrimonio culturale definita, in dottrina, “statica e ormai datata”, che non tiene conto – eccezion fatta per il passaggio contenuto nel Preambolo – dell’importanza del patrimonio culturale nella formazione dell’identità delle singole comunità che ad esso danno vita e che in esso si riflettono⁵³⁸. Nel corso dell’ultima fase dei negoziati, è stata apportata una modifica significativa agli artt. VI e VII della Dichiarazione, che rappresentano le norme più importanti dell’intero testo, dedicate rispettivamente alla responsabilità degli Stati (*State responsibility*) e alla responsabilità penale individuale per gli atti di distruzione intenzionale del patrimonio culturale (*Individual criminal responsibility*). Entrambi gli articoli, infatti, fanno riferimento alla distruzione deliberata di patrimonio culturale «[...] of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization [...]»⁵³⁹. In verità, l’*Expert Meeting* che nel corso dei lavori si era occupato della preparazione del progetto, non aveva menzionato, nelle norme in esame, solo la distruzione intenzionale di patrimonio culturale di grande importanza per l’umanità, ma aveva ricompreso in questo scenario anche quel patrimonio culturale «[...] of special

⁵³⁷ *Ibid.*, Preambolo, alinea 4.

⁵³⁸ Cfr. F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 19.

⁵³⁹ Si riporta qui di seguito il testo integrale degli articoli. Art. VI: «A State that intentionally destroys or intentionally fails to take appropriate measures to prohibit, prevent, stop, and punish any intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization, bears the responsibility for such destruction, to the extent provided for by international law». Art. VII: «States should take all appropriate measures, in accordance with international law, to establish jurisdiction over, and provide effective criminal sanctions against, those persons who commit, or order to be committed, acts of intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization».

interest for the community directly affected by such destruction»⁵⁴⁰. In questo modo il comitato di esperti, includendo queste due tipologie di patrimonio culturale (una fondata sul suo valore “universale”, l’altra sulla sua speciale importanza per una determinata comunità di persone), aveva individuato una sorta di compromesso (o bilanciamento) tra una concezione più ampia – dunque comprensiva di tutte le istanze culturali – ed una più ristretta di patrimonio culturale, che invece valorizza principalmente il suo significato universale⁵⁴¹. Questa scelta, come si diceva, è stata particolarmente criticata da diversi autori⁵⁴², che hanno visto nella nozione di “patrimonio culturale” usata come parametro di riferimento dalla Dichiarazione un passo indietro rispetto alle visioni più progressiste e olistiche che si stavano affermando già all’epoca⁵⁴³, meno legate ad una percezione “universale” del patrimonio, basata principalmente sul suo valore artistico ed estetico, e più attente invece ad una concezione “decentrata” dello stesso come espressione essenziale dell’identità e della diversità dei popoli, in quanto tale prerequisito fondamentale per il godimento di diversi diritti umani.

Va comunque detto che tale mancanza è temperata da alcuni aspetti dell’espressione utilizzata per designare il patrimonio da proteggere. Innanzitutto, la locuzione “cultural heritage of great importance for humanity” risulta sufficientemente generica e aperta, per cui, se interpretata in modo evolutivo, può adattarsi e comprendere anche quegli elementi del patrimonio culturale che non erano riconosciuti come tali all’epoca della Dichiarazione. Inoltre, l’uso dell’inciso “whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization” – introdotto proprio in risposta alla distruzione dei Buddha di Bamiyan, dal momento che non erano iscritti nella WHL – conferisce un significato più ampio al concetto di patrimonio culturale “di grande importanza per l’umanità”, sottraendolo al vincolo di certificazione ufficiale da parte dell’UNESCO o di un’altra

⁵⁴⁰ Si veda *Draft UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, Doc. 32 C/25, 17 luglio 2003, p. 3, artt. 6-7.

⁵⁴¹ Cfr. G. Rodrigo Bandeira Galindo, *op. cit.*, p. 442. Secondo Galindo, l’esclusione del patrimonio culturale di particolare importanza per le comunità direttamente offese sarebbe dipesa, tra i vari motivi, dal rischio che il riconoscimento della sua importanza all’interno di una Dichiarazione UNESCO potesse ispirare richieste di autodeterminazione all’interno di certi Stati.

⁵⁴² In particolare, F. Lenzerini, *The UNESCO Declaration*, cit., p. 132 ss.; T. Scovazzi, *La Dichiarazione sulla distruzione*, cit., p. 560; G. Rodrigo Bandeira Galindo, *op. cit.*, p. 442.

⁵⁴³ Basti pensare che contestualmente all’adozione della Dichiarazione, nel corso della medesima sessione della Conferenza generale dell’UNESCO, si adottava il testo della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Si veda *Records of the General Conference*, 32^{ma} Sessione, Parigi, 29 settembre-18 ottobre 2003, Doc. 32 C/Resolutions, p. 53.

organizzazione all'uopo. In questo senso, l'espressione "great importance for humanity" usata dalla Dichiarazione assolve una funzione sicuramente diversa dal concetto di "outstanding universal value", e sembra adattarsi meglio all'idea che la responsabilità per gli atti distruttivi emerga per tutti i patrimoni culturali, indipendentemente dalla loro iscrizione nelle Liste. E ciò rende la Dichiarazione del 2003, a dispetto delle lacune contenutistiche, uno strumento più dinamico e significativo di quanto non appaia ad una prima lettura. In altre parole, anche le manifestazioni del patrimonio culturale che rivestono un'importanza fondamentale per l'identità di una specifica comunità, pur non suffragate dal riconoscimento del proprio valore a livello universale, possono benissimo rientrare nel regime di protezione previsto dagli artt. VI e VII della Dichiarazione.

Inoltre, al di là degli elementi di debolezza, non bisogna assolutamente sottovalutare gli evidenti punti di forza della Dichiarazione. Innanzitutto, dato non secondario, essa è stata adottata per acclamazione, con la pressoché totale partecipazione degli Stati membri dell'UNESCO, compresi gli Stati Uniti e il Regno Unito, che erano da poco rientrati nell'Organizzazione. In secondo luogo, risulta di estrema importanza il dettato dell'art. II, che qualifica la distruzione intenzionale «an act intended to destroy in whole or in part cultural heritage thus compromising its integrity, in a manner that constitutes a *violation of international law* [...]»⁵⁴⁴, aggiungendo all'art. VI che lo Stato che intenzionalmente compie questi atti distruttivi o non prende volutamente le misure adeguate per proibire, impedire e punire qualunque attacco deliberato contro il patrimonio culturale «[...] bears the responsibility for such destruction, to the extent provided by international law». Si tratta, in questo caso, di affermazioni solide e decise; per cui, anche se la Dichiarazione rimane, formalmente, uno strumento di *soft law*, è difficile escludere il suo valore probatorio di una diffusa *opinio juris* tra gli Stati circa l'esistenza di una norma consuetudinaria internazionale che impone il divieto e la prevenzione della distruzione del patrimonio culturale "of great importance for humanity", nel contesto di un conflitto armato o di atti terroristici⁵⁴⁵.

Un'altra importante manifestazione relativa al riconoscimento di tale norma consuetudinaria è rintracciabile nella decisione sulla "Stele di Matara" da parte della

⁵⁴⁴ *UNESCO Declaration*, cit., art. II, par. 2. Corsivo aggiunto.

⁵⁴⁵ Cfr. F. Francioni, *Customs, General Principles*, cit., p. 416.

Commissione Reclami Etiopia-Eritrea (*Claims Commission*), istituita con l'Accordo di pace concluso ad Algeri dai due governi, con il quale si è posto fine alla guerra iniziata nel 1998 e terminata nel 2000⁵⁴⁶. La Commissione, incaricata di decidere «[...] through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other [...]»⁵⁴⁷, valutando la presenza di eventuali violazioni delle norme internazionali umanitarie (incluse le Convenzioni di Ginevra del 1949), e in generale le violazioni del diritto internazionale, nell'aprile 2004 si è pronunciata sull'abbattimento della Stele di Matara, un antico obelisco datato intorno ai 2,500 anni e di grande significato storico e culturale per entrambi i Paesi in conflitto, situato vicino al piccolo villaggio di Matara. La notte tra il 30 e il 31 maggio 2000, dunque nel corso dell'occupazione militare dell'area circostante da parte delle forze etiopi, la Stele venne abbattuta usando esplosivi che ne spezzarono la base, facendola crollare⁵⁴⁸.

Sulla base delle prove fornite dall'Eritrea, che rivelavano la presenza di un contingente militare etiope nelle vicinanze del monumento la notte che questo venne raso al suolo, la Commissione si pronunciò nei seguenti termini:

«[T]he felling of the stela was a *violation of customary international humanitarian law*. While the 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property was not applicable, as neither Eritrea nor Ethiopia was a Party to it, deliberate destruction of historic monuments was prohibited by Article 56 of the Hague Regulations, which prohibition is part of customary law. Moreover, as civilian property in occupied territory, the stela's destruction was also prohibited by Article 53 of Geneva Convention IV and by Article 52 of Protocol I»⁵⁴⁹.

La Commissione, dunque, ha ricavato l'esistenza di una regola consuetudinaria che vieta la distruzione di un bene culturale mediante un processo di astrazione da un insieme consolidato di regole pattizie, riguardanti, in questo caso, il diritto

⁵⁴⁶ *Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea*, Algeri, 12 dicembre 2000.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, art. 5.

⁵⁴⁸ «Witnesses who lived not far from the stela and regularly walked by it during the day stated that it was standing on the evening of May 30 and was lying on the ground on the morning of May 31. Some also described hearing an explosion during the night». *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, in *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXVI, 28 aprile 2004, pp. 115-153, par. 108.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, par. 113. Corsivo aggiunto.

internazionale dei conflitti armati e il diritto internazionale umanitario. Se l'individuazione della norma consuetudinaria da parte della Commissione può risultare, in un certo senso, sbrigativa (dal momento che non è stato fatto alcun tentativo di ricostruzione dei due elementi costitutivi di prassi e *opinio juris*), in realtà essa è perfettamente condivisibile, alla luce del consolidato valore consuetudinario delle norme richiamate; la Commissione, in altre parole, ha ritenuto sufficiente riconoscere nella distruzione della Stele una violazione delle norme consuetudinarie di diritto internazionale umanitario, in virtù del fatto che il medesimo divieto di distruzione intenzionale di un bene culturale, previsto all'interno delle Regole dell'Aja 1907, è parte del diritto consuetudinario.

Va comunque riconosciuto che la Commissione avrebbe potuto spingersi oltre la mera prassi pattizia per dare una solida base consuetudinaria al divieto di distruzione dei beni culturali al di fuori della logica militare, richiamando i numerosi altri elementi di prassi internazionale e *opinio juris* a disposizione; a cominciare, in particolare, dall'allora recente distruzione dei Buddha di Bamiyan e l'unanime reazione indignata della Comunità internazionale, vero momento di svolta nell'evoluzione di questo specifico settore della tutela internazionale del patrimonio culturale che ha portato, come si è visto, all'adozione della Dichiarazione UNESCO del 2003. Sorprende, inoltre, l'assenza di qualunque riferimento alla ricca giurisprudenza dell'ICTY che, come si è visto, ha dato un immenso contributo nell'applicazione delle norme a tutela dei beni culturali durante i conflitti armati. In particolare, si ricorderà che nella sentenza *Tadić* del 1995, la Camera d'Appello aveva esplicitamente riconosciuto il valore consuetudinario di alcune norme della Convenzione dell'Aja del 1954; dal momento che la Commissione ha escluso l'applicazione della Convenzione al caso in questione «as neither Eritrea nor Ethiopia was a Party to it [...]», in realtà sarebbe stato utile ed opportuno richiamarla, consolidando in questo modo la sua portata generale. Resta comunque il fatto che la decisione sulla Stele di Matara rappresenta un solido ed importante documento del valore consuetudinario raggiunto dal divieto di distruzione del patrimonio culturale in caso di conflitto armato.

4. I danni deliberati al patrimonio culturale come minaccia alla pace: il ruolo del Consiglio di sicurezza dell'ONU

I massacri contro il patrimonio culturale avvenuti negli anni recenti in Iraq, nel Mali e in Siria, hanno messo nuovamente in luce l'emergenza concreta di questo fenomeno e i limiti degli strumenti internazionali a disposizione per farvi fronte, spingendo la Comunità internazionale a prendere nuove iniziative. Tra le misure più importanti e rappresentative della volontà universale di reprimere le azioni criminali contro il patrimonio culturale, ad ulteriore testimonianza del suo valore fondamentale per la Comunità internazionale, bisogna sicuramente segnalare l'azione intrapresa dal CdS dell'ONU, il cui intervento rimane tra le misure più significative in materia. A partire dai primi anni Duemila fino ad arrivare ai tempi più recenti, il CdS ha infatti iniziato a prestare seria attenzione, in diverse occasioni, al tema della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, inserendosi in un processo di sensibile rafforzamento della normativa internazionale dedicata alla tutela dei beni culturali; ulteriore sintomo di una coesa volontà internazionale di proteggere il patrimonio culturale dai crimini più efferati. Nella Risoluzione 1483 del 22 maggio 2003⁵⁵⁰, dedicata alla situazione tra l'Iraq e il Kuwait, il Consiglio chiedeva agli Stati membri di attivarsi per facilitare la restituzione all'Iraq dei beni culturali e degli altri manufatti di valore archeologico, storico e religioso che erano stati illegalmente rimossi dal Museo Nazionale di Baghdad, dalla Biblioteca Nazionale ed altri siti culturali iracheni, a partire dal 6 agosto 1990⁵⁵¹; qui il Consiglio ha posto l'accento sulla necessità di rispettare il patrimonio archeologico, storico, culturale e religioso dell'Iraq, richiamando all'impegno collettivo per proteggere in maniera continuativa, oltre ai siti di valore storico, archeologico e religioso, anche i musei, le biblioteche e i monumenti⁵⁵².

⁵⁵⁰ Per un'analisi dell'operato del CdS nella protezione del patrimonio culturale, si veda, accanto al contributo di Sabrina Urbinati (v. *supra*, nota 370), I. Caracciolo, U. Montuoro (a cura di), *Preserving Cultural Heritage and National Identities for International Peace and Security*, Giappichelli, Torino, 2019; M. Frigo, *Approaches Taken by the Security Council to the Global Protection of Cultural Heritage: An Evolving Role in Preventing Unlawful Traffic of Cultural Property*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, vol. 101, n. 4, pp. 1164-1181; J. Jakubowski, *Resolution 2347: Mainstreaming the Protection of Cultural Heritage at the Global Level*, in *Questions of International Law*, 2018, vol. 48, pp.21-44; F. Mucci, *Intentional Destruction of Cultural Heritage by ISIS: The Reaction of the International Community Against This Specific Aspect of the Aggression to Peace and Human Rights*, in *Processi di Pace e Dignità Umana*, 2016, vol. 2, p. 1 ss.

⁵⁵¹ Data di adozione della Ris. 661 del 1990.

⁵⁵² Cfr. *Resolution 1483 (2003)*, Doc. S/RES/1483 (2003), 22 maggio 2003, alinea 12: «Stressing the need for respect for the archaeological, historical, cultural, and religious heritage of Iraq, and for the continued protection of archaeological, historical, cultural, and religious sites, museums, libraries, and monuments [...]». Per un'analisi giuridica ed un commento alla risoluzione, si veda F. Mucci, *La Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1483 del 22 maggio 2003. Riflessioni sull'intervento diretto delle Nazioni Unite in materia di tutela dei beni culturali*, in P. Benvenuti, R. Sapienza (a cura di), *op. cit.*, pp. 325-341.

Successivamente, con la Risoluzione 2170 del 15 agosto 2014, il CdS ha condannato con forza l'ISIL, il Fronte *Al Nusrah* (ANF) e tutti gli individui, i gruppi e le entità associate con Al Qaeda per i numerosi atti terroristici compiuti con lo scopo di causare non solo la morte tra i civili, ma anche «[...] destruction of property and of cultural and religious sites», ribadendo tale concetto in più passaggi all'interno della risoluzione⁵⁵³. In maniera più dettagliata, il Consiglio ha confermato la sua posizione al riguardo nella Risoluzione 2199 del 12 febbraio 2015, dove ha fermamente condannato «[...] the destruction of cultural heritage in Iraq and Syria particularly by ISIL and ANF, whether such destruction is incidental or deliberate, including targeted destruction of religious sites and objects»⁵⁵⁴. Inoltre, in tale Risoluzione, il Consiglio notava il fatto che i gruppi terroristici dell'ISIL e dell'ANF, così come tutte le altre persone ed enti associati ad Al Qaeda, ricavano profitti dalle attività collegate agli scavi clandestini e alla vendita illegale di oggetti appartenenti al patrimonio culturale (archeologico, museale, bibliotecario) della Siria e dell'Iraq, e che tali profitti servivano a foraggiare il reclutamento di terroristi e migliorare le capacità di questi gruppi sul campo. Pertanto, con la Ris. 2199, il CdS chiedeva agli Stati membri di adottare le misure per vietare il commercio transnazionale di beni culturali sottratti illegalmente all'Iraq e alla Siria, in modo da agevolarne la restituzione ai rispettivi popoli di appartenenza. Nello stesso anno, il CdS ha adottato un'altra Risoluzione (la 2249 del 20 novembre 2015), condannando anche in questo caso «[...] in the strongest terms the continued gross, systematic and widespread abuses of human rights and violations of humanitarian law, as well as barbaric acts of destruction and looting of cultural heritage carried out by ISIL also known as Da'esh»⁵⁵⁵. L'aspetto più importante delle risoluzioni citate, comunque, riguardava l'adozione da parte del CdS delle misure vincolanti per gli Stati: dal momento che, infatti, era stata accertata la presenza di una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, tali risoluzioni ricadevano nell'ambito del Capitolo VII della Carta ONU, riguardante, appunto, le azioni relative alla pace, alle violazioni della pace e agli atti di aggressione⁵⁵⁶. L'obbligatorietà di queste misure permetteva, tra le altre cose, di

⁵⁵³ Si veda *Resolution 2170 (2014)*, Doc. S/RES/2170 (2014), 15 agosto 2014, alinea 5 e art. 2.

⁵⁵⁴ *Resolution 2199 (2015)*, Doc. S/RES/2199 (2015), 12 febbraio 2015, par. 15.

⁵⁵⁵ *Resolution 2249 (2015)*, Doc. S/RES/2249 (2015), 20 novembre 2015, par. 3.

⁵⁵⁶ In base alla Carta ONU, art. 39: «Il Consiglio di sicurezza accerta l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace, o di un atto di aggressione, e fa raccomandazioni o decide quali misure debbano essere prese in conformità agli artt. 41 e 42 per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionali».

aggirare i limiti del quadro giuridico di riferimento, tra cui, ad esempio, il fatto che all'epoca l'Iraq e la Siria non fossero parti del Secondo Protocollo alla Convenzione dell'Aja del 1954⁵⁵⁷, che ad oggi rimane ancora uno degli strumenti internazionali più concreti in termini di obblighi di protezione e divieto di distruggere beni culturali nel corso delle azioni armate, nonché di repressione penale delle condotte distruttive. Tuttavia gli effetti di queste risoluzioni erano limitati agli Stati in parola, mentre la portata globale del fenomeno del traffico e della distruzione deliberata di beni culturali, anche alla luce dell'esperienza passata, richiedeva uno strumento che dotasse l'intera Comunità internazionale di mezzi adeguati e vincolanti per proteggere il patrimonio culturale in tutte le situazioni di conflitto, superando i limiti e le lacune della disciplina internazionale in materia⁵⁵⁸.

Nella successiva Risoluzione 2347 del 24 marzo 2017, adottata all'unanimità su iniziativa di Francia e Italia⁵⁵⁹, il CdS, oltre a qualificare come crimini di guerra gli attacchi contro i monumenti storici, i siti e gli edifici dedicati alla religione, all'istruzione, alle arti e alla scienza, ha denunciato «[...] the unlawful destruction of cultural heritage, inter alia destruction of religious sites and artefacts [...] in the context of armed conflicts, notably by terrorists groups»⁵⁶⁰. Nel medesimo documento, il Consiglio ha richiamato gli Stati membri dell'ONU alle loro responsabilità per quanto riguarda la protezione del proprio patrimonio culturale, nonché a impegnarsi a proteggere tale patrimonio nel contesto di un conflitto armato, in conformità con la Carta ONU; ciò comporta, tra le varie iniziative da prendere, l'adozione di «[...] preventive measures to safeguard their nationally owned cultural property and their other cultural property of national importance in the context of armed conflicts»⁵⁶¹. Uno degli elementi di maggior rilievo della Risoluzione 2347 riguarda la possibilità di affidare alle *peacekeeping forces* dell'ONU il compito di assistere le autorità nazionali competenti, dietro loro richiesta, nella protezione del patrimonio culturale dai rischi di distruzione, illecita rimozione, saccheggio e traffico nel contesto di un conflitto armato, in collaborazione con l'UNESCO⁵⁶². Un tentativo,

⁵⁵⁷ L'Iraq è diventato Stato parte del Protocollo del 1999 il 6 aprile 2022.

⁵⁵⁸ Cfr. S. Urbinati, *op. cit.*, p. 201.

⁵⁵⁹ Per la seduta del CdS che ha portato all'adozione della Risoluzione, si veda *Destruction and Trafficking of Cultural Heritage by Terrorist Groups and in Situation of Armed Conflict*, UN Doc. S/PV.7907 (2017), 24 marzo 2017.

⁵⁶⁰ *Resolution 2347 (2017)*, Doc. S/RES/2347 (2017), 24 marzo 2017, par. 1

⁵⁶¹ *Ibid.*, par. 16.

⁵⁶² *Ibid.*, par. 19.

in questo senso, è stato compiuto nel febbraio 2016, quando il governo italiano e l'UNESCO hanno firmato un accordo, all'interno dell'iniziativa *Unite4Heritage*, per la creazione di una *Task Force* che comprendesse esperti di patrimonio culturale e membri dell'Arma dei Carabinieri appartenenti al nucleo "Tutela del Patrimonio Culturale" (TBC)⁵⁶³, con l'obiettivo di contribuire alla protezione dei beni culturali e alla lotta al traffico illecito, soprattutto nei contesti di crisi internazionale⁵⁶⁴. La *Task Force*, successivamente ribattezzata i "Caschi Blu della Cultura"⁵⁶⁵, può essere chiamata ad intervenire anche a livello nazionale, in caso di disastro naturale, svolgendo attività di ricognizione dei siti danneggiati, valutazione dei potenziali rischi di azioni criminali, attuazione delle misure di emergenza per i beni immobili e mobili, messa in sicurezza delle aree di interesse archeologico e identificazione dei beni culturali illecitamente sottratti al patrimonio nazionale⁵⁶⁶.

Per quanto riguarda le situazioni di conflitto armato o di crisi internazionale, in questo caso l'impiego dei "Caschi Blu della Cultura" (che fino ad oggi hanno svolto missioni in Iraq, Messico, Croazia e Libano)⁵⁶⁷ è disposto dal Comando Generale dei

⁵⁶³ La scelta è appunto ricaduta sull'Arma grazie all'esperienza e all'attività del Comando Carabinieri "Tutela del Patrimonio Culturale", già in passato molto impegnato nelle aree di crisi (in Kosovo tra il 2002-2003 e in Iraq tra il 2003-2006), oltre che per competenza in materia e in forza del ruolo riconosciutogli, anche a livello internazionale, per le azioni di recupero di beni culturali effettuate anche in favore di Paesi esteri.

⁵⁶⁴ Si veda la notizia *Italy creates a UNESCO Emergency Task Force for Culture*, in *UNESCO News*, 16 febbraio 2016. Si veda anche *Caschi blu della cultura: nasce la Task Force "Unite4Heritage"*, 16 febbraio 2016, pubblicata sul sito del Ministero della Difesa <https://www.difesa.it>. Tra gli interventi più significativi svolti dalla *Task Force*, si può ricordare quello del 2016 a seguito degli eventi sismici che hanno colpito l'Italia centrale (in particolare le aree di Ischia e del Mugello), che ha portato al recupero di oltre 30.000 beni culturali a rischio di distruzione e dispersione. Per ulteriori dettagli, si veda il sito <https://carabinieri.it>.

⁵⁶⁵ Istituita con decreto del Ministero della Cultura italiano n. 128 del 31 marzo 2022.

⁵⁶⁶ Tra gli interventi più significativi svolti dalla *Task Force*, si può ricordare quello del 2016 a seguito degli eventi sismici che hanno colpito l'Italia centrale (in particolare le aree di Ischia e del Mugello), che ha portato al recupero di oltre 30.000 beni culturali a rischio di distruzione e dispersione. Per ulteriori dettagli, si veda il sito <https://carabinieri.it>.

⁵⁶⁷ In Iraq, tra l'inizio del 2018 e gennaio 2020, due carabinieri dell'unità TBC hanno preso parte attiva nella missione "Inherent Resolve/Prima Parthica", con compiti di addestramento di unità del Ministero degli Interni e del Ministero della Cultura e delle Antichità iracheni. Nel corso di questo lasso di tempo (che ha visto le attività sospendersi a causa della pandemia da COVID-19), sono stati tenuti 37 corsi e formate oltre 1.000 unità. Sul tema, si veda la notizia di M. N. Topi, *Unite4Heritage: carabinieri addestrano specialisti iracheni per tutela patrimonio*, 16 aprile 2018, pubblicata su <https://www.onuitalia.com>. In Messico, invece, membri del gruppo *Unite4Heritage* hanno fornito il loro supporto alle autorità locali e alla *Unidad de Tutela del Patrimonio Cultural*, istituita il 28 marzo 2018, all'interno della Divisione di Gendarmeria della *Policia Federal*, su modello del TPC, nella predisposizione delle misure di emergenza in caso di disastri naturali. Inoltre, nel gennaio 2021, due membri della *Task Force*, coadiuvati dal personale del Ministero della Cultura, sono intervenuti in Croazia a seguito del sisma del dicembre 2020. Missioni simili sono state condotte nel 2020 in Albania e nel Libano, attraverso interventi mirati nelle aree culturali colpite, rispettivamente, dal sisma del 26 novembre 2019 e dalle esplosioni nel porto di Beirut del 4 agosto 2020, che hanno gravemente

Carabinieri, a seguito di una richiesta ufficiale inoltrata dall'UNESCO all'Autorità governativa nazionale, che determina la missione da svolgere. I compiti che la *Task Force* è chiamata a svolgere, in tali contesti, comprendono, oltre a quelli previsti per le emergenze interne, anche funzioni di supporto per le autorità e le forze di polizia locali nel recupero dei beni culturali, nonché attività di formazione specializzata⁵⁶⁸. Per quanto riguarda l'approccio seguito negli anni dal CdS al tema della lotta contro gli atti di distruzione intenzionale del patrimonio culturale, bisogna notare che, nella Ris. 2249 del 2015, il Consiglio aveva esplicitamente riconosciuto nelle azioni di sradicamento e traffico di beni culturali messe in pratica dallo Stato Islamico dell'Iraq una grave minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale⁵⁶⁹. Questa constatazione è stata successivamente ribadita e sviluppata nella Ris. 2347, dove il CdS si è espresso nei seguenti termini:

«*Noting with grave concern* the involvement of non-state actors, notably terrorist groups, in the destruction of cultural heritage and the trafficking in cultural property and related offences, in particular at the continued threat posed to international peace and security by the Islamic state in Iraq and the Levant (ISIL, also known as Da'esh), Al-Qaida and associated individuals, groups, undertakings and entities, and *reaffirming* its resolve to address all aspects of that threat»⁵⁷⁰.

L'inquadramento della distruzione intenzionale del patrimonio culturale tra le minacce alla pace e alla sicurezza ha trovato ulteriore conferma in un altro passaggio della Ris. 2347, dove il Consiglio ha sottolineato le pratiche distruttive del patrimonio culturale, e il tentativo di negare e cancellare le radici storiche e la diversità culturale in un simile contesto di crisi, possono alimentare ed aggravare ulteriormente il conflitto in corso, ostacolando il processo di riconciliazione nazionale e compromettendo la sicurezza, la stabilità e lo sviluppo economico e culturale dei

danneggiato diversi edifici storici e numerose opere d'arte del Museo di arte moderna e contemporanea Sursock.

⁵⁶⁸ Nello specifico: potenziare le capacità delle autorità di altri Paesi nel recupero e nella tutela del patrimonio culturale; supportare, o eventualmente sostituire, le forze di polizia di altre Nazioni nel contrasto al saccheggio e al traffico illecito di beni culturali; formare adeguatamente le forze di polizia specializzate straniere.

⁵⁶⁹ Così infatti si legge nel quinto allinea del Preambolo della Risoluzione: «*Determining* that, by its violent extremist ideology, its terrorist acts [...] its eradication of cultural heritage and trafficking of cultural property, [...] the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL, also known as Da'esh), constitutes a global and unprecedented threat to international peace and security».

⁵⁷⁰ *Resolution 2347 (2017)*, cit., Preambolo, alinea 6.

Paesi colpiti⁵⁷¹. Tale interpretazione del fenomeno della distruzione e del traffico di beni culturali come minaccia alla pace internazionale trova, inoltre, conferma nei continui riferimenti al terrorismo e alla criminalità, con la differenza, nel caso della Ris. 2347 rispetto alle precedenti, che qui le condotte criminose contro i beni culturali (che si tratti di distruzione, saccheggio o traffico illecito) condotte durante un conflitto armato, costituiscono una minaccia a sé stante in quanto, come già detto, oltre ad essere un'aggressione alla diversità culturale, possono esacerbare i conflitti. È questo genere di caratterizzazione ad autorizzare, in linea di principio, il CdS a prendere tutte le misure necessarie per far cessare la condizione di minaccia, comprese le misure previste dal Capitolo VII della Carta ONU, in particolare quelle che implicano l'uso della forza ai sensi dell'art. 42⁵⁷². Tale sembra essere la strada intrapresa dal Consiglio a partire dalla Ris. 2249, dove ha richiamato gli Stati membri con la disponibilità di mezzi richiesta a prendere tutte le misure necessarie (*all necessary measures*), sui territori sotto il controllo dell'ISIL in Siria e in Iraq, per prevenire e fermare gli atti terroristici commessi dai gruppi associati ad Al Qaeda; la Ris. 2347 rappresenta il punto di arrivo di questo percorso, culminato nel riconoscimento della distruzione e del traffico di beni culturali come una minaccia alla pace in quanto tale.

Rimangono, comunque, alcune criticità relative al contenuto della Ris. 2347, che ne minano la portata e l'efficacia. Innanzitutto, per quanto riguarda il campo di applicazione della risoluzione, essa ha per oggetto solo la protezione del patrimonio culturale tangibile, e non di quello immateriale; ciò sorprende, dal momento che il dodicesimo allinea del Preambolo, richiamando le convenzioni internazionali rilevanti in materia di tutela dei beni culturali, fa un esplicito riferimento sia alla Convenzione UNESCO del 2003 sul patrimonio culturale immateriale che alla Convenzione del 2005 sulla diversità culturale. Un ampliamento esplicito in questo senso sarebbe stato un importante segnale della necessità di proteggere il patrimonio culturale in maniera organica, nella totalità e varietà delle sue espressioni; anche alla luce dei gravi pregiudizi, spesso messi in secondo piano, che le manifestazioni intangibili

⁵⁷¹ *Ibid.*, alinea 5.

⁵⁷² Carta ONU, art. 42: «Se il Consiglio di Sicurezza ritiene che le misure previste nell'articolo 41 siano inadeguate o si siano dimostrate inadeguate, esso può intraprendere, con forze aeree, navali o terrestri, ogni azione che sia necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale. Tale azione può comprendere dimostrazioni, blocchi ed altre operazioni mediante forze aeree, navali o terrestri di Membri delle Nazioni Unite»

della cultura subiscono durante i conflitti armati o le occupazioni militari, in particolare quando gli attentati al patrimonio culturale sono parte di un disegno persecutorio ai danni di una determinata comunità⁵⁷³. Inoltre, le misure indicate dal CdS all'interno della risoluzione sono indicate nella forma di "raccomandazioni", nonostante il riconoscimento della distruzione e del traffico di beni culturali in caso di conflitto armato come una minaccia per la sicurezza internazionale. Se si analizza il linguaggio utilizzato dal Consiglio, si riscontra un ampio uso di termini come "encourages", "deplores", "stresses", "invites", "takes note"⁵⁷⁴; tale scelta, se valutata alla luce della lettura che è stata data alla prassi del CdS⁵⁷⁵, sembra suggerire la sua volontà di non adottare misure obbligatorie; ciò renderebbe, secondo la dottrina⁵⁷⁶, l'inquadramento della distruzione e del traffico illecito di beni culturali durante un conflitto armato tra le minacce alla pace una sorta di "titolo giustificativo", invocato dal CdS, per intervenire e applicare il Capitolo VII della Carta ONU in un settore in cui, fino a quel momento, il Consiglio era intervenuto solo di riflesso e in maniera marginale.

Infine, come già ricordato, il CdS ha affermato che dirigere attacchi illegittimi contro monumenti storici siti ed edifici dedicati alla religione, all'istruzione, all'arte e alla scienza costituisce «[...] under certain circumstances, and pursuant to international law a war crime and that perpetrators of such attacks must be brought to justice»⁵⁷⁷. Tale formulazione con cui il Consiglio ha riconosciuto nella distruzione del patrimonio

⁵⁷³ A titolo di esempio, si può richiamare nuovamente il caso delle distruzioni avvenute nel 2012 a Timbuctù, nel Mali, da parte del gruppo estremista Ansar Dine. I membri del gruppo, nel porre in atto la loro politica fondamentalista e distruttiva, non si limitarono ad abbattere i monumenti, gli altari e i mausolei considerati "sacrileghi", ma misero completamente al bando diverse manifestazioni culturali intangibili, a cominciare dalla musica. Si veda A. Morgan, *Mali: No Rhyme or Reason as Militants Declare War on Music*, pubblicato sul *Guardian*, 23 ottobre 2012. Sul tema della cancellazione del patrimonio culturale immateriale durante i conflitti armati, si rinvia all'interessante contributo di A. Rai, *The 2003 Intangible Cultural Heritage Convention in Armed Conflict: An integrated reading of obligations towards culture in conflict*, in *Leiden Journal of International Law*, 2024, vol 37, pp. 167-190.

⁵⁷⁴ *Resolution 2347 (2017)*, cit., par. 1: «*Deplores and condemns* the unlawful destruction of cultural heritage [...]. Par. 5: «*Stresses* that Member States have the primary responsibility in protecting their cultural heritage [...]». Par. 6: «*Invites* [...] the United Nations and all other relevant organizations to continue providing Member States [...] with all necessary assistance». Par. 7: «*Encourages* all Member States that have not yet done so to consider ratifying the [1954 Hague] Convention [...]». Par. 17: «*Calls upon* Member States, in order to prevent and counter trafficking of cultural property [...], to consider adopting the following measures [...]».

⁵⁷⁵ Si veda N. Krisch, *Chapter VII Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression. Introduction to Chapter VII: The General Framework*, in B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte, A. Paulus, N. Wessendorf (a cura di), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1265.

⁵⁷⁶ Cfr. S. Urbinati, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁷⁷ *Resolution 2347 (2017)*, cit., par. 4.

culturale un crimine di guerra, per quanto rassicurante, risulta alquanto timida e superflua⁵⁷⁸, alla luce soprattutto della copiosa giurisprudenza penale internazionale che, negli anni, ha più volte ribadito e confermato che questi atti appartengono alla categoria dei crimini di guerra. A tal proposito, una formulazione più approfondita e coraggiosa da parte del Consiglio, che mettesse in evidenza gli aspetti spesso discriminatori alla base di queste condotte, avvicinandole alla categoria dei crimini contro l'umanità, sarebbe stato sicuramente più prezioso, poiché avrebbe posto l'accento una volta per tutte sulle gravi violazioni dei diritti umani provocate dalla distruzione intenzionale del patrimonio culturale.

5. *Alcune riflessioni conclusive*

Alla luce di questa ricognizione della giurisprudenza nazionale e internazionale riguardante la tutela del patrimonio culturale, è già possibile introdurre alcune considerazioni sul contributo fornito dall'attività giurisdizionale nel settore del diritto internazionale dedicato ai beni culturali. Valutazioni più consistenti verranno discusse nelle conclusioni del presente lavoro. Innanzitutto, dalla casistica presentata, risulta chiaro che la tutela del patrimonio culturale è un tema realmente trasversale; ciò è dimostrato dal fatto che, nonostante l'assenza di un meccanismo giurisdizionale *ad hoc* sulle questioni culturali, queste ultime trovano garanzia di tutela e spazio in una varietà di giurisdizioni, che vanno dalla materia degli investimenti alle questioni di delimitazione territoriale, dall'accertamento della violazione di diritti fondamentali alla repressione dei crimini internazionali; a riprova di come la protezione del patrimonio culturale sia un tema che si interseca con altri ambiti internazionalistici, e che rende il diritto internazionale per i beni culturali «not a discrete and contained body of law, but rather a diverse body of law whose component parts are drawn from – and often developed and contained within – principal fields of public international law»⁵⁷⁹.

Le corti nazionali, come si è visto, sono la sede privilegiata per la soluzione delle controversie transnazionali relative alla restituzione di beni culturali, in special modo

⁵⁷⁸ Questo è il parere espresso da una parte della dottrina: si veda M. Frigo, *Approaches Taken by the Security Council*, cit., pp. 1177-1178; S. Urbinati, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁷⁹ A. M. Carstens, E. Varner, *Intersections in Public International Law for Protecting Cultural Heritage Law. Past, Present, and Future*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, p. 1.

quando questi sono stati trafugati durante un conflitto armato o un'occupazione militare. Premessa l'esistenza di una disciplina internazionale al riguardo, che vieta categoricamente l'illecito trasferimento di beni culturali dai territori militarmente occupati⁵⁸⁰, l'indagine condotta ha dimostrato la tendenza dei tribunali nazionali a far valere il divieto di appropriazione di beni culturali nei territori occupati, e il conseguente obbligo di restituirli, anche in assenza di uno specifico vincolo pattizio (come nel caso *Goldberg*)⁵⁸¹. Tale tendenza si è inserita all'interno di una più ampia prassi internazionale che si è rapidamente affermata nel corso degli ultimi anni, e che ha visto da un lato una reazione di condanna sempre più robusta e coesa, da parte della Comunità internazionale, verso l'odiosa pratica del saccheggio e del traffico illecito di beni culturali, in particolare quando questi atti sono una componente dei conflitti a sfondo etnico⁵⁸²; dall'altro, una crescente adesione alla Convenzione dell'Aja del 1954 e al suo Primo Protocollo, in particolare da parte dei c.d. *Market States*. Inoltre, si è visto come la giurisprudenza nazionale, in maniera molto accorta e virtuosa (come nel caso della *Venere di Cirene*), abbia saputo non solo ricavare dalle convenzioni che sanciscono l'obbligo di restituzione di beni culturali, sottratti durante un conflitto armato, una norma internazionale consuetudinaria che sancisce il "principio di ricostituzione dei singoli patrimoni culturali nazionali", ma abbia anche riconosciuto in questa norma un'appendice di altri due principi di diritto internazionale generale, ossia il "divieto dell'uso della forza" e il "principio di autodeterminazione dei popoli".

La giurisprudenza internazionale, dal canto suo, ha (e continua ad avere) un ruolo chiave nell'affermazione ed espansione del diritto internazionale dei beni culturali. Per quanto riguarda la CIG, questa ha avuto poche occasioni di valutare la tutela del patrimonio culturale sotto il profilo consuetudinario. In linea generale la Corte, anche a fronte della mancata invocazione, da parte degli Stati in lite, delle norme riguardanti il patrimonio culturale, ha riconosciuto da sé il valore e la rilevanza degli argomenti culturali solo quando questi si legavano ad altri generi di questioni, come l'accesso alle risorse naturali. Tuttavia la CIG, e la CPGI prima di lei, attraverso le tematiche culturali hanno dato un immenso contributo all'elaborazione di concetti

⁵⁸⁰ In particolare, gli artt. 46 e 47 delle Regole dell'Aja del 1907 e il Primo Protocollo addizionale alla Convenzione dell'Aja del 1954.

⁵⁸¹ Si veda la Sez. 1, par. 2 del presente capitolo.

⁵⁸² Come nel caso delle atrocità commesse durante il conflitto nell'ex-Jugoslavia, o più recentemente le azioni criminali commesse dallo Stato Islamico nei territori occupati di Iraq e Siria.

fondamentali come quello di “comunità”, rafforzando inoltre il legame tra il patrimonio culturale e gli altri campi del diritto internazionale, come la protezione dell’ambiente e la tutela dei diritti umani. La sentenza sul caso del *Tempio di Preah Vihear*, in particolare, rappresenta un momento di svolta poiché, da un lato, ha presentato una lettura rivoluzionaria dell’obbligo degli Stati di cooperare per la protezione di quei siti iscritti nella WHL ai sensi della Convenzione UNESCO del 1972, declinando questo impegno in funzione di due principi generali del diritto internazionale, ossia il divieto dell’uso della forza e l’obbligo di soluzione pacifica delle controversie; dall’altro lato, grazie alla posizione espressa dal giudice Cançado Trindade, ha messo in luce l’importanza che il patrimonio culturale riveste, prima di tutto, per le comunità che lo vivono direttamente, confermando la relazione tra la salvaguardia di quel patrimonio, al quale spesso sono associate pratiche e tradizioni culturali intangibili, e la protezione dei diritti fondamentali delle comunità interessate.

La prassi della giurisprudenza arbitrale sugli investimenti si è a sua volta dimostrata un formidabile strumento di applicazione e rafforzamento degli obblighi di protezione dei patrimoni culturali di *outstanding universal value*, non necessariamente iscritti nella WHL (come nel caso *Glamis Gold*): tale prassi ha infatti evidenziato la necessità di rispettare le norme previste dalla Convenzione UNESCO del 1972, nell’interpretazione e applicazione di un accordo bilaterale sugli investimenti, laddove il progetto concordato coinvolga un’area di interesse universale ai sensi della Convenzione UNESCO. Anche in questo caso, l’esigenza primaria di preservare un patrimonio dell’umanità non ha “semplice” valore di per sé, ma svolge anche una funzione di richiamo per gli investitori, affinché questi realizzino progetti di investimento che siano responsabili⁵⁸³. All’interno di questo quadro, la sentenza sul caso *Ahunbay c. Turchia* da parte della Corte EDU costituisce senza dubbio una voce discordante; tuttavia ha il merito di aver riaperto il dibattito sull’esistenza di un “diritto individuale al patrimonio culturale”, che rappresenta un nodo cruciale della disciplina internazionale sui beni culturali.

Infine, la conferma del progressivo riconoscimento del patrimonio culturale come valore fondamentale per la Comunità internazionale arriva dalla giurisprudenza penale, il cui immenso contributo nell’inquadramento degli atti lesivi contro il

⁵⁸³ Come giustamente sottolineato da E. Baroncini, *I siti e la Convenzione UNESCO del 1972*, cit., p. 452.

patrimonio culturale tra i crimini internazionali di rilievo consuetudinario ha permesso di mettere in luce la complessità di queste condotte. E nonostante il dettato normativo, corroborato dalla posizione espressa negli ultimi anni dal CdS, si limiti a riconoscere esplicitamente la distruzione intenzionale dei beni culturali come un crimine che può essere commesso solo nel corso di un conflitto armato, le modalità con cui questi attacchi vengono condotti, l'unanime reazione di sdegno da parte della comunità degli Stati e la sofferenza che questi atti provocano al senso di unità e identità dei gruppi direttamente colpiti, collocano inevitabilmente queste fattispecie tra i crimini contro l'umanità; e dimostrano, ancora una volta, l'esistenza di un legame indissolubile tra la protezione del patrimonio culturale e la tutela di alcuni diritti fondamentali. Riprendendo da questo punto, nel prossimo capitolo verranno presentate le conclusioni di questa indagine.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. La distruzione intenzionale del patrimonio culturale, tra violazione dei diritti umani e offesa contro l'intera umanità – 2. Il divieto di distruzione intenzionale del patrimonio culturale quale norma di diritto internazionale generale – 3. Riflessioni conclusive.

1. La distruzione intenzionale del patrimonio culturale, tra violazione dei diritti umani e offesa contro l'intera umanità

Nell'ottobre 2016, la *Special Rapporteur* per i diritti culturali, KARIMA BENNOUNE, presentava un *report* all'AG dell'ONU in cui lanciava un urgente appello per intensificare l'azione internazionale contro la distruzione del patrimonio culturale. Il punto fondamentale sul quale la *Special Rapporteur* insisteva maggiormente era l'esigenza di concepire la distruzione culturale non come una questione riguardante i beni culturali in quanto tali, ma come un fenomeno in cui sono in gioco i diritti umani; stando alle sue parole, la sfida internazionale di proteggere il patrimonio culturale – costituito da preziosi monumenti storici, siti e luoghi sacri – non può essere affrontata senza prima comprendere la necessità di proteggere i popoli e i loro diritti fondamentali:

«We must understand that when cultural heritage is under attack, it is also the people and their fundamental human rights that are under attack»¹.

Per questo motivo, il fenomeno della distruzione del patrimonio culturale, per essere adeguatamente affrontato, richiede un radicale cambio di prospettiva, fondato sui diritti umani (*a human rights approach*):

«The human rights approach to cultural heritage obliges one to go beyond preserving and safeguarding an object or a manifestation in itself to take into account the rights of individuals and groups in relation to such object or manifestation and to connect cultural heritage with its source of production

¹ *UN rights expert calls to stop intentional destruction of cultural heritage*, in *News and Events*, 26 ottobre 2016.

[...]. It is impossible to separate a people's cultural heritage from the people itself and the people's rights»².

Alla luce di queste affermazioni, che è difficile non condividere, la distruzione intenzionale del patrimonio culturale, a causa delle gravi ripercussioni che produce in termini di violazioni dei diritti umani, è prima di tutto un *crimine contro le persone*. Questo legame tra il patrimonio culturale e i diritti umani, come già visto in diverse occasioni nel corso di questa indagine, è presente ed enfatizzato in molti atti e documenti internazionali: il Preambolo della Dichiarazione UNESCO del 2003, ad esempio, mette subito a fuoco l'importanza del ruolo svolto dal patrimonio culturale nel forgiare l'identità delle comunità, dei gruppi e degli individui, nonché come formidabile strumento di coesione sociale³. Questo concetto trova spazio anche tra gli strumenti vincolanti: si pensi all'art. 2 della Convenzione UNESCO del 2003, per esempio, che nella definizione di "patrimonio culturale immateriale" specifica che questo dà alle comunità e ai gruppi un senso di identità e di continuità⁴. Al di fuori dell'UNESCO, anche la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, denunciando con vigore le distruzioni dei mausolei a Timbuctù, definiva gli attacchi deliberati contro il patrimonio culturale una barbarie indicibile, totalmente incompatibile con la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e con gli altri strumenti giuridici internazionali sui diritti umani⁵. In maniera simile, il Consiglio per i diritti umani, che in varie occasioni si è espresso sulle drammatiche ricadute che la distruzione produce sui diritti culturali⁶, nel descrivere la situazione in Iraq nel 2014 ha incluso le devastazioni di monumenti, santuari, chiese, moschee e siti archeologici tra le violazioni dei diritti fondamentali commesse in quelle regioni⁷. Ne deriva quindi, in maniera inequivocabile, che il patrimonio culturale ricopre una funzione essenziale nel mondo dei diritti umani, poiché costituisce il veicolo dell'identità religiosa, spirituale e culturale delle comunità e delle minoranze; per questo motivo, il rispetto del patrimonio culturale, in quanto parte integrante della

² *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*, UN Doc. A/71/317, 9 agosto 2016, par. 53.

³ V. Cap. 4, Sez. 2, par. 3.3.

⁴ V. Cap. 2, par. 7.

⁵ V. Cap. 4, Sez. 2, par. 2.3.

⁶ V. Cap. 4, Sez. 1, par. 3.4.

⁷ Cfr. *The human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups*, UN Doc. A/HRC/RES/S-22/1, 3 settembre 2014, alinea 7.

storia e dell'identità di un popolo, è legato a doppia mandata al concetto di "dignità umana", ossia il principio da cui traggono forza e senso tutti i diritti dell'uomo⁸. Questo immenso spazio di condivisione tra la tutela del patrimonio culturale e il rispetto dei diritti umani ha trovato una perfetta sintesi, come si è potuto vedere, nella sentenza del 2013 della CIG sul caso del *Tempio di Preah Vihear*⁹, dove il giudice Cançado Trindade, in precedenza assai critico verso la posizione espressa dalla Corte, ha riconosciuto che quest'ultima «[...] encompassed the human rights to life and to personal integrity, as well as cultural and spiritual world heritage, [...] [going] well beyond State territorial sovereignty, bringing territory, people and human values together»¹⁰.

Dunque, nel momento in cui si abbraccia la lettura della protezione del patrimonio culturale usando il linguaggio dei diritti umani, ecco che la distruzione dei beni culturali acquista tutto un altro significato; ed è proprio quando questa risponde ad un'intenzione specifica, frutto di una volontà persecutoria, che il senso del patrimonio culturale come strumento di realizzazione dei diritti fondamentali di una comunità risuona in tutto il suo valore. Ciò, evidentemente, è il frutto di un paradosso: la prova inequivocabile dell'esistenza (e della vitalità) di un diritto è data da quello stesso fenomeno che vuole il suo annientamento.

Che il crimine di persecuzione, in tutte le sue diverse manifestazioni, vada a ledere i diritti fondamentali è ampiamente assodato. Come sottolineato dalla CDI nel *Draft Code* del 1996, il minimo comun denominatore delle molteplici forme che può assumere la persecuzione consiste proprio nella negazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali riconosciuti a ciascun individuo, senza alcuna distinzione¹¹. Lo stesso concetto, come si è visto, è espresso all'interno dello Statuto della CPI¹², e anche la giurisprudenza dell'ICTY, nel caso della distruzione dello *Stari Most*, ha rilevato la connessione tra la distruzione intenzionale del ponte, intesa come atto di

⁸ La dottrina più autorevole sottolinea con enfasi questo legame tra patrimonio culturale e dignità umana. Si veda F. Francioni, *Beyond State Sovereignty*, cit., p. 1212; anche J. Blake, *Taking a Human Rights Approach*, cit., p. 199. V. Cap. 4, Sez. 1, par. 3.4, in particolare nota 242.

⁹ V. Cap. 4, Sez. 1, par. 3.3.

¹⁰ *Request for Interpretation, Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, cit., 2013, par. 33.

¹¹ Cfr. *Draft Code 1996*, pp. 48-49, par. 11: «The inhumane act of persecution may take many forms with its common characteristic being the denial of the human rights and fundamental freedoms to which every individual is entitled without distinction [...]».

¹² V. Cap. 4, Sez. 2, par. 2.3.1.

persecuzione, e la violazione dei diritti fondamentali della comunità musulmana che viveva a Mostar¹³.

Analizzando nel dettaglio le forme e modalità che caratterizzano la fattispecie della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, è possibile intercettare diversi diritti fondamentali che vengono violati. Se si considera, ad esempio, il dolo specifico all'origine della condotta, ossia l'intento discriminatorio che guida l'atto distruttivo verso una determinata comunità, in virtù delle sue caratteristiche culturali, questo integra la violazione del diritto alla non discriminazione, sancito all'interno di diversi strumenti internazionali¹⁴. Quando poi ci si trova al cospetto di un attacco contro edifici dedicati al culto, o anche solo la privazione di oggetti di significato spirituale, in questi casi viene minato il diritto alla libertà religiosa¹⁵, poiché le persone e le comunità direttamente colpite saranno in questo modo private del loro diritto di esercitare appieno la propria fede religiosa. Inoltre, dal momento che le espressioni culturali¹⁶, inevitabilmente compromesse dalla condotta distruttiva, rappresentano una componente essenziale della libertà di espressione¹⁷, anche quest'ultima risulterà violata.

Naturalmente, la distruzione comporta la violazione dei diritti culturali, a cominciare dal diritto delle minoranze di avere una propria vita culturale¹⁸, che possiede un respiro decisamente ampio, comprendente sia obblighi positivi che negativi; come infatti giustamente sottolineato dalla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, «[t]he protection of the right to culture goes beyond the duty, not to destroy or deliberately weaken minority groups, but requires respect for, and protection of, their cultural heritage essential to the group's identity»¹⁹. Anche il diritto di prendere parte alla vita culturale, a sua volta ampiamente riconosciuto a livello internazionale²⁰, è saldamente legato alla salvaguardia del patrimonio culturale, poiché comporta l'obbligo, a carico degli Stati, «[to] respect and protect cultural heritage in all its

¹³ V. Cap. 4, Sez. 2, par. 2.3.

¹⁴ Si veda DUDU, art. 7; Patto sui diritti civili e politici (1966), art. 26.

¹⁵ DUDU, art. 18; Patto sui diritti civili e politici (1966), art. 18.

¹⁶ Il concetto di "espressione culturale", che riveste un'importanza fondamentale nella comunicazione e trasmissione della diversità culturale, trova ampio spazio e tutela nella Convenzione UNESCO del 2005. Si veda Cap. 2, par. 8.1.

¹⁷ Si veda *Human Rights Committee, General Comment No. 34, art. 19: Freedoms of opinion and expression*, UN Doc. CCPR/C/GC/34, 12 settembre 2011, par. 11.

¹⁸ Patto sui diritti civili e politici (1966), art. 27.

¹⁹ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Application No. 006/2012, sentenza, 26 maggio 2017, par. 179.

²⁰ DUDU, art. 27; Patto sui diritti economici, sociali e culturali (1966), art. 15.

forms, in times of war and peace, and natural disasters, [as well as to] respect and protect cultural heritage of all groups and communities»²¹.

Inoltre, dal momento che la distruzione intenzionale del patrimonio culturale mira ad annichilire l'identità culturale di una comunità, che costituisce un prerequisito essenziale per il godimento di numerosi diritti umani, anche il c.d. "diritto all'identità culturale" subirà un grave pregiudizio; tale diritto, si ricorderà, si è affermato come una prerogativa fondamentale all'interno dell'ordinamento internazionale, proprio perché consente l'effettiva realizzazione di alcuni diritti fondamentali²². Colpire l'identità culturale di un popolo mediante azioni distruttive del suo patrimonio culturale comporta, ad esempio, la violazione dei diritti culturali in generale, ossia quei diritti attraverso i quali ciascuna persona, individualmente e in comunità con gli altri, sviluppa ed esprime la propria umanità, la propria concezione della vita e del mondo e il senso da dare alla propria esistenza, e che includono l'accesso al patrimonio culturale e a quelle risorse che consentono questo processo di sviluppo e di identificazione²³. Anche il diritto di proprietà – concepito, in relazione al patrimonio culturale, come un diritto avente un significato collettivo – risulta strettamente connesso all'identità culturale. Esso consiste nel diritto di un popolo o di una comunità a mantenere il possesso del patrimonio culturale che riveste un particolare significato per la propria identità culturale, preservando così le connessioni sociali e spirituali con questo patrimonio, in modo da poterlo tramandare alle generazioni future. Letto in questa accezione, il concetto di "proprietà" abbraccia il significato complessivo del patrimonio culturale, comprendente sia la dimensione tangibile che quella intangibile. Proprio gli episodi di distruzione intenzionale del patrimonio culturale mettono in luce quanto gli aspetti materiali e immateriali della cultura siano, sostanzialmente, due facce della stessa medaglia, profondamente interconnesse tra di loro. Nel caso delle distruzioni avvenute nel Mali del nord, ad esempio, oltre ai mausolei e ai manoscritti islamici anche le pratiche culturali sono finite sotto attacco, tra cui gli esercizi religiosi, il canto e la musica, con gravi sofferenze per le

²¹ *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 21 Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UN Doc. E/C.12/GC/21, 21 dicembre 2009, par. 5.

²² V. Cap. 4, Sez. 1, par. 3.4, in particolare nota 242.

²³ Cfr. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council*, UN Doc. A/HRC/14/36, 22 marzo 2010, par. 9.

popolazioni locali²⁴. Inoltre la nozione di “patrimonio culturale”, come già visto, include non solo gli edifici religiosi e gli oggetti sacri, ma anche il territorio e le risorse naturali, qualora queste possiedano un significato culturale per le comunità che le vivono; ciò è particolarmente vero per le popolazioni indigene, come ampiamente dimostrato dalla giurisprudenza della Corte IDU²⁵, le quali mantengono con le loro terre ancestrali e le risorse naturali un legame che non è semplicemente «[...] a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations»²⁶.

Alla luce di queste ultime considerazioni, quindi, la distruzione comporta una violazione del diritto delle popolazioni indigene (intese come collettività) al proprio patrimonio culturale, consistente nella facoltà di mantenere, controllare, proteggere e sviluppare la propria cultura in tutte le sue manifestazioni²⁷. Si tratta di un diritto strettamente connesso con quello di proprietà, e che in buona parte si sovrappone ad esso, dal momento che praticamente ogni aspetto della vita di una comunità indigena – che si tratti della terra in cui vive, delle conoscenze mediche e delle pratiche sociali, delle arti figurative, della letteratura, dei giochi tradizionali e dello sport – fa parte del suo patrimonio culturale; per cui, qualunque violazione del diritto di un popolo a mantenere il proprio legame materiale e spirituale con le terre ancestrali, si tradurrà, inevitabilmente, in una rottura delle fondamentali espressioni del loro patrimonio culturale, in special modo quelle di carattere intangibile.

Sulla base di questa ricognizione, risulta chiara la natura poliedrica della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, che, al di là del suo inquadramento tra i crimini internazionali (crimine di guerra, contro l'umanità o prova del genocidio), ha delle ricadute molto forti sui diritti fondamentali dei soggetti direttamente colpiti; un aspetto, questo, che sarà ulteriormente approfondito nelle imminenti considerazioni finali.

Va comunque notato che, in certi casi particolarmente clamorosi, la distruzione del patrimonio culturale può assumere una portata che travalica la cerchia dei diritti

²⁴ V. Cap. 4, Sez. 2, parr. 2.2.2, 2.3.1, 4, in particolare nota 566. Si veda anche Consiglio per i diritti umani, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*, UN Doc. A/HRC/31/59, 3 febbraio 2016, par. 77.

²⁵ V. Cap. 4, Sez. 1, parr. 3.3, 3.4, nota 242.

²⁶ Corte IDU, *Awas Tingni Mayagna (Sumo) Indigenous Community v. Nicaragua*, cit., par. 149.

²⁷ Come sancito nella *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, UN Ga Res. 61/295, 13 settembre 2007, art. 31.

fondamentali violati di una particolare comunità. Se si prendono in considerazione i più recenti episodi di annientamento del patrimonio culturale, si noterà che la maggior parte di essi condividono il fatto che il bersaglio degli attacchi non era solo un determinato gruppo umano che gli autori intendevano annientare in virtù delle sue caratteristiche, ma l'intera Comunità internazionale, fatta eccezione per i gruppi che condividevano la loro visione. In casi come questi, dunque, non è una specifica diversità ad essere presa di mira e colpita, ma è il concetto stesso di *diversità in quanto tale* ad essere negato²⁸; come sottolineato in dottrina da ANA FILIPA VRDOLJAK, «[it is] cultural and religious diversity which the perpetrators find abhorrent and seek to expunge through such acts»²⁹. In altre parole, la distruzione intenzionale del patrimonio culturale può, in certe situazioni, assumere i connotati non solo di un crimine contro le persone, ma *contro la Comunità internazionale nel suo insieme*. Solo con la distruzione dei Buddha di Bamiyan, nel 2001³⁰, la Comunità internazionale ha preso piena coscienza della portata e della drammaticità di queste fattispecie criminose; la reazione a questo gesto, come si è visto, è stata l'elaborazione della Dichiarazione UNESCO del 2003³¹, che infatti definisce la distruzione intenzionale del patrimonio culturale un'ingiustificabile offesa ai principi di umanità. Nella prassi internazionale, questo argomento ha trovato un sviluppo nella giurisprudenza dell'ICTY, in particolare nel caso del bombardamento del centro storico di Dubrovnik³², un sito all'epoca iscritto nella WHL dell'UNESCO per il suo eccezionale valore universale, dunque protetto nell'interesse di tutta la Comunità internazionale; ed è per via del suo status di "patrimonio mondiale" che l'ICTY ha visto nella distruzione della Città Vecchia di Dubrovnik un attacco non solo contro la

²⁸ La tentazione, ancora una volta, di avvicinare tali feroci aggressioni contro il patrimonio culturale, condotte in nome dell'odio, alla dimensione del "genocidio", pur nel rispetto delle obiezioni giuridiche discusse nelle pagine precedenti, rimane molto forte; questo qualora si decidesse di abbracciare la definizione di genocidio offerta da Hannah Arendt, quando afferma che esso è «un attentato alla diversità umana in quanto tale, cioè a una caratteristica della "condizione umana" senza la quale la stessa parola "umanità" si svuoterebbe di ogni significato» (H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 1963, p. 308). Tuttavia, l'identificazione del gruppo preso di mira rimane un requisito essenziale del genocidio, sia in base alla definizione contenuta nella Convenzione del 1948 (art. II), sia secondo la giurisprudenza (v. la sentenza della CIG, *Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro*, 2007). Di conseguenza, mancando tale requisito dell'individuazione del gruppo specifico, gli attacchi rivolti contro il patrimonio culturale in offesa alla Comunità internazionale non potrebbero, in quanto tali, configurare una forma di genocidio. Per maggiori dettagli, si veda Cap. 4, Sez. 2, par. 2.4.

²⁹ A. F. Vrdoljak, *The Criminalisation of the Intentional Destruction*, cit., p. 255.

³⁰ V. Cap. 4, Sez. 2, parr. 3-3.2.

³¹ *Ibid.*, par. 3.3.

³² *Ibid.*, par. 2.2.1, 2.3.

storia e il patrimonio della regione, ma anche contro il *patrimonio culturale dell'umanità*, e per questo motivo «a crime of even greater seriousness»³³, se confrontato con altre gravi violazioni delle norme umanitarie, come la distruzione di edifici civili. Considerazioni simili, anni dopo, sono state sviluppate dalla CPI nel caso *Al Mahdi*³⁴, dove la Corte ha rimarcato l'importanza internazionale dei mausolei distrutti a Timbuctù, in virtù della loro iscrizione nella WHL; ed è stata questa circostanza a rendere la loro distruzione un crimine particolarmente grave, poiché ha colpito non solo gli abitanti di Timbuctù, ma tutta la popolazione del Mali e la Comunità internazionale. Anche la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli aveva sottolineato il valore speciale dei monumenti distrutti, riconosciuti dall'UNESCO in quanto simbolo eloquente del ruolo fondamentale occupato dall'Africa nella storia dell'umanità. In maniera simile, nel 2015 il Direttore generale dell'UNESCO, IRINA BOKOVA, in merito all'aggravarsi delle ostilità nelle località di Bosra e Idlib, in Siria, ha richiamato all'unità i Siriani affinché proteggessero il loro patrimonio culturale comune, «[which] belongs to all Syrians and to all humanity»³⁵, lasciando intendere che la distruzione di questo patrimonio sarebbe stata una perdita per l'intera umanità. Infine bisogna richiamare il Preambolo dello Statuto della CPI, che sembra implicitamente confermare le posizioni appena espresse quando afferma che «tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto»³⁶.

È innegabile, quindi, che la distruzione intenzionale del patrimonio culturale comporti un grave pregiudizio non solo per le comunità e i popoli direttamente colpiti, ma per l'intera umanità; ciò ad ulteriore conferma del valore fondamentale che il patrimonio culturale riveste per la Comunità internazionale. Inoltre dimostra come la fattispecie in esame sia un crimine dai “molti volti”, capace di interagire con le più importanti categorie di crimini internazionali, e che allo stesso tempo configuri un quadro complesso di violazioni di diritti fondamentali, oltre ad essere un'offesa contro l'umanità in generale, qualora ad essere attaccati siano siti che godono di una speciale protezione internazionale. Alla luce di queste considerazioni, è necessario

³³ *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, cit., par. 53.

³⁴ *Ibid.*, par. 2.2.2, 2.3.1.

³⁵ *The Director-General of UNESCO calls for all Syrians to commit to the safeguarding of cultural Heritage in Bosra and Idlib*, in *News*, 2 aprile 2015, consultabile sul sito <http://whc.unesco.org>.

³⁶ Statuto della CPI, Preambolo, alinea 1.

capire se all'interno di questo quadro sia possibile individuare norme consuetudinarie che proibiscono la distruzione intenzionale del patrimonio culturale, in qualunque circostanza, individuando potenziali prospettive di ricerca future.

2. Il divieto di distruzione intenzionale del patrimonio culturale quale norma di diritto internazionale generale

Sulla base dei dati raccolti e delle ricerche svolte, è possibile fare alcune valutazioni sullo sviluppo e lo stato attuale della disciplina internazionale relativa alla protezione del patrimonio culturale, con riferimento all'esistenza di norme consuetudinarie che ne vietano la distruzione intenzionale.

La prassi giurisprudenziale dei TPI esaminata nei capitoli precedenti, il ricco quadro normativo dedicato alla tutela dei beni culturali nel corso di un conflitto armato o di un'occupazione militare, e in generale le manifestazioni di unanime condanna da parte della Comunità internazionale a fronte dei più efferati episodi di immotivata distruzione del patrimonio culturale, rendono ragionevole affermare, senza timore di smentita, che oggi gli atti di distruzione intenzionale del patrimonio culturale rientrano tra i crimini vietati dal diritto internazionale consuetudinario. Questo dato, del resto, trova conforto nella giurisprudenza dell'ICTY, in particolare nel già citato caso *Kordić & Cerkez*, dove il Tribunale ha riconosciuto che queste condotte «[have] [...] already been criminalised under customary international law [...]»³⁷. Se da un lato tale equazione può ritenersi ormai consolidata con riferimento alla distruzione dei beni culturali compiuta all'interno di un conflitto armato³⁸, la situazione appare invece più nebulosa per quanto riguarda lo stesso tipo di condotta in tempo di pace. Parte della dottrina (LENZERINI)³⁹ ritiene, positivamente, che una norma di questo tipo esista anche al di fuori dei conflitti armati, sostanzialmente per due ragioni. In primo luogo, richiamando la prassi descritta alla fine dell'ultimo paragrafo e nelle pagine precedenti⁴⁰, questa non assume rilievo solo in quanto tale (ossia come prova di una

³⁷ *Prosecutor v. Kordić & Cerkez*, cit., par. 206.

³⁸ V. Cap. 4, Sez. 2, par. 2, in particolare nota 332. Tra le voci più recenti, si vedano P. Gerstenblith, *Development of the Law of Armed Conflict as Applied to Cultural Heritage*, in J. A. G. Zarandona et al. (a cura di), *op. cit.*, pp. 76-88; C. Smith, *Heritage Destruction in Conflict*, in J. A. G. Zarandona et al. (a cura di), *op. cit.*, p. 40; R. O'Keefe, *Cultural Heritage and International Humanitarian Law*, in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., pp. 43-74.

³⁹ Cfr. F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., pp. 21-24.

⁴⁰ V. Cap. 4, Sez. 2, parr. 2.3, 3-4.

condotta generale sufficientemente omogenea ed orientata univocamente), ma dimostra anche l'esistenza di un convincimento, da parte degli Stati, dell'obbligo giuridico di astenersi dal commettere atti di distruzione intenzionale del patrimonio culturale; integrando, in questo modo, anche l'elemento psicologico necessario per l'individuazione di una regola consuetudinaria, ossia l'*opinio juris*. Tale posizione è corroborata anche dall'alto numero di ratifiche raggiunte dalle convenzioni culturali dell'UNESCO⁴¹, a dimostrazione della piena adesione da parte della Comunità internazionale ai principi che guidano questa disciplina, a cominciare dalla consapevolezza che «il patrimonio culturale [è] dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale»⁴², sicché «la degradazione o la sparizione di un bene del patrimonio culturale [...]»⁴³ rappresenta una grave perdita per tutti i popoli del mondo.

Inoltre, l'esistenza di una regola consuetudinaria che vieta la distruzione intenzionale del patrimonio culturale anche in tempo di pace troverebbe sostegno in una seconda considerazione, di semplice logica giuridica: se tale fattispecie, infatti, è proibita durante un conflitto armato, ossia in un contesto in cui può essere tutt'al più invocata come parte di una strategia militare, necessaria per indebolire moralmente il nemico e facilitare la sua sconfitta, a maggior ragione tale condotta dovrà essere vietata in tempo di pace, quando in generale c'è maggior rispetto per il diritto. Quest'ultima argomentazione potrebbe incontrare una legittima obiezione nel fatto che, in tempo di guerra, il divieto consuetudinario di distruzione intenzionale del patrimonio culturale esiste poiché ciò che si va a colpire è il patrimonio culturale *del nemico*, generalmente uno Stato diverso da quello agente; al contrario, in tempo di pace la condotta distruttiva sarebbe rivolta necessariamente contro elementi del patrimonio culturale situati nel territorio stesso del governo che attua tale condotta. Ciò, dunque, farebbe ricadere la fattispecie distruttiva nell'esercizio, da parte degli Stati, della propria *domestic jurisdiction*. Tuttavia anche questa obiezione può essere confutata con due argomenti. Innanzitutto perché, come già ampiamente illustrato in precedenza, oggi la norma consuetudinaria che proibisce di attaccare

⁴¹ Si ricordano qui di seguito i numeri degli Stati parti delle principali convenzioni in materia di patrimonio culturale (aggiornati a marzo 2024): Convenzione dell'Aja del 1954 (135); Convenzione UNESCO del 1972 (195); Convenzione UNESCO del 2003 (183); Convenzione UNESCO del 2005 (152).

⁴² Convenzione dell'Aja del 1954, Preambolo, alinea 2.

⁴³ Convenzione UNESCO del 1972, Preambolo, alinea 3.

deliberatamente il patrimonio culturale non riguarda solo i conflitti armati internazionali, ma si estende anche ai conflitti interni, vale a dire quei casi in cui la fattispecie distruttiva si consuma all'interno dello Stato in cui si trovano i beni colpiti. In secondo luogo, l'evoluzione del diritto internazionale per i beni culturali tracciata nel corso di questa indagine⁴⁴, scandita dalla prassi pattizia e dalla giurisprudenza nazionale ed internazionale, ha rivelato il progressivo riconoscimento del valore fondamentale del patrimonio culturale per la Comunità internazionale; con la conseguenza che tale patrimonio, oggi, è salvaguardato non nell'interesse individuale degli Stati territoriali – che dunque non hanno una sovranità esclusiva sullo stesso – ma in quello generale della Comunità internazionale nel suo insieme. Una volta stabilito questo, rimane da chiarire l'estensione della regola consuetudinaria in esame, in relazione al tipo di patrimonio culturale che rientra nel suo ambito operativo. A tal proposito, è ragionevole credere che il divieto di distruzione intenzionale si estenda a tutte le forme di patrimonio culturale che la Comunità degli Stati ritiene meritevoli di salvaguardia. Ciò non significa che tale divieto riguardi solo quegli esempi di patrimonio culturale rappresentati dalle grandi opere dell'arte e dell'architettura, acclamati universalmente come capolavori dell'umanità; proprio alla luce dell'evoluzione che ha caratterizzato la protezione internazionale dei beni culturali, a cominciare dalla riscrittura del suo codice genetico attraverso l'introduzione del concetto di "patrimonio", comprensivo di tutti i valori (materiali, sociali, spirituali, identitari) che la cultura esprime, col fine ultimo di preservarne il cuore, ossia la diversità umana, non sembra sbagliato affermare che il divieto consuetudinario di distruzione intenzionale riguardi anche quelle forme di patrimonio culturale che, pur non avendo un eccezionale valore universale, tuttavia sono essenziali per la sopravvivenza di una comunità di persone, in quanto gruppo culturale dotato di una propria identità. Se questa conclusione può apparire, in linea di principio, corretta, essa comunque si scontra con il dato fattuale della prassi internazionale, che non sembra ancora riconoscere il divieto consuetudinario di distruzione in modo totalmente incondizionato. A tal proposito, occorre ripartire dal concetto stesso di "distruzione del patrimonio culturale" che, nel quadro del crimine di persecuzione culturale, va

⁴⁴ V. Cap. 2.

inteso in senso molto lato⁴⁵. Tralasciando, momentaneamente, l'elemento psicologico dell'intento persecutorio, e soffermandoci solo sugli elementi oggettivi della fattispecie, l'espressione "patrimonio culturale", quando applicata al fenomeno della persecuzione, non è circoscritta alla dimensione materiale, ma si riferisce a tutte le manifestazioni culturali (comprese quelle intangibili); analogamente, il concetto di "distruzione" non si limita all'attacco fisico sferrato contro un bene tangibile, ma comprende anche tutte quelle azioni che impediscono l'esercizio, da parte di una comunità, delle pratiche che ne definiscono l'identità culturale. Ora, nonostante i significativi passi in avanti compiuti negli ultimi anni, in generale all'indomani della distruzione dei Buddha di Bamiyan, la prassi sembra ancora subordinare il valore consuetudinario della distruzione del patrimonio culturale, secondo l'ampia concettualizzazione appena espressa, alla condizione che il patrimonio colpito sia caratterizzato da una sufficiente "riconoscibilità" esterna, ovvero che sia facilmente identificabile come un elemento (tangibile o meno) provvisto di un evidente valore culturale da parte di un osservatore estraneo alla comunità che considera *quel* patrimonio una parte fondante della propria identità⁴⁶. Nel momento in cui questa condizione viene soddisfatta, non vi sono dubbi che la condotta ricada nell'ambito del divieto consuetudinario della distruzione intenzionale del patrimonio culturale.

In verità va riconosciuto che, anche sotto questo aspetto, il diritto internazionale ha fatto degli immensi progressi, grazie in particolare all'incessante lavoro dell'UNESCO nel promuovere il dialogo tra i popoli e la preservazione della diversità culturale in tutte le sue manifestazioni come obiettivi principali della sua agenda. A partire dall'introduzione dei "paesaggi culturali" tra le nuove forme di patrimonio culturale protette dalla Convenzione del 1972, passando per il riconoscimento del valore inestimabile delle "culture viventi" e la creazione di un sistema normativo *ad hoc* per la loro salvaguardia, fino ad arrivare all'individuazione di meccanismi di tutela finalizzati alla promozione della diversità delle espressioni culturali, il diritto internazionale dei beni culturali ha vissuto, negli ultimi anni, un "nuovo rinascimento". Questo ha avuto un importante impatto anche sugli strumenti di tutela esistenti, a cominciare dal sistema delle Liste (sia la *World Heritage List* che la Lista

⁴⁵ V. Cap. 4, Sez. 2, par. 2.3.

⁴⁶ Cfr. F. Lenzerini, *La distruzione intenzionale*, cit., p. 23.

rappresentativa del patrimonio culturale immateriale): la WHL, in particolare, è riuscita nel tempo a superare le grosse carenze di rappresentatività che avevano caratterizzato i primi anni della sua implementazione, divenendo progressivamente uno strumento al servizio della diversità culturale. Inoltre, il fatto che essa sia menzionata in diverse sedi giurisdizionali internazionali (TPI, la CIG sul caso del *Tempio di Preah Vihear*, la giurisprudenza arbitrale sugli investimenti) per ricordare l'esistenza di un interesse universale alla protezione dei patrimoni dell'umanità, da preservare come lascito per le generazioni future, e i relativi obblighi che derivano dalla Convenzione del 1972, rendono la WHL, come si è visto nei casi analizzati, un formidabile strumento di *enforcement* delle norme internazionali in materia. Al di là del valore giuridico della WHL, è indubbio che questa ultima fase dell'evoluzione del diritto internazionale dei beni culturali, caratterizzata da una crescente e sensibile attenzione verso la dimensione "umana" del patrimonio culturale, abbia profondamente contribuito a mettere in primo piano i significati più intimi di un bene culturale, a cominciare dal vincolo identitario che, come un filo nascosto, lo lega ad una comunità, e l'insieme dei diritti che derivano da questo legame.

La prassi analizzata nelle pagine precedenti dimostra come sia proprio la volontà di colpire l'identità di un popolo – ossia la *mens rea* che guida la maggior parte degli attacchi deliberati contro il patrimonio culturale – ad alzare la soglia di gravità di queste condotte. Il fatto che in diverse occasioni, tra gli esempi di prassi riportati, si sia posto l'accento sul significato religioso dei siti che più di frequente sono il bersaglio di attacchi intenzionali dimostra come sia proprio la distruzione del patrimonio culturale perpetrata allo scopo di colpire l'identità e il senso di appartenenza delle comunità che si rispecchiano in tale patrimonio a suscitare maggiore indignazione nella Comunità internazionale. E sempre sulla base della prassi esaminata, comprendente le sentenze dei TPI, le posizioni espresse dall'AG ONU e dal Consiglio per i diritti umani, le risoluzioni del CdS e gli atti dell'UNESCO, è evidente come la coscienza internazionale si sia coesa contro la distruzione intenzionale del patrimonio culturale, e che tale condanna universale abbia trascorso l'elemento della distruzione in quanto tale, puntando a salvaguardare un valore ancora più importante, ossia l'identità dei popoli.

Se già la tragica esperienza della guerra nei Balcani aveva messo in guardia la Comunità internazionale rispetto alla gravità di queste condotte e alla necessità di adottare misure concrete per prevenirle e reprimerle, il vero punto di svolta, come

già detto, è stata la distruzione pianificata e deliberata dei Buddha di Bamiyan da parte del regime talibano. La reazione di unanime condanna che è seguita a questo episodio si è tradotta in un'intensa attività normativa internazionale che si è sviluppata fino ai giorni nostri, attraverso l'adozione di strumenti *ad hoc* per contrastare tale fenomeno (come la Dichiarazione UNESCO del 2003), risoluzioni dell'AG ONU⁴⁷, *reports* e risoluzioni del Consiglio dei diritti umani⁴⁸ e una progressiva attenzione anche da parte del CdS, culminata nell'adozione della Ris. 2347 del 2017⁴⁹, espressamente dedicata alla lotta alla distruzione e al traffico di beni culturali nel quadro delle azioni terroristiche. Parallelamente a questa prassi, si è assistito ad un crescente impegno e sviluppo della giurisprudenza nazionale e internazionale, che ha dato un immenso contributo sia per quanto riguarda l'applicazione delle norme internazionali in materia di beni culturali, intercettando alcune preziose connessioni tra la tutela del patrimonio culturale e il rispetto di altri principi generali del diritto internazionale, come il divieto dell'uso della forza, il principio di autodeterminazione dei popoli e la protezione dei diritti umani; sia con riguardo all'inquadramento delle più gravi condotte distruttive contro il patrimonio culturale, che oggi ufficialmente ricadono tra i crimini di guerra e, nei casi in cui siano guidate da intenti persecutori, tra i crimini contro l'umanità.

All'interno di questo contesto giurisprudenziale, anche giurisdizioni apparentemente estranee al settore del patrimonio culturale (come quella arbitrale sugli investimenti)⁵⁰ hanno introdotto una saggia ed autorevole voce sulla rilevanza degli obblighi di protezione derivanti dalla Convenzione UNESCO del 1972, ogni volta che un progetto di investimento straniero coinvolga un sito UNESCO o comunque provvisto, secondo lo Stato territoriale, di un *outstanding universal value*. La stessa CIG, nonostante abbia avuto poche occasioni di confrontarsi con questioni relative al patrimonio culturale, con la sentenza del 2013 che ha concluso la vicenda del *Tempio di Preah Vihear* ha portato il suo autorevole contributo, gettando un ponte tra le responsabilità di tutela dei patrimoni dell'umanità e il divieto dell'uso della forza, ed enfatizzando non solo il valore universale del Tempio conteso in quanto bene UNESCO, ma anche il suo profondo significato per le comunità locali, la loro identità

⁴⁷ Ris. 69/281, *Saving the cultural heritage of Iraq*, 28 maggio 2015.

⁴⁸ Si vedano UN Doc. A/HRC/RES/S-22/1, 3 settembre 2014; Ris. 33/20 del 6 ottobre 2016.

⁴⁹ Ris. 1483 del 22 maggio 2003, Ris. 2170 del 15 agosto 2014, Ris. 2199 del 12 febbraio 2015, Ris. 2249 del 20 novembre 2015, Ris. 2347 del 24 marzo 2017.

⁵⁰ V. Cap. 4, Sez. 1, par. 3.5.

e l'esercizio delle loro pratiche religiose; in ciò recependo, evidentemente, la preziosa lezione della Corte IDU, che si è rivelata molto attenta e sensibile al riconoscimento del valore del patrimonio culturale delle comunità indigene e dei diritti culturali correlati, come narra l'esperienza del giudice Cançado Trindado. Anche per questo motivo la posizione controversa espressa dalla CEDU sul caso *Ahunbay* è stata accolta in maniera critica, come si è visto, dalla dottrina, a dimostrazione di un dibattito molto vivace sul tema dell'esistenza di un "diritto individuale al patrimonio culturale". Infine la giurisprudenza penale internazionale dell'ICTY e della CPI ha avuto il merito di decifrare con cura le condotte distruttive del patrimonio culturale, assegnando loro definitivamente un posto tra i crimini internazionali; ciò ha permesso da un lato di consolidare il loro inquadramento tra i crimini di guerra (come nei casi *Strugar*, *Jokić* dell'ICTY e *Al Mahdi* della CPI), e dall'altro di riconoscere che, laddove la condotta distruttiva tradisca un intento persecutorio, questa configurerà un crimine contro l'umanità (come nei casi *Kordić & Cerkez*, *Prlić* dell'ICTY) o la prova del *dolus specialis* di un genocidio (come nel caso *Krstić* dell'ICTY).

La giurisprudenza nazionale, dal canto suo, ha dimostrato l'esistenza di una prassi statale consapevole della complessità e gravità del fenomeno del traffico di beni culturali sia in tempo di pace che in tempo di guerra (attraverso la pratica del saccheggio e dell'illecita esportazione di beni culturali dai territori militarmente occupati), dando seguito, in certi casi, alla restituzione di beni culturali ai Paesi di origine non sulla base di un rapporto sinallagmatico tra gli Stati coinvolti, ma in virtù di un obbligo consuetudinario di restituzione dei beni culturali illecitamente trafugati, che trae la sua forza giuridica, oltre che dalle norme internazionali in materia, anche dal rispetto dei principi di "ricostituzione dei singoli patrimoni culturali nazionali" e di "autodeterminazione dei popoli".

Alla luce dell'intensa prassi internazionale appena ricordata, che si è prevalentemente sviluppata nell'ultimo ventennio, si potrebbe cadere nella tentazione di considerare l'episodio della distruzione dei Buddha di Bamiyan un "momento groziano" (*grotian moment*), ossia quel "contesto di radicale cambiamento" che, in certi casi, funge da "terzo elemento" costitutivo di una regola consuetudinaria (accanto alla prassi e all'*opinio juris*). Tale momento, nel quale in genere convergono profondi cambiamenti storici, politici, sociali o tecnologici, può servire come agente propulsore, capace di accelerare il processo di formazione di una consuetudine anche attraverso il ricorso ad una prassi statale ridotta; in questi

casi, sono le risoluzioni dell'AG e le sentenze dei tribunali internazionali a giocare spesso un ruolo maggiore nella cristallizzazione della nuova consuetudine emergente.

In questo senso, sarebbe ragionevole ritenere che la distruzione dei Buddha abbia inaugurato una nuova fase evolutiva del diritto internazionale dei beni culturali, segnando un'accelerazione nella formazione di norme consuetudinarie in materia. Gli elementi per giungere a questa conclusione, in linea di principio, ci sarebbero. Stando alle teorie del Prof. SCHARF, uno dei principali teorici dei *Grotian Moments*, l'elemento dell'*opinio juris*, che in tale eccezionale contesto risulta determinante in quanto serve a compensare la scarsa diffusione della prassi con una forte coscienza giuridica, si sarebbe concretizzato nella Dichiarazione UNESCO del 2003 concernente la distruzione intenzionale del patrimonio culturale, adottata proprio allo scopo di dotare la Comunità internazionale di uno strumento *ad hoc* nel quale far convergere la volontà di perseguire e reprimere gli atti deliberatamente distruttivi dei beni culturali, in particolare quando commessi con l'intento specifico di colpire una comunità. La prassi che si è sviluppata successivamente sembrerebbe confermarlo (in particolare la sentenza *Al Mahdi* del 2016 della CPI, la prima nel suo genere); e così pure l'intervento del CdS con la Ris. 2347 del 2017 che, nell'applicare il Capitolo VII della Carta ONU, ha contestualizzato il fenomeno degli attacchi terroristici contro il patrimonio culturale e del traffico illecito tra le minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, ribadendo che tali pratiche costituiscono un crimine di guerra. Tuttavia, riesce difficile considerare la distruzione dei Buddha nel marzo 2001 un "momento groziano" a pieno titolo, per una ragione. Se a seguito della distruzione delle due statue, si fosse assistito ad una massiccia operazione internazionale per la creazione di un tribunale internazionale incaricato di giudicare i crimini commessi contro il patrimonio culturale, sia in tempo di pace che in tempo di guerra, non ci sarebbero dubbi nel considerare l'abbattimento delle statue il "ground zero" di una nuova e certa regola consuetudinaria che vieta la distruzione del patrimonio culturale in ogni circostanza. In verità, non è ancora possibile affermare con un sufficiente grado di sicurezza che una regola simile si sia consolidata, in maniera incondizionata, nel diritto internazionale generale. Questo conduce ad alcune considerazioni finali.

3. *Riflessioni conclusive*

Alla luce degli elementi raccolti e della ricognizione svolta, lo scenario attuale sembra presentare due regole di diritto consuetudinario che proibiscono la distruzione intenzionale del patrimonio culturale, che operano rispettivamente in tempo di guerra e in tempo di pace. Per quanto riguarda il contesto armato, l'esistenza di un divieto consuetudinario di attacchi intenzionali contro il patrimonio culturale, come sottolineato più volte in precedenza, è al di là di ogni dubbio; la conferma, in tal senso, arriva dalla già citata giurisprudenza dell'ICTY, che oltre ad aver inserito tali condotte tra i "crimini di guerra" previsti dal suo Statuto (posizione poi recepita dallo Statuto della CPI), ha esplicitamente esteso questo divieto anche ai conflitti armati non internazionali. Anche in tempo di pace un divieto del genere pare sussistere, a livello consuetudinario; tuttavia, come già rilevato, esso non sembra applicarsi in maniera incondizionata a tutte le manifestazioni, forme e tipologie di patrimonio culturale, ma solo a quegli esempi di patrimonio di grande importanza per l'umanità, come sicuramente i siti UNESCO e in generale quei beni che, pur non essendo ancora ufficialmente iscritti nella WHL, possiedono un evidente e riconoscibile "eccezionale valore universale". La norma consuetudinaria che vieterebbe la distruzione di questi patrimoni anche in tempo di pace trova la propria *ratio* nel concetto stesso di *outstanding universal value*, ossia un bene dal valore culturale «which is so exceptional as to transcend national boundaries and to be of common importance for present and future generations of all humanity»⁵¹. Da tale condizione discendono gli obblighi di salvaguardia, tutela e valorizzazione previsti dalla Convenzione UNESCO del 1972 a carico dello Stato territoriale, in quanto quel bene incarna un valore fondamentale per la Comunità internazionale nel suo insieme, e come tale deve essere protetto nell'interesse di tutti.

Tale prospettiva sembrerebbe, dunque, tagliare fuori tutti quei beni culturali che, evidentemente, non sono iscritti nelle Liste UNESCO e non sono provvisti di un "eccezionale valore universale"; questo, in linea di principio, precluderebbe loro, da un lato, la tutela internazionale prevista dalla Convenzione del 1972, e dall'altro li lascerebbe alla mercè di eventuali azioni distruttive, con grave pregiudizio per le comunità che in questi beni riconoscono la propria identità. Ciò, tuttavia, presta il

⁵¹ *Operational Guidelines*, cit., par. 49.

fianco ad alcune obiezioni. Innanzitutto, come si notava poco sopra, il concetto di “eccezionale valore universale” e la funzionalità della WHL, oggi, possiedono un respiro molto più ampio che in passato, che in diversi casi pone l’accento più sui valori intangibili (spirituali, sociali, simbolici) che un bene culturale (o naturale) incarna, che non sulle sue caratteristiche materiali o estetiche. In secondo luogo, l’art. 12 della Convenzione afferma esplicitamente che la mancata iscrizione di un bene nelle Liste UNESCO non esclude, in alcun modo, che tale bene possieda un diverso *outstanding universal value*⁵²; e tale disposizione costituisce un significativo ampliamento degli obblighi di protezione e conservazione previsti dalla Convenzione (art. 4). In terzo luogo, spostando l’analisi sul concetto di “distruzione intenzionale del patrimonio culturale”, si è visto in diverse sedi che questa fattispecie, a differenza delle altre forme di aggressione contro i beni culturali, ha delle connotazioni molto precise che trascendono il valore del bene in sé, poiché l’intento che anima queste condotte è quello di abbattere una determinata comunità, mortificando la sua identità culturale. Di conseguenza, in questi casi, il valore culturale del bene non è importante; potrebbe essere anche nullo, se valutato sulla base di criteri di stima che distinguono ciò che è “culturale” da ciò che non lo è. L’unico aspetto che rileva e che conta è *ciò che quel bene rappresenta per la comunità colpita*; il focus della condotta, dunque, non è sul bene, ma sull’interesse della comunità a *sopravvivere come gruppo culturale*. Da qui il concetto di “persecuzione” che si applica a queste pratiche; cui si aggiunge l’attributo “culturale” poiché fa leva sui caratteri identitari di un gruppo e i diritti fondamentali che dipendono da questi caratteri. Ergo, si torna al punto di partenza delle conclusioni di questa indagine: la protezione del patrimonio culturale è, prima di tutto, una questione di diritti umani. E come si notava nelle pagine precedenti, lo stesso crimine di persecuzione culturale – che, in quanto crimine contro l’umanità, si può configurare anche al di fuori di un conflitto armato – è paradossalmente la prova più solida di questa equazione.

La prassi internazionale riguardante la protezione del patrimonio culturale che si è sviluppata negli ultimi anni si è sempre più concentrata sull’importanza dei beni

⁵² Lo ricorda anche il giudice Cançado Trindade nella sua *Separate Opinion* del 2011 sul caso del *Tempio di Preah Vihear*. Si veda *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear, Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, luglio 2011, par. 92: «The fact that the Temple of Preah Vihear does not appear in this particular List in no way can be construed as meaning that it does not have “an outstanding universal value for purposes other than those resulting from inclusion” therein, as warned by Article 12 of the 1972 Convention».

culturali, in tutte le loro manifestazioni, nel quadro della tutela dei diritti umani; a riprova di una crescente e diffusa consapevolezza che la disciplina internazionale in materia di cultura richiede un cambio di prospettiva, che conduca ad una sua lettura organica con la disciplina dei diritti fondamentali.

In definitiva, si potrebbe concludere che oggi un “diritto alla cultura” o al “patrimonio culturale” esista all’interno del diritto internazionale; e se tale diritto non è espressamente riconosciuto dagli strumenti rilevanti in materia, è ammissibile ritenere che esso possa perlomeno essere sussunto dall’insieme di altri diritti – come rilevato nelle pagine precedenti. Così pure si può ragionevolmente credere che il controllo del bene culturale e la sua protezione dalla distruzione sia parte di questo diritto⁵³. Nell’ipotesi di distruzione intenzionale del patrimonio culturale, un simile diritto potrebbe beneficiare di una protezione indiretta grazie ai meccanismi di *enforcement* degli altri diritti ad esso correlati, nella misura in cui questi siano applicabili. A prescindere da questo, non ci sono ormai dubbi nell’affermare che «[t]he more that cultural property is treated as a human rights issue, as opposed to a property issue, the broader obligations that nations have with respect to it»⁵⁴. Ne deriva, quindi, che iniziare a considerare la distruzione intenzionale del patrimonio culturale principalmente come una violazione dei diritti umani renderebbe assai più efficace la protezione di quel patrimonio dalle condotte ostili.

Il fatto che la prassi internazionale, sorretta dal convincimento dell’obbligatorietà di tutelare il patrimonio culturale nell’interesse generale dell’umanità, sembri prestare sempre più attenzione ai diritti fondamentali che orbitano intorno alla protezione dei beni culturali, rende cautamente ottimisti circa la maturazione di una corrispondente norma consuetudinaria che proibisca, anche in tempo di pace, la distruzione di un bene culturale in quanto violazione di un diritto fondamentale.

⁵³ Cfr. K. L. Alderman, *The Human Right to Cultural Property*, in *Michigan State International Law Review*, 2013, vol. 20, p. 81.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 79.

BIBLIOGRAFIA DI CONSULTAZIONE E DI RIFERIMENTO

ARTICOLI E MONOGRAFIE

ABDULQAWI, CARACCIOLI, *La nozione di ‘beni culturali sotto protezione rafforzata’ e il ruolo dei Comitati dell’UNESCO per la protezione del patrimonio culturale dalla Convenzione del 1972 al Secondo Protocollo del 1999*, in BENVENUTI, SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 55-73.

ABDULQAWI (a cura di), *Standard-setting in UNESCO, Vol. I: Normative Action in Education, Science and Culture. Essays in Commemoration of the Sixtieth Anniversary of UNESCO*, UNESCO Publishing / Martinus Nijhoff Publishers, Leida / Boston, 2007.

ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de Roberto Ago/Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione / International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987.

ABTAHI, *The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in CONNOLLY (a cura di), *Cultural Heritage Rights*, Routledge, Londra, 2015, pp. 384-416.

ACCONCIAMESSA, *Public-Interest Litigation before the ECtHR: Towards a Human Rights Approach to the “Universal” Protection of Cultural Heritage?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 189 ss.

ACCONCIAMESSA, *Le generazioni future davanti alla Corte europea dei diritti umani: verso il riconoscimento di un diritto alla tutela del patrimonio culturale*, in FRULLI (a cura di), *L’interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell’Unione europea (Atti del XXVI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell’Unione Europea, Firenze 9-10 giugno 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 277 ss.

ACQUAVIVA, POCAR, *Crimes against Humanity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford Public International Law, 2022.

ADACHI, *The Asian Concept*, in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londra, 1988, pp. 13-19.

AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950.

AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1975, vol. 47, n. 1, pp. 1-53.

AKEHURST, *The Hierarchy of the Sources of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1975, vol. 47, n. 1, pp. 273-285.

AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, in M. Koskenniemi (a cura di), *Sources of International Law*, Routledge, Londra, 2000.

ALBERT, RINGBECK, *40 Years World Heritage Convention. Popularizing the Protection of Cultural and Natural Heritage*, De Gruyter, Berlino, 2015.

ALDERMAN, *The Human Right to Cultural Property*, in *Michigan State International Law Review*, 2013, vol. 20, p. 69 ss.

ALLAIN, JONES, *A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, in *European Journal of International Law*, 1997, vol. 8, pp. 100-117.

AMINEDDOLEH, *The Politicizing of Cultural Heritage*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2020, vol. 45, pp. 333-392.

ANAYA, *Indigenous People in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, Athenaeum, Roma, 1928.

ANZILOTTI, *Cours de droit international; I: Introduction, Théories générales*, (trad. Gilbert Charles Gidel), Sirey, Parigi, 1929.

ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, in *Opere di Dionisio Anzilotti*, CEDAM, Padova, 1955-1963, vol. I, p. 43.

- ARANGIO-RUIZ, *Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of “Spontaneous” International Custom*, in *Mélanges en honneur de Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 93 ss.
- ARENDR, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano, 1963.
- ATAI, *The Destruction of Buddhas: Dissonant Heritage, Religious or Political Iconoclasm?*, in *Tourism, Culture & Communication*, 2019, vol. 19, pp. 303-312.
- AYKAN, *Saving Hasankeyf: Limits and Possibilities of International Human Rights Law*, in *International Journal of Cultural Property*, 2018, vol. 25, p. 11 ss.
- BALLADORE PALLIERI, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1928, pp. 338-374.
- BANK, FOLTZ, *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2010.
- BARBOZA, *The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly*, in *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José Maria Ruda*, Brill, Leida / Boston, 2000.
- BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno, I, Diritto della coscienza e diritto della volontà*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1956, p. 448 ss.
- BARKHOLDT, WINKELMANN, *Responsibility to Protect*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2019.
- BARONCINI (a cura di), *Il diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, Bononia University Press (Collana “Terminus”), Bologna, 2018.
- BARONCINI (a cura di), *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale mondiale*, Bologna, AlmaDL (AMSActa, University of Bologna digital library), Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Bologna, 2019.
- BARONCINI (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press (Collana “Terminus”), Bologna, 2021.
- BARONCINI, DEMARSIN, LÓPEZ MARTIN, REGUEIRO DUBRA, STOICA (a cura di), *Forever Young: Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention*, Vol. I e II, Mucchi Editore (Collana “Un’anima per il diritto: andare più in alto”), Modena, 2023.

BARRON (a cura di), *Degenerate Art: The Fate of the Avant-Garde in Nazi Germany*, Harry N. Abrams Inc., Los Angeles, 1991.

BASLAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, L'Aja, 1998.

BASSIOUNI, *Reflections on Criminal Jurisdiction in International Protection of Cultural Property*, in *Syracuse Journal of International Law*, 1983, vol. 10, n. 2, p. 281 ss.

BAXTER, *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1965-1966, vol. 41, pp. 275-300.

BEHAM, *Schrödinger's Custom: Implications of Identification on the Interpretation of Customary International Law*, in MERKOURIS, KAMMERHOFER, ARAJÄRVI (a cura di), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 88 ss.

BEN-NAFTALI, TUVAL, *Punishing International Crimes Committed by the Persecuted, The Kapo Trials in Israel (1950s-1960s)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, vol. 4, pp. 128-178.

BENVENUTI, SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè, Milano, 2007.

BHAT, *Protection Of Cultural Property Under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends*, in *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, 2001, vol. 4, p. 1 ss.

BLAKE, *On Defining the Cultural Heritage*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2000, vol. 49, n. 1, p. 61 ss.

BLAKE, *Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection*, in *Heritage & Society*, 2011, vol. 4, n. 2, p. 199 ss.

BLAKE, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

BLAKE, LIXINSKI, *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, 1872.

BOBBIO, *La consuetudine come fatto giuridico*, CEDAM, Padova, 1942.

BOLTON KING, *A History of Italian Unity: Being a Political History of Italy from 1814 to 1871*, vol. I, London, J. Nisbet & co., 1899.

BONACINA, *Obiettivo: Italia - I bombardamenti aerei delle città italiane dal 1940 al 1945*, Mursia, Milano, 1970.

BONFILS, *Manuel de droit international public*, A. Rousseau Ed., Parigi, 1908.

BORELLI, LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Brill, Leida / Boston, 2012.

BORIES, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik. La protection internationale des biens culturels*, Paris, Pedone, 2005.

BOSWELL, *Challenges to Sustaining Intangible Cultural Heritage*, in *Heritage & Society*, 2011, vol. 4, pp. 119-124.

BOTHE, *War Crimes*, in CASSESE, JEßBERGER, CRYER, DÉ (a cura di), *International Criminal Law*, Routledge, London / New York, 2015, p. 115 ss.

BOYLAN, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, UNESCO, Parigi, 1993.

BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1966.

BULL, KINGSBURY, ROBERTS (a cura di), *Hugo Grotius and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

BUZZINI, CONDORELLI, *Article 11 – List of World Heritage in Danger and Deletion of a Property from the World Heritage List*, in FRANCONI, LENZERINI (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 175-199.

BYERS, SIMON-BUTLER, *Space Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, 2023.

CALIGIURI, *L'obbligo aut dedere aut iudicare nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2012.

CALVETTI, SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007.

CAMERON, RÖSSLER, *Many Voices, One Vision: the Early Years of the World Heritage Convention*, Routledge, Londra, 2013.

CAMMELLI, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: un cammino da avviare*, in *Aedon*, 2020, n. 3 (editoriale)

CAMPFENS (a cura di), *Fair and Just Solutions? Alternatives to Litigation in Nazi Looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, Eleven Publishing, L'Aja, 2015.

CAMPFENS, *Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims*, in *Netherlands International Law Review*, 2020, vol. 67, p. 257 ss.

CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2006, vol. 316.

CANÇADO TRINDADE, *The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights*, in YEE, MORIN (a cura di), *Multiculturalism and International Law, Essays in Honour of Edward McWhinney*, Brill / Nijhoff, 2009, Leida / Boston, p. 477 ss.

CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci Editore, Bari, 2014.

CANNONE, *Listing e delisting nella Convenzione sul patrimonio mondiale e culturale e naturale del 1972*, in CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci Editore, Bari, 2014, pp. 23-36.

CARACCILO, MONTUORO (a cura di), *Preserving Cultural Heritage and National Identities for International Peace and Security*, Giappichelli, Torino, 2019.

CARCIONE, MARCHEGGIANO (a cura di), *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità naturali. Atti del Convegno Internazionale dell'11-13 aprile 1997 (Facoltà di Giurisprudenza di Alessandria)*, Milano, 1997.

CARDUCCI, *L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art enc as de conflit armé: droit coutumier et droit conventionel avant et après la Convention de La Haye de 1954*, in *Revue générale de droit international public*, 2000, vol. 104, n. 2, pp. 289-357.

CARNAHAN, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, in *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, p. 213 ss.

CARSTENS, VARNER (a cura di), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

CASALY, *Al Mahdi before the ICC. Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, vol. 14, pp. 1199-1220.

CASSESE, GAETA (a cura di), *Diritto internazionale*, 2006, Il Mulino, Bologna.

CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II – Diritto processuale*, Il Mulino, Bologna, 2006.

CASSESE, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, vol. 4, pp. 933-958.

CASSESE, *International Criminal Law. Third Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

CAVAGLIERI, *La consuetudine internazionale*, CEDAM, Padova, 1907.

CAVAGLIERI, *Corso di diritto internazionale*, Rondinella Alfredo, Napoli, 1925.

CHECHI, *The return of cultural objects removed in times of colonial domination and international law: the case of the Venus of Cyrene*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2008, vol. XVIII, n. 1, p. 159 ss.

CHECHI, *Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court*, in *Art Antiquity and Law*, 2013, vol. XVIII, n. 1, p. 31 ss.

CHECHI, *Plurality and Coordination of Dispute Settlement Methods in the Field of Cultural Heritage*, in FRANCONI, GORDLEY (a cura di), *Enforcing Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 187 ss.

CHECHI, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

CHECHI, *The 2013 Judgment of the ICJ in the Temple of Preah Vihear Case and the Protection of World Cultural Heritage Sites in Wartime*, in *Asian Journal of International Law*, 2016, vol. 6, p. 353 ss.

CHECHI, *Non-State Actors and the Implementation of the World Heritage Convention in Asia: Achievements, Problems, and Prospects*, in *Asian Journal of International Law*, 2018, vol. 8, p. 461 ss.

CHECHI, *Alternative Dispute Settlement Mechanisms*, in FRANCONI, VRDOLJAK (a cura di), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 718 ss.

CHEKERA, NMEHELL, *The International Law Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources as an Instrument for Development: The Case of Zimbabwean Diamonds*, in *African Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 6, n. 1, pp. 69-101.

CHENG, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?*, in *Indian Journal of International Law*, 1965, vol. 5, pp. 23-48.

CHIASSONI, *La consuetudine internazionale: una ricognizione analitica*, in *Ragion Pratica*, 2014, n. 2, pp. 489-510.

CHIODI, FEDELI (a cura di), *Beni culturali e conflitti armati, catastrofi naturali e disastri ambientali: le sfide e i progetti tra guerra, terrorismo, genocidi, criminalità organizzata (Atti del convegno)*, Roma, ILIESI-CNR, 2018.

CHRISTOL, *Space Law: Past, Present and Future*, Wolters Kluwer, Deventer, 1991.

CHRISTOL, *The Modern International Law of Outer Space*, Pergamon Press, New York, 1982.

CIAMPI, *Identifying and effectively protecting cultural heritage*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, n. 3, p. 699 ss.

CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla convenzione dell'UNESCO del 1972*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1997.

CLEERE, *The 1972 World Heritage Convention*, in *Heritage & Society*, 2011, vol. 4, pp. 173-186.

CLEMENTE DI SANLUCA, SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Jovene, Napoli, 2008.

COBBETT, *Leading Cases in International Law*, 4a ed., Sweet and Maxwell, Londra, 1922.

- COLLINS, *Preventing Cultural Heritage Destruction and the Responsibility to Protect*, in *Intercultural Human Rights Law Review*, 2018, vol. 13, pp. 299-336.
- CONDORELLI, *Le azioni dell'ONU e l'applicazione del diritto internazionale umanitario: il "bollettino" del Segretario generale del 6 agosto 1999*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, vol. 82, pp. 1049-1053
- CONFORTI, IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
- CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CULLEN, *War Crimes*, in SCHABAS, BERNAZ (a cura di), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londra / New York, 2010, p. 139 ss.
- D'ALESSANDRO, *La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del cultural heritage nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Società e diritti*, 2020, n. 10, pp. 208-218.
- D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell U.P., New York, 1971.
- DANILENKO, *The Theory of Customary International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 1989, vol. 31, pp. 9-47.
- DECTER, *Nicholas Roerich: The Life and Art of a Russian Master*, Park Street Press, Rochester, 1989.
- DEMARSIN, TILLEMANN, SCHRAGE, VERBEKE (a cura di), *Art & Law*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- DENNISON, *Our Heritage, Our Future*, in *Heritage & Society*, 2011, vol. 4, pp. 9-32.
- DE VATTEL, *The Law of Nations: or, the Principles of Natural Law applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns (1758)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- DE VISSCHER, *Theory and Reality in Public International Law*, 3a ed. (edizione inglese a cura di Cobbett), Princeton University Press, New Jersey, 1968.
- DE ZAYAS, *The Istanbul Pogrom of 6-7 September 1955 in the Light of International Law*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2007, vol. 2, n. 2, pp. 137-154.

DI CAPUA, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, in *Aedon*, 2021, n. 3, pp. 162-171.

DIXIT, *Slaughtering of Cultural Heritage in Bamiyan – Call for Action*, in *The Indian Journal of International Law*, 2001, vol. 41, p. 287 ss.

DONDERS, *The History of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, in SCHNEIDER, VAN DEN BOSSCHE (a cura di), *Protection of Cultural Diversity from European and International Perspective*, Intersentia, Antwerpen / Oxford, 2008, p. 13 ss.

DONDERS, *Cultural Genocide*, in WIESAND, CHAINOGLU, ŚLEDZIŃKA-SIMON, DONDERS (a cura di), *Culture and Human Rights: The Wroclaw Commentaries*, De Gruyter, Berlino, 2016, p. 132 ss.

DONDERS, *Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed!*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, vol. 12, n. 3, pp. 523-548.

DÖRMANN, *The Protection of Cultural Property as laid down in Roerich-Pact of 15 April 1935*, in *Humanitäres Völkerrecht*, 1993, vol. 6, p. 230.

DRAZEWSKA, *Hasankeyf, the Ilisu Dam, and the Existence of Common European Standards on Cultural Heritage Protection*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2018, vol. 2, p. 89 ss.

DROUBI, D'ASPREMONT, *International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law*, Manchester University Press, Manchester, 2020.

DUEDHAL, *A History of UNESCO. Global Actions and Impacts*, Palgrave Macmillan, Londra, 2016.

DUNANT, *Un souvenir de Solferino*, Croix-Rouge de Belgique, 1862.

DURUIGBO, *Permanent sovereignty over natural resources and people's ownership of natural resources in international law*, in *George Washington International Law Review*, 2006, vol. 38, pp. 33–100.

EDMONDS, OPPENHEIM, *Land Warfare. An Exposition of the Laws and Usages of War on Land, for the Guidance of Officers of His Majesty's Army*, Londra, 1911.

- EHLERT, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leida / Boston, 2014.
- EKELI, *The Principle of Liberty and Legal Representation of Posterity*, in *Res Publica*, 2006, vol. 12, pp. 385-409.
- ELIAS, *Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law*, in *Denning Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 37-52.
- ELLIS, *The ICC's Role in Combatting the Destruction of Cultural Heritage*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2017, vol. 49, pp. 23-62.
- ENGEL, *Procedures for the De Facto Revision of the Charter*, in *Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting*, 1965, vol. 59, pp. 108-116.
- ETKIN, *The Changing Rivers of Customary International Law: The Interpretative Process as a Flux*, in *Esil Reflections – 'Customary Law Interpretation' Series*, 2022, vol. 11, n. 5.
- FALK, *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in FALK, BLACK (a cura di), *The Future of International Legal Order*, Princeton University Press, Princeton, 1969, pp. 32-70.
- FAVERO, *Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione VI, sentenza dell'8 aprile 2008, n. 3154*, in BARONCINI (a cura di), *Il diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, Bononia University Press (Collana "Terminus"), Bologna, 2018, p. 403 ss.
- FERRAZZI, *EU National Treasures and the Quest for a Definition*, in *Santander Art & Culture*, 2019, vol. 57, pp. 57-76.
- FERRAZZI, *The Notion of "Cultural Heritage" in the International Field: Behind Origin and Evolution of a Concept*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2020, vol. 34, pp. 743-768.
- FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, n. 4, pp. 1-14.
- FLORES, *Tutta la violenza di un secolo*, Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 145-147.
- FLORES, *Storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2012.

FLORES, *Come si è giunti alla Convenzione sul genocidio*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, vol. 9, n. 3, p. 551 ss.

FLORES, GREPPI, CERMEL, *Il genocidio. Declinazioni e risposte di inizio secolo*, Giappichelli, Torino, 2018.

FOÀ, SANTAGATA, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *Aedon*, 2004, n. 2, pp. 1-11.

FOCARELLI, *Lezioni di Diritto internazionale, vol. II – Prassi*, CEDAM, Padova, 2008.

FOCARELLI, *La dottrina della “Responsabilità di Proteggere” e l’intervento umanitario*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, n. 2, pp. 316-346.

FON, PARISI, *Stability and Change in International Customary Law*, in *Supreme Court Economic Review*, 2009, vol. 17, n. 1, pp. 279- 309.

FONTANELLI, *Between Blasphemy and Judicial Activism: Jesus and the Mosaic Law*, in *International Journal of Private Law*, 2011, vol. 4, pp. 469-487.

FONTANELLI, BIANCO, *Barcelona Traction Share*, in HOHMANN, JOYCE (a cura di), *International Law's Objects*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 141-150.

FONTANELLI, SARVARIAN, *Procedure of International Courts and Tribunals*, International Law Association, 2020.

FORREST, *Cultural heritage as the common heritage of humankind: a critical re-evaluation*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2007, vol. 40, pp. 124-151.

FORREST, *The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflicts*, in *California Western International Law Journal*, 2007, vol. 37, pp. 177-219.

FRANCIONI, *Patrimonio culturale, sovranità degli Stati e conflitti armati*, in FELICIANI (a cura di), *Beni culturali di interesse religioso: legislazione dello Stato ed esigenze di carattere confessionale*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 149-162.

FRANCIONI, DEL VECCHIO, DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura. Atti del Convegno, Roma, 8-9 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 2000.

FRANCIONI, GORDLEY (a cura di), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

FRANCIONI, LENZERINI, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, p. 619 ss.

FRANCIONI, *Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, p. 1209 ss.

FRANCIONI, *Afghan Cultural Heritage and International Law: The Case of the Buddhas of Bamiyan*, in VAN KRIEKEN PIETERS (a cura di), *Art and Archaeology of Afghanistan. Its Fall and Survival*, Brill, Leida / Boston, 2006, pp. 265-292.

FRANCIONI, *A Dynamic Evolution of Concept and Scope: From Cultural Property to Cultural Heritage*, in ABDULQAWI (a cura di), *Standard-Setting at UNESCO. Normative Action in Education Science and Culture – Volume 1*, Martinus Nijhoff Publishers, Leida / Boston, 2007, pp. 221-236.

FRANCIONI, *La protezione internazionale dei beni culturali: un diritto consuetudinario in formazione?*, in BENVENUTI, SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 3-33.

FRANCIONI, LENZERINI (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

FRANCIONI, GORDLEY (a cura di), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

FRANCIONI, *Cultural Heritage*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2020.

FRANCIONI, VRDOLJAK (a cura di), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

FRANCIONI, *Customs, General Principles, and the Intentional Destruction of Cultural Property*, in CUNO, WEISS (a cura di), *Cultural Heritage and Mass Atrocities*, Getty Publications, Los Angeles, 2022, p. 411-429.

FRANKLIN, PERKINS (a cura di), *Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers, 1943, General, Volume I*, United States Government Printing Office, Washington D.C., 1963.

FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1986.

FRIGO, *Cultural property v. cultural heritage: A “battle of concepts” in international law?*, in *International Review of the Red Cross*, 2004, vol. 86, pp. 367-378.

FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2007.

FRIGO, *Approaches Taken by the Security Council to the Global Protection of Cultural Heritage: An Evolving Role in Preventing Unlawful Traffic of Cultural Property*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, vol. 101, n. 4, pp. 1164-1181.

FRULLI, *Advancing the Protection of Cultural Property through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2005, vol. XV, n. 1, pp. 195-216.

FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea (Atti del XXVI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Firenze 9-10 giugno 2022)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

FUSAR POLI, *La causa della conservazione del bello. Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento*, Giuffrè, Milano, 2006.

GAGLIANI, *The International Court of Justice and Cultural Heritage – International Cultural Heritage Law Through the Lens of World Court Jurisprudence?*, in CARSTENS, VARNER (a cura di), *Intersections in Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 223-242.

GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

GARIBALDI, *Gli eroi di Montecassino. Storia dei polacchi che liberarono l'Italia*, Mondadori, Milano, 2013.

GARNER, *Some Questions of International Law in the European War*, in *American Journal of International Law*, 1915, vol. 9, pp. 72-112.

GASSAMA, *International Law at a Grotian Moment: The Invasion of Iraq in Context*, in *Emory International Law Review*, 2004, vol. 18, n. 1, p. 30.

GENTILI, *De iure belli libri tres*, Libro III, Cap. VI.

GEORGOPOULOS, *Avez-vous bien dit "crime contre la culture"? La protection internationale des monuments*, in *Revue hellénique de droit international*, 2001, p. 459 ss.

GERSTENBLITH, *From Bamiyan to Baghdad: Warfare and the Preservation of Cultural Heritage at the Beginning of the 21st Century*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2006, vol. 37, p. 245 ss.

GERSTENBLITH, *Art, Cultural Heritage and the Law: Cases and Materials*, Carolina Academic Press, Durham, 2008.

GERSTENBLITH, *Development of the Law of Armed Conflict as Applied to Cultural Heritage*, in ZARANDONA, CUNLIFFE, SALDIN (a cura di), *The Routledge Handbook of Heritage Destruction*, Routledge, Londra / New York, 2024, pp. 76-88.

GIANELLI, *Consuetudine [dir. int.]*, in *Diritto on line - Enciclopedia Treccani*, 2017.

GIOIA, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati*, in FRANCONI, DEL VECCHIO, DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali a difesa del patrimonio e della cultura. Atti del Convegno, Roma, 8-9 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 71 ss.

GIOIA, *Manuale breve di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013.

GIOIA, *The development of International Law relating to the protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: the Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2001, vol. XI, pp. 25-57.

GIOIA, *La Convenzione dell'Aja del 1954*, in MANISCALCO (a cura di), *La tutela del patrimonio culturale in caso di conflitto*, Massa Editore, Napoli, 2002, pp. 11-24.

GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, vol. LXXXVII, pp. 5-69.

- GIULIANO, *Diritto internazionale, I, La società internazionale e il diritto*, 2nd ed., Giuffrè, Milano, 1983.
- GOODWIN, *The Consequences of Deleting World Heritage Sites*, in *King's Law Journal*, 2010, vol. 21, pp. 283-309.
- GOY, *La destruction intentionnelle du patrimoine culturel en droit international*, in *Revue generale de droit international public*, 2005, vol. 109, n. 2, pp. 273-304.
- GRABER, *Trade and Culture*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2010.
- GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, n. 3, pp. 667-698.
- GRADONI, *The International Court of Justice and the International Customary Law Game of Cards*, in M. Andenas, E. Björge, *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 371-406.
- GREEN, *The Persistent Objector Rule in the Work of the International Law Commission on the Identification of Customary International Law*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2018, vol. 27, n. 1, pp. 175-188.
- GREEN MARTÍNEZ, *Locus Standi Before the International Court of Justice for Violations of the World Heritage Convention*, in *Transnational Dispute Management*, 2013, vol. 5, pp. 1-10.
- GREEN MARTÍNEZ, *Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali: A Crime Against Humanity?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, vol. 13, pp. 1073-1097.
- GREEN MARTÍNEZ, *UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage (2003)*, in SMITH (a cura di), *Encyclopedia of Global Archaeology*, 2018, pp. 1-6.
- GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, UTET, Torino, 2001.
- GREPPI, *La protezione generale dei beni culturali nei conflitti armati. Dalla Convenzione dell'Aja al Protocollo del 1999*, in BENVENUTI, SAPIENZA (a cura di), *La*

tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 75-102.

GREPPI, *Distruzione di beni culturali in guerra come crimine internazionale nei conflitti contemporanei*, in LABANCA, TOMMASSINI (a cura di), *Forze armate e beni culturali. Distruggere, costruire, valorizzare*, Edizioni Unicopli, Milano, 2007, pp. 33-46.

GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, UTET, Torino, 2012.

GROZIO, *De iure belli ac pacis*, Libro III, Cap. XII.

GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, n. 1, pp. 1-12.

GUALDANI, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, n. 3, pp. 1-9.

GUÈVREMONT, *Compliance Procedure: Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2019.

GÜMPLOVÁ, *Sovereignty over natural resources – A normative reinterpretation*, in *Global Constitutionalism*, 2020, vol. 9, n. 1, pp. 7-37.

HAGGENMACHER, *An archeological look at 'international custom as evidence of a general practice accepted as law' and Article 38 of the World Court's Statute*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, vol. 34, pp. 801-827.

HAKIMI, *Making Sense of Customary International Law*, in *Michigan Law Review*, 2020, vol. 118, pp. 1487-1537.

HANKE, *The 1923 Hague Rules of Air Warfare. A Contribution to the Development of International Law Protecting Civilians from Air Attack*, in *International Review of the Red Cross*, 1993, vol. 33, n. 292, pp. 12-44.

HAUSLER, *Cultural heritage and the Security Council: Why Resolution 2347 matters*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 2018, vol. 48, pp. 5-19.

HELLER, *Specially-Affected States and the Formation of Custom*, in *American Journal of International Law*, 2018, vol. 112, n. 2, pp. 191-243.

HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, New York, 2005.

HENSEL (a cura di), *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Routledge, Londra, 2007.

HILL, *Killing a Culture: The Intentional Destruction of Cultural Heritage in Iraq and Syria under International Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2016, vol. 45, p. 191 ss.

HLADIK, *The UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage: A new instrument to protect cultural heritage*, in *Art, Antiquity & Law*, 2004, vol. 9, pp. 215-236.

HOLLAND, *The Laws of War on Land*, The Clarendon Press, Oxford, 1908.

HOWE, *Can the 1954 Hague Convention Apply to Non-state Actors? A Study of Iraq and Libya*, in *Texas International Law Journal*, 2012, vol. 47, pp. 403-425.

HOZIER, *The Franco-Prussian War*, vol. II, W. Mackenzie, Londra, 1872.

HUDSON, *The Permanent Court of International Justice*, The Macmillan Company, New York, 1934

HUDSON, *Article 24 of the Statute of the International Law Commission, Document A/CN.4/16*, in *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 26, par. 11.

HUNT, *La forza dell'empatia: una storia dei diritti dell'uomo*, Edizioni Laterza, Bari, 2018.

HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale. Il futuro geopolitico del pianeta*, Garzanti, Milano, 2000.

JANKOWSKI, *Warsaw: Destruction, Secret Town Planning, 1939-1944, and Postwar Reconstruction*, in Diefendorf (a cura di), *Rebuilding Europe's Bombed Cities*, Palgrave Macmillan, Londra, 1990, pp. 77-93.

JAKUBOWSKI, *Resolution 2347: Mainstreaming the Protection of Cultural Heritage at the Global Level*, in *Questions of International Law*, 2018, vol. 48, pp.21-44.

JAKUBOWSKI, *International protection of cultural heritage in armed conflict: revisiting the role of safe havens*, in *Indonesian Journal of International Law*, 2019, vol. 16, pp. 169-190.

JAKUBOWSKI, HAUSLER, FIORENTINI (a cura di), *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy*, Brill / Nijhoff, Leida, 2019.

JENNINGS, WATTS (a cura di), *Oppenheim's International Law (9th Edition): Volume 1 – Peace*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

JOHNSTONE, *The Plea of "Necessity" in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 43, p. 337 ss.

KAEDENS, Young, *How Customary is Customary International Law?*, in *William & Mary Law Review*, 2013, vol. 54, n. 3.

KASTENBERG, *The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict*, in *Air Force Law Review*, 1997, vol. 42, pp. 277-305.

KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

KELSEN, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952.

KISIĆ, *Governing Heritage Dissonance. Promises and Realities of Selected Cultural Policies*, European Cultural Foundation, Amsterdam, 2013.

KLABBERS, DE MAN, *International Organizations as Law-makers*, in KLABBERS, WALLEND AHL (a cura di), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 190-224.

KORNEGAY, *Destroying the Shrines of Unbelievers: The Challenge of Iconoclasm to the International Framework for the Protection of Cultural Property*, in *Military Law Review*, 2014, vol. 221, p. 153 ss.

KOWALSKI, *Liquidation of the Effects of World War II in the Area of Culture*, Institute of Culture, Varsavia, 1994, p. 20.

KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1970.

LABADI, *Intangible Heritage and Sustainable Development: Realistic Outcome or Wishful Thinking?*, in *Heritage & Society*, 2011, vol. 4, pp. 115-118.

LAMBOURNE, *War Damage in Western Europe. The Destruction of Historic Monuments during the Second World War*, Edinburg University Press, Edimburgo, 2001.

LANOVOY, *Customary International Law in the Reasoning of International Courts and Tribunals*, in MERKOURIS, KAMMERHOFER, ARAJÄRVI (a cura di), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 231-255.

LANZONI, *La distruzione dei Buddha di Bamiyan: una retrospettiva*, in BARONCINI (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press (Collana "Terminus"), Bologna, 2021, pp. 177-193.

LAUTERPACHT, *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, 1948, riprodotto in LAUTERPACHT, *International Law. Collected Papers*, in E. Lauterpacht (a cura di), *General Works*, vol. I, 1970, p. 472.

LEANZA, *Il rafforzamento della tutela internazionale del patrimonio culturale in tempo di guerra nel nuovo diritto dei conflitti armati*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 2042 ss.

LEANZA, *Lo stato dell'arte nella protezione dei beni culturali in tempo di guerra*, in *La Comunità internazionale*, 2011, n. 3, pp. 371-388.

LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Columbia University Press, New York, 1944.

LEMKIN, *Genocide as a Crime under International Law*, in *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, pp. 145-151.

LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage in Danger: A Part of the Human Memory that is Disappearing*, in *Symposium: The Transmission and Present State of Cultural Heritage*, Japan-Italy Association of World Heritage Studies, Kyoto, 2002, pp. 72-77.

LENZERINI, *The UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage: One Step Forward and Two Steps Back*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2003, vol. XIII, n. 1, pp. 131-145.

LENZERINI, *La distruzione intenzionale del patrimonio culturale come strumento di umiliazione dell'identità dei popoli*, in ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO: un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 3-25.

LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, in *The European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, pp. 101-120.

LENZERINI, *The Role of International and Mixed Criminal Courts in the Enforcement of International Norms Concerning the Protection of Cultural Heritage*, in FRANCONI, GORDLEY (a cura di), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 40-64.

LENZERINI, *Terrorism, Conflicts and the Responsibility to Protect Cultural Heritage*, in *The International Spectator*, 2016, vol. 51, pp. 70-85.

LENZERINI, *Intentional Destruction of Cultural Heritage, Crimes Against Humanity and Genocide: Towards an Evolutionary Interpretation of International Criminal Law*, in *Europa Ethnica*, 2017, vol. 74, n. 3-4, pp. 66-72.

LEPARD, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 277.

LIPPMANN, *Art and Ideology in the Third Reich: The Protection of Cultural Property and the Humanitarian Law of War*, in *Dickinson Journal of International Law*, 1998, vol. 17, pp. 1-98.

LIPPMANN, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Fifty Years Later*, in *Arizona Journal of International Comparative Law*, 1998, vol. 15, pp. 415-514.

LIXINSKI, *Heritage Listing as a Tool for Advocacy: The Possibilities for Dissent, Contestation, and Emancipation in International Law Through International Cultural Heritage Law*, in *Asian Journal of International Law*, 2015, vol. 5, pp. 387-409.

LIXINSKI, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

LIXINSKI, *Heritage Listing as a Tool for Advocacy: The Possibilities for Dissent, Contestation, and Emancipation in International Law Through International Cultural Heritage Law*, in *Asian Journal of International Law*, 2015, vol. 5, pp. 387-409.

LIXINSKI, *Axum Stele*, in HOHMANN, JOYCE (a cura di), *International Law's Objects*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 130-140.

LIXINSKI, *International Heritage Law for Communities. Exclusion and Re-Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

LIXINSKI, *Destruction of Cultural Heritage in Peacetime and International Law*, in ZARANDONA, CUNLIFFE, SALDIN (a cura di), *The Routledge Handbook of Heritage Destruction*, Routledge, Londra / New York, 2024, pp. 65-75.

LIYANAGE, GALAPPATHTHIGE, *Protection of Places of Worship during Armed Conflicts: The Enrichment of International Humanitarian Law Through Buddhism*, in *Beijing Law Review*, 2022, vol. 13, pp. 401-412.

LOSTAL BECERRIL, *International Cultural Heritage Law in Armed Conflict: Case-Studies of Syria, Libya, Mali, the Invasion of Iraq, and the Buddhas of Bamiyan*, Cambridge University Press, New York, 2017.

LOWENTHAL, *The Heritage Crusade and the Spoils of History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

LUCHETTI, *L'evoluzione delle normative sulla tutela del patrimonio culturale (la "Legge Nasi" e l'attualità delle sue previsioni)*, in *Giustamm. - Rivista di diritto amministrativo*, 2018, n. 5.

LUCHETTI, *La verifica dell'interesse nel Codice dei beni culturali e del paesaggio e nella normativa previgente*, in *Giustamm. - Rivista di diritto amministrativo*, 2018, n. 5.

LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon*, 2019, n. 2, pp. 1-13.

LYNCH, *Beyond Appeasement: Interpreting Interwar Peace Movements in World Politics*, Cornell University Press, New York, 1999.

MACCHIA, *Il mantenimento dell'Outstanding Universal Value dei siti UNESCO: prassi internazionale ed italiana*, in BARONCINI, *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press (Collana "Terminus"), Bologna, 2021, pp. 307-330.

MACHIAVELLI, *Il Principe e Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio*, Le Monnier, Firenze, 1857.

MAINETTI, *De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. L'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954*, in *International Review of the Red Cross*, 2004, vol. 86, pp. 337-66.

MAINETTI, *Violazioni gravi e "obbligo d'ingerenza culturale" - Brevi osservazioni intorno all'articolo 31 del Secondo Protocollo*, in BENVENUTI, SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 275-296.

MANFREDINI, *Antichità archeologiche e tesori nella storia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018.

MANISCALCO, *Il patrimonio culturale in Medio Oriente fra Jihad, Intifada e "Guerra al terrorismo"*, in *Web Journal on Cultural Patrimony*, 2006, vol. 2, pp. 77-99.

MARGUILLIER, *La Destruction des Monuments sur le Front Occidental: Réponse aux Plaidoyers Allemands*, G. van Oest & Cie, Parigi / Bruxelles, 1919, pp. 39-49.

MARTENS, *Nouveau recueil de traites d'alliance, de paix, de treve, de neutralite, de commerce, de limites, d' echange, etc. et de plusieurs autres actes servant li la connaissance des relations etrangeres des puissances et Etats de l'Europe tant dans leur rapport mutuel que dans celui envers les puissances et Etats dans d' autres parties du globe, depuis 1808 jusqu'a present*, Vol. II, Göttingen, Dieterich, 1817, p. 632 ss.

MARTINEZ, *Towards an International Judicial System*, in *Stanford Law Review*, 2003, vol. 56, pp. 429-529.

MATTEUCCI, *Sulla Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1958, p. 647 ss.

MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale: crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Giuffrè, Milano, 2008.

MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, CEDAM, Padova, 2012.

- MCGEORGE, *Prosecution of Cultural Heritage Destruction: Framework, Precedents and Recent Developments in International Criminal Law*, in *Public Interest Law Journal of New Zealand*, 2016, vol. 3, p. 204 ss.
- MENDELSON, *The Formation of Customary International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1998, vol. 272, pp. 155-410.
- MENGOZZI, *Common Heritage of Mankind and Exclusive Economic Zone*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1980, vol. V, pp. 65-84.
- MENGOZZI, MORVIDUCCI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2018.
- MERKOURIS, KAMMERHOFER, ARAJÄRVI (a cura di), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- MERRYMAN, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, in *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, pp. 831-853.
- MERRYMAN, ELSEN, URICE, *Law, Ethics and the Visual Arts*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007.
- MERRYMAN, *Thinking about the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009.
- METTRAUX, *International Crimes: Law and Practice. Volume I: Genocide*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- METTRAUX, *International Crimes: Law and Practice. Volume II: Crimes Against Humanity*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- MEURANT, *Inter Arma Caritas: Evolution and Nature of International Humanitarian Law*, in *Journal of Peace Research*, 1987, vol. 24, pp. 237-249.
- MOORE, *A Digest of International Law*, Washington (Government Print Office), 1906.
- MUCCI, *La Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1483 del 22 maggio 2003. Riflessioni sull'intervento diretto delle Nazioni Unite in materia di tutela*

dei beni culturali, in BENVENUTI, SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 325-341.

MUCCI, *Intentional Destruction of Cultural Heritage by ISIS: The Reaction of the International Community Against This Specific Aspect of the Aggression to Peace and Human Rights*, in *Processi di Pace e Dignità Umana*, 2016, vol. 2, p. 1 ss.

MURPHY, *Current Developments: Anniversary Commemoration and Word of the International Law Commission's Seventieth Session*, in *The American Journal of International Law*, 2019, vol. 113, n. 1, pp. 90-108.

NAFZIGER, SCOVAZZI, *Le patrimoine culturel de l'humanité / The Cultural Heritage of Mankind*, Brill, Leida / Boston, 2008.

NAHLIK, *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1967, vol. 120, pp. 63-163.

NAHLIK, *International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts*, in *Hasting Law Journal*, 1976, vol. 27, pp. 1069-1087.

NAHLIK, *Protection of Cultural Property in Armed Conflicts*, in *UNESCO, International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 204 ss.

NEGRI, *Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change?*, in *Transnational Dispute Management*, 2013, vol. 10, n. 5, pp. 1-9.

NEGRI, *Legal study on the protection of cultural heritage through the resolutions of the Security Council of the United Nations. Cultural heritage through the prism of resolution 2199 (2015) of the Security Council*, UNESCO (#Uniter4Heritage), Parigi, 2015, pp. 1-13.

NESERSSIAN, *Rethinking Cultural Genocide under International Law*, in *Carnegie Foundation Human Rights Dialogue*, 2005, vol. 12, p. 7 ss.

NICHOLAS, *The Rape of Europa: The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War*, Vintage Books, New York, 1994.

NJOYA, *The African Concept*, in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londra, 1988, pp. 5-12.

NOVIC, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Oxford University Press, New York / Oxford, 2016.

NYS, *Le droit international; les principes, les théories, les faits*, vol. III, A. Castaigne Ed., Bruxelles, 1906.

ODENDAHL, *World Natural Heritage*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford Public International Law, 2015.

O'KEEFE R., *The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention*, in *Netherlands International Law Review*, 1999, vol. 46, pp. 26-56.

O'KEEFE R., *World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, pp. 189-209.

O'KEEFE R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

O'KEEFE R., *Protection of Cultural Property under International Criminal Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2010, vol. 11, pp. 339-392.

O'KEEFE R., *Cultural Heritage and International Humanitarian Law*, in FRANCONI, VRDOLJAK (a cura di), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 43-74

OPPENHEIM, *International Law. A Treatise. Vol. II War and Neutrality*, Longmans, Green & Co., Londra, 1906.

OPPENHEIM, LAUTERPACHT, *International Law*, Vol. II, Longmans, Londra, 1952.

ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

O'SHEA, *Individual Criminal Responsibility*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford Public International Law, 2009.

PALCHETTI, *Uno sguardo d'oltreoceano: la dottrina italiana di diritto internazionale nelle pagine dell'American Journal of International Law (1907-1960)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2015, vol. 6, pp. 269-284.

PANZERA, *La tutela internazionale dei beni culturali in tempo di guerra*, Giappichelli, Torino, 1993.

PAUWELYN, *The UNESCO Convention on Cultural Diversity, and the WTO: Diversity in International Law-Making?*, in *ASIL Insights*, 2005, vol. 9, n. 35.

PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004.

PEDERSEN, *Back to the League of Nations*, in *The American Historical Review*, 2007, vol. 112, n. 4, pp. 1091-1117.

PELLET, MÜLLER, *Article 38*, in ZIMMERMAN, TAMS, OELLERS-FRAHM, TOMUSCHAT (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice (3rd Edition): A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 819-994.

PENTASSUGLIA, *La rilevanza dell'obiezione persistente nel diritto internazionale*, Laterza, Bari, 1996.

PERASSI, *Corso di diritto internazionale*, Majo, Napoli, 1922.

PEREIRA, GOUGH, *Permanent sovereignty over natural resources in the 21st Century: natural resource governance and the right to self-determination of indigenous peoples under international law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, vol. 14, pp. 1-45.

PERONI, TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, vol. 11, pp. 1056-1085.

PERRIS, *The Campaign of 1914 in France and Belgium*, Henry Holt and Co., New York, 1915.

PETRILLO (a cura di), *The Legal Protection of the Intangible Cultural Heritage*, Springer, Cham, 2019.

PETROPOLOUS, *Art as Politics in the Third Reich*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996.

PHILLIPSON, *International Law and the Great War*, T. Fisher Unwin Ltd., Londra, 1915.

PLUTARCO, *Focione e Catone, Dione e Bruto, Emilio e Timoleonte, Sertorio e Eumene* (a cura di M. L. Amerio e D. P. Orsi), vol. 3, UTET, Torino, 2010

POLAKIEWICZ, *Council of Europe (CoE)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2019.

POLIBIO, *Le Storie di Polibio da Megalopoli, volgarizzate sul testo greco dello Schweighauser e corredate di note dal dottore I. Kohen da Trieste*, vol. III, Coi Tipi De' Fratelli Sonzogno E P. Andrea Molina, Milano, 1834.

POLYMEÑOPOULOU, *Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, vol. 27, pp. 447-464.

PUOTI, *Universalità dei diritti umani e protezione della diversità e dell'identità culturale*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, n. 5, pp. 919-941.

QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Liguori Editore, Napoli, 1968.

RAGONI, *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale - Atti del Convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana. San Ginesio, 22-23 settembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2008.

RAI, *The 2003 Intangible Cultural Heritage Convention in Armed Conflict: An integrated reading of obligations towards culture in conflict*, in *Leiden Journal of International Law*, 2024, vol 37, pp. 167-190.

RANALDI, *Le iniziative degli Stati occidentali nei confronti dell'ISIS*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2015, n. 5, pp. 1188-1192.

RATNER, ABRAMS, BISCHOFF, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

RENOLD, *International Dispute Resolution Mechanisms*, FRANCONI, VRDOLJAK (a cura di), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 665-686.

RIEDLMAYER, *Killing Memory: The Targeting of Bosnia's Cultural Heritage*, in *Newsletter of the Middle East Librarians Association*, 1994, n. 61, pp. 1-6.

RIEDLMAYER, *Destruction of Cultural Heritage in Bosnia-Herzegovina, 1992-1996: A Post-War Survey of Selected Municipalities (report presentato al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, 2002)*.

RIVIER, *Principes du Droit des Gens*, vol. II, A. Rousseau Ed., Parigi, 1896.

ROERICH, *Violators of Art*, Russian Liberation Committee, Londra, 1919.

ROERICH, *Le Pacte Roerich: Bannière de Paix – The Roerich Pact: Banner of Peace*, Parigi, 1931, pp. 11-13.

ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1926.

RONEN, *The Demolition of Synagogues in the Gaza Strip*, in *ASIL Insights*, 2005, vol. 9, n. 31.

ROSSI, *The Al Mahdi Trial before the International Criminal Court: Attacks on Cultural Heritage Between War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, vol. 11, n. 1, pp. 87-100.

ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762.

ROVERSI MONACO, *Evoluzione e sviluppi della tutela internazionale dei beni culturali in tempo di conflitti armati*, in BARONCINI (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press (Collana "Terminus"), Bologna, 2021, pp. 127-146.

ROXAN, WANSTALL, *The Rape of Art: The Story of Hitler's Plunder of the Great Masterpieces of Europe*, Coward-McCann, Inc., New York, 1965.

SADAT, *Enemy Combatants After Hamdan v. Rumsfeld: Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror*, in *George Washington Law Review*, 2007, vol. 75, p. 1200 ss.

SAIKAL, THAKUR, *Vandalism in Afghanistan and No One to Stop it*, in *The International Herald Tribune*, 6 marzo 2001.

SALERNO, *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 29 ss.

SANDHOLTZ, *Prohibiting Plunder: How Norms Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

SANDOZ, SWINARSKI, ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Ginevra, 1987.

SAX, *Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbé Grégoire and the Origins of an Idea*, in *Michigan Law Review*, 1990, vol. 88, p. 1142-1169.

SCHARF, *Seizing the “Grotian Moment”: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, in *Cornell International Law Journal*, 2010, vol. 43, pp. 440-469.

SCHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

SCHARF, *Accelerated Formation of Customary International Law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2014, vol. 20, pp. 305-341.

SCHINDLER, TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts, A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2004.

SCHRIJVER, *Natural Resources, Permanent Sovereignty over*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, 2008.

SCHWARZ, *War Crimes*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2014.

SCOVAZZI, GARABELLO (a cura di), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Before and After the 2001 UNESCO Convention*, Brill / Nijhoff, Leida, 2003.

SCOVAZZI, *La Dichiarazione sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2006, n. 3-4, pp. 551-562

SCOVAZZI, *Diviser c’est détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Property*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2011, n. 2, pp. 341-395.

SCOVAZZI, UBERTAZZI, ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

SCOVAZZI, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale nella sua applicazione ai beni culturali*, in CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci Editore, Bari, 2014, pp. 1-18.

SCOVAZZI, *La prima sentenza della Corte penale internazionale in tema di distruzione di beni culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, vol. 11, pp. 77-86.

SCOVAZZI, *Luci e ombre della Convenzione di Nicosia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, n. 2, pp. 140-150.

SEATZU, LAI, *Mission Impossible: Revitalising the Role of UNESCO as a Human Rights Organisation*, in *Human Rights & International Legal Discourse*, 2017, vol. 11, pp. 222-264.

Seibert-Fohr, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, 2018.

SEN, *Culture, Identity and Human Development*, Paper for the United Nations Development Programme (UNDP), 2003.

SHANY, *The Road to the Genocide Convention and Beyond*, in GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3 ss.

SHAW, *International Law (Ninth Edition)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

SLAUGHTER, BURKE-WHITE, *An International Constitutional Moment*, in *Harvard International Law Journal*, 2002, vol. 43, p. 1 ss.

SMITH C., *Heritage Destruction in Conflict*, in ZARANDONA, CUNLIFFE, SALDIN (a cura di), *The Routledge Handbook of Heritage Destruction*, Routledge, Londra / New York, 2024, pp. 37-54.

SMITH L., *Uses of Heritage*, Routledge, Londra / New York, 2006.

SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli stati preunitari*, Giuffrè, Milano, 1988.

SREENIVASA RAO, *The identification of Customary International Law: a process that defies prescription*, in *Indian Journal of International Law*, 2017, vol. 57, pp. 221-258.

STAHN, *Responsibility To Protect: Political Rhetoric Or Emerging Legal Norm?*, in *American Journal of International Law*, 2007, vol. 101, pp. 99-120.

STAHN, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

STAIANO, *The protection of cultural heritage under the framework of the ICC Statute: the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, n. 3, pp. 605-608.

STEIN, *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1985, vol. 26, n. 2, p. 459.

STEINFELD, *Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons*, in *Brooklyn Law Review*, 1996, vol. 62, n. 4, p. 1655.

STONE, BAJJALY (a cura di), *The Destruction of Cultural Heritage in Iraq*, Boydell & Brewer, Martlesham, 2008.

SULTAN, *The Islamic Concept*, in *International Dimensions*, in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / Londra, 1988, pp. 29-39.

SWAINE, *Rational Custom*, in *Duke Law Journal*, 2002, vol. 52, pp. 567-568.

TALMON, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, in *European Journal of International Law*, 2015, vol. 26, n. 2, pp. 417-443.

TAMPIERI, *La vendita di opere d'arte, fra tutela e mercato*, CLUEB, Bologna, 2006.

TANZI, GRADONI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La Comunità Internazionale*, 2012, n. 2, pp. 203-226.

TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2015, n. 1, pp. 13-36.

TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Wolters Kluwer / CEDAM, Milano / Padova, 2023.

TANZI, MASON, *The Potential of the Singapore Convention on Mediation for Art and Cultural Property Disputes*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, vol. 12, pp. 669-692.

TERRAROLI, Raffaello. *Lettera a papa Leone X*, Skira, Milano, 2020.

THIRLWAY, *Unacknowledged Legislators: Some Preliminary Reflections on the Limits of Judicial Lawmaking*, in WOLFRUM, GÄTZSCHMANN (a cura di), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Springer, Berlino / Heidelberg, 2012.

THOMAS, *The Spanish Civil War*, Harper & Row, New York, 1977.

THÜRER, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, Brill, Leida, 2011.

TITCHEN, *On the construction of outstanding universal value: UNESCO's World Heritage Convention (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972) and the identification and assessment of cultural places for inclusion in the World Heritage List*, Canberra, 1995, pp. 12-24.

TLADI, *International Criminal Court (ICC)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2020.

TOMAN, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in The Hague, and on other instruments of international law concerning such protection*, Dartmouth / UNESCO Publishing, Hants, 1996.

TOYNBEE, *The German Terror in Belgium: An Historical Record*, George H. Doran Co., New York, 1917

TREVES, *Customary International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2006.

TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig, 1899; A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Vienna-Berlino, 1926.

TRUSCOTT, *Peopling Places, Storying Spaces: Heritage Sustaining Human Development?*, in *Heritage & Society*, 2011, vol. 4, pp. 125-134.

TUNKIN, *Remarks on the Judicial Nature of Customary Norms in International Law*, in *California Law Review*, 1961, vol. 49, n. 3, pp. 419 ss.

UDINA, *Sulla natura giuridica delle restituzioni di cui all'art. 184 del Trattato di Saint Germain*, in *Foro Italiano*, 1927, vol. 52, pp. 960-976.

URBINATI, *Alcune considerazioni sulle ultime attività del Consiglio di sicurezza in materia di protezione del patrimonio culturale in caso di conflitto armato*, in BARONCINI (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press (Collana "Terminus"), Bologna, 2021, pp. 195-210.

- VADI, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- VERHOVEN, *Il concetto di genocidio*, in *Genocidi/Genocidio*, a cura della Fondazione internazionale Lelio Basso, Nova cultura editrice, Rovigo, 1995.
- VERHOEVEN, *Charles de Visscher: Living and Thinking International Law*, in *European Journal of International Law*, 2000, vol. 1, n. 4, pp. 887-904.
- VERRI, *Le destin des biens culturels dans les conflits armés. De l'Antiquité à la deuxième guerre mondiale*, in *International Review of the Red Cross*, 1985, vol. 67, pp. 127-139.
- VERRI, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1992.
- VIGORITO, *La "dimensione culturale" della mens rea e dell'actus reus del crimine di genocidio*, in ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 341 ss.
- VIGORITO, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, CEDAM, Padova, 2013.
- VON SCHORLEMER, *Cultural Diversity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2017.
- VRDOLJAK, *Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law*, in KOUFA (a cura di), *Multiculturalism and international law, XXXV Thesaurus Acroasium*, Sakkoulas Publications, Salonicco, 2007, pp. 377-396.
- VRDOLJAK, *The Criminalisation of the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, in BERGIN, ORLANDO (a cura di), *Forging a Socio-Legal Approach to Environmental Harms*, Routledge, Londra, 2017, p. 237 ss.
- WAELEKENS, *La Théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, Brill, Leida, 1984.
- WALASEK (con contributi di CARLTON, HADŽIMUHAMEDOVIĆ, PERRY, WILK), *Bosnia and the Destruction of Cultural Heritage*, Routledge, Londra / New York, 2015.

- WALDOCK, *General Course on Public International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1962, vol. 106, pp. 1-251.
- WERLE, JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law (4th Edition)*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- WESTON et al. (a cura di), *International Law and World Order*, West Academic Publishing, 2006.
- WHITEMAN, *Digest of International Law*, Vol. 10, Government Printing Office, Washington D.C., 1968, pp. 329-330
- WIERCZYŃSKA, JAKUBOWSKI, *Individual Responsibility for Deliberate Destruction of Cultural Heritage: Contextualizing the ICC Judgment in the Al-Mahdi Case*, in *Chinese Journal of International Law*, 2017, pp. 695-721.
- WIERCZYNSKA, JAKUBOWSKI, *The Al Mahdi Case: From Punishing Perpetrators to Repairing Cultural Heritage Harm*, in CARSTENS, VARNER (a cura di), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 133-156.
- WOLFRUM, *Cultural Property, Protection in Armed Conflict*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford Public International Law, 2010.
- WOOD, SENDER, *State Practice*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)*, 2020.
- WOUTERS, DE MAN, *International Organizations as Law-Makers*, Working Paper No. 21, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2009.
- YONG JONG LEE, NIGLIO, *Cultural diplomacy & heritage*, Tab Edizioni, Roma, 2019.
- ZAGATO, *Tutela dell'identità e del patrimonio culturale dei popoli indigeni. Sviluppi recenti nel diritto internazionale*, in CIMINELLI (a cura di), *La negoziazione delle appartenenze: arte, identità e proprietà culturale nel terzo e quarto mondo*, Franco Angeli, Milano, 2006, p. 35 ss.
- ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Giappichelli, Torino, 2007.

ZAGATO, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati: il rapporto tra diritto generale e accordo nel solco del secondo Protocollo 1999*, in *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Atti del Convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana (San Ginesio, 22-23 settembre 2006)*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 339 ss.

ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei nuovi strumenti UNESCO: un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, Padova, 2008.

ZAGATO, *Libertà di religione e identità culturali nel diritto internazionale*, in POSSENTI (a cura di), *Diritti umani e libertà religiosa*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010.

ZAGATO, PINTON, GIAMPIERETTI, *Lezioni di diritto internazionale ed europeo del patrimonio culturale*, Libreria Editrice Cafoscarina, Venezia, 2019.

ZICCARDI CAPALDO, *Editor's Introduction: A New Dimension of International Law: The Global Law*, in *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2005, vol. 5, p. xvi ss.

ZICCARDI CAPALDO, *Providing a Right of Self-Defense Against Large-Scale Attacks by Irregular Forces: The Israeli-Hizbollah Conflict*, in *Harvard International Law Journal Online*, 2007, vol. 48, p. 101 ss.

ZORZI GIUSTINIANI, *La "responsabilità di proteggere". Riflessioni a margine del caso birmano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, vol. 1, pp. 33-53.

ZORZI GIUSTINIANI, *Protecting World Cultural and Natural Heritage against Climate Change and Disasters: An Assessment of the Effectiveness of the World Heritage Convention System*, in *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2019, vol. 2, pp. 233-258.

GIURISPRUDENZA – INDICE DEI CASI

Arbitrati internazionali

Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy, Advisory opinion, 17 July 1965, in *Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, vol. XVI (Sales No. E/F.69.V.1)

Southern Pacific Properties (SPP) v. Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992

Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000

Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea, The Hague, 1 July 2003

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007

Glamis Gold Ltd. v. United States of America, ICSID Award, 8 June 2009

Thomas Gosling and Others v. Mauritius, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, 18 February 2020

Camere straordinarie della Cambogia

ECCC, *Co-Prosecutor's Supplementary Observations on Joint Criminal Enterprise*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Judgement, 31 December 2009

ECCC, *The Prosecutor v. Kaing Guek Eav*, 001/18-07-2007-ECCC/SC, Judgment, 3 February 2012

ECCC, *The Prosecutor v. Khieu Samphân, Nuon Chea*, 002/19-09-2007-ECCC/SC, Judgment, 23 November 2016

Consiglio di Stato

Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 3154 del 23 giugno 2008

Corti degli Stati Uniti d'America

US Court of Appeals for the Second Circuit, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30 June 1980

Corti del Regno Unito

England and Wales High Court of Justice, *Government of the Islamic Republic of Iran v The Barakat Galleries Ltd*, Case No. A2/2007/0902/QBENF, Judgment, 21 December 2007

UK Supreme Court, *Mohammed and others v. Ministry of Defence*, [2017], UKSC 2, 17 January 2017

England and Wales Court of Appeal, *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2018] EWCA Civ 1719, 19 July 2018

Corte Distrettuale di Gerusalemme

Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, Case n. 40/61, Judgement, District Court of Jerusalem, 11 December 1961

Corte europea dei diritti dell'uomo

ECtHR, *Beyeler v. Italy*, Application No. 33202/96, Grand Chamber, Judgment, 5 January 2000

ECtHR, *Sabeh El Leil v. France* [GC], Application No. 34869/05, Judgement, 20 June 2011

ECtHR, *Jones and Others v. United Kingdom*, Application No. 34356/06 and 40528/06, Judgement, 14 January 2014

ECtHR, *Ahunbay et autres c. Turquie*, Application No. 6080/06, Court (Second Section), Decision, 29 January 2019

Corte federale dell'Australia

Federal Court of Australia, *Ure v. The Commonwealth of Australia*, [2016] FCAFC 8 2016, 4 February 2016

Corte e Commissione interamericana dei diritti umani

IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment, 31 August 2001, Series C, No. 66

Inter-Am.C.H.R., *Michael Domingues v. United States*, Report No. 62/02, Doc. 5 rev. 1 at 913, 22 October 2002

IACtHR, *Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala*, Judgment, 29 April 2004, Series C, No. 105

IACtHR, *Moiwana Village v. Suriname*, Judgment, 15 June 2005, Series C, No. 124

IACtHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparation and Costs, Judgment, 6 February 2006, Series C, No. 142

Corte internazionale di giustizia

ICJ, *The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgement, 9 April 1949

ICJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory opinion, 11 April 1949

ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgement, 20 November 1950

ICJ, *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*, Judgement, 18 December 1951

ICJ, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory opinion, 28 May 1951

ICJ, *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment, 15 June 1962

ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgement, 20 February 1969

ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, 20 February 1969

ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, 5 February 1970

ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgement, 25 July 1974

ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory opinion, 20 December 1980

ICJ, *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgement, 20 January 1984

ICJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgement, 3 June 1985

ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement, 27 June 1986

ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996

ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgement, 14 February 2002

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory opinion, 9 July 2004

ICJ, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement, 19 December 2005

ICJ, *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, 10 February 2005

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007

ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary objections, Judgement, 24 May 2007

ICJ, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia v. Singapore)*, Judgement, 23 May 2008

ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, 20 April 2010

ICJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order, 18 July 2011

ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 3 February 2012

ICJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgement, 19 November 2012

ICJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment, 11 November 2013

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgement, 3 February 2015

ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, Order, 7 December 2021

Corte penale internazionale

ICC, *Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Trial Chamber VIII, Judgment, 27 September 2016

Corte permanente di giustizia internazionale

PCIJ, *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, Judgement, 7 September 1927

Corte speciale per la Sierra Leone

Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman. Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004

Corte suprema del Sud Africa

South Africa Supreme Court of Appeal, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre*, Case no. 867/15, Judgement, 15 March 2016

Panel dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)

WTO Panel Report, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R, 21 November 2006

WTO Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS 363/R, 12 August 2009

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II *quater*, sentenza n. 3518 del 20 aprile 2007

Tribunale militare internazionale di Norimberga

The International Military Tribunal (Nuremberg), *Streicher Case*, Judgment of 1 October 1946

The International Military Tribunal (Nuremberg), *Rosenberg Case*, Judgment of 1 October 1946

Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia

ICTY, *Prosecutor v. Duzko Tadić*, Case No. IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995

ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgment, 3 March 2000

ICTY, *Prosecutor v. Mario Kordić and Dario Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001

ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001

ICTY, *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Case No. IT-01-42/1-S, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 18 March 2004

ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Trial Chamber II, Judgement, 31 January 2005

ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Case No. IT-04-74-T, Trial Chamber, Judgment, 29 May 2013

ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, No. IT-04-74-A, Appeal Chamber, Judgment, 29 November 2017

CONVENZIONI INTERNAZIONALI

Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907

Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). Washington, 15 April 1935

Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice (San Francisco, 26 June 1945)

Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Londra, 8 August 1945

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (UN GA Res. 260 (III) A, 1948)

Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949

Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949

Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949

Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Rome, 1950)

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague, 1954)

International Covenant on Civil and Political Rights (UN GA Res. 2200A (XXI), 1966)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (UN GA Res. 2200A (XXI), 1966)

American Convention on Human Rights (San José, 1969)

Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 1969)

Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Paris, 1970)

Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (Paris, 1972)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977

UNIDROIT Convention on stolen or illegally exported cultural objects (Rome, 24 June 1995)

Rome Statute of the International Criminal Court (A/CONF.183/9, Rome, 1998)

Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage (Paris, 2001)

Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (Paris, 2003)

Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (Paris, 2005)

Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (Faro, 2005)

Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property (Nicosia, 2017)

ATTI DI SOFT LAW

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863

Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War (Brussels Declaration), Brussels, 27 August 1874

The Laws of War on Land (Oxford Manual), Oxford, 9 September 1880

The Hague Rules Concerning the Control of Radio in Time of War and Air Fare, The Hague, 1922

The Athens Charter for the Restoration of Historic Monuments, Athens, 1931

League of Nations 15 August 1931, International Committee on Intellectual Co-operation. Minutes of the Thirteenth session Held at Geneva, from Monday, July 20th, to Saturday, July 25th, 1931, C.471.M.201.1931.XII, Geneva

League of Nations 8 August 1935, International Committee on Intellectual Co-operation. Report of the Committee on the Work of its Seventeenth Plenary Session, C.290.M.154.1935.XII, Geneva

Preliminary Draft International Convention for the Protection of Historic Building and Works of Art in Time of War, October 1936

Inter-Allied Declaration Against Acts of Dispossession Committed in Territories under Enemy Occupation and Control, London, 5 January 1943

Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, AG Ris. 95 (I), New York, 11 December 1946

Resolution 96 of 11 December 1946, *The Crime of Genocide*, Doc. A/RES/96 (I)

Universal Declaration of Human Rights (UN GA Res. 217 A, 1948)

International Law Commission, Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission – Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/6 and Corr. 1, 1949).

Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Res. 1962 (XVIII), 13 December 1963

International Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites
(The Venice Charter, 1964)

Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Third Session,
UN doc. A/46/10/suppl.10, 1991

Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session,
6 May-26 July 1996, (A/51/10, 1996)

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83, 12
December 2001

UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity (Paris, 2001)

UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage
(Paris, 2003)

Council of the European Union, Updated European Union Guidelines on promoting
compliance with international humanitarian law (IHL), Doc. 2009/C 303/12

UNESCO Recommendation on the Historic Urban Landscape (Paris, 2011)

United Nations, Human Rights Council, Report of the independent expert in the field
of cultural rights, Farida Shaheed, UN Doc. A/HRC/17/38, 21 March 2011

International Law Commission, Second Report on Identification of Customary
International Law, Sixty-sixth session (A/CN.4/672, 2014)

United Nations, Provisional Summary Record of the 3254th Meeting,
(A/CN.4/SR.3254, 2015)

United Nations, Summary Record of the 3280th Meeting, (UN Doc. A/CN.4/SR.3280,
2015)

Fourth Report on Identification of Customary International Law, Addendum,
(A/CN.4/695/Add.1, 2016)

Report of the International Law Commission, Sixty-eight session, 2 May-10 June and
4 July-12 August 2016 (A/71/10, 2016)

United Nations, Sixth Committee, Summary record of the 21st meeting
(A/C.6/71/SR.21), 16 November 2016

Comments from the United States on the International Law Commission's Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law As Adopted by the Commission in 2016 on First Reading, 5 January 2018

ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law – Israel's Comments and Observations, 18 January 2018

Fifth Report on identification of customary international law, by Michael Wood, Special Rapporteur (A/CN.4/717, 2018)

International Law Commission, Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Charles Chernor Jalloh, Identification of Customary International Law, 28 May 2018

International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law (UN GA A/CN.4/L.908, 2018)

CPI, *Policy on Cultural Heritage*, giugno 2021, pp. 23-30

RISOLUZIONI DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA ONU

Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (UN Security Council S/Res/827, 1993)

Security Council, *The situation between Iraq and Kuwait*, S/RES/1483 (2003), 22 May 2003

Security Council, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, S/RES/2199 (2015), 12 February 2015

Security Council, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, S/RES/2253 (2015), 17 December 2015

Security Council, *Maintenance of international peace and security*, S/RES/2347 (2017), 24 March 2017

ALTRI DOCUMENTI

The Marquis de Somerueles, Vice-Admiralty Court of Halifax, Stewarts Vice-Admiralty Reports 482 (1813)

The Proceedings of the Hague Peace Conferences: Translation of the Official Texts, Vol. III, William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 2000 (Prima edizione: Oxford University Press, New York, 1907)

Réponse au Livre Blanc Allemand du 10 Mai 1915, "Die völkerrechtswidrige Führung des belgischen Volkskriegs.", Berger-Levrault, Parigi, 1917

Office International des Musées, La Conservation des Monuments d'art et d'histoire. The Conservation of Artistic & Historical Monuments, Publication de l'Institut de coopération intellectuelle, Parigi, 1933

Carnegie Endowment for International Peace, *The International Conferences of American States: First Supplement, 1933-1940*, Washington D.C., 1940, p. 32

Records of the American Commission for the Protection and Salvage of Artistic and Historic Monuments in War Areas (The Robert Commission), 1943–1946, National Archives and Records Administration, Washington D.C., 2007

United States Department of Defense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., December 2016

ABSTRACT

La tutela del patrimonio culturale è una delle grandi sfide del mondo contemporaneo, a causa delle immense implicazioni che la cultura, in tutte le sue manifestazioni materiali e immateriali, produce a livello politico, economico e sociale. Nel corso degli anni la trasmissione del patrimonio culturale è diventata progressivamente un tema centrale del dibattito internazionale, generando un interesse sempre più diffuso da parte della Comunità internazionale verso la protezione della cultura, in tutte le sue forme.

Tra le numerose minacce che attualmente affliggono la tutela del patrimonio culturale (guerre, cambiamenti climatici, sviluppo urbano, turismo di massa) e che sollecitano una risposta vigorosa da parte della Comunità internazionale, la soppressione e la distruzione intenzionale dei beni culturali è probabilmente la più grave e pressante.

Fin dalla sua fondazione, l'UNESCO ha promosso l'adozione di numerose convenzioni internazionali per prevenire la distruzione culturale in tempo di guerra, il traffico illecito di beni culturali, la protezione del patrimonio culturale mondiale e subacqueo, la salvaguardia delle culture viventi e la protezione della diversità delle espressioni culturali. Tuttavia, nonostante questo ricco e variegato sistema normativo, gli obblighi assunti dagli Stati in questo campo sono ancora prevalentemente basati su trattati, ossia fondati sul loro consenso espresso negli atti di ratifica o di adesione ai trattati pertinenti. Al contrario, la valutazione delle norme internazionali consuetudinarie in materia di protezione del patrimonio culturale dalle forme più gravi di distruzione è ancora incerta e richiede un'attenta indagine.

L'obiettivo del presente lavoro è inquadrare e valutare, in maniera critica, tutti gli strumenti di cui il diritto internazionale pubblico dispone per far fronte al fenomeno della distruzione intenzionale del patrimonio culturale, allo scopo di verificare la presenza, o l'eventuale stato di formazione, di una norma consuetudinaria che proibisca tali azioni distruttive, sia all'interno di un conflitto armato che in tempo di pace.