

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 10 • 2023

ISSN 2465-0927

Conflitti armati contemporanei: implicazioni e reazioni •
Politiche migratorie e nuovi strumenti giuridici: analisi e criticità •
Sviluppi in materia di immunità degli Stati
e dei funzionari internazionali • Evoluzioni e involuzioni
in materia di diritti umani • Tutela della persona nei rapporti tra privati •
Vecchie e nuove sfide per l'Unione europea •
Global South, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea

editoriale scientifica

La contestazione delle norme in materia di responsabilità degli Stati rispetto agli abusi coloniali: le proposte del Sud del mondo

RACHELE MARCONI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni giuridiche controverse in tema di responsabilità degli Stati per abusi coloniali. – 3. Questioni relative al principio di intertemporalità. – 3.1. Rilievi sul primo caposaldo del principio di intertemporalità. – 3.2. Rilievi sul secondo caposaldo del principio di intertemporalità. – 4. Questioni relative alla scelta della (eventuale) forma di riparazione. – 5. Conclusioni: verso una riconcettualizzazione delle norme in tema di responsabilità degli Stati in ipotesi di abusi coloniali?

ABSTRACT: Negli ultimi decenni, le cause legali intentate dalle ex colonie contro le loro ex potenze coloniali hanno evidenziato le profonde e durevoli implicazioni del colonialismo sul diritto internazionale. Ad oggi, si rinviene una certa tensione tra la riluttanza delle ex potenze coloniali a riconoscere e affrontare le ingiustizie coloniali, da un lato, e la volontà di riconciliarsi con il passato coloniale, dall'altro, che genera frustrazione nelle ex colonie per l'impossibilità di ottenere giustizia attraverso gli strumenti giuridici esistenti. In tale contesto, il contributo si propone di esaminare la contestazione del Sud del mondo delle norme internazionali vigenti in tema di responsabilità degli Stati per abusi coloniali. La disamina si concentrerà in particolare sulle critiche mosse dal Sud del mondo rispetto all'interpretazione e all'applicazione del principio di intertemporalità, alla scelta dell'(ipotetica) forma di riparazione per abusi coloniali e ai metodi per quantificare l'ammontare del risarcimento dovuto in ipotesi di crimini storici. S'intende in tal modo rilevare il potenziale impatto che le prospettive del Sud del mondo possono avere sulle categorie e sui principi giuridici del regime della responsabilità degli Stati, al fine di verificare se, ed eventualmente in che misura, si possa configurare uno spazio per una riconcettualizzazione delle norme sulla riparazione per i crimini coloniali.

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Cagliari, rachele.marconi@unica.it.

PAROLE CHIAVE: responsabilità degli Stati – crimini storici – riparazione – principio di intertemporalità – Sud del mondo – colonialismo.

1. Introduzione

By its nature, the law is a conservative tool when deployed in the struggle for social change, and courts are naturally cautious and skeptical of the property claims of the poor and marginalized, especially where such claims have the potential to upset legal precedent and reorder society¹.

Il colonialismo continua ad avere profonde e durevoli implicazioni sul diritto internazionale. Ciò appare in tutta evidenza nei crescenti tentativi di fare i conti con le ingiustizie coloniali ad es. attraverso azioni legali intentate dinanzi a tribunali nazionali e internazionali da parte di rappresentanti degli Stati che in passato erano sotto il dominio coloniale o di singole comunità tradizionali². La pretesa di questi ultimi è quella secondo la quale le ex potenze coloniali sarebbero internazionalmente responsabili delle atrocità³ commesse in epoca coloniale e, dunque, su di queste graverebbe un obbligo alla riparazione. Viceversa, gli Stati europei, nel riconoscere, eventualmente, solo una responsabilità storica e morale per gli atti compiuti, negano che qualsiasi riparazione sia dovuta alle loro ex colonie⁴.

Il recente dinamismo storiografico relativo al periodo coloniale⁵, fondato sulla sempre maggiore disponibilità di dati e documentazioni sulle atrocità perpetrate, stenta a porre le basi per una rilettura dei fatti storici

¹ M. MUTUA, *Reparations for Slavery: A Productive Strategy?*, in J. BHABHA, M. MATACHE, C. ELKINS (a cura di), *Time for Reparations. A Global Perspective*, Philadelphia, 2021, p. 19 ss., p. 30.

² Si vedano, tra gli altri, E. BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, New York, 2000; A. BUSER, *Colonial Injustices and the Law of State Responsibility: The CARICOM Claim to Compensate Slavery and (Native) Genocide*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2017, p. 409 ss.

³ I termini 'atrocità', 'abuso' o 'ingiustizia' si riferiscono in questo contributo ad atti oggi qualificabili come crimini internazionali e/o violazioni di norme internazionali di *ius cogens*, commessi prima della Seconda guerra mondiale e considerati perlopiù leciti al tempo della loro commissione.

⁴ Per una panoramica delle scuse ufficiali offerte dagli Stati per le atrocità perpetrate in contesti di regime coloniale si faccia riferimento al database presente all'indirizzo: www.politicalapologies.com

⁵ O.O. TÁfWò, *Reconsidering Reparations*, New York, 2022.

sul piano del diritto internazionale. Invero, ad un sempre più diffuso «climate of credibility with respect to claims of reparations for past wrongs»⁶, riflesso in particolare nella elaborazione di misure adottate dalle ex potenze coloniali per riconciliarsi con il passato coloniale⁷, non sembra corrispondere un'accresciuta convinzione che le condotte statali volte alla riconciliazione sottendano l'esistenza di un obbligo giuridico⁸. Tale riluttanza a un inquadramento giuridico delle questioni poste dal colonialismo ha generato nelle ex colonie una certa frustrazione, che risiede nell'attuale impossibilità di rimediare con gli strumenti giuridici finora contemplati alle ingiustizie coloniali subite e alle conseguenze che queste continuano a generare nel tempo.

In tale contesto, il contributo intende esaminare la contestazione del Sud del mondo delle norme internazionali vigenti in materia di responsabilità degli Stati rispetto agli abusi coloniali. Dopo una disamina delle critiche mosse rispetto alla visione eurocentrica nell'applicazione delle norme in questione, l'analisi si concentrerà sul potenziale impatto che le prospettive del Sud del mondo possono avere sulle categorie e sui principi giuridici del regime della responsabilità degli Stati, al fine di verificare se, ed eventualmente in che misura, possa esserci spazio per una riconcettualizzazione delle norme sulla riparazione per gli abusi coloniali. In particolare, si intende rilevare se le critiche del Sud del mondo permettano già di individuare possibili criteri alternativi per la determinazione dei danni ri-

⁶ R. FALK, *Reparations, International Law, and Global Justice*, in P. DE GREIFF (a cura di), *The Handbook of Reparations*, New York, 2006, p. 478 ss., p. 497.

⁷ Per un'analisi della prassi degli Stati nell'affrontare questioni derivanti dal colonialismo, si permetta di rinviare a R. MARCONI, *States before their colonial past: Practice in addressing responsibility*, in *QIL, Zoom-out*, 2024, p. 25 ss.

⁸ Per un recente esempio di sforzo di riconciliazione non accompagnato da un riconoscimento della responsabilità giuridica per gli abusi coloniali v., su tutti, Repubblica federale della Germania, Repubblica di Namibia, Dichiarazione congiunta *United in remembrance of our colonial past, united in our will to reconcile, united in our vision of the future*, 28 maggio 2021, www.parliament.na. Per una critica dell'accordo, C.S. NAMAKULA, *Reparations without reparation: A critique of the Germany-Namibia Accord on colonial genocide*, in *African Yearbook on International Humanitarian Law*, 2021, p. 46 ss. Per un riepilogo della posizione della Germania circa la non applicabilità delle norme di diritto internazionale convenzionali e consuetudinarie sul genocidio all'epoca dei fatti, si consulti la relazione dei Servizi scientifici del Bundestag su *Der Aufstand der Volksgruppen der Herero und Nama in Deutsch-Südwestafrika (1904-1908) Völkerrechtliche Implikationen und haftungsrechtliche Konsequenzen*, 27 settembre 2016, disponibile sul sito ufficiale del Bundestag www.bundestag.de

sarcibili, per la scelta della forma di riparazione e per l'ammontare del risarcimento dovuto in ipotesi di crimini storici.

Prima di procedere, si permettano due premesse. Appare in primo luogo utile chiarire chi siano gli attori della contestazione a cui si farà riferimento nel presente contributo. Come ben noto infatti, gli approcci terzomondisti al diritto internazionale, generalmente conosciuti con l'acronimo inglese di TWAIL (*Third World Approaches to International Law*)⁹, sono parte di quella *critical scholarship* che nell'ultimo decennio del secolo scorso «began to enliven and provoke impassioned debates about the proper relation between theory and practice in international law»¹⁰ e che, come suggerisce il termine 'approcci', costituiscono «hardly a homogeneous group of like-minded intellectuals»¹¹. Posta dunque la difficoltà di inquadrare entro una categoria unica personalità intellettuali di poliformità culturale e scientifica, sarebbe in realtà arduo anche voler ricostruire in questa sede una sintesi del pensiero dei TWAIL, incredibilmente dinamico e articolato. Appare tuttavia utile tentare di rilevare i caratteri forse maggiormente riconoscibili (e riconosciuti) degli esponenti del movimento¹². Muovendo dalla premessa secondo la quale l'ordinamento giuridico internazionale sarebbe parziale per la sua origine occidentale, gli internazionalisti dei TWAIL sostengono che molti principi che regolano il diritto internazionale giustificerebbero, con la loro pretesa di universalità, l'oppressione e la soggezione dei paesi del terzo mon-

⁹ Tra i contributi più rappresentativi, v. B.S. CHIMNI, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*, New York, 1993; A. ANGHIE, B.S. CHIMNI, *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, in *Chinese Journal of International Law*, 2003, p. 77 ss.; A. ANGHIE, *Towards a Postcolonial International Law*, in P. SINGH, B. MAYER (a cura di), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism and Transnationalism*, Oxford, 2014, p. 123; N. TZOUVALA, *Capitalism As Civilisation: A History of International Law*, Cambridge, 2020.

¹⁰ A. ORFORD, F. HOFFMAN, *Introduction: Theorizing International Law*, in A. ORFORD, F. HOFFMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, 2016, p. 8 ss.

¹¹ A. BIANCHI, *Theories of International Law*, Oxford, 2016, p. 205.

¹² Sulla autoqualificazione da parte degli esponenti dei TWAIL come un movimento, si vedano, tra gli altri, A.F. SUNTER, *TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2007, p. 481; V. SRIPATI, *The United Nation's Role in Post-Conflict Constitution-Making Processes: TWAIL Insights*, in *International Community Law Review*, 2008, p. 416; O. OKAFOR, *Praxis and the International (Human Rights) Law Scholar: Toward the Intensification of TWAILian Dramaturgy*, in *Windsor Yearbook on Access to Justice*, 2016, p. 1 ss.; A.M. STONE, *Introduction to Third World Approaches to International Law (TWAIL Singapore)*, in *Oregon Review of International Law*, 2019, p. 333; M. AL ATTAR, *TWAIL: A Paradox within a Paradox*, in *International Community Law Review*, 2020, p. 170.

do¹³. La tendenza demistificatoria degli approcci terzomondisti si manifesta nell'attenzione riservata a categorie, istituti e valori talmente invalsi nel sistema giuridico internazionale da restare normalmente indiscussi e accettati pressoché come realtà naturali. In tal senso, la contestazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati appare uno dei tentativi di smascherare la natura e la logica contingenti del diritto internazionale. In particolare, talune norme in materia di responsabilità internazionale degli Stati, o meglio l'interpretazione e l'applicazione che delle stesse vengono solitamente date, non farebbero che favorire l'impunità delle ex potenze coloniali (occidentali) rispetto agli abusi commessi in epoca coloniale.

Ebbene, se si assume che il fine principale degli approcci terzomondisti sia «to understand, deconstruct, and unpack the uses of international law as a medium for the creation and perpetuation of a racialized hierarchy of international norms and institutions that subordinate non-Europeans to Europeans»¹⁴, è possibile ricomprendere in questo movimento anche commentatori appartenenti al mondo occidentale e, viceversa, escludere studiosi provenienti dal Sud del mondo che non utilizzano una lente critica terzomondista. Si farà pertanto riferimento a contestazioni delle norme in materia di responsabilità degli Stati formulate da coloro che hanno assunto un approccio terzomondista, siano questi provenienti o meno dal Sud del mondo.

In secondo luogo, bisogna sottolineare che, in via generale, queste contestazioni tendono a provenire maggiormente da commentatori e/o gruppi di studiosi piuttosto che dagli Stati del Sud del mondo. Le critiche al regime della responsabilità internazionale di seguito delineate non corrispondono spesso alle posizioni assunte dagli Stati sui cui territori insistevano le ex colonie¹⁵.

¹³ Con riferimento agli approcci terzomondisti v., tra gli altri, M. BEDJAOU, *Towards a new international economic order*, New York, 1979.

¹⁴ M. MUTUA, *What is TWAIL?*, in *ASIL Proceedings of the ASIL Ann. Meeting*, 2000, p. 31.

¹⁵ Si possono qui citare due casi di evidente scollamento tra la posizione delle comunità tradizionali o delle vittime e quella del governo dello Stato di cittadinanza delle stesse. Nel caso delle 'donne di conforto' sudcoreane, vittime del sistema giapponese di schiavitù sessuale prima e nel corso della Seconda guerra mondiale, la soluzione negoziale del 2015 tra il governo giapponese e sudcoreano in punto di riparazioni delle vittime ha trovato una forte opposizione da parte delle ex 'donne di conforto', espressa anche per vie giudiziali (v. Corte Costituzionale coreana, sentenza del 27 dicembre 2019, 2016Hun-Ma253, *Announcement of Agreement on the "Comfort Women" Issue*, all'indirizzo www.english.court.go.kr/site/eng/main.do, nonché Corte Distrettuale Centrale di Seoul,

2. Questioni giuridiche controverse in tema di responsabilità degli Stati per abusi coloniali

Quando ci si approccia al tema del colonialismo da una prospettiva di diritto internazionale, diverse spiegazioni, variamente fondate su argomentazioni giuridiche, sono impiegate per precludere qualsiasi questione relativa ai rimedi per i crimini coloniali¹⁶. Si pensi, ad es., alla prescrizione dei crimini coloniali¹⁷, al principio di intertemporalità¹⁸, al problema della legittimazione soggettiva attiva ad invocare la responsabilità internazionale per avanzare pretese risarcitorie nei confronti della ex potenza coloniale, alla difficoltà di valutare analiticamente il pregiudizio subito e, di conseguenza, l'ammontare del risarcimento dovuto dalle ex potenze coloniali¹⁹.

Nel presente contributo si farà particolare riferimento alle critiche mosse dal Sud del mondo rispetto all'interpretazione e all'applicazione del principio di intertemporalità, alla scelta della (ipotetica) forma di ripara-

sentenza dell'8 gennaio 2021, 2016 Ga-Hap 505092, *Kwak Ye-Nam et. al. v. Japan*). Allo stesso modo, la Dichiarazione congiunta *United in remembrance of our colonial past, united in our will to reconcile, united in our vision of the future* del 2021 con cui i governi della Germania e della Namibia intendevano risolvere le questioni derivanti dalla dominazione coloniale tedesca in Africa sudoccidentale non è stata accolta favorevolmente dalle comunità Herero e Nama, principali vittime delle operazioni tedesche di sterminio nel periodo compreso tra il 1904 e il 1908. I rappresentanti legali di talune associazioni delle due comunità hanno presentato un'istanza alla Corte Suprema della Namibia (numero del caso: HC-MD-CIV-MOT-REV-2023/00023) per sollevare una questione di legittimità della Dichiarazione.

¹⁶ Per una panoramica sui principali argomenti giuridici utilizzati per escludere le riparazioni per abusi coloniali, v., tra gli altri, J.F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *La réparation des crimes de l'histoire: Etat et perspectives du droit international public contemporain*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (a cura di), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, 2004, p. 39; D.L. SHELTON, *Reparations for Historical Injustices*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2006, p. 428.

¹⁷ Per i casi in cui le ex potenze coloniali hanno addotto l'istituto della prescrizione per respingere le pretese dei discendenti delle vittime coloniali, si vedano Assemblea generale, *Contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and racial intolerance Note by the Secretary-General*, UN Doc. A/74/321 del 21 agosto 2019, parr. 48-49; e Assemblea generale, *Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence Note by the Secretary-General*, UN Doc. A/76/180 del 19 luglio 2021, parr. 23, 27-29.

¹⁸ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries with commentaries*, in *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, UN Doc. A/56/10, art. 13.

¹⁹ Sul tema di veda, D. BUTT, *Rectifying International Injustice: Principles of Compensation and Restitution between Nations*, Oxford, 2009.

zione per abusi coloniali e ai metodi per quantificare l'ammontare del risarcimento dovuto.

3. Questioni relative al principio di intertemporalità

Il primo ostacolo giuridico all'applicazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati con riferimento agli abusi commessi in epoca coloniale consiste nel fatto che le condotte poste in essere dalle ex potenze coloniali non costituivano una violazione di un obbligo internazionale in capo allo Stato ai sensi delle norme internazionali allora vigenti²⁰. Al centro dell'analisi giuridica del diritto applicabile a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo²¹ vi è l'applicazione e l'interpretazione della dottrina del diritto intertemporale. Riconducibile al principio generale di diritto *tempus regit actum*²², la dottrina dell'intertemporalità è strettamente connessa al principio di non retroattività dei trattati internazionali²³ e al principio *nulla poena sine lege*²⁴. Conviene dunque fornire preliminarmente una breve analisi dei due capisaldi del principio di intertemporalità, per poi soffermarsi sulle argomentazioni addotte dagli studiosi di diritto che contestano l'interpretazione di tale principio in un'ottica TWAIL.

La formulazione della dottrina dell'intertemporalità si fa discendere dalla sentenza arbitrale del 1928 nel caso dell'*Isola di Palmas*, relativo a una disputa territoriale tra i Paesi Bassi e gli Stati Uniti, dove il noto *dictum* dell'arbitro unico e membro della Corte permanente di arbitrato, Max Huber, distingue due elementi potenzialmente in tensione tra loro. Il primo elemento richiede che «[a] juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled»²⁵. Il secondo elemento aggiunge che «the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evo-

²⁰ L'art. 13 stabilisce: «[a]n act of State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs».

²¹ Particolarmente difficile appare l'applicazione del principio intertemporale rispetto ad abusi commessi in contesti coloniali antecedenti.

²² P. TAVERNIER, *Relevance of the Intertemporal Law*, in J. CRAWFORD, A. PELLET AND S. OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 397.

²³ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, art. 28.

²⁴ Statuto di Roma che istituisce la Corte Penale Internazionale, art. 22.

²⁵ CPA, sentenza del 4 aprile 1928, *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*.

lution of law»²⁶. Mentre il primo elemento, consistente nel giudicare la legalità di un atto in base al diritto in vigore al momento in cui l'atto si verifica, è ormai consolidato in giurisprudenza²⁷ e generalmente accettato in dottrina²⁸, il secondo caposaldo del principio, che impone di tener conto di qualsiasi cambiamento del diritto applicabile nel corso del tempo, risulta alquanto controverso²⁹.

3.1. Rilievi sul primo caposaldo del principio di intertemporalità

I rilievi del Sud del mondo sulla dottrina dell'intertemporalità con riferimento agli abusi di epoca coloniale si sono concentrati sia sul primo che sul secondo caposaldo del principio. Rispetto al primo caposaldo, si registrano numerosi tentativi di ricercare in modo sistematico le fonti del diritto, orali e non, che permetterebbero di ricostruire ulteriori norme in vigore al tempo della commissione dell'atto rispetto a quelle solitamente invocate dalle ex potenze coloniali.

Tale approccio è fondato sulla premessa secondo la quale l'ordine giuridico internazionale a cavallo tra il XIX e il XX secolo aveva ancora un carattere policentrico, mentre il diritto internazionale si sarebbe costituito come sistema giuridico universale solo nel XX secolo³⁰. Su questo presupposto, la ricerca delle fonti del diritto vigenti tra le comunità colonizzate costituirebbe non solo un mero esercizio storiografico, bensì anche una corretta applicazione del diritto intertemporale³¹. In altri termini, riconoscere la coesistenza di più ordinamenti giuridici distinti significa attribuire eguale rilevanza prescrittiva a ciascuno di essi, con la conseguenza che

²⁶ CPA, *Island of Palmas*, cit., p. 845.

²⁷ CIG, sentenza del 17 novembre 1953, *The Minquiers and Ecrehos case (France/United Kingdom)*; CIG, sentenza del 10 ottobre 2002, *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, parr. 31-38; CIG, sentenza del 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*.

²⁸ Institut de Droit International, *The Intertemporal Problem in Public International Law*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, p. 536, art 1.

²⁹ Si veda, tra gli altri, U. LINDERFALK, *The Application of International Legal Norms Over Time: The Second Branch of Intertemporal Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2011, p. 150.

³⁰ M. KOSKENNIEMI, *Histories of International law: Dealing with Eurocentrism*, in *Rechtsgeschichte - Legal History*, 2011, p. 153 ss.; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, 2002.

³¹ E. MARTIN, *The Application of the Doctrine of Intertemporality in Contentious Proceedings*, Berlin, 2021.

nel valutare la legittimità degli atti commessi dalle potenze coloniali si debba far riferimento non solo alle norme di diritto internazionale (europeo) in vigore tra gli Stati *civilizzati*, ma anche al diritto vigente tra le comunità colonizzate³².

Questo approccio pone una serie di questioni di ordine storiografico e, conseguentemente, di epistemologia giuridica³³. Ci si può chiedere, tra l'altro, come poter rintracciare le fonti del diritto considerando che nella maggior parte dei casi si tratta di norme non scritte. I tentativi finora espletati di ricostruzione delle norme primarie in vigore nelle e tra le comunità colonizzate hanno avuto risultati promettenti ma piuttosto circoscritti. Si pensi, tra gli altri, agli sforzi di determinazione del diritto vigente in Namibia durante il periodo di dominazione coloniale tedesca in Africa sudoccidentale, condotti attraverso una proposta di rilettura delle lettere dei rappresentanti delle comunità Ovaherero e Nama, come quelle di Hendrik Witbooi o Samuel Maharero³⁴. Tali esperimenti esprimono una volontà apprezzabile di muovere al di fuori dell'idea, alquanto discutibile³⁵, dell'esistenza di un unico ordinamento giuridico in epoca coloniale, dato che «[n]o universally accepted meta-rule entitled European powers to set the terms of international law»³⁶. Si permetta tuttavia di evidenziare in questa sede un possibile rischio insito in tale approccio e di delineare come questo possa conseguire un risultato diametralmente opposto a quello desiderato. Le evidenti difficoltà storiografiche avrebbero infatti notevoli ripercussioni sul piano giuridico. Anziché garantire un apprezzamento giuridico degli abusi coloniali con la conseguente possibile apertura alla questione delle riparazioni, questo metodo può trasformarsi in una ragione di selettività nella qualificazione giuridica delle ingiustizie coloniali, con una conseguente distinzione tra (i discendenti del)le vittime coinvolte³⁷. Sarebbero in effetti considerati crimini coloniali solo quegli abusi per i quali si siano rinvenute fonti giuridiche sufficienti a giustifi-

³² M. HÉBIÉ, *CIL Dialogues: International Law and Reparations for Colonial Harms: What way forward?*, 28 aprile 2023, www.cil.nus.edu.sg

³³ A. ORFORD, *On International Legal Method*, in *London Review of International Law*, 2013, p. 170 ss.

³⁴ Si veda in particolare M. GOLDMANN, *The Ambiguity of Colonial International Law: Three Approaches to the Namibian Genocide*, in *Leiden Journal of International Law*, 2024, p. 1 ss.

³⁵ L. BENTON, *Colonial Law and Cultural Difference: Jurisdictional Politics and the Formation of the Colonial State*, in *Comparative Studies in Society and History*, 1999, p. 563 ss.

³⁶ M. GOLDMANN, *The Ambiguity of Colonial International Law*, cit., p. 3.

³⁷ La questione è stata sollevata anche da L. SALVADEGO, *Which 'reparations' for colonial 'crimes'?*, in *QIL, Zoom-out*, 2024, p. 5 ss.

carne la classificazione entro fattispecie giuridiche già contemplate nell'ordinamento giuridico vigente nel territorio colonizzato. In questa prospettiva, risulterebbero sottratte dall'analisi tutte quelle ingiustizie coloniali commesse in quei territori le cui comunità indigene non siano state in grado di trasmetterci riferimenti normativi che incontrovertibilmente prendevano in considerazione all'epoca dei fatti gli atti subiti dalla popolazione colonizzata. Evidentemente il rischio sarebbe quello di porre in essere un approccio discriminatorio: verrebbero di fatto lasciati irrisolti casi di ingiustizie coloniali per i quali *ratione loci* o *ratione materiae* non sarebbe possibile l'applicazione del diritto allora vigente, o almeno delle norme vigenti di cui si riesca oggi ad avere traccia.

Nel solco di questo sforzo di ricostruzione delle fonti del diritto vigenti durante l'epoca coloniale si inseriscono anche quei commentatori che, anziché 'scomodare' le norme in vigore tra le comunità colonizzate, mirano a una rilettura dell'allora diritto internazionale (europeo) usando un approccio meno positivista, ritenuto questo una prerogativa di un sistema giuridico successivo³⁸. Allo scopo di «breaking with “monolithic” conceptions of law and history», taluni hanno sostenuto un uso dei principi etico-giuridici in forza all'epoca dei fatti per aprire una finestra tra diritto positivo e moralità pubblica³⁹. In particolare, riferimenti etico-giuridici quali 'leggi d'umanità' e 'precetti della pubblica coscienza' – già all'epoca alla base di proteste contro le pratiche crudeli e inumane in atto nei territori colonizzati⁴⁰ e fondamento dei successivi processi di qualificazione delle condotte in questione come illegali – costituirebbero parte dell'allora *lex data*, e sarebbero dunque invocabili al fine di considerare gli abusi coloniali in violazione del diritto. Si tratterebbe dunque di assumere un «less stringent approach to the rules of intertemporality» senza tuttavia violare il principio di irretroattività⁴¹.

³⁸ M. GOLDMANN, „Ich bin Ihr Freund und Kapitän“. Die deutsch-namibische Entschädigungsfrage im Spiegel intertemporaler und interkultureller Völkerrechtskonzepte (*I am Your Friend and Captain'. German-Namibian Reparation Claims and the Intertemporal and Intercultural Dimensions of International Law*), in PH. DANN, I. FEICHTNER, J. VON BERNSTORFF (a cura di), *(Post)Koloniale Rechtswissenschaft*, Tübingen, 2022, p. 499 ss.

³⁹ A. VON ARNAULD, *How to Illegalize Past Injustice: Reinterpreting the Rules of Intertemporality*, in *European Journal of International Law*, 2021, p. 432.

⁴⁰ Diversamente, F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *La réparation des crimes de l'histoire*, cit., p. 59, sostengono che le dichiarazioni «courageuses, mais encore isolées» della società civile, già all'epoca contrarie alle pratiche coloniali, non possano esser «assimilables à des règles juridiques interdisant lesdits comportements».

⁴¹ A. VON ARNAULD, *How to Illegalize Past Injustice*, cit., p. 415.

3.2 Rilievi sul secondo caposaldo del principio di intertemporalità

Se i tentativi finora descritti hanno provato a incidere sul primo caposaldo della dottrina dell'intertemporalità, tendenzialmente per allargarne le maglie applicative, altri giuristi internazionalisti con un approccio decoloniale hanno fatto leva sul secondo caposaldo, ritenuto particolarmente rilevante ai fini dell'individuazione delle norme invocabili in ipotesi di narrazioni storiche confliggenti, con conseguente incertezza sul diritto applicabile⁴². Sotteso nei ragionamenti logico-giuridici di almeno due pareri consultivi della Corte internazionale di giustizia, il secondo caposaldo del principio di intertemporalità consiste nel «tak[ing] into consideration the changes which have occurred», cosicché l'interpretazione e applicazione di uno strumento giuridico «cannot remain unaffected by the subsequent development of law» e non può trascurare «the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation»⁴³. Specialmente quando si tratta di ricostruire norme di diritto consuetudinario, la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto di poter «[a]lso rely on legal instruments which *postdate the period in question*, when those instruments confirm or interpret pre-existing rules or principles»⁴⁴.

Il maggior peso attribuito alla contestualizzazione storica nel valutare il diritto applicabile discende dal riconoscimento che, all'epoca dei fatti, era già in atto un periodo di transizione dalla vecchia norma alla nuova norma, cosicché

⁴² E. MARTIN, *The Application of the Doctrine of Intertemporality*, cit., p. 20-21. Secondo il ragionamento logico-giuridico di altri autori ciò sembrerebbe invece sottendere l'invocabilità del secondo caposaldo del principio di intertemporalità in ipotesi di atti aventi carattere continuativo, costituenti violazioni del diritto internazionale non all'epoca dei fatti ma secondo i valori e le norme attualmente riconosciute. In tal senso, M. HÉBÉ, *CIL Dialogues: International Law and Reparations for Colonial Harms*, cit. La CDI ricorda, tuttavia, che «[A]n act does not have a continuing character merely because its effects or consequences extend in time. It must be the wrongful act as such which continues»; v. Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 14, p. 60, par. 6.

⁴³ CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, par. 53.

⁴⁴ CIG, parere consultivo del 25 febbraio 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, par. 143.

«after there is consensus that a new rule has crystallised, the ICJ must apply the new rule to any act occurring after the moment of crystallisation, including in the same period (...) [the period after the moment of crystallisation, but before the agreement on the existence of a new general practice accepted as law]. This means that the International Court of Justice can give a different answer as to the applicable law, depending on when it examines the issue»⁴⁵.

Il secondo caposaldo del principio di intertemporalità impone dunque al giurista di valutare, nella determinazione del diritto applicabile ai fatti, se una norma che all'epoca della commissione della condotta era in via di consolidamento si è poi cristallizzata. La norma consuetudinaria eventualmente sopravvenuta si applicherà non solo dal momento della sua cristallizzazione, bensì dalla fase di transizione tra la vecchia e la nuova norma, anche se in quel dato periodo storico sarebbe stata applicata la norma precedente⁴⁶. Tale interpretazione implica che le conclusioni sul diritto applicabile ai fatti possano variare in base al momento in cui si giudicano i fatti stessi.

Con riferimento ai fatti avvenuti in epoca coloniale, si è sostenuto che l'inapplicabilità delle norme internazionali consuetudinarie di guerra, del diritto umanitario e dei principi fondamentali d'umanità alle popolazioni colonizzate sarebbe dovuta al mancato riconoscimento della soggettività giuridica di queste, a sua volta fondato sul presupposto razzista di una distinzione tra nazioni civilizzate e nazioni non civilizzate⁴⁷. Considerando che tale distinzione è venuta meno all'inizio del XX secolo e dunque era già probabilmente in discussione all'epoca dei fatti, il diritto allora vigente dovrebbe esser interpretato e applicato alla luce dell'odierno divieto di razzializzazione e di discriminazione razzista, intesi quali principi fondamentali del diritto internazionale e norme di *ius cogens*⁴⁸. Pertanto, in applicazione del secondo caposaldo del principio di intertemporalità, lo

⁴⁵ S. WHEATLEY, *Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021, p. 506.

⁴⁶ *Ivi*, p. 505 ss.

⁴⁷ N. TZOUVALA, *The Alibis of History, or How (not) to Do Things with Inter-temporality*, in *CIL Dialogues*, 8 febbraio 2023; S. IMANI, K. THEURER, *The German-Namibian "Reconciliation Agreement"*, in *Zeitgeist*, agosto 2021, www.goethe.de

⁴⁸ K. THEURER, *Minimum Legal Standards in Reparation Processes for Colonial Crimes: The Case of Namibia and Germany*, in *German Law Journal*, 2023, p. 16.

*standard of civilisation*⁴⁹ non potrebbe esser legittimamente invocato dalle ex potenze coloniali per escludere le popolazioni colonizzate dalla protezione giuridica garantita dagli standard minimi d'umanità già allora vigenti.

A ben vedere, le contestazioni che puntano sull'applicazione a maglie larghe del primo caposaldo del principio di intertemporalità appaiono funzionali ai ragionamenti critici formulati impiegando il secondo. Solo attraverso un'accurata ricerca, soprattutto storica, delle fonti del diritto vigenti a cavallo tra il XIX e il XX secolo è infatti possibile riconoscere che in quel dato periodo storico era già in atto una transizione delle norme giuridiche rilevanti per la qualificazione degli atti compiuti dalle ex potenze coloniali, intesa quale premessa essenziale per l'applicazione del secondo caposaldo. In altri termini, attraverso il primo caposaldo del principio dell'intertemporalità si tenta di fornire argomentazioni persuasive circa l'esistenza, in epoca coloniale, di norme giuridiche che vietavano le condotte poste in essere dalle potenze coloniali. In tal senso, si cerca o di reperire documenti utili a determinare il diritto vigente nelle e tra le comunità tradizionali, o di interpretare principi etico-giuridici già allora vigenti nel diritto internazionale (europeo) nel senso di contenere degli obblighi giuridici positivi volti a condannare gli abusi perpetrati ai danni delle colonie. Con il secondo caposaldo invece si interpretano le rilevanti norme internazionali vigenti alla luce dell'attuale inderogabilità del divieto di razzializzazione e di discriminazione razzista.

In generale, oltre ai limiti già evidenziati rispetto alle critiche al primo caposaldo del principio di intertemporalità, si possono rilevare due ulteriori difficoltà nell'affrontare questioni relative alle ingiustizie coloniali usando il principio di intertemporalità. In primo luogo, i tentativi illustrati mirano a una riqualificazione in termini giuridici di fatti avvenuti a cavallo tra il XIX e il XX secolo. Risulterebbe ancor più complesso utilizzare le stesse argomentazioni rispetto a ingiustizie coloniali perpetrate in un periodo antecedente. Ci si può chiedere ad esempio se le fonti storiche possano esser sufficienti a dimostrare sia l'esistenza che il contenuto precettivo di principi etico-giuridici volti a dimostrare la violazione di standard d'umanità con riferimento alla pratica della schiavitù coloniale posta in essere già dal XV secolo. In secondo luogo, pur ammettendo che esistesse-

⁴⁹ N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation*, cit. La distinzione razzista tra 'nazioni civili' e 'nazioni non civili' di cui all'articolo 38 dello Statuto della CIG rappresenta un lascito anacronistico. In questo senso, A. PELLET, *Article 38*, in A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS (a cura di), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 836.

ro norme primarie che proibivano le condotte subite dai popoli colonizzati, permarrebbero ulteriori limiti relativi all'applicazione del principio intertemporale con riferimento alle norme secondarie. Si porrebbe in particolare la questione circa l'identificazione di norme sulla responsabilità dello Stato che imponevano una piena riparazione nel periodo in questione⁵⁰.

4. Questioni relative alla scelta della (eventuale) forma di riparazione

Benché negli ultimi anni alcuni Stati sembrino più disposti ad accettare una responsabilità morale e storica per le ingiustizie coloniali commesse, al momento nessuna ex potenza coloniale ha riconosciuto la propria responsabilità giuridica. Per tale ragione si farà qui riferimento a *eventuali* conseguenze giuridiche.

Una delle conseguenze del fatto illecito internazionale è l'obbligo di riparazione, consistente nel «wipe out [as far as possible] all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed»⁵¹. L'ormai consolidato principio di diritto internazionale consuetudinario è stato tradotto all'art. 31 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per fatto internazionalmente illecito (ARS) nel modo seguente: «Lo Stato responsabile ha l'obbligo di riparare integralmente il danno causato dall'atto internazionalmente illecito». Sebbene in teoria spetti allo Stato leso decidere quale forma di riparazione richiedere⁵², il diritto internazionale prevede un ordine gerarchico delle forme di riparazione. La Corte permanente di giustizia internazionale ha espresso questa gerarchia nella nota sentenza nel caso *Chorzów Factory*, in cui individua l'obbligo per lo Stato che ha commesso il torto di «restore the undertaking and, if this be not possible, to pay its value at the time of its indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossi-

⁵⁰ Per una posizione scettica rispetto all'esistenza di norme secondarie della responsabilità dello Stato già sufficientemente consolidate tra la fine del XV e la fine del XVIII secolo, si veda A. BUSER, *Colonial Injustices and the Law of State Responsibility*, cit., p. 434 ss. Sulla storia della responsabilità internazionale dello Stato, tra gli altri, I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State Responsibility. Part I*, New York, 1983; J.A. HESSBRUEGGE, *The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2004, p. 265 ss.

⁵¹ CPGI, sentenza del 26 luglio 1927, *Chorzów Factory (Merits)*, p. 47.

⁵² L'elemento della scelta della forma di riparazione in capo allo Stato leso è riflesso all'art. 43, ARS.

ble»⁵³. In questo modo, la Corte classifica la restituzione come forma primaria di riparazione, seguita dal risarcimento. Lo stesso approccio è evidente negli ARS, in cui si afferma che il risarcimento è applicabile solo quando la restituzione sia materialmente impossibile o gravosa in modo sproporzionale⁵⁴, e, analogamente, che la soddisfazione dovrebbe essere fornita quando né la restituzione né il risarcimento sono mezzi di riparazione disponibili⁵⁵.

L'uso di una lente decoloniale porta alla luce nuovi interrogativi sulla gerarchia delle forme di riparazione così come è concepita dal regime sulla responsabilità internazionale dello Stato. Una delle questioni emergenti dagli sforzi di riconciliazione finora avviati tra ex potenze coloniali ed ex colonie è se la gerarchia delle forme di riparazione vigente sia appropriata per riparare gli abusi commessi in epoca coloniale, soprattutto in ipotesi di attuale coinvolgimento dei discendenti delle vittime. Dunque, l'approccio decoloniale può avere un ruolo nel meccanismo di riparazione? In particolare, può essere rilevante e dovrebbe esser tenuto in considerazione nella scelta della forma di riparazione più adeguata, specialmente nei casi che coinvolgono i discendenti delle vittime degli abusi coloniali?

La critica degli studiosi del Sud del mondo rispetto al meccanismo tradizionale di riparazione si fonda principalmente su due motivi: la mancanza di un potenziale trasformativo, e in particolare l'incapacità di affrontare le perduranti disuguaglianze tra il Nord e il Sud del mondo, e l'inadeguatezza di alcune forme di riparazione nel trattare i danni subiti dalle popolazioni colonizzate⁵⁶.

Nell'evidente impossibilità di riparare casi di abusi coloniali nella forma della *restitutio in integrum*, risultano già essere sacrificati i diritti di proprietà delle popolazioni indigene che in epoca precoloniale vivevano nelle terre sottoposte a espropriazione forzata dalla potenza coloniale⁵⁷.

⁵³ CPGI, *Chorzów Factory (Merits)*, cit., p. 48.

⁵⁴ Art. 35 ARS.

⁵⁵ Art. 37, par. 1, ARS.

⁵⁶ CARICOM, *CARICOM ten point plan for reparatory justice*, www.caricom.org

⁵⁷ Per una disamina dei processi di espropriazione e appropriazione delle proprietà delle popolazioni Ovaherero e Nama in quella che la Germania chiamava Africa Sud-Occidentale nel periodo compreso tra il 1890 e il 1910 circa, si veda U.S. District Court for the Southern District of New York, Dichiarazione di Matthias Goldmann del 25 aprile 2018, case Civ. No. 17-0062, *Ovaherero and Nama peoples et al. v. Germany*.

Per quanto riguarda il risarcimento, le misure di compensazione non solo rappresentano la forma di riparazione più comune nella prassi degli Stati⁵⁸, ma costituiscono anche il principale criterio di valutazione del successo dei meccanismi di riparazione. Le pretese di risarcimento provenienti dal Sud del mondo spesso riflettono non solo i danni che gli Stati lamentano di aver subito in epoca coloniale, ma altresì una richiesta di sostegno finanziario per affrontare i problemi socio-economici del paese che in parte discenderebbero dalle ingiustizie storiche. Trattare direttamente i retaggi degli abusi coloniali tentando di migliorare la vita dei discendenti delle vittime di quelle ingiustizie dovrebbe essere dunque inquadrato da una prospettiva di giustizia riparativa:

«Le Groupe Africain soutient la Communauté des Caraïbes dans leurs appels à une justice réparatrice. Nous sommes d'avis que les réparations pour l'esclavage et le colonialisme devrait non seulement comprendre la responsabilité pour les torts historiques, mais aussi l'éradication des cicatrices de l'inégalité raciale, de la subordination et de la discrimination qui ont été construites sous l'esclavage, l'apartheid et le colonialisme, ainsi que la remise de dette. En outre, tant que subsisteront les séquelles de l'esclavage et du colonialisme, notamment la pauvreté, l'accès inéquitable à l'éducation, au logement et à la justice, l'appel à la justice réparatrice restera une priorité des plus critiques pour les personnes d'ascendance africaine»⁵⁹.

Il risarcimento per le ingiustizie coloniali permette di delineare almeno quattro ordini di questioni, che appaiono essere state indagate, almeno finora, in modo sommario dagli studiosi del Sud del mondo. Innanzitutto ci si può chiedere se i problemi socio-economici, le disuguaglianze e il sottosviluppo cronico lamentati possano o meno rientrare nel concetto di 'danno' ai sensi dell'art. 31 ARS. La generalità del concetto di danno appare in tutta evidenza nel commento agli ARS, che esclude dalla nozione solo

⁵⁸ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 36, p. 99, par. 2.

⁵⁹ Dichiarazione di Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo, Presidente della Repubblica democratica del Congo a nome dell'Unione africana e della Comunità dei Caraibi in occasione della Riunione plenaria dell'Assemblea generale per commemorare il 20° anniversario dell'adozione della dichiarazione di Durban e del suo programma d'azione sul tema: "Riparazione, giustizia razziale e uguaglianza per le persone di origine africana", 22 settembre 2021, par. 13, www.estatements.unmeetings.org. Nella stessa direzione, Permanent Forum of People of African Descent, *Preliminary conclusions and recommendations on its first session*, Ginevra, 5-8 dicembre 2022, parr. 9, 13 e 21-23.

«abstract concerns or general interests» di uno Stato non direttamente leso dalla violazione⁶⁰. I *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* (Basic Principles) del 2005 confermano l'adozione di una nozione ampia di danno, laddove si ricomprendono nei danni suscettibili di risarcimento anche le «lost opportunities»⁶¹. Nel sussumere in quest'ultime anche danni per mancato lavoro, educazione e benefici sociali⁶², non sembrerebbero porsi particolari problemi a includere nella nozione di danno anche la serie di svantaggi di tipo economico e sociale reclamati dagli Stati o dalle comunità tradizionali sottoposti a dominio coloniale.

Si pone, in secondo luogo, un problema di causalità⁶³, considerata questa un elemento essenziale sia per aversi responsabilità dello Stato⁶⁴, sia nella ricostruzione dell'obbligo di riparazione e, in particolare, nella valutazione dell'entità del danno⁶⁵. In effetti, sembra alquanto complesso far discendere direttamente i problemi socio-economici degli Stati che in passato erano sotto il dominio coloniale o di singole comunità tradizionali dalle ingiustizie storiche e risulta pressoché impossibile distinguere le diverse cause di tali attuali condizioni di svantaggio nelle generazioni suc-

⁶⁰ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 31, p. 92-93, par. 5.

⁶¹ Basic Principles, art. 20(b).

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Sulla delicata questione della causalità nel regime della responsabilità internazionale degli Stati si vedano, tra gli altri, F. RIGAUX, *International Responsibility and the Principle of Causality*, in M. RAGAZZI (a cura di), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Boston, 2005, p. 81 ss.; I. PLAKOKEFALOS, *Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: in Search of Clarity*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 471; T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, 2021; A. OLLINO, *A 'Missed' Secondary Rule? Causation in the Breach of Preventive and Due Diligence Obligations*, in G. KAJTÁR, B. ÇALI, M. MILANOVIC (a cura di), *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2022, p. 105 ss.

⁶⁴ Art. 31, par. 1, ARS. Per la posizione che ammette la questione della causalità solo con riferimento all'elemento oggettivo del fatto illecito, si veda V. LANOVY, *Causation in the Law of State Responsibility*, in *British Yearbook of International Law*, 2022, mentre per la posizione opposta, che ritiene la causalità rilevante anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, A. OLLINO, G. PUMA, *La causalità e il suo ruolo nella determinazione dell'illecito internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 313 ss.

⁶⁵ Art. 31, par. 2, ARS.

cessive⁶⁶. Tuttavia, almeno un paio di elementi sembrano suggerire un approccio meno restrittivo alla questione della causalità. Innanzitutto, il concetto di causalità manca di specificità nel contesto della responsabilità internazionale dello stato. Tale lacuna non sembra esser colmata dal commentario agli ARS, che precisa unicamente che il nesso causale può variare in relazione al tipo di violazione dell'obbligo internazionale in questione e in ogni caso non deve essere troppo remoto⁶⁷. In tal senso, l'orientamento della giurisprudenza della CIG verso uno *standard* di causalità identificato in un «sufficiently direct and certain causal nexus»⁶⁸ sembrerebbe permettere, nella pratica, di ricomprendere anche un danno che non si sia verificato in un momento immediatamente successivo al termine dell'illecito.

In terzo luogo, ammettendo che sussista un nesso di causalità diretta tra le ingiustizie coloniali e i problemi di sottosviluppo dell'ex colonia, spetterebbe allo Stato leso declinare le misure previste in modo da poter non solo affrontare i danni subiti dai suoi cittadini, ma anche tenere conto delle eventuali implicazioni ad es. sull'ineguaglianza razziale nella fase di attuazione. In altri termini, compete al programma di riparazione amministrativa nazionale progettare, adottare e attuare misure che affrontino le discriminazioni razziali e/o le persistenti disuguaglianze delle popolazioni indigene⁶⁹.

Infine, arduo appare stimare l'importo del risarcimento che, conviene ricordare, include «any financially assessable damage»⁷⁰, dunque in via generale ricomprende sia i danni materiali che i danni morali causati da

⁶⁶ A.I. COHEN, *Compensation for Historic Injustices: Completing the Boxill and Sher Argument*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2009, p. 81 ss.

⁶⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 31, p. 93, par. 10.

⁶⁸ CIG, sentenza del 26 febbraio 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Merits)*, par. 462.

⁶⁹ In ogni caso, sembra necessario sottolineare che anche il campo di responsabilità del governo che progetta programmi nazionali di riparazione è limitato. Un programma di riparazione non ha le stesse finalità e capacità di sviluppo di altri tipi di programmi, come i piani sociali o di sviluppo. P. DE GREIFF, *Justice and Reparations*, in P. DE GREIFF (a cura di), *The Handbook*, cit., p. 451 ss., p. 470-471, afferma, infatti: «I am skeptical of the effort to turn a program of reparations into the means of solving structural problems of poverty and inequality» e sottolinea che «it is worth distinguishing between reparations in their strict sense, and the reparative effects of other programs».

⁷⁰ Art. 36, par. 2, ARS.

una violazione dei diritti associati a danni effettivi a persone⁷¹. L'attribuzione dei danni materiali e non materiali risulta essere particolarmente rilevante nei casi in cui siano coinvolte intere comunità indigene e i discendenti delle vittime⁷². Mentre l'approccio dominante si concentra sui danni fisici individualizzati e quantificabili, i commentatori TWAIL fanno leva sull'istituto giuridico dell'ingiustificato arricchimento (*unjust enrichment*)⁷³ per proporre un modello di determinazione del danno e di quantificazione del risarcimento dovuto che tenga conto dei benefici percepiti dalle ex potenze coloniali dallo sfruttamento e dalla vittimizzazione delle popolazioni colonizzate⁷⁴. Tuttavia, l'applicazione di questo principio nel contesto dei danni derivanti da abusi coloniali richiederebbe probabilmente l'adozione di uno *standard* di causalità particolarmente tenue, che la recente giurisprudenza internazionale non sembra aver accolto⁷⁵. A tal proposito, sarebbe forse più convincente perseguire quel filone giurisprudenziale che individua nella *global sum* l'approccio da perseguire nell'individuazione della somma risarcitoria, laddove, come nei casi di abusi coloniali, sussistano difficoltà relative all'identificazione e alla quantificazione del danno, poiché derivante quest'ultimo da una serie di fatti complessi e avvenuti a una considerevole distanza temporale rispetto al

⁷¹ Il Commentario pare infatti escludere dal risarcimento solo «the affront or injury caused by a violation of rights not associated with actual damage to property or persons», che sono invece oggetto di soddisfazione, v. Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 36, p. 99, par. 1.

⁷² Tentativi in tal senso sono stati recentemente espletati. Si pensi ad esempio al rapporto sulla quantificazione in dollari dei danni della schiavitù transatlantica preparato dal Brattle Group, una società di consulenza con sede negli Stati Uniti specializzata in questioni economiche e finanziarie, per un simposio sul risarcimento nel 2023, v. C. BAZELON, A. VARGAS, R. JANAKIRAMAN, M.M. OLSON, *Quantification of Reparations for Transatlantic Chattel Slavery*, The Brattle Group, 8 giugno 2023, www.brattle.com

⁷³ Il Tribunale per le controversie Iran-Stati Uniti ha riassunto le caratteristiche dell'arricchimento senza causa come segue: «There must have been an enrichment of one party to the detriment of the other, and both must arise as a consequence of the same act or event. There must be no justification for the enrichment, and no contractual or other remedy available to the injured party whereby he might seek compensation from the party enriched», v. Tribunale per le controversie Iran-Stati Uniti, sentenza del 22 giugno 1984, n. 135-33-1, *Sea-Land Service, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization*, par. 62.

⁷⁴ J. CASTELLINO, *Calibrating Colonial Crime. Reparations and The Crime of Unjust Enrichment*, Bristol, 2024; V. NESIAH, *German colonialism, reparations and international law*, in *Völkerrechtsblog*, 21 novembre 2019.

⁷⁵ CIG, sentenza del 9 febbraio 2022, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*.

momento della sua determinazione⁷⁶. Tale approccio può essere utile quando le prove non lasciano dubbi sul fatto che un atto illecito internazionale abbia causato un pregiudizio, ma non consentono di valutare con precisione la portata o l'entità di tale pregiudizio, specialmente se si sviluppano nel lungo periodo e sono solitamente il risultato di una molteplicità di fattori concomitanti.

A ben vedere, a dispetto del valore spesso attribuito dagli attori statali al risarcimento e al *quantum* dei finanziamenti, i discendenti delle vittime chiedono innanzitutto un riconoscimento della responsabilità giuridica da parte della ex potenza coloniale e scuse ufficiali⁷⁷, con conseguente rigetto delle somme stanziare *ex gratia* a titolo di 'ricostruzione', 'riconciliazione', 'aiuti finanziari'⁷⁸.

La soddisfazione, in quanto forma simbolica di riparazione, è considerata l'ultima risorsa, da prevedere quando la restituzione e il risarcimento non sono realizzabili. Il ruolo di sussidiarietà della soddisfazione – chiaramente espresso dall'articolo 37 par. 1 ARS – è confermato nel commento all'art. 49 ARS, laddove si ammette la possibilità di indirizzare le contromisure anche per garantire la riparazione, ma non per assicurare il rispetto del solo obbligo di soddisfazione⁷⁹.

Il riconoscimento da parte delle ex potenze coloniali delle diffuse e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali commesse in passato non è affatto scontato⁸⁰. Ciò fa sì che la soddisfazione abbia in questi casi un significato maggiore di quello solitamente attribuitole, sia da un punto di vista normativo sia da una prospettiva decoloniale, soprattutto quando sono coinvolte le popolazioni indigene. A determinate condizioni, la soddisfazione può effettivamente gratificare le aspettative delle vittime e superare alcuni dei limiti sopra citati della restituzione e del risarcimento.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ J. SARKIN, *Colonial Genocide and Reparations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia*, Westport, 2009, p. 131, riconosce: «Offering an apology for historical wrongs is a vital starting point to achieving long-lasting reconciliation between the perpetrators and the victims. Over the years, a variety of groups and individuals has demanded apologies, official or not for harm caused to them».

⁷⁸ Si veda, tra gli altri, Repubblica federale della Germania, Repubblica di Namibia, Dichiarazione congiunta *United in remembrance of our colonial past, united in our will to reconcile, united in our vision of the future*, cit.

⁷⁹ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commento all'art. 49, p. 286, par. 8.

⁸⁰ Si veda il caso delle donne di conforto.

Lungi dal riguardare solo pregiudizi immateriali, in particolare allo Stato, a cui possano essere attribuiti «un valore monetario solo in maniera molto approssimativa e fittizia»⁸¹, la soddisfazione, soprattutto in termini di scuse ufficiali, sembra costituire la premessa fondamentale per una riconciliazione tra le ex potenze coloniali e le ex colonie.

In altri termini, mentre il regime della responsabilità internazionale degli Stati concepisce la soddisfazione come rimedio per «injuries, not financially assessable, which amount to an affront to the State»⁸², gli approcci decoloniali vedono nelle forme di riparazione simbolica, come il riconoscimento⁸³ e le scuse ufficiali, un mezzo di riabilitazione della dignità delle vittime, negata dal colonialismo e dal razzismo che ne è succeduto, nonché uno strumento per onorare l'intera storia di un popolo o di una comunità.

L'analisi precedente esplora la rilevanza di ciascuna forma di riparazione per gli abusi posti in essere in epoca coloniale. In definitiva, sembra che nessuna delle forme di riparazione descritte possa fornire, singolarmente, una piena riparazione. I limiti delle forme di riparazione appaiono, a prima vista, il segno di come il sistema concepito dal regime della responsabilità degli Stati possa consolidare preesistenti questioni di ingiustizia sociale e discriminazioni. In altre parole, i meccanismi dedicati alla riparazione non sono stati concepiti per affrontare le ingiustizie coloniali. Ciò è particolarmente evidente nella gerarchia prevalente delle forme di riparazione, che privilegia la restituzione e il risarcimento, presupponendo che il ritorno allo *status quo ante* e il pagamento monetario siano le forme migliori di riparazione per le vittime, sebbene le carenze di questi strumenti siano facilmente visibili in un'ottica decoloniale.

In questo contesto, le forme di riparazione simbolica, generalmente sottovalutate nella gerarchia delle forme di riparazione, potrebbero assumere un ruolo di primo piano nel raggiungimento di un ristoro più adeguato per (i discendenti del)le vittime. Mentre la rilevanza della soddisfazione, e in particolare delle scuse pubbliche, è generalmente limitata, un approccio decoloniale alla scelta della forma di riparazione può elevare le

⁸¹ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 36, p. 99, par. 4.

⁸² Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 37, p. 106, par. 3.

⁸³ Sul ruolo del riconoscimento per le ingiustizie storiche, si veda E. TOURME-JOUANNET, *Reparations for Historical Wrongs: the lessons of Durban*, in *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition*, Londra, 2014, p. 187 ss.

scuse ufficiali a strumento importante per la riconciliazione tra Stati e la giustizia riparativa per (i discendenti del)le vittime.

Tuttavia, le scuse ufficiali non dovrebbero essere sopravvalutate. Da sole, non sembrano permettere una riparazione completa per le ex colonie e per i discendenti delle vittime. Per essere efficaci, dovrebbero far parte di un processo di riparazione più ampio, che comprenda diverse forme di soddisfazione e risarcimento⁸⁴. Specialmente quando sono coinvolti i discendenti delle vittime, le scuse possono avere un effetto normativo e simbolico efficace solo se le circostanze in cui vengono pronunciate, la loro formulazione, il loro contenuto e la loro tempistica assumono una prospettiva decoloniale. L'integrazione di tale prospettiva può portare a rivalutare la gerarchia delle forme di riparazione così come è concepita nel diritto della responsabilità dello Stato, in modo che non sia sempre la soddisfazione a integrare il risarcimento, ma il risarcimento a integrare la soddisfazione.

5. Conclusioni: verso una riconcettualizzazione delle norme in tema di responsabilità degli Stati in ipotesi di abusi coloniali?

La dottrina tradizionale deve tenere in considerazione un mutato contesto internazionale. In generale, il proscenio di matrice europea/occidentale non sembra più esaurire la riflessione giuridica. Non è dato sapere se le argomentazioni dei TWAIL siano destinate a imporsi nel dibattito contemporaneo e futuro; quel che appare evidente è che le domande sottese a tali riflessioni costituiscono una considerevole sfida ai capisaldi del regime della responsabilità internazionale dello Stato. In particolare, sottesa agli sforzi di inquadramento della questione delle riparazioni per le atrocità coloniali entro il regime della responsabilità internazionale dello Stato vi è l'idea che

«[i]nternational law cannot be conceptualised today (if ever it could have been) simply in terms of a restricted body of norms, or situated only

⁸⁴ «Apologies should be accompanied, as appropriate, by reparative measures designed to assist those who have been affected by past harms. They may include accepting legal liability, commitment to provide monetary compensation, restoration of the rights of victims and/or appropriate commemorations or acts of memorialization. Reparative measures may also include a commitment to fulsomely and effectively pursue justice, truth and information recovery», *Assemblea generale, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*, UN Doc. A/74/147 del 12 luglio 2019, par. 58.

in bureaucratic and institutional environments beyond daily life. Instead, international law should be understood as a field of material practice. [...] Our methodological turn would thus push us further into a consideration of how the 'tying' of heterogeneous phenomena by international law is effected, especially questioning how, where and to whom such tying occurs on an everyday level. To follow such a line of interrogation, it is important to place a special emphasis on the *material life* of international law, and not only to study international law as an ideological project. In doing this we become able to examine the practices within, and beyond, international law's traditional historical confines, modes of self-representation, and sites of enactment and performance»⁸⁵.

Per il momento le riflessioni TWAIL analizzate non sembrano aver condotto a una riconcettualizzazione delle norme in tema di responsabilità internazionale degli Stati in ipotesi di abusi coloniali. Tale affermazione appare tanto più vera se si considera che taluni commentatori TWAIL parlano, in generale, di una «unfulfilled promise» dei TWAIL⁸⁶ e suggeriscono di rinunciare a considerare il diritto quale strumento per riparare gli abusi coloniali, proponendo di concentrarsi su «restorative justice processes as a way to achieve reconciliatory justice for colonial injustices»⁸⁷. D'altra parte, il contributo dei TWAIL non va trascurato, specialmente considerando che la 'vita materiale' del diritto internazionale ne è stata certamente influenzata. Ciò è ben evidente nella prassi di un numero sempre maggiore di Stati che tentano in varie forme di rimediare al proprio passato coloniale, attraverso l'istituzione di commissioni di verità⁸⁸, riconoscimenti unilaterali delle condotte poste in essere in epoca coloniale⁸⁹, o ne-

⁸⁵ L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law*, in *Verfassung in Recht und Übersee*, 2012, p. 217.

⁸⁶ N.C. MODIRZADEH, "Let us all agree to die a little": *Twail's unfulfilled promise*, in *Harvard International Law Journal*, 2024, p. 79 ss.

⁸⁷ J.B. NAKUTA, *The law as a (limited) means to address colonial injustice*, in *Völkerrechtsblog*, 15 novembre 2019.

⁸⁸ Per il momento ci sono due recenti esempi di commissioni di verità: la *Commission spéciale chargée d'examiner l'État indépendant du Congo (1885-1908) et le passé colonial de la Belgique au Congo (1908-1960) au Rwanda et au Burundi (1919-1962), ses conséquences et les suites qu'il convient d'y réserver*, istituita in Belgio nel 2020 e la Commissione indipendente congiunta di storici francesi e algerini per lavorare sulla storia dell'Algeria contemporanea, istituita nel 2022.

⁸⁹ Si veda, tra gli altri, l'espressione di «greatest sorrow and deepest regret» che il re Carlo III del Regno Unito ha pronunciato il 31 ottobre 2023 per le atrocità subite dai kenioti durante la lotta per l'indipendenza dal dominio coloniale britannico. Per il video del discorso, si veda www.reuters.com

goziati bilaterali volti all'assunzione finale di obblighi giuridici in capo all'ex potenza coloniale⁹⁰.

Oltretutto, talune questioni sembrano destinate a non essere più prerogativa esclusiva dei TWAIL. Si pensi ad esempio al possibile ruolo del secondo elemento del principio di intertemporalità, o al rapporto – e alla potenziale sinergia – tra risarcimento e riparazioni simboliche, nonché alla questione se la compensazione monetaria sia destinata ad aggiungere un peso puramente simbolico alle scuse o debba avere un potere trasformativo. Si consideri, infine, la questione circa la necessità di adattare le forme di riparazione in relazione alla tipologia dell'atto illecito internazionale e all'interesse collettivo delle vittime.

⁹⁰ Esempi in tal senso sono: la Dichiarazione congiunta tra Giappone e Repubblica di Corea conclusa nel 2015 per affrontare la questione delle poche ex 'donne di conforto' sopravvissute e la più recente Dichiarazione congiunta della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica di Namibia *United in Remembrance of Our Colonial Past*, cit.