

La confisca delle riserve della Banca centrale russa: un rimedio peggior del male?

Maria Luisa Padelletti*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La confisca delle riserve monetarie della Banca centrale di Russia tra immunità degli Stati e misure unilaterali di risposta all'illecito. – 3. Contromisure e legittima difesa collettiva in risposta a un attacco armato. – 4. Il carattere transitorio e reversibile delle contromisure. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

L'intervento armato in Ucraina da parte di un membro permanente del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha avuto grosse ricadute sul piano economico e politico internazionale, mettendo in crisi un ordine mondiale che appariva ormai consolidato. Alle misure economiche nei confronti della Russia, adottate in seguito all'annessione della Crimea e alla mancata attuazione degli accordi di Minsk, si è aggiunto così un imponente sistema di sanzioni che si è esteso anche alla Bielorussia, accusata di favorire l'aggressione. L'Unione europea e molti Paesi, tra cui Stati Uniti, Regno Unito, Canada, Svizzera, Norvegia, Giappone, Corea del Sud, Singapore, Australia, Nuova Zelanda, Taiwan, hanno partecipato alle 'sanzioni' in maggior o minor misura¹.

Per quanto concerne l'Unione Europea, sono stati adottati ad oggi tredici pacchetti di sanzioni, che rispecchiano in prevalenza modelli tradizionali di contromisure economiche, tra cui il blocco del commercio, della circolazione delle persone, il congelamento delle risorse economiche e finanziarie di individui ed enti legati all'oligarchia russa. Altri provvedimenti, che avevano già trovato una prima applicazione nei confronti delle banche siriane e iraniane, sono invece diretti al sistema bancario dei Paesi colpiti e comprendono il blocco dell'accesso al

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Mattioli, 10 – 53100 Siena, marialuisa.padelletti@unisi.it.

¹ Per una puntuale disamina cfr. S. SILINGARDI, "Sulla legittimità delle sanzioni unilaterali nei confronti della Russia a seguito dell'aggressione contro l'Ucraina", in *Rivista di diritto internazionale* 2022, p. 795 ss.; AJIL, "Contemporary Practice of the United States relating to International Law – United States and Allies Target Russia and Belarus with Sanctions and other Economic Measures", in *American Journal of International Law* 2022, p. 614 ss. Per le forme di assistenza militare cfr. AJIL, "Contemporary Practice of the United States relating to International Law – United States and Allies Provide Military Support to Ukraine", in *American Journal of International Law* 2022, p. 646 ss. Le misure economiche sono state inoltre seguite da vari Paesi europei, candidati a divenire membri dell'Unione, quali Albania, Montenegro, Macedonia del Nord, Moldova, Kosovo, Bosnia Erzegovina. In argomento M. GESTRI, "Sanctions, collective counter-measures and the UE", in *Italian Yearbook of International Law* 2022, p. 67ss.

servizio di messaggistica interbancaria SWIFT, nonché il congelamento delle riserve monetarie della Banca centrale di Russia, realizzato attraverso il divieto di qualunque operazione relativa «alla gestione di riserve e attività della Banca centrale di Russia, comprese le operazioni con qualsiasi persona giuridica, entità o organismo che agisce per conto o sotto la direzione della Banca centrale di Russia»². Si tratta di provvedimenti che, con poche eccezioni, si prefiggono il blocco dell'economia russa, al dichiarato scopo di ostacolarne la capacità di proseguire l'aggressione nei confronti dell'Ucraina.

Sul fondamento dei provvedimenti adottati fino a questo momento si è scritto molto, anche in relazione ai cosiddetti effetti extraterritoriali, e secondari, delle sanzioni stesse. Si tratta di problematiche che, anche se ampiamente approfondite, presentano ancora profili degni di attenzione. L'interesse aumenta qualora, dando credito alle recenti notizie di stampa, si prenda in considerazione l'idea di un inasprimento del meccanismo sanzionatorio. Nella direzione del rafforzamento delle sanzioni sembra muoversi, ad esempio, la proposta presentata lo scorso dicembre dalla Commissione europea, diretta ad ampliare le figure di reato di origine comunitaria, al fine di rendere possibile la confisca dei beni congelati agli oligarchi ritenuti responsabili di appoggiare il Governo russo³. Sembrerebbe trattarsi, in questo caso, di provvedimenti di confisca legati alla commissione di nuove ipotesi di reato che, in quanto tali, rientrano nell'ambito del diritto penale.

Per quanto tale proposta possa presentare qualche aspetto problematico, sicuramente meritevole di separato approfondimento, maggiore attenzione merita l'idea che si sta facendo strada negli Stati Uniti, tesa a sostituire il congelamento delle riserve monetarie della Banca centrale di Russia, che ammontano a circa 350 miliardi di euro, con un vero e proprio provvedimento di confisca. Si tratta di una proposta che dovrebbe essere discussa al prossimo *summit* del G7 e che richiede, per essere realizzata, la necessaria cooperazione dell'Unione europea, in considerazione del fatto che la maggior parte delle riserve monetarie è depositata nei suoi Paesi membri. Secondo quanto può evincersi dai vari quotidiani, la proposta americana sembra incontrare vari ostacoli, soprattutto per l'indisponibilità di vari Paesi dell'UE, tra cui Francia, Germania e Italia, a compiere un passo di

² Decisione (PESC) 2022/335 del Consiglio del 28 febbraio 2022 che modifica la decisione 2014/512 PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Sulle misure dell'UE cfr., per tutti, P. JACOB, "Les sanctions de l'UE comme mesures de réaction à un fait internationalement illicite", in *Revue générale de droit international publique* 2023, p. 71 ss. M. GESTRI, "Sanctions, collective countermeasures and the UE", cit., S. POLI, "La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione Europea nel conflitto tra Russia e Ucraina", in *SIDIBlog*, 22 marzo 2022, disponibile su www.sidiblog.org

³ Cfr. COM (2022) 247 final, 2022/0176 (NLE), Proposta di Decisione del Consiglio, relativa all'aggiunta della violazione delle misure restrittive dell'Unione alle sfere di criminalità di cui all'art. 83, par. 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Bruxelles, 25.5.2022. e COM (2022) 245 final, 2022/0167 (COD), Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni, Bruxelles 25.5.2022.

tal genere⁴. Di contro è attualmente allo studio nell'Unione europea un'ipotesi diversa, che si sostanzierebbe nell'uso, a favore dell'Ucraina, dei rendimenti, o di parte degli stessi, maturati dalle riserve monetarie in seguito al deposito forzoso, senza intaccarne il capitale. Queste ultime sono ad oggi depositate in buona misura presso la *Euroclear*, un'istituzione che opera come *Clearinghouse*, con sede in Belgio. A causa del congelamento, che impedisce qualunque operazione, le somme depositate producono regolarmente dei profitti che dovrebbero rimanere in proprietà del Governo russo. Il meccanismo allo studio, per quanto è dato capire, consisterebbe nel trasferire i profitti maturati dalle riserve in un conto separato, per essere successivamente utilizzati a favore dell'Ucraina.

In tale prospettiva, il Consiglio ha appena adottato una decisione e un regolamento diretti a precisare gli obblighi dei *Central Securities Depositories* (CSD) che detengano beni e riserve della Banca centrale di Russia (CBR) «that are immobilised as consequence of EU's restrictive measures». Il testo del regolamento non è ancora disponibile ma, come si evince dal comunicato stampa, il Consiglio ha deciso che «CSDs holding more than €1 million of CBR's assets must account extraordinary cash balances accumulating due to EU restrictive measures separately and must also keep corresponding revenues separate. In addition, CSDs shall be prohibited from disposing of the ensuing net profits». Tale obbligo, come si evince dal comunicato, ha lo scopo di rendere possibile una successiva decisione in merito all'istituzione di un contributo finanziario al bilancio dell'UE «raised on these net profits to support Ukraine and its recovery and reconstruction at a later stage»⁵. Secondo le notizie più recenti, le somme sarebbero utilizzate sia per la ricostruzione dell'Ucraina e il risarcimento dei danni subiti, sia per l'acquisto

⁴ Tra i numerosi articoli Cfr. P. TAMMA, G. POLITI, "Washington puts forward G7 plan to confiscate \$300 bn in Russian assets", 28 dicembre 2023, disponibile su www.ft.com; J. MCGREGOR, "Proposed powers to sell, redistribute Russian assets may violate international law, says legal expert", 6 giugno, 2022, disponibile su www.cbc.ca; L.H. SUMMERS, P. ZELIKOW, R.B. ZOELICK, "The Other Counteroffensive to Save Ukraine. A New European Recovery Program", 15 giugno 2023, disponibile su www.foreignaffairs.com; "Il G7 e la guerra in Ucraina: il dilemma degli aiuti a Kiev", in *la Repubblica*, 30 dicembre 2023, disponibile su www.repubblica.it; "Opinion Should we seize Russian funds to pay for the war in Ukraine? Commentators weigh in", in *Washington Post*, 16 novembre 2023, disponibile su www.washingtonpost.com; A. TARQUINI, "Washington ha chiesto ai suoi alleati europei (Italia compresa) di rubare il denaro congelato della Banca di Russia per finanziare la guerra NATO in Ucraina", 22 dicembre 2023, disponibile su www.farodiroma.it; "Biden pronto a usare i soldi russi congelati: ecco perché questi 300 miliardi di dollari possono cambiare la guerra", in *la Repubblica*, 31 dicembre 2023, disponibile su www.repubblica.it; "What Hinder Confiscation of Russian Assets by the West", 31 agosto 2023, disponibile su www.euointegration.com.ua; J. STRUPCZEWSKI, "EU unlikely to confiscate Russian central bank assets – officials", 23 gennaio 2024, disponibile su www.reuters.com; "Berlino vuole coprire i buchi di bilancio con i soldi di Mosca", 23 dicembre 2023, disponibile su www.europa.today.it.

⁵ Consiglio dell'Unione europea, "Immobilised Russian Assets: Council decides to set aside extraordinary revenues", *Press release* 114/24, 12 febbraio 2024, disponibile su www.consilium.europa.eu.

di armi e munizioni per il tramite della *European Peace Facility* nonché del budget europeo destinato all'Ucraina⁶.

Per le loro peculiarità, le misure prospettate dagli Stati Uniti e dall'Unione europea meritano un approfondimento teso a verificarne la conformità rispetto al diritto internazionale. Dopo aver verificato la rilevanza delle immunità dall'esecuzione dei beni a destinazione pubblica di uno Stato straniero, l'analisi successiva si concentrerà sulle questioni relative alle possibili reazioni degli Stati terzi in risposta alla violazione grave di norme di norme di *jus cogens* che pongono obblighi *erga omnes*.

2. La confisca delle riserve monetarie della Banca centrale di Russia tra immunità degli Stati e misure unilaterali di risposta all'illecito

Che si tratti delle riserve monetarie in quanto tali, o di un prelievo sui rendimenti delle stesse, appare evidente come, anche se in misura diversa, entrambe le proposte in gioco determinino uno spossessamento della ricchezza appartenente a uno Stato sovrano. Lo spossessamento è evidente nella confisca presupposta dagli Stati Uniti, meno chiaramente appare nella versione dell'Unione europea, anche se al momento una valutazione più accurata è impossibile per la mancanza di dati precisi e completi⁷. Si tratta comunque di misure radicali, destinate certamente ad avere gravi ripercussioni sulle relazioni internazionali.

In linea di principio, le riserve monetarie della Banca centrale godono dell'immunità dall'esecuzione forzata, relativa ai beni dello Stato che abbiano finalità pubbliche. In tale prospettiva, non sono mancate posizioni tendenti a conside-

⁶ Cfr. "EU drafts law to send Russian central bank profits to Ukraine", 19 marzo 2024, disponibile su www.luxtimes.lu: «Under the EU's proposal, a share yet to be determined of the proceeds generated since 15 February would be transferred to the EU bi-annually until sanctions are lifted. The funds would be initially allocated to the European Peace Facility, the bloc's mechanism to reimburse weapons delivered to Kyiv, and to the EU budget's Ukraine facility. A share of the profits would remain with the central securities depositories holding the reserves to cover the costs of managing the assets and deal with any risks, including potential retaliation by Russia. Relevant expenses and corporation tax would also be deducted from the revenues before they are transferred».

⁷ Diversa, rispetto alla mera confisca, nei termini oggetto di questo studio, è la confisca che segue la commissione di eventuali reati, e la possibilità che si possa procedere all'espropriazione di beni appartenenti a uno Stato straniero per motivi di pubblica utilità. Qualora si ammetta tale possibilità, che troverebbe peraltro un limite nella natura dei beni espropriati, non si potrebbe prescindere dal pagamento di un indennizzo. In tale prospettiva, ad esempio, la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari sancisce all'art. 31, par. 4: «The consular premises, their furnishings, the property of the consular post and its means of transport shall be immune from any form of requisition for purposes of national defence or public utility. If expropriation is necessary for such purposes, all possible steps shall be taken to avoid impeding the performance of consular functions, and *prompt, adequate and effective compensation* shall be paid to the sending State» (*Vienna Convention on Consular Relations*, aperta alla firma a Vienna il 24 aprile 1963, UNITED NATIONS, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261). Sull'esistenza di un generale diritto di proprietà appartenente allo Stato e non all'individuo cfr. P. TZENG, "The State's Right to Property under International Law", in *The Yale Law Journal* 2016, p. 1805 ss.

rare illecito anche il solo congelamento delle riserve monetarie di uno Stato. Nella risoluzione approvata durante la 53^a sessione dall'*Asian African Legal Consultative Organisation* (AALCO), ad esempio, l'imposizione di restrizioni all'attività delle Banche Centrali è stata esplicitamente considerata quale violazione «of the immunity of State and its property»⁸. Seguendo questa impostazione, pertanto, un'eventuale confisca delle riserve monetarie sarebbe in contrasto con le norme consuetudinarie che sanciscono l'immunità dall'esecuzione forzata sui beni adibiti ad attività pubbliche, obbligo peraltro codificato dalla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e delle loro proprietà che, all'art. 21, par. 1, lett. c), ricomprende tra tali beni quelli «della banca centrale o di un'altra autorità monetaria»⁹. Una posizione analoga è stata sostenuta, in passato, in relazione ad alcune contromisure che avevano ad oggetto la confisca, o il sequestro, di beni pubblici, o destinati a una pubblica funzione, appartenenti a uno Stato straniero¹⁰.

Il rapporto tra sanzioni economiche e immunità è stato oggetto di attenti studi e, in generale, appaiono condivisibili alcune argomentazioni che sembrano dimostrare come le contromisure economiche non incidano sulle norme relative alle immunità degli Stati, principalmente a causa della mancanza di un qualunque

⁸ Cfr. ASIAN AFRICAN LEGAL CONSULTATIVE ORGANISATION, *Resolution on Extraterritorial Application of National Legislation: Sanctions imposed against Third Parties*, AALCO /RES/53/S 6, 18 settembre 2014, 53^o Sessione, reperibile su www.aalco.it. La questione dell'immunità dall'esecuzione della Banca centrale è stata sollevata dall'Iran di fronte alla Corte internazionale di giustizia in relazione al blocco dei beni iraniani, ivi compresi i beni della Banca centrale – la *Markazi Bank* – attuato dagli Stati Uniti con la legislazione antiterrorismo. La Corte ha comunque escluso la propria giurisdizione. Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Certain Iranian Assets (Islamic republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objections*, sentenza del 13 febbraio 2019. Si veda peraltro l'opinione aggiunta del Giudice Gaja, nella quale si precisa la distinzione tra attività commerciali e finalità pubbliche anche in relazione alle attività delle Banche Centrali, senza peraltro che questo sembri escludere l'immunità dall'esecuzione: «However, the fact that Bank Markazi exercises sovereign functions does not exclude that it also operates as a commercial bank when it engages in transactions in a foreign financial market. The decision to invest in securities may be part of a sovereign prerogative of a central bank, but that does not mean that the implementation of an investment is carried out through the exercise of a sovereign power. The acquisition or sale of securities is not different from that executed by any commercial bank and should enjoy the same protection under the Treaty as that of a commercial bank. It is true that, according to Articles 19 (c) and 21 (c) of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, «property of the central bank or other monetary authority of the State enjoys immunity from «post-judgment measures of constraint. However, this comprehensive immunity is not necessarily explained by the nature of the activities of central banks; it also reflects a policy of encouraging foreign central banks to invest in the financial market of the host State».

⁹ Cfr. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property*, firmata a New York il 2 dicembre 2004. La ratifica della convenzione, non ancora in vigore, è stata autorizzata con l. 14 gennaio 2013, n. 5, in G.U. n. 24 del 29 gennaio 2013. In merito all'immunità dei beni delle Banche Centrali cfr. I. WUERTH, «Immunity from Execution of Central Bank Assets», in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, T. RUYS, N. ANGELET (eds), L. FERRO (eds), Cambridge, 2019, p. 266 ss.

¹⁰ C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, 1994, p. 86.

legame con una procedura giudiziaria interna¹¹. In ogni caso, ci sembra che la questione relativa all'immunità dall'esecuzione forzata si situi su un piano diverso rispetto a quello relativo all'adozione delle contromisure. Mentre quest'ultima è materia che rientra nella politica estera dello Stato, la *ratio* delle immunità si sostanzia nell'evitare che uno Stato sia convenuto, in posizione subordinata, di fronte alla giurisdizione domestica di uno Stato, indipendentemente dalle ragioni sottostanti all'azione giudiziaria¹².

Nella prospettiva di questo scritto, una riflessione più approfondita sulla violazione delle norme sull'immunità degli Stati potrebbe avere un significato solo qualora si dovesse ritenere che esse costituiscano un *self-contained regime*, in analogia all'impostazione seguita dalla Corte internazionale di giustizia nel caso degli ostaggi americani a Teheran. In tale occasione, come si ricorderà, la Corte ha sostenuto che le immunità e l'inviolabilità degli agenti diplomatici non possano essere oggetto di contromisure: «Even in the case of armed conflict or in the case of a breach in diplomatic relations those provisions require that both the inviolability of the members of a diplomatic mission and of the premises, property and archives of the mission

¹¹ Cfr. in particolare le approfondite argomentazioni di T. RUYS, "Immunity, Inviolability and Countermeasures – A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions", in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, cit., p. 670 ss.: «Thus, as far as sanctions against central banks or governmental agencies are concerned, it was argued that, since this sanctions are not connected to 'legal proceedings' and don't qualify as pre- or post-judgment measures of coercion, they don't fall within the scope on State immunity. Nor is there convincing evidence of some form of general inviolability of State property under customary international law that would shield State property (including bank accounts with foreign banks) from any form of interference» (p. 708). Per impostazioni diverse, ma a favore della possibilità di negare l'immunità di uno Stato straniero quale contromisura cfr. R. VAN DER HORST, "Illegal, Unless: Freezing the Assets of Russia's Central Bank", in *European Journal of International Law* 2023, p. 1 ss.; M. LONGOBARDO, "State Immunity and Judicial Countermeasures", in *European Journal of International Law* 2021, p. 457 ss.; A. MOISEIENKO, "Legal: The Freezing of the Russian Central Bank's Assets", in *European Journal of International Law* 2023, p. 1 ss.; ID., "Draft – Seizing Foreign Central Bank Assets, a Lawful Response to Aggression?", reperibile su ssrn.com/abstract=4420459. In generale, sull'immunità dall'esecuzione cfr. J.M. THOUVENIN, V. GRANDAUBERT, "The material Scope of State Immunity from Execution", in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, cit., p. 245 ss.

¹² Come sostenuto dalla Corte internazionale di giustizia, le norme sulle immunità sono quindi norme meramente procedurali. Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 93, in cui la Corte affronta il tema del rapporto tra norme di *jus cogens* e immunità dalla giurisdizione: «The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful». Non si può peraltro non condividere quanto affermato da Ronzitti: «supposing that the principle of immunity of execution covers not only acts of constraints that are the continuation of a judgment, but also measures autonomously dictated by the legislative or the executive branch, and that the freezing violates the principle of sovereign immunity, one can always assume that the violation is justified as a countermeasure against the wrongdoer», N. RONZITTI, "Sanctions as Instruments of Coercive Diplomacy: An International Law Perspective", in *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, N. RONZITTI (ed.), Leiden, 2016, p. 22.

must be respected by the receiving State»¹³. Una conclusione di tal genere sembra tuttavia da escludere nel caso in esame. In tale prospettiva, infatti, l'art. 50, par. 2, lett. b), del progetto di codificazione sulla responsabilità degli Stati, indica esclusivamente l'inviolabilità «des agents, locaux, archives et documents diplomatiques et consulaires» quale limite all'oggetto delle contromisure¹⁴.

Il fatto di ritenere che le contromisure non incidano sulle norme relative alle immunità degli Stati non esclude comunque che alcuni profili ad esse relativi possano sorgere nel diritto interno, qualora uno Stato, i cui beni siano stati confiscati, invochi di fronte alle giurisdizioni nazionali competenti la violazione delle norme sull'immunità dall'esecuzione. In tali casi, le soluzioni potranno essere diverse, alla luce delle modalità che caratterizzano la divisione dei poteri all'interno dei singoli Stati, e alla possibilità che il potere giudiziario abbia o meno la competenza a prendere in considerazione la legittimità internazionale delle contromisure adottate dallo Stato¹⁵. Si tratta di un tema interessante, ma che chiaramente non può essere approfondito in questa sede.

La circostanza che un eventuale provvedimento di confisca delle riserve monetarie di una Banca Centrale non violi le norme sulle immunità non significa peraltro che esso sia di per sé lecito. La confisca di beni nemici è conosciuta nel caso di Paesi in guerra ma, al di fuori di tale ipotesi, ci sembra che il divieto di appropriarsi di beni appartenenti a Stati stranieri si basi innanzitutto su un principio di ragionevolezza¹⁶. Il diritto internazionale prevede la libertà dello Stato di espropriare o nazionalizzare beni appartenenti a stranieri, tra i quali potrebbero eventualmente comprendersi anche beni appartenenti a Stati ma, come è noto, l'esercizio di tale potere è subordinato a limiti e condizioni, tra cui il pagamento dell'indennizzo, sempre riaffermato dai Paesi occidentali nella nota formula di *Hull*. La mera confisca di beni appartenenti a stranieri è da sempre considerata illecita¹⁷. L'appropriazione coercitiva di beni altrui, in sé considerata, potrebbe costituire anche una forma di illecita ingerenza negli affari interni di uno Stato.

¹³ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3 ss., p. 40 per il testo citato.

¹⁴ Per la non ragionevolezza di un'interpretazione estensiva cfr. T. RUYS, "Immunity, Inviolability and Countermeasures", cit. Cfr. anche la posizione di D. FRANCHINI, "State Immunity as a Tool of Foreign Policy: The Unanswered Question of *Certain Iranian Assets*", reperibile su ssrn.com/abstract=3449086.

¹⁵ In argomento si vedano le osservazioni di M. LONGOBARDO, "State Immunity and Judicial Countermeasures", cit., p. 457 ss.

¹⁶ Si pronuncia a favore di un principio generale di diritto P. TZENG, "The State's Rights to Property Under International Law", cit., p. 1805 ss. Per quanto concerne l'istituto della confisca, il cosiddetto 'diritto di preda' trova applicazione nel diritto bellico e in tale contesto ha una sua specifica disciplina. Cfr., per tutti, C. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Paris, 1983, in particolare pp. 276 ss., J. H. VERZIJL, *Le droit des prises de la grande guerre*, Leida, 1924.

¹⁷ Per considerazioni più approfondite sia consentito rinviare a precedenti scritti: *La tutela della proprietà nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, Milano, 2003; "Nazionalizzazioni nel diritto internazionale" (voce), in *Digesto delle discipline giuridiche e pubblicistiche*, vol. X., Torino, 1995⁴, p. 110 ss. Recentemente cfr. R. RUOPPO, *La proprietà nel diritto internazionale*, Napoli, 2022.

La dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra gli Stati considera la minaccia «against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements» una violazione del diritto internazionale e, nella stessa prospettiva, pone il divieto della coercizione economica¹⁸. In tale prospettiva, la questione principale su cui riflettere è quella di accertare se, e in quale misura, l'appropriazione di beni di uno Stato sovrano possa essere giustificata quale forma di reazione all'illecito altrui¹⁹.

Non mancano episodi, in passato, in cui la confisca di beni appartenenti a Stati stranieri sia stata utilizzata a titolo di contromisura. Tra questi la confisca, da parte dell'Unione Sovietica e dell'Ungheria, di un aereo americano sorpreso a sorvolare senza autorizzazione lo spazio aereo ungherese, oppure la cattura di una nave da guerra americana da parte della Corea del Nord²⁰. L'idea della confisca delle riserve di una Banca Centrale non sembra tuttavia minimamente paragonabile a tali episodi e non sembra avere precedenti, mentre la proposta dell'Unione Europea presenta alcune similitudini con le modalità attraverso le quali il Kuwait ha ottenuto il risarcimento dei danni subiti in seguito all'invasione da parte dell'Irak.

In tale occasione, come si ricorderà, con il controllo del Consiglio di Sicurezza era stato istituito un fondo per la riparazione dei danni arrecati al Paese, i cui introiti provenivano dalla vendita del petrolio irakeno e la cui gestione era affidata a un'apposita Commissione²¹. La differenza sostanziale, nel caso in esame, è costituita dalla paralisi del Consiglio di Sicurezza e dall'impossibilità, pertanto, di trovare un fondamento istituzionalizzato per un'azione di tal genere. Un fondamento non

¹⁸ Assemblea generale, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, Risoluzione n. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970.

¹⁹ La possibilità di procedere a una confisca delle riserve monetarie russe è oggetto di diversi studi da parte di esperti appartenenti a discipline diverse. Tra questi si vedano ad esempio il rapporto del *New Lines Institute for Strategy and Policy*, *Multilateral Asset Transfer: A Proposal for Ensuring Reparations for Ukraine*, giugno 2013, disponibile su newlinesinstitute.org/, e anche lo studio dello *International Working Group on Russian Sanctions*, *Strengthening Financial Sanctions against the Russian Federation*, 22 giugno 2022, disponibile su www.fsi.stanford.edu/working-group-sanctions. Per quanto concerne in modo specifico il diritto internazionale cfr. M.T. KAMMINGA, "Confiscating Russia's Frozen Central Bank Assets: A permissible Third-Party Countermeasures?", in *Netherlands International Law Review* 2023, p. 1 ss., A. MOISEIENKO, "Legal, The freezing of the Russian Central Bank's Assets", in *European Journal of International Law* 2023, p. 1007 ss.; ID., "Sanctions, Confiscation, and the Rule of Law", in *Revue Européenne du droit* 2023, disponibile su geopolitique.eu/revues/; ed anche *Seizing Foreign Central Bank Assets: a Lawful Response to Aggression?*, cit.

²⁰ Per questi, e altri episodi analoghi, sia consentito rinviare a C. FOCARELLI, *Le contromisure* cit., p. 85 ss.

²¹ Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 687 (1991) dell'8 aprile 1991. La Commissione incaricata ha fatto l'ultimo pagamento nel gennaio 2022. Con la risoluzione n. 277 (2022), del 2 febbraio 2022, il *Governing Council of the United Nations Compensation Commission* ha dichiarato che il Governo iracheno ha adempiuto ai propri obblighi di riparazione. Con la risoluzione n. 2621 (2022), del 2 febbraio 2022, il Consiglio di Sicurezza ha quindi dichiarato concluso il mandato della Commissione, che ha chiuso formalmente il 23 dicembre 2022.

si può rinvenire neppure nell'azione dell'Assemblea Generale, convocata in sessione speciale d'emergenza sulla base del meccanismo *Uniting for peace*²². Tale meccanismo, che pur in passato ha visto l'Assemblea Generale chiedere agli Stati membri di ricorrere all'adozione di contromisure, non ha sortito lo stesso effetto nel caso in esame. Tra le risoluzioni adottate, infatti, nessuna fornisce un fondamento in tal senso all'azione degli Stati membri, neppure in quelle parti in cui, dopo aver sancito la responsabilità della Russia per i danni arrecati, si esprime l'esigenza di un meccanismo internazionale per il risarcimento dei danni causati all'Ucraina e la previsione di un registro dei danni subiti²³. Il carattere 'collettivo' delle misure, in quanto adottate nei confronti della Russia da parte dall'UE e da un gruppo di Stati, non ne modifica pertanto il carattere unilaterale²⁴.

3. Contromisure e legittima difesa collettiva in risposta a un attacco armato

Esclusa la possibilità di rinvenire un fondamento istituzionale nelle risoluzioni dell'Assemblea Generale, non rimane che inquadrare l'eventuale confisca delle

²² Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 2623 (2022), del 27 febbraio 2022, nella quale il Consiglio di Sicurezza, preso atto dell'impossibilità di deliberare sull'aggressione a causa del veto russo, convoca una sessione speciale dell'Assemblea Generale.

²³ Si tratta della quinta risoluzione dell'Assemblea Generale, *Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/5 del 14 novembre 2022, adottata durante la sessione speciale d'emergenza convocata in seguito alla risoluzione del Consiglio di Sicurezza. Per considerazioni più precise cfr. M. ARCARI, "The conflict in Ukraine and the hurdleless of collective action", in *QIL – Questions of International Law 2022, Zoom-out* 96, p. 7 ss., disponibile su www.qil-qdi.org, e "Contromisure e obblighi di regolamento delle controversie nella responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti", in G. PALMISANO, *Gaetano Arangio-Ruiz - La lezione di una vita – Cos'è e com'è il diritto internazionale*, Roma, 2023, p. 81 ss.: «Anche la risoluzione concernente la creazione di un registro internazionale dei danni subiti dall'Ucraina si colloca, più che nella linea delle «efficaci misure collettive... per reprimere gli atti di aggressione o le altre violazioni della pace» di cui all'art. 1, par. 1 della Carta delle Nazioni Unite, nell'ottica della determinazione delle conseguenze giuridiche dell'illecita azione militare russa. Proprio su quest'ultimo versante, la risoluzione è stata vivacemente contestata da alcuni Stati, in quanto iniziativa corrispondente all'assunzione di un ruolo 'para-giudiziario' da parte dell'Assemblea generale, ultroneo rispetto alle competenze dell'organo» (p. 91). Nel corso dell'undicesima sessione speciale, l'Assemblea Generale ha adottato cinque risoluzioni. La prima risoluzione, che richiama nel preambolo la risoluzione 377 A (V) del 3 novembre 1950 «*Uniting for peace*», è intitolata «*Aggression against Ukraine*» ed è stata adottata a larga maggioranza, con soli 5 voti contrari e 35 astensioni (UN Doc. A/ES-11/1 del 2 marzo 2022). Le altre risoluzioni hanno avuto ad oggetto le conseguenze umanitarie dell'aggressione (Assemblea generale, UN Doc. A/RES/ES-11/2 del 24 marzo 2022) e la sospensione della Russia dallo *Human Right Council* (Assemblea generale, UN Doc. A/RES/ES-11/3 del 7 aprile 2022). La quarta risoluzione, dal titolo «*Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations*» ha tra l'altro dichiarato l'invalidità dei referendum organizzati nei territori sotto occupazione russa (Assemblea generale, UN Doc. A/RES/ES-11/4 del 24 marzo 2022).

²⁴ Si vedano le osservazioni riguardo all'UE di D. ALLAND, "Les mesures de réaction à l'illicite prises par l'Union Européenne motif pris d'un certain intérêt général", in *Rivista di diritto internazionale* 2022, p. 369 ss.

riserve monetarie russe, e i provvedimenti alternativi ipotizzati dall'Unione europea, tra le reazioni decentrate all'illecito, in particolare tra le conseguenze della violazione grave di obblighi *erga omnes* derivanti da norme di *jus cogens*²⁵. A tale riguardo, è nota la posizione fatta propria dal progetto di codificazione delle Nazioni Unite sulla responsabilità degli Stati, in merito all'adozione di contromisure da parte di Stati terzi²⁶. In seguito all'opposizione manifestata da numerosi Stati e alla luce di una prassi considerata all'epoca ancora *embryonnaire*, la Commissione del diritto internazionale ha infine rinunciato all'idea di prendere posizione sulla questione della legittimità delle contromisure da parte degli Stati non direttamente lesi dall'illecito²⁷. La formulazione dell'art. 54 rappresenta pertanto una situazione di compromesso, una norma di 'salvaguardia' rispetto a una possibile evoluzione della prassi internazionale.²⁸ In tale prospettiva, l'art. 54 fa salvo il diritto di chi invochi la responsabilità di uno Stato «to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached». Come si evince dal commento alla norma, la Commissione ha preferito rinunciare all'uso

²⁵ Il rapporto tra norme di *Jus cogens* e obblighi *erga omnes* è stato in passato oggetto di molteplici e approfondite analisi ed è impossibile essere esaustivi. In tale sede ci si limita a rinviare, per tutti, a G. GAJA, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law* 1981, p. 271 ss.; ID., "Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts", in *International Crimes of States: A Critical Analysis of ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, J.H.H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (eds), Berlin, 1989, p. 151 ss.; ID., "The Protection of General Interests in the International Community", in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law* 2013, p. 9 ss.; P. PICONE, "Obblighi *erga omnes* e codificazione della responsabilità degli Stati", in *Rivista di diritto internazionale* 2005, p. 893 ss.; ID., "La distinzione tra norme internazionali di *Jus Cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto internazionale* 2008, p. 5 ss. Entrambi sono riprodotti insieme ad altri studi anche in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Napoli, 2013; ID., "Gli obblighi *erga omnes* tra passato e futuro", *Proceeding of the Ravenna Conference 7-8 May 2015*, in *QIL – Questions of International Law* 2015, disponibile su www.qil-qdi.org; B. SIMMA, "Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility", in *International Law at a time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Boston, London, 1989, p. 821 ss.

²⁶ Per una visione retrospettiva del Progetto cfr. J. CRAWFORD, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a Retrospect", in *The American Journal of International Law* 2002, p. 874 ss.

²⁷ La Commissione ha quindi rinunciato alle norme proposte dal relatore che riconoscevano la possibilità di adottare contromisure. Nel terzo rapporto il relatore speciale aveva invero proposto due articoli, gli articoli 50A e 50B, intitolati rispettivamente «Countermeasures on behalf of an injured State» e «Countermeasures in cases of serious breaches of obligations to the international community as a whole». Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Third Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/507 and add. 1-4, del 15 marzo, 15 giugno, 10 e 18 luglio e 4 agosto 2000, p. 108.

²⁸ *Draft articles*, cit. p. 353. L'art. 54 sancisce: «This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State to ensure cessation, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached».

dell'espressione 'contromisure', proprio al fine di salvaguardare le diverse posizioni su tale materia. Il risultato è quello di una norma ambigua, che si presta a letture diverse. Un'ambiguità che si ripete peraltro nel più recente progetto di codificazione sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali che, all'art. 57, utilizza una formula analoga a quella utilizzata dieci anni prima nel progetto di codificazione sulla responsabilità degli Stati.²⁹

In una prospettiva diversa si pone invece la risoluzione adottata nel 2007 dall'*Institut du Droit International* nella sessione di Cracovia, nella quale l'adozione delle contromisure da parte di Stati terzi è riconosciuta in modo esplicito.³⁰ Attualmente, l'evoluzione della prassi in senso favorevole all'adozione delle contromisure è sostenuta in modo deciso da vari studi, peraltro avvalorati

²⁹ Cfr. "Draft articles on the responsibilities of international organizations, with commentaries", in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, Vol. II, parte seconda. L'art. 57, intitolato «Measures taken by States or international organisations other than the injured State or organisation» recita: «This chapter does not prejudice the right of any State or, entitled under article 49, paragraph 1 to 3, to invoke the responsibility of another international organization, to take lawful measures against that organization to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or organization of the beneficiaries of the obligation breached». Il recente progetto sulle conseguenze derivanti dalle norme imperative del diritto internazionale generale non fa invece nessun riferimento alle contromisure, ma si limita a riaffermare il dovere degli Stati di cooperare per mettere fine alla violazione grave di obblighi di *jus cogens*, attraverso il ricorso a «*moyens licites*». Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Projet de conclusion sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (Jus cogens)*, 2002, in *Annuaire del Commission du droit international*, 2002, vol. II (2). Come precisato nel Commento alla conclusione n. 19 «The obligation to cooperate to bring to an end serious breaches of obligations arising under peremptory norms of general international law (*jus cogens*) is to be carried out «through lawful means». This means that the breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) may not serve as a justification for the breach of other rules of international law», General Assembly, *Official Records, Seventy-fourth Session, Supplement N. 10 (A/74/10) Report of the International Law Commission, Seventy-first session*, p. 194.

³⁰ Si veda la risoluzione intitolata «Obligations *erga omnes* in International Law» che, all'art. 5 sancisce: «Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligation is owed: (c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach». Cfr. anche il rapporto del relatore G. Gaja: «the main reason why the issues of counter-measures in relation to breaches of obligations *erga omnes* appears so controversial is the presence of two serious and conflicting risk: on the one hand, by not allowing an adequate response, and, on the other hand, that powerful States may abuse any power to take counter-measures that may be granted to States other than those injured. The risk of abuses causes little harm when a State simply puts forward a claim or takes it to the Court; it became significant when the claim is coupled by measures that are coercive. While it would seem impractical to require that counter-measures be only allowed if taken collectively, it may be more reasonable to assume that countermeasures may be taken by States other than those injured only if there is widespread acknowledgement within the international community of the existence of a breach» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p. 119 ss., p. 148 per la citazione).

dall'analisi di una copiosa prassi, ma non mancano anche posizioni contrarie³¹. Alla luce di tali presupposti, la questione appare tuttora controversa.

La grave violazione del divieto dell'uso della forza da parte della Russia avrebbe giustificato una reazione in legittima difesa collettiva, in conformità all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. Anche in considerazione dell'invio di armi, nonché degli aiuti militari e logistici a favore dell'Ucraina, il coinvolgimento degli Stati occidentali nel conflitto è stato peraltro condannato in più di un'occasione dal Governo russo, con la minaccia non tanto velata di un'*escalation* verso un conflitto nucleare³². Per contro, la posizione dei Paesi occidentali è sempre stata netta nel rifiuto di un qualunque coinvolgimento nel conflitto. Nelle conclusioni adottate nel dicembre scorso, il Consiglio europeo si è limitato a riaffermare il proprio sostegno e il diritto al ricorso alla legittima difesa da parte dell'Ucraina, senza peraltro che quest'ultimo sia stato mai comunicato formalmente al Consiglio di Sicurezza, come l'art. 51 richiederebbe. Nessun formale riferimento alla legittima difesa collettiva, inoltre, è stato effettuato dagli altri Paesi che hanno adottato misure economiche nei confronti della Russia. Al contrario, in certi casi i provvedimenti adottati evidenziano anche lo scopo di tutelare valori diversi dall'attuazione del diritto internazionale, quali ad esempio la sicurezza nazionale, come evidenziato dall'*Executive Order* con cui gli Stati Uniti hanno adottato i provvedimenti sanzionatori³³.

Nonostante l'assenza di un riferimento formale, si potrebbe pensare che la legittima difesa possa comunque costituire una base giuridica anche per l'adozione di contromisure economiche. Tuttavia, la possibilità di ricondurre l'adozione di misure non comportanti l'uso della forza alla scriminante della legittima difesa non appare del tutto scontata.

Nel parere consultivo relativo alla costruzione del muro in Palestina, la Corte internazionale di giustizia ha escluso la scriminante della legittima difesa sul presupposto della mancanza di un attacco armato internazionale. Nella propria opinione separata, tuttavia, il giudice *Higgins* ha messo in dubbio che la costruzione del muro potesse comunque rientrare nella legittima difesa, ai sensi dell'art. 51 del-

³¹ Cfr., per tutti, in senso favorevole, M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, 2017; ID., "Public Law enforcement without public law safeguards? An analysis of State practice on third-party countermeasures and their relationship to the UN Security Council", reperibile su www.academic.oup.com; *contra* C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Milano, 2021, 6^aed., p. 701 ss.; ID., "International Law and third -party countermeasures in the age of global instant communication", in *Questions of International Law 2016, Zoom-in 29*, p. 16 ss., ID., *Le contromisure cit.*, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³² Cfr. G. BARTOLINI, "The provision of belligerent materials in the Russia-Ukraine conflict: Beyond the law of neutrality", in *QIL – Questions of International Law 2023, Zoom-out 99*, p. 3 ss.; K. AMBOS, "Will a State Supplying Weapons to Ukraine Become a Party to the Conflict and thus Be Exposed to Countermeasures?", in *EJIL: Talk!*, 2 marzo 2022; M. ARCARI, "The conflict in Ukraine and the hurdless of collective action", cit.

³³ Cfr. l'*Executive Order* 14065, *Blocking Property of Certain Persons and Prohibiting Certain Transactions with Respect to Continued Russian Efforts To Undermine the Sovereignty and Territorial Integrity of Ukraine*, del 21 febbraio 2022, riprodotto in *Digest of United State Practice in International Law 2022*, p. 630 ss.

la Carta delle Nazioni Unite³⁴. Anche il progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, peraltro, sembra considerare la legittima difesa solo quale eccezione al divieto dell'uso della forza, lasciando presupporre che in essa rientrino solo comportamenti di analogo tenore. Ciò sembra trovare conferma nella mancanza di una definizione, per la quale si rinvia esclusivamente «to the applicable primary rules referred to in the Charter»³⁵. Un margine di dubbio emerge comunque nel commento all'art. 21, in cui si afferma che la legittima difesa «may justify non performance of certain obligations other than that under Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Charter, provided that such non-performance is related to the breach of that provision», lasciando così presumere che sia possibile adottare misure non comportanti l'uso della forza a titolo di legittima difesa³⁶.

Rimane quindi il dubbio che la scriminante della legittima difesa possa operare solo riguardo a eventuali reazioni comportanti l'uso della forza armata³⁷. Si tratta di un'impostazione, tuttavia, che appare eccessivamente limitata, soprattutto alla luce delle origini storiche che caratterizzano gli istituti della legittima difesa e della rappresaglia. A tale riguardo, una serie di elementi deve in ogni caso essere presa in considerazione.

³⁴ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo del 9 luglio 2004, nonché l'opinione separata del giudice Higgins, par. 35. Nel caso relativo alle attività militari e paramilitari in Nicaragua, il termine 'contromisure' sembra essere utilizzato quale sinonimo della legittima difesa collettiva: «While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot, as the Court has already observed [...] produce any entitlement to take collective counter-measures involving the use of force. The acts of which Nicaragua is accused, even assuming them to have been established and imputable to that State, could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, namely El Salvador, Honduras or Costa Rica. They could not justify counter-measures taken by a third State, the United States, and particularly could not justify intervention involving the use of force» (*Separate Opinion* del Giudice Higgins, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua v. United States of America]*, Corte internazionale di giustizia, sentenza del 17 giugno 1986, par. 249). In tale prospettiva C. FOCARELLI, "International Law and third-party countermeasures in the age of global instant communication", in *QIL – Questions of International Law 2016, Zoom-in 29*, p. 16 ss.

³⁵ Commissione di diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part. II, p. 75, par. 6: «Article 21 simply reflects the basic principle for the purpose of chapter V, leaving questions of the extent and application of self-defence to the applicable primary rules referred to in the Charter».

³⁶ *Draft articles* cit. p. 74, par. 2.

³⁷ Nell'ottica del progetto, la legittima difesa viene infatti definita attraverso le norme primarie del diritto internazionale, e contribuisce a definire il divieto dell'uso della forza di cui all'art. 2, par. 4 della Carta. A tale riguardo, merita osservare come non manchino peraltro recenti studi che, soprattutto attraverso la ricostruzione storica dell'istituto, attestano anche l'esistenza parallela di una norma secondaria che consentirebbe di attribuire a tale istituto un contenuto più ampio. Per un'ampia e approfondita analisi del rapporto tra misure non comportanti l'uso della forza e legittima difesa cfr. R. BUCHAN, "Non-forcible measures and the law of self-defence", in *International and Comparative Law Quarterly* 2023, p. 1 ss.

In primo luogo, occorre considerare come l'opposizione all'adozione di contromisure da parte degli Stati non direttamente lesi dall'illecito dipenda prevalentemente dal timore di un loro abuso da parte dei Paesi dominanti, timore che non appare fondato nel caso di specie, qualora si consideri che la condanna dell'aggressione russa è stata votata all'Assemblea Generale da una vasta maggioranza di Stati³⁸. In secondo luogo, ci sembra che, forse anche per la difficoltà di distinguere tra contromisure e legittima difesa, sia possibile riscontrare la tendenza a riconoscere la liceità del ricorso a contromisure non comportanti l'uso della forza, quantomeno nel caso in cui vi sia una violazione importante del divieto dell'uso della forza, che consentirebbe di agire in legittima difesa collettiva³⁹. Appare pertanto logico muoversi in tale direzione, e verificare la compatibilità delle misure in esame con i requisiti delle contromisure.

4. Il carattere transitorio e reversibile delle contromisure

Le nuove misure allo studio dei Paesi del G7, come abbiamo visto, hanno ad oggetto la confisca delle riserve monetarie, oppure una confisca, o prelievo dei rendimenti prodotti in seguito al congelamento. Oltre a indurre la Russia a desistere dall'aggressione, secondo quel che è dato capire, lo scopo delle misure dovrebbe essere quello di contribuire alla ricostruzione dell'Ucraina e garantire pertanto il risarcimento dei danni provocati dalla Russia. È ragionevole pensare che, nei danni arrecati, possano rientrare anche quelli derivanti dalla violazione dei diritti umani, oggetto dell'azione presentata dall'Ucraina di fronte alla Corte internazionale di giustizia⁴⁰.

A tale riguardo, merita ricordare come, tradizionalmente, l'obiettivo specifico delle contromisure riguardi la cessazione dell'illecito e la reintegrazione dell'ordinamento giuridico violato, senza che dalle stesse possa evincersi un qualunque intento punitivo. Oltre a dover rispettare una certa proporzionalità rispetto all'illecito, le contromisure hanno per loro natura un carattere temporaneo: esse sono considerate lecite solo finché perdura l'illecito e, in tale prospettiva, devono consistere in misure tendenzialmente reversibili. Tali finalità sono state chiaramente messe in luce nel noto enunciato espresso dalla Corte internazionale

³⁸ *Supra*, nota 21.

³⁹ Cfr. B. CONFORTI, M. IOVANE *Diritto internazionale*, Napoli, 2021¹², p. 451 ss., in particolare p. 459, secondo cui la prassi relativa alle contromisure collettive si riferisce prevalentemente ai casi violazione del divieto dell'uso della forza e, in tale contesto, interventi militari e contromisure non implicanti l'uso della forza rientrerebbero nella legittima difesa collettiva. Cfr. anche M. AKEHURST, "Reprisals by Third States", in *British Yearbook of International Law* 1970, p. 1 ss. Inoltre, come si evince dal terzo rapporto presentato dal relatore speciale Crawford «despite the selectiveness of practice, none of the instances concerns isolated or minor violations of collective obligations [...]». With all due caution, it seems possible to say that reactions were only taken in response to severe violations of collective obligations» (Commissione di diritto internazionale, *Third Report on State Responsibility*, cit., par. 399).

⁴⁰ Corte internazionale di giustizia, *Allegation of Genocide under the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, ordinanza del 2 febbraio 2014.

di giustizia nel caso *Gabčíkovo Nagymaros*, secondo cui lo scopo delle contromisure «must be to induce the wrongdoing State to comply with its obligations under international law, and that the measure must therefore be reversible»⁴¹.

Analoghi requisiti sono indicati nell'art. 49 del progetto di codificazione sulla responsabilità degli Stati in cui, dopo aver ripreso il principio espresso dalla Corte internazionale di giustizia, si precisa che le contromisure «are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State» ed anche che esse devono «as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question».

La necessità che i provvedimenti abbiano carattere temporaneo e reversibile è peraltro insita nella natura stessa delle contromisure, che non possono avere carattere punitivo, ma tendere soltanto a ristabilire la legalità violata. Ciò è peraltro ben precisato anche nel commento all'art. 49, in cui si precisa che lo scopo delle contromisure «is the restoration of a condition of legality as between the injured State and the responsible State, and not the creation of new situations which cannot be rectified whatever the response of the latter State to the claims against it. Countermeasures are taken as a form of inducement, not punishment»⁴².

In tale contesto, appare evidente come un provvedimento di confisca non possa rientrare in tali parametri. In quanto determini una privazione della proprietà di riserve monetarie straniere, la confisca è un atto per sua natura istantaneo e definitivo, e quindi non transitorio. A differenza del mero congelamento, la confisca non è quindi reversibile né temporanea. Alla luce di tali considerazioni, non sembra che la proposta tendente a confiscare le riserve monetarie della Banca Centrale di Russia possa ritenersi giustificata. Ciò vale anche qualora non si consideri il criterio della reversibilità delle contromisure come un'esigenza assoluta, alla luce del fatto che, secondo l'art. 49, le contromisure dovrebbero consentire di riprendere l'adempimento degli obblighi in questione solo «as far as possible». Come si evince dal commento, tale clausola è motivata dalla considerazione che non sempre può essere possibile «to reverse all of the effects of countermeasures after the occasion for taking them has ceased», ma questo non significa che lo stesso oggetto della contromisura possa consistere in un pregiudizio definitivo. Infatti «*inflicting* irreparable damage on the responsible State could amount to punishment or a sanction for non-compliance, not a countermeasure as conceived in the articles»⁴³. In tale prospettiva, il commento precisa anche che «The phrase "as far as possible" in paragraph 3 indicates that if the injured State has a

⁴¹ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia*, sentenza del 25 settembre 1997, par. 87.

⁴² Cfr. Commissione dei diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte seconda, p. 131, par. 7.

⁴³ Commissione di diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, cit., p. 131, par. 9.

choice between a number of lawful and effective countermeasures, it should select one which permits the resumption of performance of the obligations suspended as a result of countermeasures»⁴⁴.

Più complessa appare invece la valutazione della proposta europea, che è comunque più moderata rispetto alla proposta degli Stati Uniti. Al momento, come si è detto, si è deciso solo di porre in conti separati capitale e rendimenti e, in ogni caso, le riserve monetarie, in quanto tali, non verrebbero toccate: il blocco delle stesse sarebbe pertanto reversibile. Per quanto riguarda il prelievo dei rendimenti, al momento non ne sono note le modalità, né la base giuridica dello stesso. Secondo le notizie di stampa più recenti, come si è detto, le somme potrebbero essere destinate all'Ucraina in parte attraverso la *European Peace Facility* e in parte per il tramite del budget dell'Unione.

Indipendentemente dalle modalità, anche la sola appropriazione dei profitti delle somme depositate potrebbe non rispondere pienamente alle condizioni sopra esaminate. Una valutazione precisa richiederebbe di conoscere nel dettaglio le condizioni contrattuali che disciplinano i rapporti con i *Central Securities Depositories*, anche al fine di valutare le modalità e il momento in cui i rendimenti sono attribuiti in proprietà alla Banca Centrale di Russia. Comunque sia, per il periodo in cui venga effettuato, anche lo sviamento dei rendimenti potrebbe costituire una forma di confisca, una sorta di *creeping expropriation*, qualora essi rappresentino il frutto del capitale congelato.

Un ulteriore elemento che solleva qualche perplessità riguarda la finalità dei provvedimenti allo studio: per quanto non sia totalmente chiaro, sia la confisca che l'eventuale prelievo dovrebbero, come già osservato, avere anche lo scopo di riparare il danno causato all'Ucraina. Rimane da chiedersi, tuttavia, se questo possa essere considerato un obiettivo legittimo. Nel commento all'art. 49, la Commissione sembra indicare che lo scopo delle contromisure possa riguardare anche la riparazione per l'illecito subito: «In many cases the main focus of countermeasures will be to ensure cessation of a continuing wrongful act, but they may also be taken to ensure reparation, provided the other conditions laid down in chapter II are satisfied»⁴⁵.

Tuttavia, anche ammettendo che la riparazione dell'illecito possa costituire un obiettivo delle contromisure adottate dallo Stato che sia stato direttamente leso dall'illecito, non appare così scontato che tale finalità possa contraddistinguere anche le contromisure adottate dagli Stati terzi, soprattutto in considerazione della diversa posizione in cui essi si trovano. Per quanto riguarda le varie forme della

⁴⁴ Ibidem: «However, the duty to choose measures that are reversible is not absolute. It may not be possible in all cases to reverse all of the effects of countermeasures after the occasion for taking them has ceased. For example, a requirement of notification of some activity is of no value after the activity has been undertaken. By contrast, *inflicting* irreparable damage on the responsible State could amount to punishment or a sanction for non-compliance, not a countermeasure as conceived in the articles» (p. 131, par. 9).

⁴⁵ Ivi, par. 8, p. 131.

riparazione dell'illecito, ad esempio, spetta solo allo Stato leso determinarne le modalità e, in ipotesi, anche rinunciare alla riparazione. Gli altri Stati, pertanto, non dovrebbero potersi muovere in modo indipendente. Ne verrebbe fuori una situazione che ricorda una delle proposte effettuate dal relatore speciale Crawford, l'art. 50 A, intitolata *Countermeasures on behalf of the injured States*, che, come si è detto, è stata poi accantonata. Secondo tale disposizione «Any other State entitled to invoke the responsibility of a State [...] may take countermeasures at the request and on behalf of an injured State, subject to any conditions laid down by that State and to the extent that that State is itself entitled to take those countermeasures»⁴⁶. Come già osservato, tuttavia, l'acceso dibattito che ne è scaturito ha poi indotto la Commissione ad approvare l'attuale norma, a salvaguardia di un eventuale sviluppo progressivo della materia.

La questione delle finalità delle contromisure è stata peraltro oggetto specifico di discussione durante i lavori di codificazione sulla responsabilità degli Stati e, a tale riguardo, è significativa la netta posizione assunta da Gaja, tesa a sottolineare l'inesistenza di una prassi che indichi la riparazione tra gli scopi delle contromisure:

In most of the cases referred to and probably in all cases, the only purpose of countermeasures was to bring about the cessation of an allegedly wrongful act. There was no evidence that States used collective countermeasures to obtain reparation. Even if States were entitled to seek reparation, practice appeared to justify the adoption of countermeasures only in relation to cessation. There was thus no perfect parallel, and that was entirely comprehensible and must be seen in a positive light because the Commission was not trying to extend countermeasures to the full range of uses to which they might be put. Countermeasures should thus be regarded as admissible only to the extent that their purpose was cessation⁴⁷.

La possibilità per ogni Stato di chiedere l'esecuzione dell'obbligo di riparazione «in the interest of the injured State» è attualmente prevista dall'art. 48, par. 2, lett. (b) del progetto di codificazione ma, in primo luogo, tale norma non ha attinenza con l'attuazione coercitiva della riparazione e, come precisato nel commento, si tratta ancora di una disposizione che ha ad oggetto «a measure of progressive development»⁴⁸. Tale norma potrebbe anche consentire che la funzione strumentale delle contromisure di Stati terzi possa avere uno sviluppo in tal senso ma, come attenti studi hanno evidenziato, la prassi esistente sembra confermare che l'adozione di contromisure da parte di Stati terzi possa essere finalizzata unicamente alla cessazione dell'illecito e non alla sua riparazione⁴⁹.

⁴⁶ Commissione di diritto internazionale, *Third Report*, cit., p. 108.

⁴⁷ Cfr. Commissione di diritto internazionale, *Summary records of the meetings of the fifty-second session, 1 May-9 June and 10 July-18 August 2000*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2000, vol. I, p. 308, par. 58.

⁴⁸ Commissione di diritto internazionale, *Report of the International Law Commission*, cit., p. 127, par. 12.

⁴⁹ Secondo M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures...*, cit., p. 302, «a sound analytical basis as embodied in Article 48 (2) (b) ARSIWA, nevertheless exists to suggest that the instrumen-

5. Considerazioni conclusive

La valutazione delle recenti proposte relative alla confisca delle riserve monetarie russe ha reso necessario rivisitare tematiche importanti del diritto internazionale, che da sempre sono oggetto di discussione e sulle quali è difficile trovare unanimità di vedute. La grave violazione della Russia di una norma cogente che pone obblighi *erga omnes*, quale il divieto dell'uso della forza, giustifica indubbiamente le contromisure che sono state fino ad oggi adottate da un consistente numero di Paesi e dall'Unione europea. Ci sembra tuttavia che siano emersi in modo abbastanza evidente gli aspetti problematici dei provvedimenti che l'Unione Europea e gli Stati del G7 sembrano intenzionati a prendere nel prossimo futuro.

La gravità del crimine commesso ai danni dell'Ucraina, con le conseguenze, politiche ed economiche, che ne sono derivate, rende comprensibile la ricerca di ulteriori mezzi di dissuasione da parte di Paesi che condividono valori comuni. Non si può escludere, inoltre, che contromisure che ad oggi non sono del tutto conformi al diritto internazionale possano essere attuate in un'ottica di sviluppo progressivo, ma il cammino non sembra facile e, al momento, esse sarebbero comunque illecite.

Si è visto come misure in parte simili siano state adottate in passato nei confronti del Kuwait, ma ciò è stato possibile solo grazie all'intervento del Consiglio di Sicurezza. Di fronte alla paralisi delle Nazioni Unite, quelle stesse misure sono oggi difficilmente proponibili, a causa della mancanza di valori comuni, rappresentativi delle varie componenti della Comunità internazionale. Oltre ad aver creato una pesante condizione d'insicurezza nei Paesi europei, l'aggressione russa decreta anche la fine di un mondo che sembrava potersi riconoscere in molti dei valori occidentali.

La scelta di soluzioni che siano conformi al diritto internazionale sarebbe preferibile. Come si è visto nelle pagine precedenti, la discussione in merito alla risoluzione dell'Assemblea Generale relativa alla creazione di un registro dei danni subiti dall'Ucraina, ha mostrato un'ampia parte della Comunità internazionale pronunciarsi sfavorevolmente rispetto all'assunzione di un compito, che non è stato considerato di pertinenza dell'Assemblea Generale. A maggior ragione, sembra difficile ritenere che la riparazione dei danni subiti possa essere ottenuta, a conflitto in corso, per il tramite di misure assunte unilateralmente da un gruppo di Stati.

Rimane peraltro anche il dubbio che la riparazione dei danni sia la vera finalità dei provvedimenti allo studio. Nel recente discorso pronunciato di fronte al Parlamento europeo, la Presidente della Commissione ha evidenziato la necessità di rafforzare le difese europee e non ha escluso orizzonti di guerra. Nel contesto di un lungo discorso, teso a ribadire il legame e l'aiuto nei confronti dell'Ucraina, la Presidente non sembra escludere la possibilità che la liquidità recuperata attraverso la

tal function of third-party countermeasures may develop to also include reparation» ma «From the extensive State practice examined in Chapter 4, it appears that third -party countermeasures have almost always been adopted to ensure cessation of wrongful conduct. With the possible exception of the KAL 007 flight incident, third-party countermeasures have simply not been adopted to obtain any form of reparation» (p. 299).

confisca possa essere utilizzata per la difesa del Paese, facendo così un passo ulteriore nella direzione di un coinvolgimento nel conflitto in corso. Essa ha affermato: «And beyond that, I would like us to think bigger. It is time to start a conversation about using the windfall profits of frozen Russian assets to jointly purchase military equipment for Ukraine. There could be no stronger symbol and no greater use for that money than to make Ukraine and all of Europe a safer place to live»⁵⁰.

Si tratta di una scelta politica sulla quale non sono possibili commenti in tale sede, anche se il rischio di un aggravamento del conflitto in corso non è certo auspicabile. Rimane inoltre la convinzione che la gravità dei fatti commessi non possa giustificare l'attuazione di comportamenti che fuoriescano dal perimetro della legalità.

ABSTRACT. The Confiscation of Russian Central Bank Reserves: A Cure Worse than the Disease?

The article carries out an in-depth analysis of the proposals relating to the possible confiscation of all or part of the monetary reserves of the Central Bank of Russia, currently under consideration by the EU and the United States, with a view to assessing their compliance with international law. The article first addresses the issue of a foreign State's sovereign immunity from execution for public assets. It then mostly focuses on the questions relating to the possible third States' reactions to serious violation of *jus cogens* rules imposing *erga omnes* obligations.

Keywords: countermeasures; self-defence; states immunity; confiscation; state's responsibility; use of force.

⁵⁰ Cfr. *Speech by President von der Layen at the European Parliament Plenary on strengthening European defence in a volatile geopolitical landscape*, 28 febbraio 2024, reperibile su neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu.