

CRIO PAPERS

Nº. 79

MARTINA LA ROSA

**NUOVE PROSPETTIVE DEL DIRITTO
INTERNAZIONALE UMANITARIO**

© 2025 Martina La Rosa

CRIO Papers A Student-Led Interdisciplinary Paper Series ISSN: 2037-6006

The School of Laws

University of Catania

Villa Cerami I – 95124 Catania Italy

Series Editor

Rosario Sapienza

Editorial Staff

Federica Antonietta Gentile, Gemma Halliday, Giuseppe Matarazzo,
Elisabetta Mottese, Maria Manuela Pappalardo, Giuliana Quattrocchi

Graphic Project

Ena Granulo www.studioen.it

1. Introduzione

Il Diritto Internazionale Umanitario (DIU) costituisce il ramo del diritto internazionale che disciplina la condotta delle ostilità e mira a proteggere coloro che non prendono parte attiva ai combattimenti. Esso si fonda su alcuni principi cardine – umanità, proporzionalità, distinzione e necessità militare – che mirano a bilanciare l'esigenza bellica con l'imperativo di preservare la dignità umana anche nei momenti di massima violenza. Tradizionalmente inteso come diritto degli Stati, il DIU si è tuttavia trasformato in un ambito ibrido e multilivello, nel quale giocano un ruolo sempre più rilevante anche attori non statali.

Accanto agli Stati e alle organizzazioni internazionali, infatti, il processo di produzione e interpretazione normativa vede oggi la partecipazione di molteplici soggetti: il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), con il suo ruolo di promotore, custode e interprete autorevole del DIU; le organizzazioni non governative che incidono sulle prassi statali e sullo sviluppo di norme soft law; i tribunali penali internazionali, che attraverso la loro giurisprudenza hanno ampliato e chiarito i contenuti delle regole umanitarie; infine, gli stessi attori armati non statali, i quali – pur non essendo soggetti formali di diritto internazionale – sono spesso destinatari delle norme e in alcuni casi hanno adottato impegni unilaterali di adesione al DIU.

La partecipazione di tali e tanti soggetti rende particolarmente interessante studiare il diritto internazionale alla luce della categoria del *Transnational Law* elaborata da Philip Jessup nel 1956. Infatti, se il Transnational Law descrive la crisi del modello statocentrico e l'emergere di una governance giuridica multilivello, anche il diritto umanitario si configura oggi come un campo in cui norme, pratiche e interpretazioni si formano attraverso l'operato di una pluralità di attori, statali e non statali. In questo senso, il DIU rappresenta un caso paradigmatico di come il diritto contemporaneo non sia più solo un prodotto degli Stati, ma il risultato di un complesso intreccio

transnazionale di poteri normativi, pratiche operative e pressioni etico-politiche.

2. Vecchie e nuove prospettive del Diritto Umanitario

Il diritto internazionale umanitario (DIU), noto anche come diritto dei conflitti armati, è il corpus di diritto internazionale che mira a ridurre al minimo la sofferenza umana in tempi di conflitto armato, proteggendo in particolare le persone che non partecipano alle ostilità -come i civili, i feriti e i prigionieri di guerra- e a regolamentare i mezzi e i metodi di guerra. Il DIU si fonda su alcuni principi fondamentali, tra cui quelli di umanità, necessità militare, proporzionalità e distinzione, cercando di raggiungere un delicato equilibrio tra obiettivi militari e considerazioni umanitarie. Tuttavia, con l'evolversi dei conflitti, anche il DIU ha dovuto evolversi, così da conservare la propria efficacia nella protezione di coloro che sono colpiti dalla guerra.

2.1. Evoluzione storica

La sua genesi storica è profondamente radicata nelle consuetudini belliche e nei trattati internazionali che, nel corso dei secoli, hanno cercato di codificare regole di condotta delle parti nel corso delle ostilità, culminando nelle moderne Convenzioni di Ginevra e nei loro Protocolli Aggiuntivi¹.

L'evoluzione del DIU è stata influenzata, inoltre e in maniera significativa, dal diritto internazionale dei diritti umani, in particolare, dalla Conferenza delle Nazioni Unite sui Diritti Umani tenutasi a Teheran nel 1968, che ha segnato l'inizio di una crescente interazione tra queste due branche del diritto

¹ Schindler D. Significance of the Geneva Conventions for the contemporary world. *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*. 1999;81(836):715-729.

internazionale^{2 3}. In quell'occasione fu adottata la Risoluzione XXIII la quale affermò un principio fondamentale, ovverosia, che i diritti umani non cessano di esistere in tempo di guerra e che le popolazioni civili devono rimanere protette.

Il termine “*diritto internazionale umanitario*” è, tuttavia, sorprendentemente recente, essendo emerso solo negli anni Settanta del Novecento. Prima di allora, questa disciplina era conosciuta come “*leggi di guerra*” (laws of war) e, successivamente, come “*leggi sui conflitti armati*” (laws of armed conflict).⁴ Tale evoluzione terminologica non rappresenta solo una mera questione linguistica, ma riflette un cambiamento sostanziale nella concezione e nell'ambito di applicazione di questa branca del diritto.^{5 6}

Prima della svolta degli anni Settanta, infatti, le regole internazionali sulla guerra erano comunemente ricondotte a due tradizioni distinte: il “*diritto dell'Aia*”, che disciplinava i mezzi e i metodi di combattimento, legati alla *lex armorum*, ossia il diritto militare sulle modalità della guerra; e il “*diritto di Ginevra*”, incentrato invece sulla protezione dei feriti, dei prigionieri e dei civili.

Tale distinzione rifletteva la mancanza di un termine unificato in grado di descrivere l'insieme delle regole applicabili ai conflitti armati. Le espressioni allora in uso sottolineavano ancora il legame con la tradizione militare e con l'idea di *bellum iustum*. Fu Jean Pictet, giurista svizzero e figura di spicco del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), a proporre un mutamento di prospettiva: dal “*diritto della guerra*” al “*diritto dell'umanità in guerra*”,

² Doswald-Beck L. Vité S. International Humanitarian Law and Human Rights Law. International Review of the Red Cross. 1993;33(293):94-119. doi:10.1017/S0020860400071539

³ Junod S. Human Rights and Protocol II. International Review of the Red Cross. 1983;23(236):246-254. doi:10.1017/S0020860400069321

⁴ Alexander Amanda. A Short History of International Humanitarian Law, European Journal of International Law, Volume 26, Issue 1, February 2015, Pages 109–138

⁵ Shaw MN. International humanitarian law. In: International Law. Cambridge University Press; 2008:1167-1203.

⁶ Alexander A, History of International Humanitarian Law, cit.

coniando l'espressione "*International Humanitarian Law*". Nel 1971, il Comitato Internazionale della Croce Rossa utilizzò per la prima volta il termine "*Diritto Internazionale Umanitario applicabile nei conflitti armati*" in occasione della Conferenza degli Esperti Governativi. L'introduzione di tale terminologia si rivelò una scelta strategica, in quanto consentì al CICR di rivendicare la propria competenza su un ambito giuridico più ampio e, al contempo, di consolidare la propria legittimità quale attore centrale in questo settore.

Questa innovazione, inoltre, si dimostrò cruciale per l'ampliamento della portata e dell'efficacia del Diritto Internazionale Umanitario, determinando una crescente attenzione alla protezione degli individui in contesti di conflitto armato. Il DIU divenne, pertanto, un concetto-ombrello, capace di ricomprendere tanto la tradizione ginevrina (ossia le norme prettamente umanitarie), quanto quella dell'Aia (ovverosia le norme relative alla conduzione delle ostilità).

Il termine fu ufficializzato dall'Assemblea Generale con la Risoluzione 2677, che sancì la saldatura tra i due percorsi fino ad allora paralleli: quello dei diritti umani nei conflitti e quella del diritto umanitario.

Le restrizioni sulle attività ostili rappresentano comunque un elemento ricorrente in diverse culture e in diversi contesti storici, affondando le proprie radici nei valori religiosi e nelle filosofie militari. Un aspetto di fondamentale importanza è che il diritto umanitario iniziò a svilupparsi in un'epoca in cui il ricorso alla forza non era ancora ritenuto illegale, bensì uno strumento legittimo di politica nazionale. Nonostante l'influenza esercitata in Europa dalla dottrina della "guerra giusta" elaborata dalla Chiesa - che legittimava anche il ricorso alla forza - le basi del diritto internazionale umanitario si consolidarono in un contesto in cui non vi era alcuna stigmatizzazione morale nell'intraprendere un conflitto. La spinta verso la moderazione nel

comportamento bellico derivava, quindi, dalla concezione di ciò che era ritenuto onorevole e, in particolare nel XIX secolo, da ciò che era ritenuto “civilizzato”. Di conseguenza, il corpus normativo si fondava in larga misura sul rispetto dovuto a un altro esercito professionale.⁷

Inoltre, già gli antichi codici di guerra, i codici cavallereschi medievali e gli scritti dei primi giuristi moderni riflettono la comune preoccupazione di regolamentare la violenza. Tuttavia, le “vecchie” leggi di guerra erano dominate dal principio di necessità militare, secondo cui era considerato lecito ogni mezzo e metodo di guerra utile a sconfiggere il nemico; ad esso, si affiancava, solo in subordine, il principio di umanità, che proibiva la violenza superflua o non necessaria. Spesso, però, la necessità militare prevaleva, relegando le considerazioni umanitarie a un ruolo secondario.⁸

La storia moderna del DIU inizia a metà del XIX secolo, segnata da uno sforzo consapevole volto a codificare le leggi di guerra e a stabilire un quadro giuridico completo. Una svolta decisiva si ebbe con la battaglia di Solferino nel 1859, quando Henry Dunant, cittadino svizzero, assistette all'immensa sofferenza dei soldati feriti. Profondamente colpito dall'esperienza vissuta, Dunant propose la creazione di un'organizzazione neutrale per la cura dei feriti e dei malati nei conflitti armati, nonché l'adozione di accordi internazionali che ne garantissero la protezione. Da qui nacquero il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) e la Convenzione di Ginevra per il miglioramento della sorte dei feriti e dei malati negli eserciti in campagna del 1864. Tale Convenzione stabilì i principi di neutralità e di assistenza medica senza discriminazioni, costituendo il fondamento del moderno DIU.

⁷ Doswald-Beck L. Vité S. *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, cit.

⁸ Alexander Amanda. *A Short History of International Humanitarian Law*, cit.

Negli stessi anni,⁹ e precisamente nel 1863, fu redatto il Codice Lieber, primo tentativo sistematico di codificare le leggi di guerra. Elaborato durante la Guerra Civile Americana da Francis Lieber, allora professore al Columbia College di New York, il testo fu successivamente rivisto da una commissione militare e promulgato dal presidente Abraham Lincoln. Sebbene vincolante solo per le forze armate degli Stati Uniti, esso rifletteva in larga misura le leggi e le consuetudini di guerra allora riconosciute a livello internazionale. Il Codice, pur fondato sulla necessità militare di sconfiggere il nemico, proibiva la “crudeltà non necessaria” (Art. 14, 16) e introduceva principi innovativi: la protezione dei civili (“il cittadino disarmato deve essere risparmiato”), il trattamento dignitoso dei prigionieri di guerra (che non devono subire punizioni o vendette) e la protezione di luoghi come gli ospedali e i territori occupati.

Il diritto di guerra moderno conserva ancora oggi l’equilibrio tra necessità militare e umanità. Tale bilanciamento si traduce in quattro modalità: la proibizione di atti privi di valore militare, come crudeltà e saccheggi; la prevalenza delle considerazioni umanitarie, come accade con la proibizione di veleni e gas; l’applicazione della regola di proporzionalità, che ammette danni collaterali ai civili ma solo entro limiti rapportati al valore dell’obiettivo militare; infine, la prevalenza della necessità militare in situazioni specifiche, come, ad esempio, nella distruzione di beni culturali o nella limitazione di alcune azioni protettive in situazioni di “inevitabile necessità militare”.

Il Codice Lieber costituì pertanto il punto di partenza per la proposta di una convenzione internazionale sulle leggi di guerra, presentata alla Conferenza di Bruxelles del 1874, e contribuì in modo decisivo alla formulazione delle Convenzioni dell’Aia sulla guerra terrestre del 1899 e 1907.

⁹ICRC.Lieber Code of 1863.

Disponibile su:<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863>

Tuttavia, la prima guerra mondiale mostrò i limiti del quadro giuridico allora vigente: le nuove tecnologie e le tattiche militari provocarono livelli di distruzione e sofferenza umana senza precedenti. In particolare, l'uso di armi chimiche, i bombardamenti aerei e la guerra sottomarina illimitata generarono richieste di restrizioni legali più forti e di una maggiore protezione per i civili e i prigionieri di guerra. In risposta, furono adottati il Protocollo di Ginevra del 1925, che vieta l'uso di armi chimiche e biologiche, e le Convenzioni di Ginevra del 1929 relative al trattamento dei prigionieri di guerra e al miglioramento della sorte dei feriti e dei malati.

La seconda guerra mondiale, con la sua immensa portata di violenza e atrocità, evidenziò ulteriormente le inadeguatezze del quadro normativo esistente. Gli attacchi sistematici contro i civili, l'Olocausto e il diffuso disprezzo per le leggi di guerra dimostrarono l'urgente necessità di un sistema di protezione più completo e solido. Ne derivò l'adozione delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, considerate oggi una pietra miliare nello sviluppo del DIU. Esse offrivano - e offrono tuttora - una protezione complessiva per diverse categorie di vittime di guerra: la prima Convenzione si occupa della protezione dei feriti e dei malati dei conflitti terrestri, mentre la seconda si applica ai conflitti in mare; la terza Convenzione si applica ai prigionieri di guerra, mentre la quarta tutela i civili in tempo di guerra. Le Convenzioni hanno riaffermato e ampliato i principi di neutralità, trattamento umano e non discriminazione, fissando regole dettagliate per il trattamento delle vittime di guerra e obblighi vincolanti per tutte le parti in conflitto. Oggi, le disposizioni delle quattro Convenzioni sono considerate diritto internazionale consuetudinario. Il loro successo universale, però, non garantisce il loro rispetto: la frequenza delle violazioni mostra i limiti del diritto senza un enforcement efficace.

Un ulteriore limite deriva dal fatto che le quattro Convenzioni di Ginevra sono state concepite principalmente per essere applicate nel contesto dei tradizionali conflitti armati interstatali. Il secondo dopoguerra, invece, è stato segnato da due fenomeni: la decolonizzazione e l'emergere dei conflitti interni, nei quali lo Stato non è più l'unico soggetto attivo. Guerre come quella di Spagna (1936–1939) o d'Algeria (1954–1962) misero in crisi l'applicabilità del DIU, centrato per l'appunto sui conflitti internazionali. Per colmare tale lacuna, nel 1977 sono stati adottati due Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra: il Protocollo aggiuntivo I (PA I), relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, che ha ampliato l'ambito delle Convenzioni di Ginevra per includere le guerre di liberazione nazionale, equiparandole ai conflitti internazionali; il Protocollo aggiuntivo II (PA II), relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali di elevata intensità, che ha fornito protezioni specifiche per le persone colpite da conflitti armati interni, colmando una lacuna significativa nel quadro giuridico esistente.

In verità già l'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra nel Secondo Dopoguerra aveva rappresentato un passo rivoluzionario, estendendo per la prima volta norme fondamentali ai conflitti armati non internazionali. Ma le nuove tipologie di conflitto presentarono sfide inedite, imponendo un adattamento e un ampliamento del quadro normativo. L'adozione dei Protocolli Aggiuntivi segnò dunque un avanzamento significativo, pur incontrando diverse resistenze: diversi Stati sollevarono dubbi sul loro impatto operativo e sulla sovranità statale, e ciò ne ostacolò la ratifica universale.¹⁰

Solo verso la fine del XX secolo, anche grazie all'azione delle ONG per i diritti umani, il Protocollo I iniziò ad essere considerato autorevole anche da pratici

¹⁰ Reydam L. *A la guerre comme à la guerre: patterns of armed conflict, humanitarian law responses and new challenges*. International Review of the Red Cross. 2006;88(864):837–858.

del diritto e commentatori. Come anticipato, il linguaggio di “international humanitarian law” si consolidò per indicare *tutte* le regole dello *ius in bello*, e – soprattutto – cambiò l’interpretazione del principio di proporzionalità, ormai sempre più orientata a rafforzare la protezione dei civili. Il DIU si affermò così come un regime rispettato e prestigioso, mentre le violazioni rappresentarono un problema di applicazione delle norme, e non (più) di loro inadeguatezza.

Già dallo studio della storia dell’evoluzione del DIU è possibile osservare come attori non statali abbiano contribuito in maniera significativa, non tanto alla nascita del diritto internazionale umanitario in senso stretto, quanto piuttosto alla sua affermazione e al suo sviluppo progressivo. Oltre agli Stati, infatti, diversi soggetti della società civile hanno svolto un ruolo rilevante nell’elaborazione e nella diffusione di norme e pratiche che, pur collocandosi inizialmente ai margini dell’ordinamento giuridico internazionale e statale, hanno finito per influenzarne l’evoluzione e, soprattutto, la codificazione.

2.2 Il contesto contemporaneo

Il panorama contemporaneo è caratterizzato dalla crisi del monopolio statale; in questo senso, le “nuove” guerre – spesso combattute da attori armati non statali e imprese militari private – costituiscono l’esempio paradigmatico sul terreno del diritto umanitario della crisi in corso.

In particolare, nel contesto attuale delle relazioni internazionali, il DIU si trova ad affrontare sfide sempre più complesse, legate alla trasformazione del panorama dei conflitti armati. Le nuove tecnologie hanno già avuto e continueranno ad avere un impatto crescente sul diritto. Tuttavia, mentre lo

jus ad bellum ne risulterà probabilmente poco influenzato, il diritto dei conflitti armati, lo *jus in bello*, sarà maggiormente messo alla prova.¹¹

La sfida principale riguarderà il processo di selezione dei target. Il dibattito si concentra sul concetto di “meaningful human control”, ovvero l'equilibrio tra la capacità di un'arma autonoma di funzionare in ambienti dinamici e l'obbligo di aderire agli standard legali ed etici di distinzione, proporzionalità e umanità. Anche se le decisioni strategiche sull'uso della forza rimarranno umane, l'uso di sistemi tattici automatizzati (come i sistemi d'arma a corto raggio su una nave da guerra) potrebbe diventare più comune.

In secondo luogo, preoccupa l'uso crescente delle armi supersoniche, la cui velocità estrema (Mach 5 o superiore) rende inutili gli attuali sistemi di allarme e difesa. Ciò potrebbe spingere gli Stati a considerare la possibilità di attacchi preventivi non sulla base di minacce imminenti (come richiesto dal diritto attuale) ma semplicemente sulla capacità di un avversario di sferrare un attacco devastante. Pertanto, le armi ipersoniche non cambieranno la legge in sé, ma potrebbero avere un impatto profondo sul fattore temporale e sulla valutazione della necessità e giustificazione della legittima difesa, rendendo potenzialmente obsoleto il criterio di “imminenza” stabilito dal caso Caroline.

Inoltre la diffusione del terrorismo e l'emergere della guerra cibernetica mettono alla prova i limiti del quadro giuridico esistente e richiedono approcci innovativi per garantire l'efficace protezione delle vittime di guerra e la regolamentazione dei conflitti armati.

Infatti, le operazioni cibernetiche possono interrompere i servizi essenziali, prendere di mira le infrastrutture critiche e causare danni diffusi ai civili,

¹¹ Gill TD. The Jus Ad Bellum Anno 2040: An Essay on Possible Trends and Challenges. In: Waxman MC, Oakley TW, eds. The Future Law of Armed Conflict. Cambridge University Press; 2020:31-40.

sollevando però complesse questioni sull'applicabilità delle regole del DIU nel regno digitale.

Queste trasformazioni spostano il centro di gravità dal controllo esclusivo dello Stato sull'uso della forza a una molteplicità di attori, pubblici e privati che operano spesso anche in uno spazio digitale senza confini territoriali. Si tratta, pertanto, di un chiaro esempio di erosione del monopolio statale, tipica del diritto transnazionale.

L'insieme di questi fattori mostra che il DIU è messo alla prova non tanto dalla mancanza di regole, quanto dalla difficoltà della loro applicazione in contesti frammentati e tecnologicamente avanzati. L'ascesa di reti terroristiche transnazionali e il crescente coinvolgimento di attori non statali nei conflitti armati, d'altro canto, hanno confuso i confini della guerra tradizionale, ponendo sfide all'applicazione dei principi del DIU come il principio di distinzione e proporzionalità.

Altresì, è necessario sottolineare che i conflitti armati contemporanei hanno assunto caratteristiche profondamente diverse rispetto al passato. Tra le nuove forme di conflitto si annoverano le cosiddette “*guerres senza fine*” (*neverending wars*), condotte da milizie, gruppi armati e altri attori non statali, il cui evolversi è determinato da molteplici fattori. In primo luogo la decolonizzazione, che ha lasciato in eredità Stati deboli, in particolare nel continente africano (una fragilità ulteriormente aggravata dalla massiccia proliferazione delle armi leggere sul mercato globale). Ne è derivata una condizione di “*né pace né guerra*”, caratterizzata dal diffondersi dei conflitti in maniera imprevedibile e difficilmente contenibile. Le “*guerres postmoderne*”, come definite da Ignatieff, hanno effetti umanitari devastanti: la perdita del monopolio statale sull'uso della forza dissolve la distinzione tra battaglia e barbarie. A ciò si aggiunge il crescente ricorso a *contractors* e compagnie militari private, spesso sottratti all'applicazione effettiva del diritto

internazionale umanitario. Parallelamente, nei conflitti dimenticati del Sud globale, la presenza di bambini soldato, la diffusione di armi leggere e il collasso delle strutture statali rendono quasi impraticabile l'attuazione delle norme umanitarie. Le risposte giuridiche – dalla Convenzione di Ottawa ai Protocolli ONU sui bambini soldato, fino alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia – mettono in luce i limiti strutturali di un approccio meramente normativo in assenza di Stati funzionanti.

Le cosiddette “guerre virtuali” (virtual wars) rappresentano conflitti nei quali l'impatto e i rischi risultano asimmetrici: da un lato, per le popolazioni degli Stati tecnologicamente avanzati il costo umano diretto è minimo o inesistente; dall'altro, per i civili e i combattenti che subiscono gli attacchi, la guerra resta una realtà concreta e devastante. Questa dinamica modifica le aspettative tradizionali sulla moralità della guerra, poiché viene meno il tacito presupposto di una simmetria di rischi tra le parti in conflitto. A ciò si aggiunge il crescente ricorso all'outsourcing di funzioni militari verso attori privati con conseguenti interrogativi sulla loro responsabilità giuridica ed etica. Parallelamente, si assiste, nei contesti caratterizzati da fragilità statale, alla riemersione di attori armati non statali.

Un ulteriore sviluppo è rappresentato dal fenomeno della cosiddetta “*guerra senza confini*”, spesso associato alla lotta al terrorismo, che segna il passaggio da un approccio tradizionalmente improntato alla giustizia penale a uno di natura prevalentemente militare. Tale tipologia di conflitto mette in discussione alcune assunzioni di fondo del diritto internazionale umanitario, quali la delimitazione temporale tra l'inizio e la fine delle ostilità e la netta distinzione tra Stati nemici, alleati e neutrali. Si tratta di un conflitto

potenzialmente privo di confini geografici definiti, che può assumere forme molteplici e coinvolgere l'intero apparato di sicurezza statale.¹²

Queste dinamiche delineano un quadro post-vestfaliano, nel quale l'autorità statale perde la sua centralità come referente giuridico e operativo, cedendo spazio a una costellazione di attori transnazionali che contribuiscono però, seppure in maniera asimmetrica e frammentata, alla regolamentazione e alla conduzione dei conflitti armati.

L'entrata in scena di gruppi armati, compagnie private e reti transnazionali rende evidente la crisi del modello stato-centrico e rafforza la tesi che il diritto umanitario si stia configurando come regime ibrido e multilivello.

Per affrontare queste sfide, il DIU si sta evolvendo attraverso vari meccanismi, tra cui il diritto convenzionale, il diritto consuetudinario e le interpretazioni. Tuttavia, il numero limitato di recenti trattati dimostra la crescente importanza attribuita agli strumenti di "soft law". La Guida interpretativa del CICR sulla nozione di partecipazione diretta alle ostilità e il Documento di Montreux sulle società militari e di sicurezza private sono esempi di come il DIU viene adattato attraverso strumenti di diritto non vincolanti.

Infine, bisogna considerare anche il cambiamento significativo nell'equilibrio di potere internazionale e l'emergere di un mondo sempre più multipolare. Stiamo assistendo, infatti, al declino del vecchio paradigma e alla transizione dall'unipolarismo, caratterizzato dal dominio statunitense (avutosi in particolare nel trentennio che va dal 1990 al 2010) a una fase in cui il potere è distribuito tra diverse potenze (Stati Uniti e Cina, in particolare) e un numero di attori medio-importanti (India, Indonesia, Brasile, Russia).

¹² Reydam L, *A la guerre comme à la guerre*, cit.

3. Pluralità di attori e sviluppo del Diritto Umanitario. La fine della monopolizzazione statale.

Nel contesto contemporaneo pertanto -sebbene gli Stati rimangano certamente centrali nella creazione del diritto internazionale, in particolare attraverso la formulazione di trattati e consuetudini- il DIU è innegabilmente influenzato anche da una molteplicità di altri e diversi attori. Gli Stati, infatti, non possono più monopolizzare ogni aspetto né rivendicare un *domaine réservé* su tutte le funzioni normative.

Gli attori non statali rivestono un ruolo crescente su due fronti distinti ma interconnessi: da un lato, i gruppi armati organizzati, spesso etichettati come “terroristici” nel contesto della guerra globale al terrorismo; dall'altro, le organizzazioni non governative (ONG), la società civile internazionale e altri attori come il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), le organizzazioni internazionali e regionali, i giudici e gli accademici.¹³

Per quanto riguarda i gruppi armati organizzati, pur essendo destinatari di alcuni obblighi inderogabili – come quelli previsti dall’art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e dal Protocollo II - non partecipano formalmente ai processi di elaborazione normativa, riducendo così la legittimità percepita delle norme e la propensione alla conformità spontanea alle stesse.

Il contributo delle ONG e il CICR, invece, trascende la mera assistenza umanitaria e svolge una funzione sempre più crescente, non solo di denuncia e monitoraggio delle violazioni, ma anche e soprattutto di pressione politica e di interpretazione sostanziale delle norme, contribuendo così all’evoluzione del DIU ben oltre la sfera statale.

¹³ PoKempner D. The New Non-State Actors in International Humanitarian Law. *George Washington International Law Review*. 2006;38(3):551-570.

Quanto sopra è sottolineato da PoKempner¹⁴, secondo cui gli attori non statali svolgono un ruolo cruciale: da un lato, i gruppi armati rappresentano la principale sfida per l'effettività del DIU, dall'altro, le ONG, attraverso il loro monitoraggio indipendente e la mobilitazione dell'opinione pubblica, rafforzano la capacità del diritto di non cedere a interpretazioni che invocano eccezioni. Questa funzione di “guardiani” diventa essenziale quando gli Stati stessi tendono a erodere gli standard umanitari.

Il coinvolgimento di tali attori impone un'analisi approfondita delle implicazioni giuridiche e operative per l'applicazione e lo sviluppo futuro delle norme umanitarie, in particolare, si rende necessario esaminare come il loro coinvolgimento influenzi la portata e l'efficacia delle Convenzioni già esistenti. Inoltre, mentre le prospettive tradizionali sul DIU si concentravano principalmente sulla regolamentazione della guerra interstatale, sottolineando la centralità della sovranità statale e la necessità militare, gli approcci contemporanei pongono, invece, maggiore enfasi sui diritti umani, sulla responsabilità individuale e sulla protezione delle popolazioni vulnerabili.

Questo fenomeno ha notevolmente complicato il quadro giuridico e pratico del DIU. A tal fine è necessario analizzare il coinvolgimento diretto e la prassi degli attori non statali anche e soprattutto nelle dinamiche globali. Difatti, essi utilizzano oramai anche strumenti diplomatici, tradizionalmente di prerogativa statale¹⁵, stabilendo contatti esteri per mezzo degli stessi strumenti governativi di un'attività di politica estera vera e propria, al fine di rafforzare le loro posizioni politiche, militari, economiche e ideologiche, utilizzando sia strumenti di hard power che di soft power.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Plundrich M. Diplomacy of Non-State Armed Actors: A New Reality in International Relations? *Diplomacy & Statecraft*. 2024;35(1):206–223.
doi:10.1080/09592296.2024.2303861

Eppure, nonostante la moltitudine di attori sia una caratteristica distintiva della produzione legislativa contemporanea, ciò non significa che sia un fenomeno del tutto moderno. Come già sottolineato, nel XIX secolo, gli Stati cercarono di ristabilire il “monopolio” sulla codificazione delle leggi di guerra, escludendo la società civile sia dalla creazione del diritto che dalla condotta dei conflitti. Questo monopolio fu però sfidato dalla crescente consapevolezza e pressione della società civile, come dimostra l'influenza del libro di Henry Dunant “Un ricordo di Solferino”. La firma della Convenzione di Ginevra del 1864 ha però costituito l'ultima occasione formale, durante il XIX secolo, in cui agli attivisti della società civile è stato permesso di stabilire l'agenda e avviare la codificazione. Dalla Dichiarazione di San Pietroburgo in poi, infatti, i governi hanno prevenuto le iniziative della società civile ed escluso i loro membri dalla partecipazione ai processi di stesura.

Negli anni successivi, in cooperazione con gli Stati o in opposizione ad essi, gli attori privati - avvocati, accademici e professionisti - hanno continuato a sfidare i tentativi degli Stati di monopolizzare lo sviluppo del DIU, sia in termini di processo che di risultato attraverso un'interpretazione e un'applicazione del DIU compatibile con i valori umanitari.

Ancora oggi, nonostante i tentativi di alcuni Stati e militari di mettere in discussione la legittimità degli esperti non militari di esprimersi sul DIU, è ormai chiaro che, per affrontare realisticamente le sofferenze dei conflitti armati, un'ampia gamma di competenze e di esperienze deve contribuire alla sua interpretazione e al suo sviluppo. Ad esempio, le prove raccolte da studiosi, organizzazioni della società civile e altri sul costo umano dei conflitti armati svolgono un ruolo cruciale per lo studio degli stessi.

Come visto, la società civile ha una storia più o meno lunga di contributo, e a volte persino di innesco o di guida, allo sviluppo del DIU attraverso la

negoziiazione di trattati e altri strumenti giuridicamente vincolanti. Infatti, *“international humanitarian law is not a code managed and shaped by states alone. It [...] is a broader practice, which can comprehend contributions by conventional and unconventional participants”*. In quest'ottica, il divario tra i trattati, come dominio degli Stati, e il soft law, la cui evoluzione è per lo più guidata da attori diversi dagli Stati, sembra si stia colmando.¹⁶

In effetti, seppure gli strumenti di soft law non siano menzionati tra le fonti citate nell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia e non vengano considerati vincolanti, essi ricoprono oggi un certo ruolo normativo anche in campo umanitario. Tali strumenti giuridici aiutano a colmare le lacune normative, a chiarire e interpretare le norme esistenti, a rafforzare la loro applicazione e a definire misure pratiche per rispettare gli obblighi giuridici. In particolare, gli ultimi decenni hanno visto una proliferazione di strumenti di soft law, sia nel DIU che nel diritto internazionale in generale, con varie forme e obiettivi, influenzando gli sviluppi successivi di trattati o consuetudini. Strumenti di soft law possono essere considerati sia gli impegni contenuti in strumenti come le dichiarazioni politiche, sia i principi, i codici di condotta o i manuali. Mentre le norme contenute negli strumenti di soft law possono essere adottati successivamente dagli Stati in varie forme, altri sono impegni o principi a sé stanti che non richiedono agli Stati di aderire o di adottare norme interne.

Anche su questo tema la storia ci insegna che, fin dal XIX secolo, gli strumenti di soft law hanno giocato un ruolo cruciale nello sviluppo del DIU. Un esempio notevole è il Manuale di Oxford del 1880 sulle Leggi della Guerra Terrestre, redatto da Gustave Moynier. Anche se non classificato come trattato

¹⁶ Droege C, Giorgou E. How International Humanitarian Law Develops. *International Review of the Red Cross*. 2022;104(920–921):1798–1839.
doi:10.1017/S1816383122000893

vincolante, esso ha fornito una base fondamentale per successive convenzioni, come quelle dell'Aia del 1899 e del 1907 e di Ginevra del 1949. Allo stesso modo, le Regole dell'Aia del 1923 sulla Guerra Aerea, pur non essendo mai diventate un trattato ufficiale, hanno influenzato la prassi militare e il pensiero giuridico, contribuendo alla formazione del diritto internazionale consuetudinario.

In tempi più recenti, il Manuale di San Remo sulla guerra navale è un esempio di strumento redatto da esperti che ha trovato ampia applicazione nei manuali militari e nella legislazione nazionale, diventando un punto di riferimento per il diritto della guerra navale.

Infine, le Nazioni Unite hanno adottato strumenti di soft law, come i Principi sui Diritti a un Ricorso e Riparazione per le vittime dei conflitti¹⁷. Inoltre, come già evidenziato, l'adozione ufficiale da parte degli Stati non è sempre necessaria per la rilevanza di questo tipo di documenti. I Principi Guida sugli Sfollati Interni, pur non essendo stati adottati dall'Assemblea Generale dell'ONU, sono diventati progressivamente il quadro di riferimento universale in materia e hanno ispirato la legislazione in diverse regioni, come accaduto in Africa con la Convenzione dell'Unione Africana del 2009.¹⁸

Oggi, il soft law si manifesta anche attraverso dichiarazioni politiche e documenti elaborati da gruppi di Stati, esperti o società civile. Tali strumenti, come il Documento di Montreux sulle società militari e di sicurezza private o la Dichiarazione sulle Scuole Sicure, rappresentano una risposta pragmatica alle sfide umanitarie quando la negoziazione di nuovi trattati risulta difficile,

¹⁷ UN General Assembly. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.

A/RES/60/147. 21 March 2006. Disponibile su: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>

¹⁸ UN Commission on Human Rights. Resolution 2004/55. E/CN.4/RES/2004/55. 2004. Per il quadro regionale africano, cfr. African Union. Kampala Convention. 23 October 2009.

ispirando le politiche e le dottrine militari, influenzando la legislazione nazionale e fornendo una guida per tribunali e organizzazioni internazionali.¹⁹

In ultima analisi, la complessità del panorama internazionale contemporaneo ha spinto gli attori non statali ad essere non più soltanto destinatari delle norme (law-takers), ma anche creatori, interpreti, produttori ed esecutori del diritto (law-shapers, law-influencers, law-interpreters, law-makers, law-enforcers), o una combinazione di queste funzioni. Le organizzazioni internazionali sviluppano strumenti giuridici innovativi per rispondere ai nuovi compiti loro affidati, assumendo funzioni un tempo riservate agli Stati. Gli accademici e altre autorità private contribuiscono direttamente alla formazione del DIU e influenzano le posizioni degli Stati, con un impatto significativo e duraturo.

Bisogna aggiungere, infine, che gli attori non statali non solo interagiscono con gli Stati, ma anche e soprattutto tra di loro, in contesti diversi e con differenti gradi di (in)formalità.²⁰ Le interazioni orizzontali tra attori non statali avvengono in sedi deliberative, giudiziarie ed esecutive, spesso con l'obiettivo di migliorare il rispetto del DIU.

Gli accordi speciali, ad esempio, rappresentano uno strumento particolarmente significativo. Tali accordi tra le parti in conflitto sull'applicazione del DIU permettono ai gruppi armati di assumere impegni che vanno oltre le regole minime applicabili ai conflitti non internazionali (NIAC) -come i piani d'azione con l'ONU (ad esempio quelli siglati da gruppi nella Repubblica Centrafricana o in Siria per liberare minori e prevenire

¹⁹ Droege C, Giorgou E, How International Humanitarian Law Develops. *International Review of the Red Cross*, cit.

²⁰ Heffes E, Kotlik MD. How Focusing on Non-State Actors Can Change the IHL Narrative. *Opinio Juris*. 3 Novembre 2020.

reclutamenti)- includendo obblighi propri dei conflitti internazionali e norme sui diritti umani.

Un altro esempio particolarmente significativo è costituito dall'evento organizzato da Geneva Call nel 2019, in cui studiosi religiosi di Libano, Siria, Bahrein, Iraq e Iran hanno adottato una dichiarazione congiunta sulla protezione dei civili. Questo tipo di iniziative rappresenta una forma innovativa di sviluppo normativo che bypassa i canali statali tradizionali, creando consenso e standard comuni tra attori non statali.

Anche le organizzazioni internazionali contribuiscono significativamente a questa dinamica creando reti complesse tra attori non statali, come il quadro ONU per i bambini nei conflitti armati.²¹

Questi framework multilaterali offrono, dunque, spazi istituzionali dove attori non statali possono interagire, scambiare pratiche e sviluppare standard comuni.

Per concludere, la proliferazione degli attori non statali nei conflitti contemporanei non rappresenta solo un fenomeno quantitativo -un aumento meramente numerico dei gruppi armati-, ma, come spiegano Heffes e Kotlik, anche un fenomeno qualitativo, che vede la partecipazione di una varietà di soggetti diversi che interagiscono con e nel DIU.

3.1. Le Organizzazioni Internazionali

²¹ UN Security Council. Resolution 1261 (1999) on children and armed conflict. S/RES/1261. 25 August 1999. L'ONU ha creato anche un meccanismo di monitoraggio e reporting, cfr. UN Security Council. Resolution 1612 (2005) on children and armed conflict. S/RES/1612. 26 July 2005.

Le organizzazioni internazionali, istituite mediante trattati multilaterali, dispongono di una volontà autonoma rispetto a quella dei membri e traggono le proprie competenze dai trattati costitutivi. Pur essendo talvolta soggette al diritto nazionale, esse godono frequentemente di personalità giuridica internazionale nelle giurisdizioni in cui operano. La loro proliferazione — stimata tra le 250 e le 350 entità con capacità normativa e regolatoria — riflette la crescente consapevolezza degli Stati circa l'interdipendenza e la conseguente necessità di cooperazione per affrontare le sfide globali. Tali organizzazioni possono avere ambito universale o regionale, rappresentare comunità di Stati con interessi e valori comuni, ed essere, a loro volta, membri di altre organizzazioni.

Il loro ruolo è duplice: da un lato partecipano come attori diretti ai processi decisionali internazionali, dall'altro forniscono le strutture istituzionali che consentono agli Stati e agli altri soggetti di esercitare la propria autorità. In quanto soggetti di diritto internazionale, esse restano vincolate allo *jus cogens*, al diritto consuetudinario e ai principi generali del diritto.

Organizzazioni come le Nazioni Unite e le loro agenzie specializzate hanno avuto un impatto decisivo sulla trasformazione delle fonti, degli attori e dei processi del diritto internazionale, anche umanitario, contribuendo alla progressiva costruzione di un ordine giuridico di natura quasi costituzionale.²²

Tuttavia, il loro coinvolgimento nel DIU solleva questioni complesse riguardo alla loro responsabilità e alla capacità di garantire il rispetto dello stesso, specialmente in contesti dove la distinzione tra attori statali e non statali si fa labile. Ad esempio, nel quadro dell'implementazione del DIU, la responsabilità primaria rimane infatti in capo ai governi e, nei conflitti non internazionali, anche ai gruppi armati di opposizione.

²² AA.VV. The role of international organisations in the development of international law: an analytical assessment of the united nations. Law and World. 2023;9(28):40-66.

Ciononostante, le organizzazioni internazionali possono promuovere il rispetto del DIU attraverso l'adozione di risoluzioni, missioni di monitoraggio e meccanismi di assistenza tecnica, incoraggiando le parti in conflitto al rispetto del diritto.

All'interno delle Nazioni Unite, mentre il Consiglio di Sicurezza utilizza quasi esclusivamente il DIU nelle sue decisioni, altri organi come l'Assemblea Generale, la Commissione per i Diritti Umani e la Corte Internazionale di Giustizia tendono a privilegiare il diritto dei diritti umani, pur facendo occasionalmente riferimento al DIU in modo irregolare.

Questi elementi suggeriscono che il ruolo delle organizzazioni internazionali non è solo operativo ma anche costituente, ponendo le basi per una ridefinizione post-Stato-centrica del diritto umanitario.

3.1.1. Le ONG e le sfide dell'applicazione del DIU

Le organizzazioni non governative (ONG), d'altro canto, consapevoli che le violazioni dei diritti umani si verificano anche nei conflitti armati, hanno integrato il diritto internazionale umanitario tra i propri riferimenti normativi. Tale scelta è giustificata da diversi fattori: l'universalità quasi completa delle Convenzioni di Ginevra rispetto ad altre Convenzioni, la specificità delle norme del DIU, la loro applicabilità in situazioni di emergenza, e, infine, la capacità del DIU di vincolare anche attori non statali.²³ Le ONG umanitarie non si limitano a fornire assistenza pratica: negoziano corridoi umanitari e talvolta facilitano i negoziati tra le parti. Il loro ruolo, pertanto, si estende ben oltre la mera assistenza umanitaria in senso stretto, assumendo, anche loro, una

²³ Weissbrodt D, Hicks PL. Implementation of human rights and humanitarian law in situations of armed conflict. *International Review of the Red Cross*. 1993;33(293):120-138. doi:10.1017/S0020860400071540

funzione para-normativa delle norme del DIU e di mediazione operativa tra le parti in conflitto.²⁴

Inoltre, le organizzazioni per i diritti umani, oltre a monitorare gli Stati, denunciano gli abusi commessi dai gruppi armati non statali e sollecitano il rispetto degli standard internazionali. Questa funzione di monitoraggio e denuncia contribuisce a creare una forma di *accountability* anche per attori che formalmente non partecipano al sistema giuridico internazionale, come quei gruppi armati a cui non è riconosciuta personalità giuridica.²⁵

Infine, si sottolinea che anche gli attori religiosi rappresentano, in questo quadro, una categoria significativa. Mentre alcuni sostengono l'applicazione del DIU, altri diffondono messaggi contrari ai suoi valori. Tale ambivalenza riflette la complessità del panorama contemporaneo, dove le motivazioni religiose possono sia rafforzare che minare il rispetto del diritto umanitario.²⁶

Tuttavia, le ONG affrontano diverse sfide pratiche nell'applicazione del DIU. Infatti, le principali organizzazioni per i diritti umani (Americas Watch, Amnesty International, International Commission of Jurists) hanno una tendenza storica a fare affidamento su strumenti di diritto sui diritti umani (come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e i patti internazionali) piuttosto che sui trattati specifici del DIU.²⁷ Questa preferenza non è casuale ma riflette difficoltà strutturali nell'applicazione del diritto dei conflitti armati. Weissbrodt ipotizza che questa incoerenza possa dipendere da un problema di *expertise* e formazione all'interno delle organizzazioni.

²⁴ Heffes E, Kotlik MD, How Focusing on Non-State Actors Can Change the IHL Narrative, cit.

²⁵ Weissbrodt D. The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict. *Vanderbilt Law Review*. 2021;21(2):313.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid

Una delle sfide principali in questo senso, identificate da Weissbrodt, riguarda la classificazione dei conflitti armati (se internazionali o non internazionali) finalizzata a determinare quali norme devono essere applicate. Questa classificazione è spesso difficile e politicamente delicata, rendendo l'uso del DIU meno immediato rispetto a quello dei diritti umani. La complessità tecnica di questa branca del diritto, con le sue disposizioni molto dettagliate -che non sempre si allineano perfettamente con le preoccupazioni delle organizzazioni per i diritti umani- rappresenta un ulteriore ostacolo.

In questo contesto, Weissbrodt individua un'importante eccezione: il comune articolo 3 delle Convenzioni di Ginevra. Esso viene considerato chiaro, semplice, facile da spiegare e direttamente applicabile a molti scenari di conflitto, rappresentando un punto di convergenza tra l'approccio dei diritti umani e quello del DIU, permettendo così di offrire standard minimi applicabili senza necessità di complesse classificazioni giuridiche.

3.1.2. Il CICR e la disputa sulla legittimazione normativa

Tra gli attori non statali, il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) occupa una posizione del tutto peculiare.²⁸ Storicamente impegnato nella tutela dei combattenti *hors de combat*, il CICR ha progressivamente esteso la propria azione al diritto dei mezzi e metodi di guerra – in particolare a partire dagli anni Sessanta e Settanta il CICR ha esteso il proprio raggio d'azione,

²⁸ La Commissione di Diritto Internazionale (International Law Commission), il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, la Croce Rossa e anche la Corte Internazionale di Giustizia vengono classificati anche in una terza categoria di attori nel sistema legale internazionale, oltre agli Stati e agli attori non statali. A causa del potere loro conferito dagli Stati, non sono classificabili come semplici attori non statali, ma costituiscono una categoria a sé stante. Vengono definite “entità abilitate dagli Stati,” occupando una posizione intermedia e il loro potere deriva direttamente dal loro “empowerment” (abilitazione) da parte degli Stati.

Queste entità non si limitano ad applicare il diritto esistente, ma partecipano attivamente al processo dinamico della sua creazione e formazione, un compito tradizionalmente attribuito solo agli Stati. La formazione del diritto avviene, infatti, in diverse forme, non solo attraverso trattati formali, ma anche attraverso la pratica consuetudinaria e il “soft law”. Sivakumaran S. Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law. In: Roberts A, Sivakumaran S. Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law. Yale Journal of International Law. 2012;37:107-115.

partecipando attivamente ai dibattiti dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite- e al diritto dei diritti umani, assumendo un ruolo di leadership nell'applicazione, nell'interpretazione e nello sviluppo del DIU. Il CICR ha svolto, pertanto, un ruolo cruciale nella fase di transizione caratterizzata dal progressivo indebolimento del monopolio statale.

Il contributo del CICR merita un'analisi approfondita per la sua unicità nel panorama degli attori non statali e per la lunga storia di attività nello sviluppo del DIU. In primo luogo, il CICR è riconosciuto come l'attore di primo piano nell'incoraggiare il rispetto del DIU nei conflitti armati.²⁹ In particolare, nel contesto attuale, caratterizzato dalla “reticenza degli Stati” a sviluppare nuove norme vincolanti, il CICR si concentra su iniziative per chiarire, interpretare e promuovere il DIU, come ad esempio i processi multilaterali con gli Stati, gli incontri con gli esperti, i commentari aggiornati alle Convenzioni di Ginevra e gli studi sul DIU consuetudinario.³⁰

Le funzioni del CICR durante i conflitti sono molteplici e articolate. Tra queste rientrano le visite ai luoghi di detenzione, dove l'organizzazione ispeziona le condizioni di vita dei prigionieri di guerra e dei civili detenuti per assicurarsi che vengano trattati in modo umano, in linea con le Convenzioni di Ginevra. Il CICR, inoltre, ha il diritto di offrire i suoi servizi per assistere le vittime di conflitti, includendo l'organizzazione di scambi di prigionieri, la riunificazione delle famiglie, la fornitura di soccorsi e l'assistenza ai rifugiati. A ciò si aggiunga che l'Organizzazione svolge un ruolo chiave nella stesura dei trattati, nella convocazione di Stati ed esperti e nell'identificazione e interpretazione del

²⁹ Weissbrodt D., *The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict*, cit.

³⁰ Dormann K. *The Role of Nonstate Entities in Developing and Promoting International Humanitarian Law*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2018;51(3):713-725.

diritto consuetudinario.³¹ In sintesi, si può ritenere che il CICR assume un ruolo *sui generis* nel diritto internazionale.

La sua indipendenza dagli Stati, riconosciuta anche da organizzazioni come Amnesty International, rappresenta un elemento chiave di legittimazione e di efficacia operativa. Weissbrodt descrive la sua strategia come “discreta”: invece di denunciare pubblicamente le violazioni, il CICR privilegia un approccio confidenziale per preservare l’accesso umanitario e la fiducia delle parti. Tale metodo si distingue ma non si oppone a quello delle ONG più militanti, configurando una forma di complementarità funzionale.³²

Tuttavia, la capacità del CICR di incidere sul diritto internazionale non deriva unicamente dalla qualità delle sue argomentazioni, bensì dall’accettazione delle sue posizioni da parte della comunità internazionale. La disputa con gli Stati Uniti sullo Customary IHL Study del 2005 ne è un esempio emblematico: Washington ha contestato l’attribuzione di valore consuetudinario a norme non universalmente accettate, accusando il CICR di assumere una funzione quasi normativa. Il CICR, al contrario, ha rivendicato la propria legittimità epistemica di interprete e custode delle Convenzioni di Ginevra. Questa tensione illustra una trasformazione strutturale del diritto umanitario contemporaneo: la disputa sulle norme è, in realtà, una disputa sull’autorità — su chi possa “decidere il diritto”. Dietro il contrasto tra sovranità statale e attori umanitari si cela una battaglia sulla sovranità epistemica, cioè sulla facoltà di produrre conoscenza giuridica riconosciuta come legittima. In questa prospettiva, il DIU appare come un campo di negoziazione tra fonti statali e non statali, in cui la legittimità si costruisce attraverso prassi condivise,

³¹ Moorehead A., Who Gets to Make International Humanitarian Law in the Future? A Pluralist Vision, cit.

³² Weissbrodt D., The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict, cit.

autorevolezza tecnica e consenso operativo, più che attraverso il solo principio del consenso sovrano.

In questa prospettiva, il “conflitto mascherato” tra Stati e attori come il CICR, evidenzia una tensione strutturale del DIU contemporaneo: da un lato, la necessità di un quadro giuridico vivo, capace di adattarsi ai mutamenti dei conflitti armati e di essere arricchito dal contributo di attori umanitari; dall’altro, la resistenza degli Stati a riconoscere formalmente un ruolo normativo a soggetti che non godono di legittimazione democratica tradizionale, temendo di indebolire la centralità della sovranità statale nel diritto internazionale.

3.2. I gruppi armati non statali

Il ruolo dei gruppi armati non statali rappresenta uno degli elementi più caratteristici e problematici dei conflitti armati contemporanei. Infatti, oggi, la stragrande maggioranza dei conflitti nel mondo è di natura non internazionale, ovverosia combattute tra Stati e gruppi armati (Armed Non-State Actors), realtà, questa, che pone sfide fondamentali al sistema del diritto internazionale umanitario, storicamente costruito attorno al paradigma dello Stato sovrano. Questa trasformazione del panorama bellico contemporaneo richiede un ripensamento profondo delle categorie giuridiche tradizionali e dei meccanismi di implementazione del diritto umanitario.

3.2.1. Ambiguità definitorie e politicizzazione del linguaggio

La nozione di Armed Non-State Actors (ANSAs) costituisce una delle categorie più ambigue e controverse del diritto internazionale contemporaneo, tanto sul

piano semantico quanto su quello giuridico.³³ L'assenza di una definizione condivisa nei trattati o nel diritto consuetudinario riflette la difficoltà di circoscrivere in modo univoco tali soggetti, che si collocano in un'area ibrida tra attori statali e non statali, tra legalità e illegittimità, tra riconoscimento e marginalità. Le denominazioni utilizzate — “ribelli”, “movimenti di liberazione nazionale”, “gruppi terroristici”, “milizie” o ancora “compagnie militari private” — rivelano quanto il lessico sia intrinsecamente politico e ideologico. Scegliere una parola piuttosto che un'altra significa orientare non solo la percezione morale e politica dell'attore, ma anche il regime giuridico ad esso applicabile.

In effetti, se da un lato il DIU si limita a prescrivere criteri di organizzazione e di capacità operativa per stabilire l'assoggettabilità degli ANSA alle sue norme, dall'altro gli Stati tendono a manipolare le categorie giuridiche per legittimare o criminalizzare l'uso della forza: ad esempio, definire un gruppo come “terrorista” può annullare ogni spazio di applicazione del DIU, oscurando la distinzione tra atti di guerra leciti e atti di terrorismo.

Questa fluidità semantica si riflette anche sul piano giuridico, poiché gli ANSA costituiscono una realtà eterogenea: insorgenze politiche con un'agenda rivoluzionaria o secessionista, milizie pro-governative o comunitarie, organizzazioni criminali transnazionali, gruppi terroristici, fino alle *private military and security companies* che, pur agendo in base a contratti stipulati con Stati o organizzazioni internazionali, restano esterne al monopolio statale della forza. La complessità aumenta nei casi di autorità *de facto* o di Stati non riconosciuti, i quali esercitano funzioni tipicamente sovrane su porzioni di territorio ma restano formalmente inquadrati come ANSA, sollevando interrogativi sulla tenuta delle categorie tradizionali del diritto internazionale.

³³ Bellal A. What Are 'Armed Non-State Actors'? A Legal and Semantic Approach. In: Heffes E, Kotlik MD, Ventura MJ, eds. International Humanitarian Law and Non-State Actors. T.M.C. Asser Press; 2020:21-46.

Infine, il carattere collettivo degli ANSA evidenzia un paradosso: mentre il DIU li considera soggetti unitari, titolari di obblighi, il sistema giuridico internazionale non prevede meccanismi per attribuire responsabilità diretta a entità collettive, limitandosi a perseguire penalmente gli individui. Tale lacuna rivela la tensione tra la dimensione sociale e organizzata dei gruppi armati e la persistenza di un paradigma individualista nella responsabilità giuridica internazionale, suggerendo la necessità di strumenti complementari in grado di cogliere la specificità collettiva di tali attori.

3.2.2. Le asimmetrie strutturali del diritto umanitario.

Il DIU applicabile ai conflitti armati non internazionali si fonda su un paradosso: mentre è ampiamente accettato che i gruppi armati non statali siano vincolati dal DIU applicabile ai conflitti armati non internazionali -sia esso di natura consuetudinaria o basato su trattati, come previsto ad esempio dal Protocollo V della Convenzione sulle Armi Convenzionali (CCW)³⁴, che si applica espressamente a tutte le parti del conflitto, statali e non statali- questi stessi gruppi non sono coinvolti nella negoziazione né alla ratifica dei trattati, e la loro prassi non rientra nella “prassi statale” necessaria alla formazione del diritto consuetudinario. La loro prassi, sebbene non formalmente riconosciuta dagli Stati, è però spesso accettata nella pratica, suggerendo che il loro contributo interpretativo alle norme potrebbe essere più significativo di quanto possa sembrare.

³⁴ Il Protocollo V sui residui bellici esplosivi della Convenzione sulle armi convenzionali rappresenta un'eccezione notevole, affermando “espressamente di applicarsi a tutte le parti di un conflitto armato, cioè sia statali che non statali”. Tuttavia, questo esempio rimane isolato in un panorama normativo che continua a escludere sistematicamente i gruppi armati dai processi di formazione del diritto.

Questa asimmetria strutturale genera tensioni profonde che si manifestano su molteplici livelli: dalla formazione delle norme alla loro interpretazione, dall'applicazione pratica ai meccanismi di *enforcement*.

I gruppi armati non statali rappresentano in sostanza un'"anomalia" nell'ordinamento internazionale, ancora marcatamente Stato-centrico. Infatti, il diritto internazionale si è sviluppato per iniziativa statale ed è permeato da una logica che continua a presentare lo Stato come soggetto primario e *dominus* del processo normativo.³⁵

Come osserva Daboné, questa asimmetria si manifesta già sul piano dello *jus ad bellum*. Nei conflitti non internazionali non esiste un regime internazionale del ricorso alla forza: l'uso della forza è regolato dal diritto interno, che funge da "*quasi-jus ad bellum*", e che criminalizza l'insurrezione e nega ogni "eguaglianza soggettiva" tra le parti.

Nello *jus ad bellum*, i gruppi armati sono più spesso oggetto che soggetto di regole, con l'eccezione parziale dei movimenti di liberazione nazionale (NLM). Infatti, quanto al "diritto alla pace" dei gruppi armati, la risposta è in generale negativa: i gruppi non dispongono di un diritto all'autodifesa, con un'eccezione parziale che riguarda, per l'appunto, i movimenti di liberazione nazionale, ai quali—per la tutela dell'autodeterminazione—si è talora riconosciuto un diritto all'uso della forza o alla difesa, pur restando discussa la riconduzione di tale diritto all'art. 51 della Carta.

Questa asimmetria si traduce in una fondamentale disuguaglianza giuridica: mentre gli Stati possono invocare la legittima difesa e altri principi del diritto internazionale, i gruppi armati operano in un vuoto normativo, criminalizzati

³⁵ Daboné Z. International Law: Armed Groups in a State-Centric System. *International Review of the Red Cross*. 2011;93(882):395–413. doi:10.1017/S1816383111000183

dal diritto interno senza possibilità di invocare giustificazioni internazionali per il loro ricorso alla forza.

La problematica si estende anche al dibattito post-11 settembre sull'autodifesa contro gruppi armati non statali. Come evidenzia Daboné, persiste la tesi (sostenuta in dottrina e avallata dalla giurisprudenza della CIJ) secondo cui l'autodifesa ex art. 51 Carta ONU richiede l'attribuzione ad uno Stato degli atti del gruppo armato, con la conseguenza che, in assenza di tale nesso, non si può parlare tecnicamente di aggressione, né invocare l'autodifesa contro meri attori non statali.

Anche nello *jus in bello* la situazione resta squilibrata. Gli ANSA sono destinatari di obblighi ma privi di strumenti equivalenti per garantirne l'attuazione. La questione della detenzione nei conflitti armati non internazionali rappresenta forse l'esempio più eloquente delle contraddizioni del sistema. Il DIU è sostanzialmente silente sull'internamento nei NIAC, il che, in pratica, conferma la legittimazione degli apparati statali a privare della libertà, senza imporre *ex se* un obbligo generale di liberazione a fine ostilità. Questa lacuna normativa crea una situazione paradossale: mentre gli Stati possono detenere membri di gruppi armati basandosi sul diritto interno, le garanzie processuali richieste dall'art. 3 comune e dal APII (un tribunale regolarmente costituito, indipendente e imparziale) presuppongono strutture e controllo territoriale che i gruppi raramente possiedono, rendendo difficilissima un'applicazione paritaria delle stesse regole ai gruppi armati. Questa asimmetria strutturale mette a nudo l'inadeguatezza del quadro normativo esistente di fronte alla realtà dei conflitti contemporanei.

L'analisi di Daboné rivela come il DIU applicabile ai NIAC si è progressivamente avvicinato al paradigma degli *international armed conflicts* (IAC), ma conserva un'impostazione che misura la “rilevanza” del nemico solo

quando è non statale (criteri di organizzazione e intensità), mentre la capacità bellica è presunta in capo agli Stati. Questa disparità conferma quello che l'autore definisce la natura tendenzialmente “*anti-armed group*” del sistema.

3.2.3. La partecipazione degli ANSA allo sviluppo del diritto umanitario.

Un ulteriore aspetto problematico riguarda la partecipazione degli ANSA allo sviluppo del DIU. Il caso degli ANSA mostra come la distinzione classica tra soggetti e oggetti del diritto internazionale tenda progressivamente a sfumare, lasciando emergere un ordine giuridico in cui la produzione normativa assume forme sempre più policentriche e post-sovrane, riflettendo la crisi dell'architettura vestfaliana del diritto internazionale, tradizionalmente fondata sull'esclusività statale del potere normativo e sul principio della sovranità territoriale. Tuttavia, se da un lato gli ANSA contribuiscono di fatto all'elaborazione di norme di diritto umanitario, dall'altro gli stessi non partecipano formalmente all'elaborazione del DIU.

Infatti, mentre i trattati si negoziano e si ratificano tra Stati, i gruppi armati non partecipano né possono ratificare Convenzioni internazionali, pur essendo vincolati di riflesso dalle ratifiche statali—dipendenza che riflette la paura statale di conferire status giuridici definiti ai “soggetti ribelli” -. Questa esclusione *formale* dal processo normativo solleva questioni fondamentali di legittimità e efficacia del diritto internazionale umanitario e conferma quello che Daboné definisce l'impronta stato-centrica e “*anti-armed group*” del diritto internazionale.

Sempre più numerose sono però le proposte e le idee per la partecipazione dei gruppi armati non statali nello sviluppo delle norme del DIU, che non sono prive di precedenti significativi. Il Tribunale penale internazionale per l'ex-

Jugoslavia (ICTY), nella decisione *Tadić*, ha riconosciuto che il comportamento dei gruppi armati può contribuire alla formazione di norme consuetudinarie, stabilendo un importante precedente giurisprudenziale e aprendo così la via a un ruolo interpretativo, se non creativo, degli attori non statali.

Il dibattito dottrinale su questo tema presenta posizioni diversificate. Da un lato, alcuni ritengono che si dovrebbe considerare la prassi e l'*opinio juris* dei gruppi armati non statali allo stesso modo di quella degli Stati. Questa posizione “*massimalista*” sostiene una piena equiparazione tra Stati e gruppi armati nella formazione del diritto consuetudinario. Dall'altro lato, altri studiosi, che si attestano su una posizione più “*moderata*”, riconoscono ai gruppi armati non statali un ruolo più limitato, sussidiario nella creazione o modifica delle norme consuetudinarie, mantenendo preponderante la centralità degli Stati.

Un argomento centrale a favore della maggiore inclusione riguarda l'efficacia del diritto. Si potrebbe sostenere, infatti, che una maggiore partecipazione darebbe ai gruppi armati non statali un senso di “*ownership*” sulle norme a cui sono vincolati, migliorando così il rispetto di esse. Questo argomento, certamente pragmatico, suggerisce che l'inclusione nel processo normativo potrebbe tradursi in una maggiore *compliance* alle norme del DIU.

In questa prospettiva, organizzazioni come Geneva Call svolgono un ruolo pionieristico, documentando la prassi e le dichiarazioni degli ANSA e fungendo da ponte tra la realtà operativa dei conflitti e l'ordinamento giuridico internazionale.³⁶³⁷

³⁶ Droege C., Giorgou E., How international humanitarian law develops, cit.

³⁷ Daboné Z., International Law: Armed Groups in a State-Centric System, cit.

La proposta di considerare in modo informale le opinioni e la prassi degli ANSA nello sviluppo e nell'interpretazione delle norme consuetudinarie del DIU rappresenta un compromesso pragmatico, ma solleva ulteriori questioni. Come può un processo “informale” garantire la necessaria certezza giuridica? E come possono gli Stati accettare che la prassi di attori non statali influenzi lo sviluppo del diritto senza compromettere la loro sovranità?

Per quanto riguarda invece la stipula dei trattati, non c'è alcun segno che gli Stati siano disposti a rinunciare al loro monopolio sullo sviluppo del diritto codificato. Ciò crea un paradosso: si pretende che i gruppi armati rispettino norme alla cui formazione non hanno contribuito e che spesso non riflettono le loro realtà operative. Ciò solleva interrogativi fondamentali sulla natura stessa del diritto internazionale. Come può un sistema normativo pretendere obbedienza da attori che non hanno partecipato alla sua creazione? Questa domanda non è meramente teorica ma ha implicazioni pratiche profonde per l'efficacia del diritto umanitario.

Un correttivo parziale esiste per gli NLM: l'art. 96(3) del AP I consente dichiarazioni unilaterali che “attivano” le Convenzioni di Ginevra e AP I nei rapporti tra il movimento e la Parte contraente; analoghe aperture sono previste dalla Convenzione armi convenzionali del 1980.

Daboné³⁸ discute della natura giuridica di tali dichiarazioni, rilevando che esse producono effetti sinallagmatici simili a quelli di un'adesione, pur restando un meccanismo speciale, distinto dalla ratifica o adesione in senso proprio; di contro, l'art. 3 comune opera automaticamente in ogni NIAC, senza bisogno di dichiarazioni. Anche quando i conflitti dei popoli rappresentati dagli NLM sono “elevati” al regime degli IAC, permangono differenze strutturali: mancano

³⁸ Ibid.

molti presupposti giuridici tipici dei conflitti interstatali (territorio proprio, legame di nazionalità, regole sull'occupazione), e la stessa definizione dei membri del movimento pone problemi analoghi a quelli di qualsiasi gruppo armato; non a caso le linee guida ICRC sulla partecipazione diretta alle ostilità sfiorano appena la figura del membro di NLM.

3.2.3.1. Vantaggi e rischi della partecipazione degli ANSA allo sviluppo del diritto umanitario.

L'ipotesi di coinvolgere i gruppi armati non statali nella formazione del diritto internazionale umanitario (DIU) non è, dunque, semplicemente un esercizio teorico, ma una risposta pragmatica alle sfide poste dalla conformità alle norme umanitarie nei conflitti contemporanei. Tale prospettiva, emersa in dottrina e nella prassi, si fonda sull'idea che la partecipazione degli attori non statali possa migliorare l'effettività delle regole e adattare il diritto umanitario alle realtà operative dei conflitti armati non internazionali.

Questo approccio è sostenuto da tre principali argomenti: il miglioramento della condotta dei gruppi stessi, la possibilità per gli Stati di una gestione più sfumata dei conflitti e la creazione di un "*effetto a cascata*" positivo.

Il primo vantaggio risiede nel potenziale impatto diretto sui gruppi armati che accettano di impegnarsi nel processo di creazione o adozione delle norme. Il principio giuridico del consenso costituisce un potente motore di adempimento: se un gruppo armato partecipa alla negoziazione o adotta esplicitamente una norma, è più probabile che ne rivendichi la "proprietà" e la percepisca come propria, piuttosto che come un'imposizione esterna da parte di un sistema che considera ostile o illegittimo. Questo senso di appartenenza (*ownership*) può tradursi in una maggiore volontà di conformarsi alle regole, migliorando la condotta sul campo di battaglia. Inoltre, l'impegno in tali

processi richiede una comprensione più profonda del DIU, contribuendo alla diffusione e all'”internalizzazione” delle sue norme tra i membri dei gruppi armati. Questo meccanismo educativo può risultare più efficace della sola coercizione o della minaccia di sanzioni.

In secondo luogo, la disponibilità di un gruppo armato ad accettare e rispettare norme umanitarie consentirebbe agli Stati di distinguere tra attori disposti ad attenersi alla legalità internazionale e soggetti invece refrattari, facilitando strategie differenziate di *engagement* o repressione. Un gruppo che si impegna formalmente a rispettare il DIU potrebbe essere considerato un interlocutore pragmatico, con cui instaurare forme di dialogo anche in contesti estremi. Questo non comporta una legittimazione politica, ma un riconoscimento funzionale della loro influenza e del loro ruolo nel conflitto.

Infine, la scelta di un gruppo armato di impegnarsi pubblicamente sul piano giuridico potrebbe produrre un effetto emulativo, promuovendo gradualmente un innalzamento complessivo degli standard di conformità. Quando un gruppo influente stabilisce un precedente positivo, dimostrando che è possibile interagire con la comunità internazionale senza compromettere i propri obiettivi, può innescare un processo imitativo che rafforza nel complesso la cultura del rispetto del DIU.

Tuttavia, contro la visione che auspica un progressivo coinvolgimento dei gruppi armati non sono mancate critiche, spesso fondate su obiezioni di natura teorica, sistemica e politico-giuridica. L'inclusione degli ANSA nei processi di *law-making* internazionale, pur animata da intenti pragmatici, solleva profonde tensioni rispetto all'architettura stato-centrica del diritto internazionale.

La Commissione di Diritto Internazionale, attraverso il lavoro del Relatore Speciale Michael Wood sull'identificazione del diritto consuetudinario, ha stabilito inequivocabilmente che la prassi degli attori non statali “*are not ‘practice’ for purposes of the formation or evidencing of customary international law*”, precisando che solo gli Stati, in quanto soggetti primari del diritto internazionale, possiedono la capacità giuridica di contribuire alla formazione normativa. Tale impostazione riafferma la centralità del binomio *usus* e *opinio juris* nella dottrina consuetudinaria classica e rispecchia la logica tradizionale dello Stato come unico detentore della sovranità territoriale e del monopolio della violenza legittima.³⁹

La preoccupazione più significativa riguarda il rischio di conferire ai gruppi armati una legittimità politica o giuridica che gli Stati non intendono concedere. Riconoscere a tali entità un ruolo formale nel processo normativo equivarrebbe a un implicito riconoscimento della loro autorità, erodendo la sovranità statale e minando l'esclusività degli Stati nel sistema internazionale. Gli Stati temono che tale riconoscimento possa anche produrre effetti nel diritto interno, rendendo più complesso perseguire penalmente i membri di gruppi ribelli o designati come terroristici.

Il “*legitimacy trap*”, concetto sviluppato da Heike Krieger⁴⁰, rappresenta la critica più incisiva a questo approccio inclusivo. Secondo Krieger, il diritto internazionale si trova intrappolato in un paradosso: per garantire l'efficacia normativa, occorrerebbe includere tutti gli attori rilevanti; ma, nel farlo, il sistema rischia di legittimare soggetti che operano al di fuori dell'ordine legale

³⁹ International Law Commission, Second report on identification of customary international law, by Michael Wood, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/672, 22 maggio 2014; International Law Commission, Third report on identification of customary international law, by Michael Wood, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/682, 27 marzo 2015; International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, 2018, approvate dalla Commissione nella sua settantesima sessione e portate all'attenzione dell'Assemblea Generale con risoluzione 73/203 del 20 dicembre 2018.

⁴⁰ Krieger H. International Law and Governance by Armed Groups: Caught in the Legitimacy Trap? *Journal of Intervention and Statebuilding*. 2018;12(4):563-583. doi:10.1080/17502977.2018.1504489

costituito, minando i propri fondamenti. In termini pratici, ogni forma di engagement che vada oltre la necessità umanitaria immediata rischia di trasformarsi in un meccanismo di legittimazione *de facto*, incentivando la proliferazione di gruppi armati come via per ottenere riconoscimento politico e accesso ai processi decisionali.

Un ulteriore rischio riguarda la negoziazione al ribasso degli standard umanitari. Il DIU, concepito dagli Stati con l'obiettivo di limitare la violenza bellica, potrebbe essere indebolito se i gruppi armati partecipassero al processo normativo per adattarlo alle proprie capacità operative o tattiche. Un simile compromesso minerebbe l'universalità delle protezioni e potrebbe generare un regime giuridico meno tutelante per le vittime dei conflitti.

Le preoccupazioni teoriche si intrecciano con problemi sistemici. Z. Liang⁴¹, ad esempio, mostra come l'attribuzione di valore normativo alla prassi dei gruppi armati potrebbe frammentare il processo di formazione del diritto consuetudinario, creando strati normativi differenziati per diverse categorie di attori. Ciò minerebbe la coerenza e l'universalità del diritto internazionale, trasformandolo da sistema unitario in un mosaico di regimi particolaristici, e rischierebbe di "democratizzare" la violazione del diritto, convertendo la trasgressione ripetuta in nuova consuetudine.

La cautela istituzionale del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) conferma la delicatezza di questo equilibrio. Nel documento *"Engagement with Non-State Armed Groups: Why, how, for what purpose, and other salient issues"*⁴², l'organizzazione chiarisce che il dialogo con i gruppi armati,

⁴¹ Liang Z. The Practice of Non-state Armed Groups and the Formation of Customary International Humanitarian Law: Towards Direct Relevance? In: Merkouris P, Kammerhofer J, Arajärvi N, eds. The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law. The Rules of Interpretation of Customary International Law. Cambridge University Press; 2022:298-319.

⁴² International Committee of the Red Cross (ICRC), Engagement with Non-State Armed Groups: Why, how, for what purpose, and other salient issues

pur necessario sul piano umanitario, “*does not confer legitimacy of any kind on NSAGs*”. Tale distinzione tra *engagement* funzionale e riconoscimento giuridico riflette la consapevolezza che ogni superamento di questa soglia comprometterebbe la neutralità e la credibilità del sistema di protezione umanitaria.

Infine, Jan Klabbers sottolinea come l’espansione incontrollata della soggettività internazionale possa snaturare la funzione normativa del diritto internazionale, riducendolo da sistema prescrittivo a mera “descrizione del comportamento esistente di diversi attori”. Questa trasformazione rappresenta una perdita qualitativa della dimensione giuridica del sistema, che cesserebbe di orientare il comportamento secondo principi di legalità e giustizia, limitandosi a riflettere gli equilibri di potere esistenti.⁴³

Le implicazioni di queste critiche sono profonde: l’inclusione dei gruppi armati nel *law-making* rischia non solo di frammentare l’ordine giuridico internazionale, ma anche di indebolire quelle stesse norme di protezione che l’approccio inclusivo intende rafforzare. Quando il diritto perde la capacità di distinguere tra attori legittimi e illegittimi, tra autorità costituita e forza coercitiva, esso abdica alla sua funzione costitutiva fondamentale: quella di ordinare la società internazionale secondo criteri di giustizia e legalità, e non di mera forza.

3.2.3.2. Possibili soluzioni

Per conciliare vantaggi e rischi, sono state avanzate alcune proposte pragmatiche, che potrebbero consentire un maggiore coinvolgimento dei

⁴³Klabbers J. The concept of legal personality. In: International Legal Personality. Routledge; 2017:3-34.

gruppi armati non statali nel DIU, bilanciando la necessità di inclusione con le preoccupazioni degli Stati.

Un primo passo, meno controverso, consiste nelle dichiarazioni unilaterali dei gruppi armati. In questo modello, un gruppo si impegna pubblicamente a rispettare una specifica norma o un insieme di norme del DIU, senza la necessità di un accordo bilaterale con uno Stato. Tali dichiarazioni, sebbene non creino un obbligo vincolante nel senso tradizionale del diritto dei trattati, possono avere un peso politico e morale significativo. Possono essere usate, inoltre, da altri attori internazionali, come il CICR e le Nazioni Unite, per monitorare la condotta del gruppo e per rafforzarne la responsabilità.

Una soluzione più ambiziosa e innovativa è la creazione di trattati ibridi che coinvolgano non solo gli Stati, ma anche i gruppi armati e altre entità come il CICR. I Trattati bilaterali o trilaterali potrebbero essere negoziati tra uno Stato e un gruppo armato specifico, con un'entità terza (ad esempio, il CICR) che funge da mediatore e garante. Potrebbero riguardare questioni circoscritte, come la gestione dei prigionieri, l'accesso umanitario o il divieto di determinate armi. I Trattati multilaterali costituiscono un modello più complesso, in cui più Stati e più gruppi armati di diverse regioni si riuniscono per accordarsi su norme comuni. Questo approccio, pur essendo difficile da attuare, avrebbe il potenziale di creare un regime normativo più coeso e universalmente applicabile ai conflitti intra-statali.

Infine, un'ulteriore soluzione è rappresentata dal ruolo della pratica costante e uniforme da parte dei gruppi armati nella formazione di una “quasi-consuetudine”. Se un gruppo armato aderisce ripetutamente e per un lungo periodo a una certa norma del DIU, e lo fa per un senso di obbligo legale (il cosiddetto *opinio juris*), questa pratica potrebbe, in determinate circostanze e in combinazione con la reazione della comunità internazionale, contribuire

all'emersione di una nuova norma consuetudinaria. Sebbene questa sia la via più complessa e teorica, essa sottolinea come la prassi dei gruppi armati sia già, in una certa misura, un fattore nella dinamica evolutiva del diritto internazionale.

In conclusione, l'idea di concedere ai gruppi armati un ruolo nella creazione del DIU è una proposta radicale che va oltre la visione statalista del diritto internazionale. Tuttavia, mentre il dibattito è ancora in corso, il crescente numero di conflitti non internazionali e l'incapacità degli Stati di garantire la conformità sembrerebbe rendere necessario un approccio più inclusivo che coinvolga i gruppi armati, a condizione che i meccanismi proposti siano attentamente bilanciati per evitare la legittimazione politica e il rischio di un abbassamento degli standard umanitari.

4. Conclusioni

Secondo Paul C. Ney Jr., il diritto internazionale è intrinsecamente “*fatto dagli Stati e per gli Stati*”, attribuendo la capacità di creare norme quasi esclusivamente agli Stati sovrani, in linea con l'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (CIG). Tuttavia, questa visione si scontra con la realtà dei conflitti armati contemporanei, dove i principali trasgressori delle norme del DIU sono spesso entità non statali.⁴⁴ Inoltre, il ruolo delle organizzazioni non governative, delle reti transnazionali e delle comunità locali si rivela strategico, svolgendo funzioni complementari o persino sostitutive rispetto a quelle statali: denunciano le violazioni, introducono nuovi temi nell'agenda normativa (come l'impatto ambientale dei conflitti, la protezione

⁴⁴Roberts A., Sivakumaran S., Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law , cit.

delle popolazioni indigene o le conseguenze umanitarie delle nuove tecnologie militari), e contribuiscono a creare consenso su standard minimi condivisi.

Si pone quindi una domanda fondamentale: è possibile concepire un DIU non stato-centrico?

Non esiste una risposta univoca, ma l'analisi delle funzioni degli attori non statali e delle loro interazioni suggerisce che il diritto internazionale vada inteso sempre più come un processo decisionale diffuso, piuttosto che come un corpo di regole esclusivamente statali.⁴⁵ In questa prospettiva, un approccio plurale e policentrico -che includa una molteplicità di attori- apparirebbe essenziale per la legittimità e la sopravvivenza del DIU nel prossimo futuro.⁴⁶ Il pluralismo, infatti, lungi dall'indebolire il diritto, costituisce la condizione per garantirne efficacia e universalità. Ripensare il DIU non significa soltanto includere formalmente nuovi attori, ma ridefinire la natura stessa del processo normativo internazionale. La prospettiva delineata da Heffes e Kotlik, ad esempio, suggerisce che il futuro del DIU potrebbe essere caratterizzato da una pluralità di fonti normative e meccanismi di implementazione.

Le interazioni orizzontali tra attori non statali rappresentano, come anticipato sopra, una delle direzioni più promettenti, poiché offrono spazi di innovazione e nuove strategie per affrontare i problemi pratici dei conflitti contemporanei e per evitare che il diritto “resti indietro” rispetto alla realtà. Questi network orizzontali creano forme alternative di governance umanitaria che non dipendono esclusivamente dall'autorità statale.

Affinché il DIU possa progredire, è necessario, pertanto, che gli attori non statali si sentano più coinvolti e responsabili del processo di creazione e

⁴⁵ heffes E, Kotlik MD, How Focusing on Non-State Actors Can Change the IHL Narrative, cit.

⁴⁶ Moorehead A. Who Gets to Make International Humanitarian Law in the Future? A Pluralist Vision. In: Waxman MC, Oakley TW, eds. The Future Law of Armed Conflict. Cambridge University Press; 2020.

attuazione delle sue norme. Questo approccio si discosta da una logica “*top-down*” in cui le regole vengono imposte senza un'adeguata partecipazione. Coinvolgendo tutti questi attori, si migliora la conformità alle norme e si garantisce una protezione più efficace dei civili e delle altre persone colpite dai conflitti armati.⁴⁷ Infatti, come già sottolineato, lo squilibrio “normativo” tra Stato e attori non statali compromette la legittimità percepita delle norme e riduce il senso di appartenenza (*ownership*), limitando le prospettive di conformità spontanea.⁴⁸

La riluttanza degli Stati a includere questi attori, e in particolare i gruppi armati non statali, è comprensibile sul piano politico: ogni apertura verso gli attori non statali potrebbe essere interpretata come un riconoscimento formale della loro legittimità, minando i principi di sovranità e integrità territoriale. Tuttavia, continuare ad ignorare, ad esempio, la centralità dei gruppi armati nelle dinamiche belliche significa condannare il DIU a una parziale irrilevanza applicativa.

Per questo motivo, possono essere individuate diverse possibili vie pragmatiche, che non passano attraverso un riconoscimento giuridico pieno, ma che permettono comunque di coinvolgere tali soggetti.⁴⁹ L'ampia gamma di meccanismi spazia da processi interstatali con esiti non vincolanti a iniziative ibride che coinvolgono Stati, esperti indipendenti e diversi enti. Questi approcci flessibili consentono di superare le rigidità del tradizionale processo di *treaty-making*, favorendo un dialogo e uno sviluppo normativo più inclusivi.

Tra queste, un ruolo importante è giocato dai *Deeds of Commitment* promossi dal *Geneva Call*, strumenti volontari con cui i gruppi armati si impegnano a

⁴⁷ Sassòli M. How will international humanitarian law develop in the future? *International Review of the Red Cross*. 2022;104(920-921).

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Dormann K., "The Role of Nonstate Entities in Developing and Promoting International Humanitarian Law", cit.

rispettare specifiche norme (come il divieto di utilizzo di mine antiuomo) senza ricevere un riconoscimento politico.

Allo stesso modo, la prassi e *l'opinio juris* dei gruppi potrebbero essere valorizzate nella formazione del diritto consuetudinario, colmando così la distanza tra norme e realtà operativa. Tuttavia, la questione del ruolo degli attori non statali nella formazione delle consuetudini internazionali è complessa e rappresenta uno degli aspetti più dibattuti del diritto internazionale contemporaneo. Infatti, tradizionalmente, la formazione del diritto internazionale consuetudinario si basa sulla teoria stato-centrica dei due elementi fondamentali: *usus e opinio iuris*.

Un altro meccanismo proposto è l'incoraggiamento alla redazione di codici interni e regolamenti disciplinari compatibili con il DIU, che favoriscono la diffusione delle regole tra i combattenti e aumentano il senso di responsabilità collettiva. In questo contesto, il Comitato Internazionale della Croce Rossa svolge un ruolo insostituibile, mantenendo un dialogo costante con centinaia di gruppi armati e promuovendo il rispetto delle regole umanitarie senza intaccare il monopolio statale sulla creazione del diritto internazionale.

Inoltre, alcune critiche suggeriscono che il DIU sia sempre più percepito come un insieme di regole elaborate da esperti in gran parte occidentali o manipolato dagli Stati per i propri scopi.⁵⁰ D'altra parte, si sostiene che le organizzazioni della società civile stiano estendendo la legge oltre i termini accettati dagli Stati, rendendola “troppo umanitaria” e non corrispondente alle necessità militari e operative.

⁵⁰ Moorehead A., Who Gets to Make International Humanitarian Law in the Future? A Pluralist Vision, cit.

Queste critiche, tuttavia, non segnalano tanto la crisi del DIU, quanto la sua transizione verso un modello normativo più dialogico e multilivello.

In definitiva, il futuro del DIU dipenderà dalla sua capacità di integrare questa pluralità, che implica il coinvolgimento di un'ampia gamma di Stati e, in un ruolo di supporto, anche della società civile, senza dissolvere la propria coerenza normativa: un equilibrio difficile, ma necessario per preservarne la legittimità e l'efficacia.