TERZA PARTE

L'APPLICAZIONE DELLE NORME DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Titolo I

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Capitolo XV

I DESTINATARI DELLE NORME DEL DIRITTO INTERNAZIONALE: LA SOGGETTIVITÀ INTERNAZIONALE

i. Diversità di soggetti

1. — Per un individuo o per un ente, essere dotato della *personalità giuridica* significa, in linea generale, la possibilità di esercitare dei diritti e di essere soggetto a degli obblighi in un dato ordinamento giuridico ([1]). Pertanto, individuare i soggetti dotati della "personalità giuridica" in un dato ordinamento significa determinare quali siano i soggetti giuridici e quali siano le loro competenze.

Orbene, la **prima osservazione fondamentale** è che, a differenza di quanto accade nell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato, *nell'ordinamento giuridico internazionale non esiste una norma espressa attributiva della personalità giuridica* ([2]). Piut-

---

([1]) Cfr. ad es. T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, rist., Padova, Cedam, 1967, p. 43: "La possibilità generale di essere destinatario di norme giuridiche, ossia di valutazioni giuridiche, costituisce la personalità giuridica. Persona è il termine tecnico della dommatica che esprime la qualità di essere destinatario di valutazioni giuridiche, ossia soggetto di un ordinamento giuridico. La personalità è una qualifica giuridica: essa, quindi, esprime una correlazione tra un ente ed un determinato ordinamento giuridico... Non essere "persona" significa non avere altra possibilità di essere considerato da un ordinamento giuridico se non come oggetto di valutazioni. Ogni ordinamento giuridico determina chi siano i propri soggetti... Ogni ordinamento giuridico nel determinare i propri soggetti si comporta secondo la società, di cui è la sovrastruttura".

([2]) A tale riguardo, resta attuale l'osservazione formulata il secolo scorso da Brownlie (*Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed. a cura di Crawford, Oxford, OUP, 2019, p. 105) circa la "circolarità" tra soggetti e norme dell'ordinamento internazionale: "A subject of International Law is an entity possessing international rights and obligations and having the capacity (1) to maintain its rights by bringing international claims; and (2) to be responsible for its breaches of obligation by being subjected to such claims. This definition, though conventional, is unfortunately circular since while the indicia referred to depend in theory on the existence of a legal person, the main way of determining whether the relevant capacity exists in case of doubt is to inquire whether it is in fact exercised. All that can be said is that an entity of a type recognized by customary law as capable of possessing rights and duties and of bringing and being subjected to international claims is a legal person".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 2 SESS: 68 USCITA:

tosto, ci si accorda nel dire che i soggetti ~~primari~~ del diritto internazionale, cioè gli Stati, acquistano la personalità internazionale per il solo fatto della loro ***esistenza storica e fattuale*** come ***enti sovrani e indipendenti (3)***. A tali enti, dunque, si riconosce, *in primis*, la titolarità di situazioni giuridiche soggettive attive e passive create da norme del diritto internazionale.

Ne segue che la personalità giuridica attribuita da qualunque ordinamento giuridico nazionale (v. ad es. l'art. 1 del cod. civ. it.: "La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita") è ontologicamente diversa da quella valevole nell'ordinamento internazionale.

La **seconda osservazione fondamentale** è che ***non esiste un unico tipo di personalità giuridica per i diversi soggetti giuridici***, cioè questi ultimi non godono tutti degli stessi diritti e non sono tutti assoggettati agli stessi obblighi pur coesistendo in un medesimo ordinamento. Ciò è ovvio nell'ordinamento interno ove, accanto a noi, *individui-persone fisiche*, esistono anche le "persone giuridiche" come, ad esempio, le *società di capitali*, che sono degli enti aventi scopo di lucro dotati del dono dell'immortalità — a differenza delle persone fisiche solo per le quali esistono norme, *inter alia*, in materia di matrimonio, divorzio, filiazione nonché il regime delle successioni *mortis causa* — ma che sono, a propria volta, enti ben diversi, ad esempio, dalle *associazioni* (riconosciute o non riconosciute) le quali sono altrettanti soggetti giuridici con uno statuto differenziato oltre ad essere privi di scopo di lucro. È evidente che, in tutti quei casi, si parla sempre di *soggetti giuridici del medesimo ordinamento giuridico* e nessuno si sorprende se ci si riferisce ad enti che sono assoggettati ad un *diverso regime giuridico.*

Simili considerazioni valgono oggi anche per l'ordinamento giuridico internazionale. La CIG ha riconosciuto una certa simmetria tra lo sviluppo dell'ordinamento interno e quello dell'ordinamento internazionale nel più volte citato Parere consultivo dell'11 aprile 1949, relativo alla *Riparazione dei danni al servizio delle Nazioni Unite*. Qui, la Corte ha indicato che: "*i* ***soggetti di diritto***, ***in ogni ordinamento giuridico***, ***non sono necessariamente identici*** *quanto alla loro* ***natura*** *od* ***all'estensione dei loro diritti****...la loro natura dipende dalle necessità della comunità"* (4).

Pertanto, con buona pace di gran parte della dottrina contemporanea che, sotto questo profilo, si rivela tanto dogmatica quanto obsoleta, basti osservare che, oltre

---

(3) Risultato oggi acquisito in dottrina. V. G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, Milano, Giuffré, 1951. Tale Autore ha perfettamente dimostrato che la persona giuridica dello Stato nel diritto interno ha una natura profondamente diversa da quella della personalità giuridica di diritto internazionale. La soggettività internazionale dello Stato nell'ordinamento internazionale, infatti, non viene creata dal diritto internazionale, bensì è solo "da questo elevata, in quanto ente di mero fatto — così come la storia l'ha originariamente costruita è così come si è evoluta — a destinataria delle proprie norme" (così in *Replica a Francesco Carnelutti*, al sito http://www.gaetanoarangioruiz.it/author/wp_7940163/). V. pure G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed. cit., p. 127-128: "L'ordinamento internazionale, ai fini dell'attribuzione della personalità, prende in considerazione semplicemente il fatto della formazione del nuovo Stato, senza tener conto del modo in cui questo risultato è stato raggiunto...Irrilevante è del pari il carattere pacifico o violento del processo formativo come pure la circostanza che alla formazione dello Stato abbiano concorso attività internazionalmente illecite di altri soggetti...Non è quindi sufficiente che una costituzione sia stata proclamata. Né è sufficiente l'esistenza di atti giuridici, siano essi di diritto interno o di diritto internazionale, che prevedano la formazione di un nuovo Stato. Un accordo internazionale, ad esempio, come qualsiasi atto giuridico, è inidoneo a dar vita a uno Stato".

(4) In *Rec.*, 1949, p. 178. Grassetto aggiunto. La Corte, per spiegare — era il 1949! — la ragion d'essere delle organizzazioni internazionali, aggiunse che "lo sviluppo del diritto internazionale è stato

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 3 SESS: 68 USCITA:

all'indagine empirica, la CIG ha già accertato, sin dal 1949, che tutti i soggetti del diritto internazionale non possiedono necessariamente la stessa soggettività giuridica nell'ordinamento internazionale.

ii. Carattere evolutivo della soggettività giuridica e *"non State actors of International Law"*

2. — Sia l'estensione della personalità giuridica dei soggetti di diritto internazionale che l'estensione delle loro competenze non sono immutabili. Infatti, *soggettività e competenze sono funzione delle necessità della società internazionale*. È così che, progressivamente, anche da parte della dottrina, si è ammessa l'esistenza di *altri soggetti di diritto internazionale, ossia di* ***enti a carattere non statale*** che partecipano alla vita di relazione internazionale: le ***OIG*** e, più recentemente, i ***soggetti privati***.

Inoltre, le *competenze* dei diversi soggetti del diritto internazionale si sono modificate nel tempo. Le competenze di alcuni enti-soggetti, per quanto ancora molto vaste, sono diminuite: è il caso degli Stati; quelle di altri, al contrario, sono progressivamente aumentate (OIG e soggetti privati).

3. — Pertanto è possibile identificare tre categorie di soggetti, sia in termini di "**personalità giuridica**" che di "**competenze**": innanzitutto, quei soggetti che possiedono una *competenza piena ed originaria*, cioè gli ***Stati*** (Sezione 1); quei soggetti che possiedono delle *competenze derivate*, specifiche e funzionali (*le* ***OIG***) (Sezione 2); infine, si hanno quei soggetti che possiedono delle *competenze limitate ma effettive*: *i* ***soggetti privati*** (Sezione 3).

Sezione I
I soggetti a competenza piena ed originaria: gli stati

Bibliografia sommaria: trattandosi di uno degli argomenti più classici del diritto internazionale, si rinvia, oltre ai manuali citati nella bibliografia generale ed ai corsi dell'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, alle opere di: A. Cavaglieri, "I soggetti del diritto internazionale", in *Riv. dir. int.*, 1925, p. 18-32; M. Siotto-Pintor, "Les sujets du droit international autres que les Etats", in *RCADI*, v. 41, 1932, pp. 245-361; G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed., cit., p. 423 ss.; D. Feldmann, "International Personality", in *RCADI*, 1985-II, t. 191, p. 343; L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Brill-Nijhoff, Dordrecht, Ch. 1, 1995; Ch. Leben, "L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'Etat)", in *Mélanges Arangio-Ruiz*, 2004, I, p. 131; *SFDI*, *Le sujet en droit international*, Colloque de Mans, Paris, 2005; T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 51 ss.; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford, OUP, 2006; M. Forteau, "L'Etat selon le droit international: une figure à géométrie variable", in *RGDIP*, 2007, p. 737 ss.; G. Arangio-Ruiz, *La persona internazionale dello Stato*, Torino, Utet, 2008; R. Monaco, C. Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*, 3ª ed., Torino, Utet, 2009, p. 383 ss.; P. Pustorino, "Failed States and International Law", *GYIL*, 2010, p. 727 ss.; *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., cit., p. 115-252; B. Conforti, *Diritto internazionale*, X ed., cit., p. 11 ss.; A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 44 ss.; C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 69 ss.; J. Ziegler, *Introduction au droit international public*, 3ª ed., cit., p. 183 ss.; N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 15 ss.; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 279 ss.; M. Mancini, *Statualità e non riconoscimento nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2020; M. Shaw,

---

influenzato dalle esigenze della vita internazionale, e il progressivo accrescersi delle attività collettive degli Stati ha già proposto esempi di azioni sul piano internazionale da parte di alcuni enti che non sono Stati".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 4 SESS: 68 USCITA:

International Law, 9ª ed., cit., p. 179 ss.; S.M. CARBONE, "I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 1-43; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 66 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4ª ed., cit., p. 23 ss.

4. Ragioni della preminenza degli Stati. — La categoria principale di soggetti dell'ordinamento internazionale è quella degli *Stati*. Fino ai primi anni del secolo scorso, la dottrina era concorde nel ritenere che solo questi enti erano dotati della personalità giuridica internazionale, tant'è che lo stesso concetto di "soggettività giuridica internazionale" è stato inizialmente forgiato dalla dottrina a partire *dagli Stati* e *per gli Stati* (5). Successivamente, tale posizione dogmatica è stata progressivamente abbandonata grazie all'indagine positiva ed empirica che ha condotto ad allargare la base sociale dell'ordinamento internazionale oltre la dimensione puramente interstatale, come già si è evidenziato (Cap. I) e si dirà dappresso.

Oggi, ci si accorda nel dire che gli Stati sono soggetti *originari* della Comunità internazionale. Ciò significa, tra l'altro, che **gli Stati sono produttori e destinatari diretti ed immediati di *atti e norme giuridiche interstatali***, hanno piena ***capacità processuale internazionale*** ed accesso (su base volontaria) ai *meccanismi giurisdizionali internazionali*, possono divenire *membri di OIG*, stabilire *relazioni diplomatiche e consolari* nonché sono **internazionalmente responsabili delle violazioni** degli obblighi che sono ad essi imputati. La *posizione preminente* degli Stati nell'ordinamento giuridico internazionale trova spiegazione in quelle *ragioni di carattere sia storico che strutturale* che abbiamo a suo luogo indicato (Cap. I). Ciascuno Stato possiede, infatti, un ***territorio***, un ***popolo***, ***un'amministrazione permanente ed effettiva***: in poche parole, si tratta di un soggetto di diritto internazionale dotato di ***sovranità***.

Così, anche la Cassazione italiana, nel caso *Arafat e Salah*, in linea con la tesi dominante nella dottrina giusinternazionalistica ha osservato che:

> "[i]l diritto internazionale riconosce come Stati soltanto quegli enti che, in piena indipendenza, esercitano il proprio potere di governo collettivo nei confronti di una comunità stanziata su di un territorio, onde è da ritenersi principio acquisito che la sintesi statuale debba essere espressa dalla triade popolo-governo-territorio e che richieda, quindi, necessariamente che la componente della popolazione e l'apparato di governo da essa espresso ricadano su un luogo di esercizio di tale governo e dell'attività dei soggetti" (6).

5. Piano espositivo. — Dopo aver delineato il concetto di "competenza" intesa come sovranità e potere di governo dello Stato (par. 1), ne esamineremo la dimensione

---

(5) Cfr., ad es.: G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, cit., p 120; R. QUADRI, voce *Stato*, in *Nuovo Digesto It.*, XII, I, p. 809 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4ª ed., cit., p. 23 ss. e cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 51 e ss.

(6) Cass. pen., sez. I, 28 giugno 1985, n. 1981, in *Foro it*., 1986, n. 5, p. 277. La vicenda trae origine dal mandato di cattura emesso nel settembre 1984 dal giudice istruttore del Tribunale di Venezia nei confronti di Yasser Arafat (in qualità di Presidente del comitato esecutivo dell'OLP) e di Kalef Salah (preposto ai servizi di sicurezza della fazione maggioritaria Al Fatah) imputati di alcuni reati previsti dalle norme penali italiane per avere preso contatti con le Brigate rosse approvando un comune programma di collaborazione e avere autorizzato la fornitura di ingenti quantitativi di armi e munizioni fornite in territorio libanese e poi introdotte in Italia da esponenti delle Brigate rosse che le avevano infine messe a disposizione, in territorio italiano, dell'OLP. Il ricorso alla Suprema Corte riguarda, con riferimento ad Arafat, la pretesa violazione dell'art. 3 c.p. in quanto si sarebbe trattato — secondo la difesa — di un capo di Stato estero. La Corte, nel negare tale immunità all'OLP, ha dunque delineato i caratteri della soggettività internazionale.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 5 SESS: 68 USCITA:

territoriale (par. 2), quella *personale* (par. 3), l'esigenza di tutela di *interessi vitali dello Stato* (par. 4), e la competenza dello Stato nella tutela di alcuni *interessi vitali della Comunità internazionale* (par. 5). Vedremo, in seguito, che esistono dei conflitti internazionali di sovranità-competenza (c.d. *concurring/overlapping jurisdictions*) e quindi di giurisdizione e che non è facile risolverli (par. 6); esamineremo inoltre come le competenze dello Stato vengano *protette* (par. 7) e come possano essere *alienate* (par. 8). Vedremo infine, *ratione temporis*, che fin quando uno Stato esiste, esercita le sue competenze in modo costante ed univoco e che il principio di continuità dello Stato si coordina con il regime delle successioni degli Stati (par. 9).

§ 1. — *Nozione di "competenza"* (Jurisdiction*) come sovranità dello Stato*

Bibliografia sommaria: F. A. Mann, "The doctrine of Jurisdiction in International Law", in *RCADI*, 1964-I, v. 111, p. 1 ss.; Id., "The doctrine of Jurisdiction in International Law revisited after twenty years", in *RCADI*, 1984, v. 186, p. 9 ss.; M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law", in *BYIL*, 1972-3, p. 145 ss.; il memorandum inviato il 12 agosto 1982 dalla CEE agli Stati Uniti, di protesta contro la decisione americana di imporre un embargo su alcune forniture di tecnologia che dovevano essere integrate nel gasdotto euro siberiano — testo riprodotto in *Europe Documents*, n. 216 del 12 agosto 1982; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, Ch. 12; R. Higgins, *International Law. Problems and Process*, Oxford, 1994, Ch. 4; SFDI, *Les compétences de l'Etat en droit International*, Paris, Pedone, 2006; *Oppenheim's International Law*, a cura di R. Jennings & A. Watts (eds.), 9ª ed., p. 456 ss.; *Brownlie's Principles of Public International Law*, J. Crawford (ed.), 8ª ed., Oxford, OUP, 2012, p. 456 ss.; J. Ziegler, *Introduction au droit international public*, 3ª ed., cit., p. 258 ss.; R. Luzzatto, I. Queirolo, "Sovranità territoriale, 'jurisdiction' e regole di immunità", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 183-227; M. Shaw, *International Law*, 9ª ed., cit., pp. 555 ss.

6. Fondamento internazionale. — Tra i vari soggetti di diritto internazionale, *gli Stati sono gli unici ad essere destinatari, in linea di principio, di tutte le norme del diritto internazionale generale* ([7]). Il *diritto internazionale ordina le competenze degli Stati, le delimita e le organizza, condizionandone allo stesso tempo l'esercizio.*

Pertanto, utilizzeremo il concetto di competenza secondo due accezioni diverse: da una parte, la nozione di competenza viene intesa in senso *sostanziale*, cioè con riferimento all'*oggetto* dei poteri dello Stato (1); dall'altra, la nozione di competenza viene intesa nel senso *formale* del termine, cioè riferendosi alla sovranità come *capacità di agire* dello Stato (*jurisdiction*) (2).

1. — L'aspetto sostanziale: la *sovranità* interna ed esterna di uno Stato

7. Due componenti. — Possiamo esaminare le competenze dello Stato avendo riguardo a due aspetti sostanziali: la sua *sovranità interna* e quella *esterna.* Sotto il primo profilo si fa riferimento all'*effettività* dei poteri di governo (c.d. ***sovranità interna***) nel territorio dello Stato mentre, all'esterno, la sovranità viene intesa come *indipendenza* e libertà nei rapporti con gli altri soggetti (c.d. ***sovranità esterna***).

([7]) Nel già citato caso del *Risarcimento dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, la CIG ha osservato che "[m]entre lo Stato possiede, nella loro totalità, i diritti e i doveri internazionali riconosciuti dal diritto internazionale, i diritti ed i doveri di un'entità del tipo delle Nazioni Unite dipendono dai suoi scopi e dalle sue funzioni, enunciati nel suo atto costitutivo o impliciti in esso e sviluppati dalla prassi", *Rec.*, 1949, p. 179.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 6 SESS: 68 USCITA:

a) ***La "sovranità interna" dello Stato: territorio-popolo-governo effettivo ed amministrazione permanente***

8. Nozione. — *La sovranità interna consiste nel potere effettivo dello Stato* nel proprio territorio *rispetto ad ogni altro potere costituito al suo interno* ([8]). Ciò significa, da un lato, che ciascuno Stato ha il potere di imporre e far rispettare, anche in modo coercitivo (*effettività)*, le proprie norme (leggi, sentenze ed atti amministrativi etc.). Dall'altro lato, significa che altri Stati non possono esercitare la loro autorità di governo senza il consenso dello Stato territoriale (*esclusività*).

Del pari, ogni Stato è libero di organizzare, come ritiene opportuno, la distribuzione del potere politico, cioè la sua *organizzazione costituzionale* e determinare la propria forma di Stato e di Governo. Inoltre, lo Stato è sovrano nell'organizzare, come ritiene opportuno, il proprio *sistema economico, giuridico* e *sociale* ([9]).

b) ***La "sovranità esterna" come indipendenza nei rapporti con gli altri soggetti od altri centri di potere esterni allo Stato***

9. Nozione. — Con il concetto di *sovranità esterna*, ci riferiamo a *tutte le competenze che lo Stato esercita in quanto membro della Comunità internazionale*. Si tratta dell'***indipendenza*** ossia, come l'etimo della parola suggerisce, di *non dipendenza* dell'apparato di Governo di uno Stato dato (o del suo ordinamento giuridico) rispetto al Governo di un altro Stato (compreso il suo ordinamento giuridico) ([10]). Tale carattere si manifesta nei rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento internazionale in senso lato e si sostanzia nell'effettiva e concreta ***autonomia*** che ciascuno Stato, in virtù della sua originarietà, possiede e manifesta. Basti pensare alla conclu-

---

([8]) Così ad es. A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, 2a ed., Bologna, Il Mulino, 2014, p. 38: "Vi sono altri enti, con il proprio ordinamento giuridico (i comuni, e le regioni per es.) che possono essere definiti *politici* ma non *sovrani*: la loro libertà di curare gli interessi delle rispettive collettività territoriali è limitata da regole che è la costituzione a stabilire e che ne definiscono l'autonomia. Proprio per questo solo lo Stato è sovrano. Uno Stato può definirsi tale se riesce a conseguire, sopra un determinato territorio, il monopolio della forza: se è in grado, in altre parole, di agire tendenzialmente senza resistenze al proprio interno e senza interferenze dall'esterno... Lo Stato esercita il monopolio della forza sia in forma diretta, grazie all'uso della forza legale (organizzazione di tribunali e di forze di polizia, coazione fisica nei confronti di chi trasgredisce la legge, organizzazione di forze armate per la difesa esterna), sia in forma indiretta, ponendosi come unico soggetto in grado di legittimare altri soggetti all'uso della forza (per esempio autorizzando la costituzione di forze di polizia locali con compiti delimitati). V. altresì Leanza, Caracciolo, *Diritto internazionale*, 4a ed., cit., p. 33: "Non è perciò necessario che lo Stato eserciti in ugual modo il suo potere su tutte le parti del proprio territorio e su tutte le componenti della propria comunità".

([9]) Il dato è pacifico e si trova ribadito dalla solenne Dichiarazione dell'Assemblea Generale ONU del 24 ottobre 1970 relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati (vedila in *Riv. dir. int.*, 1971, p. 280 ss.): "In base al principio dell'eguaglianza dei diritti dei popoli e del loro diritto all'autodeterminazione... tutti i popoli hanno il diritto di determinare il proprio assetto politico, in piena libertà e senza ingerenze esterne e di perseguire il proprio sviluppo economico, sociale e culturale ed ogni Stato ha il dovere di rispettare tale diritto".

([10]) Cfr. Leanza, Caracciolo, *Diritto internazionale*, 4a ed., cit., p. 35: "Anche l'indipendenza deve essere accertata tendendo conto della sua portata relativa...Infine, l'indipendenza non si valuta esclusivamente sotto un profilo sostanziale ma anche sotto un profilo formale, che è quello dell'originarietà dell'ordinamento, nel senso che, a livello costituzionale, l'ordinamento di uno Stato deve riposare su se stesso e non fondarsi sull'ordinamento di un altro Stato...l'elemento dell'indipendenza formale non è meno importante di quello dell'indipendenza di fatto". Nello stesso senso v. ad es. S.M. Carbone, "I soggetti e gli attori della comunità internazionale", cit., p. 5 ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 7 SESS: 68 USCITA:

sione dei trattati, all'eventuale partecipazione alle OIG, all'invio ed all'accreditamento delle rappresentanze diplomatiche, ecc..

Anche tale aspetto ha passato il vaglio della Cassazione italiana nel 2004, con il **caso *Djukanovic***. Qui, la Suprema Corte ha osservato che "perché un ente di diritto internazionale possa poi dirsi sovrano, con la conseguenza della immunità dalla giurisdizione penale per i suoi vertici istituzionali e per il suo ministro degli esteri, occorre che esso abbia la cosiddetta *capacità giuridica internazionale*, cioè sia riconosciuto dagli altri Stati come pari e indipendente, sia titolare di un potere di disposizione relativamente ai propri elementi costitutivi e possa porre in essere nell'ambito delle relazioni internazionali rapporti obbligatori tali da dar luogo a situazioni soggettive attive o passive, con la correlativa possibilità, nell'ambito dell'ente stesso, di vincolare questo e le sue componenti alle dette situazioni con atti aventi forza cogente" ([11]).

10. Rilevanza limitata dell'indipendenza economica. — Nel nostro tempo, che è quello dell'economia globale, non ci si riferisce più al connesso aspetto dell'*indipendenza economica*, dato che si è generalizzata una situazione di ***interdipendenza economica*** generale ove nessuno Stato — nemmeno le grandi Potenze — può dirsi economicamente indipendente ([12]). Nessuno Stato, infatti, può vivere né tantomeno prosperare in autarchia economica. Tuttavia, all'estremo opposto, valga il monito dell'ex Presidente della BCE, il prof. Mario Draghi, che ha più volte indicato che un Paese con un alto debito pubblico è un Paese a bassa sovranità perché si trova in balia dei mercati finanziari e delle Agenzie di *rating* (*supra*, Cap. IX).

11. Le "mobili frontiere" della sovranità esterna dello Stato. L'era della *sovranità limitata* e della *"sovranità responsabile"*. — Non bisogna pensare che esista un muro invalicabile tra la sovranità interna e quella esterna. *Il confine tra la sovranità interna e quella esterna è, infatti, mobile*: è possibile che, in un dato momento storico, una data materia regolata solo dall'ordinamento interno finisca nel campo del diritto internazionale se lo Stato così stabilisce, per esempio concludendo un trattato in tale materia. Così, *la* ***moneta***, che tradizionalmente forma oggetto della sovranità interna dello Stato, è divenuta una materia di interesse internazionale a partire dalla fine della seconda guerra mondiale. Nell'esperienza europea, basta riferirsi alla situazione dell'*euro*, un esempio inaudito di una moneta senza Stato istituita per trattato internazionale. Altre ed analoghe osservazioni valgono con riferimento ad altri settori del diritto internazionale: ad esempio, la materia dei ***diritti umani*** era un tempo considerata come appartenente al ***dominio riservato*** dello Stato, e quindi al *suo* diritto interno, mentre a partire dal secondo dopoguerra nel secolo scorso è divenuta *una* ***materia di interesse internazionale*** in cui gli Stati hanno assunto degli obblighi internazionali di natura pattizia a beneficio degli individui. Così, rispetto ad un recente passato, la sovranità degli Stati è divenuta sempre meno *assoluta* e sempre più *limitata*.

Così, nel secondo **caso *Diallo*** a cui abbiamo in precedenza già accennato, la CIG affermò, dapprima, che l'espulsione di uno straniero dovesse essere conforme alla legge nazionale, precisando poi che quest'ultima, a propria volta, dovesse essere "essa stessa compatibile con le altre esigenze del Patto e della Carta africana"; inoltre, la Corte aggiunse che una "espulsione non deve assumere un carattere arbitrario, essendo la protezione contro l'arbitrio al centro dei

---

([11]) Cass. penale, 17 settembre 2004, n. 49666, in *Riv. dir. int*., 2006, p. 568 ss. Il corsivo è nostro.

([12]) In argomento cfr. J. JACKSON, *The World Trading System*, Cambridge, MIT Press, 1997, p. 6; D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6a ed., cit., p. 8 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 8 SESS: 68 USCITA:

diritti garantiti dalle norme internazionali di tutela dei diritti umani, in particolare quelle norme contenute nei due trattati applicabili nella fattispecie" ([13]).

Può divenire persino una "*sovranità responsabile*" giacché, alcuni accordi commerciali internazionali subordinano la concessione di vantaggi daziari al rispetto dei diritti umani da parte dello Stato beneficiario (forzando per questa via la sua sovranità interna) o possono subordinare l'adesione di uno Stato ad un'organizzazione internazionale come la UE (v. i c.d. *criteri di Copenaghen*). In una simile prospettiva, nella prassi più recente, in nome dei diritti umani, oltre alla pressione economica, si è persino ammessa l'uso della forza armata tramite l'"intervento umanitario" o la "responsabilità di proteggere" contro uno Stato internazionalmente inerme ma nel cui territorio si verifichino gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani e di cui siano vittime i suoi stessi cittadini (su tali dilemmi v. *infra* Cap. XX).

12. (*segue*) L'era della *sovranità digitale*. — La sfida del nostro tempo è anche quella della c.d. "sovranità digitale" dei singoli Stati e, nel nostro continente, della stessa Unione europea. La diffusione di internet e dell'uso di strumenti informatici, unitamente alle rivelazioni legate al caso di **Edward Snowden** circa lo spionaggio cibernetico da parte degli Stati Uniti e di altre potenze, come la Russia o la Cina con riferimento al 5G, ha sollecitato un importante dibattito. Ed ancora una volta, il contesto internazionale rilevante non è solo quello dei rapporti tra Governi bensì anche quello dei rischi di dipendenza nei confronti dei colossi digitali privati come i *GAFA* (Google, Apple, Facebook e Amazon ma presto anche Tik Tok, Ali Baba etc.). Al riguardo, la Regola n. 9 del ***Manuale di Tallinn 2.0*** del 2017 ([14]) indica che la giurisdizione territoriale di ciascuno Stato comporta il controllo di persone fisiche e giuridiche che, a partire dal territorio di uno Stato, effettuano operazioni cibernetiche nel territorio di altri Stati e ciò si applica anche alle infrastrutture cyber e ai dati localizzabili in un territorio.

Ma in prospettiva più ampia, il Commissario UE per il Mercato Interno, Thierry Breton ha recentemente affermato che "[d]i fronte alla 'guerra tecnologica' di Stati Uniti e Cina, l'Europa deve porre le basi della sua sovranità per i prossimi 20 anni" e "la prima tra le maggiori sfide è la nostra **sovranità digitale**, che si basa su tre pilastri inseparabili: **potenza di calcolo, controllo dei nostri dati, connettività sicura**" ([15]). Così concepita, si intuisce chiaramente come la sovranità digitale si possa inserire oggi all'interno dell'obbiettivo più ampio di perseguimento dell'autonomia strategica europea.

In Italia, il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS) prevede un "***perimetro di sicurezza cibernetica***" per dare concretezza alle frontiere digitali da proteggere, integrando strutture pubbliche e private ed anche il Garante della Privacy è attivo in questo settore. A livello di Unione europea la direttiva (UE) 2016/1148 del 6 luglio 2016 reca misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione (c.d. ***direttiva NIS*** - Network and Information Security) al fine di conseguire un "livello elevato di sicurezza della rete e dei sistemi

---

([13]) CIG, 30 novembre 2010, *République de Guinée c. République du Congo*, par. 65.

([14]) M. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge, CUP, 2017. V. *infra* il Cap. XX.

([15]) Al sito internet ANSA del 3 settembre 2020. Grassetto aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 9 SESS: 68 USCITA:

informativi in ambito nazionale, contribuendo ad incrementare il livello comune di sicurezza nell'Unione europea".

13. Negazione della soggettività giuridica internazionale agli Stati membri di Stati federali. — Non possono considerarsi dotati di soggettività giuridica internazionale, gli Stati membri di Stati federali (si pensi ad es. alla California negli USA), i Cantoni (in Svizzera), i *Länder* (in Germania) ed a maggior ragione le *Regioni* dello Stato italiano (come tutte le altre regioni degli Stati unitari). Tali enti, per quanto territoriali, non sono giuridicamente abilitati, salvo eccezioni puntualmente regolate da apposite norme di carattere costituzionale, ad instaurare rapporti internazionali come distinti soggetti internazionali rispetto allo Stato al quale appartengono. Solo lo ***Stato federale***, dunque, è soggetto di diritto internazionale e non i suoi singoli Stati membri.

Viceversa, tradizionalmente, non si considera dotata di soggettività internazionale una ***Confederazione***, intesa come unione di Stati indipendenti e sovrani, pur perseguendo degli scopi di difesa e di politica estera comuni. Nella confederazione, infatti, la personalità internazionale degli Stati membri si impone ([16]).

14. (*segue*) Altri enti a "capacità limitata" che aspirano a diventare organizzazioni di governo su un territorio: i *movimenti di liberazione nazionale* e gli *insorti*. — I caratteri della "statualità" sopra richiamati sono stati evidenziati nella Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati del 26 dicembre 1933 che, ancor oggi, costituisce un utile punto di riferimento in materia. Detta convenzione, all'art. 1 indica che: "[l]o Stato in quanto persona di diritto internazionale dovrebbe possedere i seguenti requisiti: (a) una popolazione permanente; (b) un territorio definito; (c) un governo; e (d) la capacità di stringere relazioni con altri Stati". Non sorprende, quindi, la conclusione raggiunta dalla Cassazione italiana nel precitato **caso *Arafat*** ove ha osservato che:

> "com'è pressoché unanimemente riconosciuto dalla dottrina e come testimoniato dalla prassi degli Stati, i 'movimenti di liberazione nazionali' — tra cui è ricompresa l'OLP — godono di una limitata soggettività internazionale. Agli stessi è riconosciuto un *locus standi* all'interno della comunità internazionale al fine limitato di discutere su basi di perfetta parità con gli Stati territoriali i modi e i tempi dell'autodeterminazione dei popoli da loro politicamente controllati, in applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli, ritenuto norma consuetudinaria a carattere cogente. Così si spiega l'ammissione dell'OLP ai lavori in seno alle Nazioni Unite, certamente non in qualità di membro, ma neppure di semplice osservatore, bensì per trattare appunto questioni inerenti l'autodeterminazione del popolo palestinese negli organismi a ciò deputati".

Analoghe considerazioni valgono per gli insorti (***insurgents***), i quali costituiscono un gruppo organizzato di individui che combatte contro il governo legittimo di uno Stato per raggiungere determinati fini politici (rivoluzione, secessione di una parte del territorio per acquisire l'indipendenza o per unirsi a un altro Stato). Dal punto di vista del diritto internazionale occorre, tuttavia, distinguere due fasi della rivolta condotta dagli insorti: la prima, viene detta, appunto, "insorgenza" o "ribellione". Tale fase si caratterizza per il fatto che il movimento combatte per un'indipendenza che però non ha effettivamente raggiunto e pertanto le sue vicende rimangono una questione interna dello Stato. In una seconda e ben più cruenta fase, detta "di belligeranza", il

---

([16]) Ragguagli in G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 233.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 10 SESS: 68 USCITA:

partito insurrezionale acquisisce un controllo effettivo e stabile di una parte del territorio dello Stato. Solo in questa fase, dunque, ed in linea con il "principio di effettività", il diritto internazionale attribuisce agli insorti una limitata soggettività internazionale potendo quindi essere destinatari di norme del diritto internazionale (17).

15. Il caso dei *Governi fantoccio* e dei *Governi in esilio*. — Durante la seconda guerra mondiale, i governi stranieri manovrati dalla Germania nazista furono chiamati *governi fantoccio* (***Puppet Governments***) dagli Alleati angloamericani. Risulta dunque evidente che, difettando il requisito dell'indipendenza, i Governi fantoccio non potevano (e non possono) rivendicare una soggettività internazionale.

In proposito, va ricordata la situazione della Repubblica turca di Cipro del Nord, situata nell'omonima isola di Cipro, che è controllata dalla Turchia e dalle sue forze armate. In una celebre pronuncia della Corte EDU, nel ***caso Loizidou***, la Corte ha statuito che: "non occorre accertare se...la Turchia eserciti in realtà nel dettaglio un controllo sulla politica e sulle azioni delle autorità della Repubblica turca di Cipro del Nord" dal momento che "il gran numero di soldati turchi che partecipano a missioni attive nel Nord di Cipro...attesta che l'esercito turco ha in pratica un controllo globale di questa parte dell'isola...Tale controllo implica la responsabilità della Turchia in ragione della politica e delle azioni della Repubblica" (18).

Più delicato appare, invece, il caso dei ***governi in esilio*** *(Governments in exile)*. Se ne sono avuti vari esempi in passato: si pensi ai Governi in esilio a Londra di vari Stati europei occupati dai nazisti durante la seconda guerra mondiale, più recentemente al caso del Governo kuwaitiano in esilio in Arabia Saudita durante la prima guerra del Golfo del 1991, fino al caso del Dalai Lama e del Tibet rispetto alla Cina. Nella prassi, accade che, in un primo tempo, i Governi degli altri Stati continueranno a riconoscere il governo precedente (cioè il governo in esilio) come legittimo (governo *de iure*) sebbene abbia dovuto cedere il controllo dello Stato ad un altro governo (governo *de facto*) che esercita il controllo effettivo del territorio. Il principio di effettività, tuttavia, non consente di mantenere questa situazione indefinitamente, bensì per un tempo limitato. Con il passare del tempo, infatti, gli altri Stati necessariamente dovranno intrattenere delle "normali" relazioni diplomatiche con il nuovo governo, e dunque l'effettività del nuovo esecutivo trasformerà il suo governo *de facto* in un governo *de iure*.

16. Altri casi: il *Kosovo*. — Esistono nella prassi attuale altri casi di varia complessità (19). Tra questi occorre indicare il Kosovo, il quale ha unilateralmente dichiarato la propria indipendenza il 17 febbraio 2008 e ha adottato una propria Costituzione. Si tratta, tuttavia, di un territorio oggetto di una *amministrazione internazionale provvisoria* da parte dell'ONU (Ris. n. 1244 del 1999 del Consiglio di

---

(17) In argomento cfr. L. Vierucci, *Gli accordi fra Governo e gruppi armati di opposizione nel diritto internazionale*, Napoli, 2013, nonché, *amplius*, P. Pustorino, *Movimenti insurrezionali e diritto internazionale*, Bari, Cacucci, 2018.

(18) Corte EDU, sentenza del 23 marzo 1995 (eccezioni preliminari) e del 18 dicembre 1996 (merito), nel caso *Loizidou c. Turchia*, traduzione italiana in C. Focarelli, *Lezioni di diritto internazionale. Prassi*, II, Padova, Cedam, 2008, p. 21.

(19) In arg. v. M. Mancini, *Statualità e non riconoscimento nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 83 ss., nonché G. Asta, "Il processo di state-building in Kosovo: una rilettura a venti anni dal suo avvio", in *OIDU*, 2020, p. 103 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 11 SESS: 68 USCITA:

sicurezza), di una missione ONU (la UNMIK), della NATO (KFOR), e persino dell'Unione europea (EULEX Kosovo). Pertanto, nonostante non manchi chi ritenga che il parere della CIG del 22 luglio 2010 abbia riconosciuto l'indipendenza del Kosovo, è ben più fondata l'opinione di chi osserva che la CIG si è semplicemente limitata ad osservare che la dichiarazione *de qua* non fosse vietata dal diritto internazionale e che nella situazione appena descritta manchino gli elementi per concludere a favore della formazione di un nuovo Stato. In conclusione, i territori posti sotto un'amministrazione internazionale sia pure provvisoria, come tali, difettano del requisito dell'indipendenza e dunque non possono ancora accedere al rango di Stato secondo il diritto internazionale.

17. Altri casi: i *microstati*, la *Santa Sede* e la *Città del Vaticano*. — L'esigua estensione del territorio ed il limitato numero di abitanti non impediscono la soggettività internazionale dei c.d. *microstati* (ad es. Andorra, Lichtenstein, San Marino, il Principato di Monaco, Tonga etc.), come dimostra, tra l'altro, l'elenco degli Stati membri delle più importanti OIG. Possono essere qualificati in tale categoria, sebbene con caratteristiche proprie, anche la Santa Sede ed il Sovrano Militare Ordine di Malta.

La ***Santa Sede*** (o Sede Apostolica) costituisce la struttura centrale di governo della Chiesa cattolica, formata dalla persona del Pontefice e dai dicasteri della curia romana che lo coadiuvano. Fino al 1870, anno in cui il capo della Chiesa cattolica perse lo Stato territoriale a causa dell'annessione di Roma al Regno d'Italia, la Sede Apostolica rappresentava anche la suprema autorità di governo dello Stato pontificio. Tradizionalmente, si afferma che la Santa Sede gode di soggettività giuridica internazionale in virtù del diritto consuetudinario ([20]). Peraltro, tale soggettività non è venuta meno nel periodo compreso tra il 1870 e il 1929, dato che numerosi Stati hanno continuato a mantenere normali relazioni diplomatiche con la Sede Apostolica. In diritto pattizio, la "sovranità della Santa Sede nel campo internazionale" è comunque stata consacrata nel Trattato lateranense dell'11 febbraio 1929 (art. 2), concluso tra la Sede Apostolica e l'Italia, il quale ha risolto la c.d. 'questione romana' ed ha prefigurato altresì lo stabilimento di "normali rapporti diplomatici" tra le parti (art. 12). Inoltre, è stata riconosciuta alla Sede Apostolica "la piena proprietà e la esclusiva ed assoluta potestà e giurisdizione sovrana sul Vaticano", venendo costituita in tal modo la Città del Vaticano (art. 3). In ragione della missione salvifica della Chiesa universale, e per quanto attiene al proprio *status* sul piano internazionale, la Santa Sede si dichiara "estranea alle competizioni temporali fra gli altri Stati ed ai Congressi internazionali indetti per tale oggetto, a meno che le parti contendenti facciano

---

([20]) Cass., SS.UU., 17 novembre 1989 n. 4909, *Capitolo della patriarcale arcibasilica di San Giovanni in Laterano c. Zammerzni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 489. In arg. cfr. M. Miele, *La condizione giuridica internazionale della Santa Sede e della Città del Vaticano*, Milano, Giuffrè, 1937; G. Cansacchi, "La continuità dello Stato pontificio", in *Com. e st.*, VII, Milano, 1955, p. 97 ss.; S. Ferlito, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano, Giuffrè, 1988; G. Arangio-Ruiz, « On the Nature of the International Personality of the Holy See », in *RBDI*, 1996, pp. 355-369; A. M. Calamia, "La soggettività dello Stato Città del Vaticano rispetto all'Unione europea: prospettiva internazionalistica", in E. Bani e P. Consorti, *Finanze vaticane e Unione europea: le riforme di Papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 99-110 nonché E. Greppi, "Qualche riflessione sulla soggettività internazionale della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano", in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2017, p. 325 ss. ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 12 SESS: 68 USCITA:

concorde appello alla sua missione di pace, riservandosi in ogni caso di far valere la sua potestà morale e spirituale" (art. 24).

La ***Città del Vaticano***, secondo la dottrina canonistica, si configura come un ente che differisce dalla *Sede Apostolica* e sul quale quest'ultima esercita la sovranità. Il ***territorio*** della Città del Vaticano è costituito dalla Piazza e dalla Basilica di San Pietro a Roma, dai Palazzi vaticani con parchi, giardini e relative dipendenze, assieme ad altre piazze e strade come indicate nell'Allegato I al Trattato del Laterano. La ***cittadinanza*** è attribuita alle persone che risiedono stabilmente nella Città del Vaticano per ragioni di servizio, nonché ai Cardinali residenti a Roma anche fuori dai confini del territorio vaticano ([21]). La *rappresentanza* dello Stato nei rapporti internazionali è attribuita alla Santa Sede ([22]) ed il suo ordinamento giuridico ha come prima fonte normativa l'ordinamento canonico, sebbene non coincida totalmente con esso. Trattandosi di un'*enclave* in territorio italiano, la Città del Vaticano beneficia di numerosi obblighi assunti dall'Italia sul piano internazionale per garantirne la libertà di comunicazioni ferroviarie, postali, telefoniche, l'approvvigionamento di acqua potabile e l'introduzione di merci esenti da dazi ([23]). In virtù della convenzione monetaria stipulata con l'Unione europea il 17 dicembre 2009, la Città del Vaticano utilizza l'**euro** come propria moneta ufficiale.

Oggi, la Santa Sede intrattiene rapporti diplomatici con ben 183 Stati ([24]) ed ha propri rappresentanti presso le più importanti OIG ([25]). Dal 2004 è osservatore permanente presso l'Assemblea Generale dell'ONU ([26]).

18. (*segue*) Altri casi: il *Sovrano Militare Ordine di Malta*. — Il Sovrano Militare Ordine di Malta (SMOM), ossia il "Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme di Rodi e di Malta", è un ordine religioso-cavalleresco le cui origini risalgono all'epoca delle crociate (attorno al 1099 a Gerusalemme) e che fu riconosciuto da Papa Pasquale II nel 1113 con il documento *Pie postulatio voluntatis*. Nel corso dei secoli, l'Ordine ha esercitato la propria sovranità territoriale prima sull'isola di Rodi (dal 1310 al 1522) e poi su Malta, ottenuta in feudo libero dall'imperatore Carlo V (dal 1530 al 1798). Dal 1834 la sede di governo del SMOM è a Roma.

Il capo dell'Ordine di Malta è il Gran Maestro che governa sia come sovrano che come superiore religioso. In virtù del suo carattere di ordine religioso laicale, le cariche apicali del SMOM possono essere ricoperte esclusivamente da quei membri

---

([21]) Art. 1, Legge vaticana n. CXXXI del 22 febbraio 2011.

([22]) Art. 6, Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano del 13 maggio 2023.

([23]) Cfr. art. 22 del Trattato fra la Santa Sede e l'Italia nonché la convenzione doganale stipulata tra Italia e Città del Vaticano del 30 giugno 1930.

([24]) I *Nunzi apostolici* presso i governi stranieri hanno tre funzioni: in primo luogo, il mantenimento delle relazioni con la chiesa locale; in via secondaria, la rappresentanza della Santa Sede presso lo Stato accreditatario; infine, il mantenimento delle relazioni tra lo Stato straniero e la Città del Vaticano. Una consuetudine sviluppatasi a seguito del Congresso di Vienna del 1815, la quale non è stata toccata dalla Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche (art. 16), attribuisce al nunzio apostolico il ruolo di decano dei corpi diplomatici accreditati presso gli Stati.

([25]) Tra le quali, la UE, il Consiglio d'Europa, la Lega degli Stati Arabi (LAS), l'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), l'OSCE, l'Organizzazione sulla messa al bando totale degli esperimenti nucleari (CTBTO), l'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (IAEA) e l'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (WIPO).

([26]) Per effetto della Ris. dell'Assemblea Generale 58/314 del 1° luglio 2004.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 13 SESS: 68 USCITA:

che emettono i voti di povertà, castità ed obbedienza a norma del diritto canonico. Composto da più di 13.500 membri in tutto il mondo (a cui si aggiungono 80.000 volontari e 42.000 dipendenti), oggi l'Ordine di Malta opera in oltre 120 Paesi dove fornisce assistenza alle persone bisognose attraverso le sue attività mediche, sociali e umanitarie.

Nonostante le perplessità manifestate da gran parte della dottrina circa la mancanza di territorio e di indipendenza rispetto alla Santa Sede, è un fatto che il SMOM oggi intrattiene relazioni diplomatiche con ben 112 Stati (a cui si aggiungono la Santa Sede e l'Unione europea) tra i quali l'Italia che l'ha riconosciuto tramite lo scambio di note diplomatiche dell'11 maggio 1960, a cui è seguito un aggiornamento con l'accordo internazionale del 17 maggio 2012 ([27]). Il SMOM gode dello *status* di osservatore permanente presso l'Assemblea Generale dell'ONU ed è accreditato presso numerose OIG ([28]).

Rispetto all'Italia, la Cassazione, a Sezioni unite, ha evidenziato che:

"La giurisprudenza di questa Corte è costante nel riconoscere la posizione di soggetto di diritto internazionale mantenuta nell'ordinamento giuridico italiano dal Sovrano Ordine di Malta, con la conseguente immunità dalla giurisdizione del giudice italiano. Tale immunità si estende anche a quegli enti di diritto pubblico, parimenti dotati di soggettività internazionale, come appunto l'ACISMOM [Associazione dei Cavalieri italiani del SMOM, *n.d.r.*], attraverso i quali l'Ordine di Malta persegue le sue finalità istituzionali e pubblicistiche...Il Sovrano Ordine di Malta è stato, così, ritenuto in tutto equiparato, anche se privo di territorialità, ad uno Stato estero, con il quale l'Italia ha normali relazioni diplomatiche, sicché al detto Ordine compete lo stesso trattamento giuridico spettante a detti Stati stranieri ed a favore dei quali è stata riconosciuta — relativamente all'attività concernente l'attuazione dei loro fini pubblici — l'esenzione dalla giurisdizione, estesa anche a quegli enti volti a perseguire, anche se indirettamente, i suddetti fini...Pure in dottrina deve ormai considerarsi pressoché unanime l'assunto secondo cui l'Ordine di Malta, pur privo di territorio e cittadini, gode di prerogative sovrane configurandosi come soggetto di diritto internazionale e l'ACISMOM, rivestendo la natura di ente pubblico melitense, gode anche esso dell'immunità dalla giurisdizione come ogni Stato estero. Al fine però di contemperare l'esigenza di assicurare il riconoscimento delle prerogative proprie di uno Stato estero e la tutela dei diritti dei cittadini italiani lavoratori, la giurisprudenza di questa Corte — in linea anche su detto punto con le opinioni condivise dalla dottrina internazionalistica — ha abbandonato la tesi della "immunità diffusa", secondo cui lo Stato straniero è immune dalla giurisdizione italiana in ogni caso, ed ha accolto, invece, il principio della immunità ristretta o relativa"" ([29]).

Ne segue pertanto che, dal punto di vista dello Stato italiano, il SMOM è uno Stato estero. Come tale, beneficia dell'immunità dalla giurisdizione "ristretta", in adesione all'orientamento giurisprudenziale prevalente in materia.

([27]) In arg. v. ad es., F. GAZZONI, *L'Ordine di Malta*, Milano, Giuffrè, 1979 e cfr., in senso critico, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 34 ss. Va comunque osservato che la subordinazione del SMOM all'ordinamento canonico attiene esclusivamente al profilo religioso dell'istituzione (e relativamente a quei membri che hanno emesso i voti): infatti, la stessa Sede Apostolica riconosce la sovranità dell'Ordine di Malta intrattenendo con esso rapporti diplomatici al pari degli altri Stati. Né sembra condivisibile la tesi di chi sostiene che il SMOM sarebbe assimilabile ad un'organizzazione non governativa. Tale ente è, infatti, dotato *ab origine* di un proprio ordinamento giuridico autonomo e distinto sia dall'ordinamento interno degli Stati, sia da quello canonico, nonché di proprie giurisdizioni.

([28]) Tra cui il Consiglio d'Europa, l'Unione Africana, l'Organizzazione sulla messa al bando totale degli esperimenti nucleari (CTBTO), l'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (IAEA) e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM).

([29]) Cass. civ., SS.UU., 3 gennaio 2007, n. 5, in *Dejure*.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 14 SESS: 68 USCITA:

2. — L'aspetto formale della sovranità: la "giurisdizione" dello Stato

19. Soggettività internazionale e potere d'imperio (*jurisdiction*). — Una volta che uno Stato ha acquistato la *soggettività giuridica internazionale*, il diritto internazionale tutela l'esercizio del suo potere di governo nel proprio territorio e, entro alcuni limiti, anche al di fuori di esso ([30]). Se, tuttavia, una persona fisica o giuridica non presenta alcun *contatto o collegamento* con un dato Stato, ne segue logicamente che quel medesimo Stato non potrà esercitare la propria "giurisdizione" — comunque intesa — nei confronti di tali soggetti privati.

È un diritto dello Stato quello di esercitare il potere di governo nel suo territorio e ad esso, appunto, ci si riferisce con l'espressione *competenza territoriale* o *sovranità territoriale.* In tale ambito, si inquadra il potere dello Stato di emanare una norma giuridica e di assicurarne l'esecuzione coattiva.

Nei Paesi di Common Law — ma la terminologia è ormai divenuta di uso corrente nella pratica internazionale — si preferisce utilizzare il termine di *territorial sovereignty* in senso generale e di *territorial jurisdiction* ([31]) con riferimento al titolo di giurisdizione.

L'espressione "**giurisdizione**" (*jus dicere*) viene impiegata in senso lato e secondo una triplice accezione. Indica, cioè, sia il potere dello Stato di emanare una norma obbligatoria (***jurisdiction to prescribe***), sia la *competenza giurisdizionale dei giudici* di uno Stato dato (***jurisdiction to adjudicate***) ([32]), sia infine i mezzi di attuazione coercitiva del diritto a disposizione di uno Stato (***jurisdiction to enforce***). È ciò che precisa il *Restatement* pubblicato dall'*American Law Institute* ([33]) trattandosi di una partizione concettuale ampiamente accolta dai giudici statunitensi e che merita di essere richiamata in quanto spiega in modo chiaro alcuni dei più complessi problemi pratici del diritto internazionale del nostro tempo.

Per comodità espositiva, faremo riferimento qui di seguito solo alla "competenza normativa" ed a quella di attuazione coercitiva giacché possono provocare, più della competenza giurisdizionale — la quale forma oggetto di studio approfondito nei corsi

---

([30]) Come osserva M. Shaw (*International Law*, cit., p. 483), con riferimento alla nozione di *jurisdiction*, utilizzata dai Paesi di Common Law: "Jurisdiction concerns the power of the state under International Law to regulate or otherwise impact upon people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs".

([31]) ASIL, "Jurisdictional, Preliminary, and Procedural Concerns", in *Benchbook on International Law* § II.A (Diane Marie Amann ed., 2014), al sito *www.asil.org/benchbook/jurisdiction.pdf.*

([32]) Così, secondo quanto indicato da *ASIL*, "Jurisdictional, Preliminary, and Procedural Concerns", cit., per *jurisdiction to adjudicate*, si intende "a country's ability to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunals. The U.S. legal categories of personal jurisdiction and subject-matter jurisdiction help delineate the scope of U.S. courts' jurisdiction to adjudicate".

([33]) Il § 401 del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* del 1986, pubblicato dall'*American Law Institute*, indica che "[s]econdo il diritto internazionale uno Stato è soggetto a limitazione con riferimento alla: *a*) giurisdizione a prescrivere [*jurisdiction to prescribe*], cioè a rendere le sue leggi applicabili ad attività, rapporti, o *status* delle persone, o interessi delle persone in beni, attraverso l'emanazione di leggi o di atti o di ordini esecutivi o di norme o regolamenti amministrativi o la decisione di una Corte; *b*) giurisdizione a decidere [*jurisdiction to adjudicate*], cioè ad assoggettare persone o cose al processo delle proprie Corti o Tribunali amministrativi, in procedimenti civili o penali, indipendentemente che lo Stato sia o meno parte nel procedimento; *c*) giurisdizione esecutiva [*jurisdiction to enforce*], cioè ad indurre o imporre l'osservanza o a punire l'inosservanza delle sue leggi o regolamenti, attraverso le corti o l'impiego di azioni esecutive, amministrative o di polizia o di altro tipo non giurisdizionale".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 15 SESS: 68 USCITA:

di diritto internazionale privato e processuale ([34]) — dei *conflitti internazionali di sovranità* la cui delicata risoluzione spetta al diritto internazionale "pubblico".

a) ***Il potere di emanare una norma giuridica statuale: la competenza normativa*** **(jurisdiction to prescribe*)***

20. — Con la nozione di *jurisdiction to prescribe* (competenza normativa o legislativa), si fa riferimento al potere di ciascuno Stato di *adottare delle norme giuridiche atte a regolare la condotta dei soggetti giuridici dell'ordinamento interno*. Ogni Stato, infatti, nell'esercizio di tale funzione normativa, emana apposite norme di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto amministrativo, di diritto del lavoro, di diritto tributario o di diritto penale e così via.

b) ***Il potere di ottenere l'attuazione coercitiva delle norme giuridiche: la competenza esecutiva*** **(jurisdiction to enforce*)***

21. — Se è di competenza dello Stato l'emanazione di una data norma giuridica, logicamente dovrebbe essere di sua competenza anche il potere di attuazione coercitiva della stessa: si pensi ad esempio, al potere delle autorità statali di eseguire il fermo di un dato individuo o di arrestarlo nel caso in cui abbia violato una norma di diritto penale; o, ancora, il potere di porre sotto sequestro un bene di un dato individuo. In poche parole, la ***jurisdiction to enforce*** (competenza esecutiva) consiste nel potere dello Stato di mettere in atto tutte *le procedure di esecuzione coattiva* al fine di far rispettare le norme del proprio ordinamento giuridico interno.

c) ***Rapporti tra la competenza normativa*** **(jurisdiction to prescribe*) e quella di attuazione coercitiva* (jurisdiction to enforce*)***

22. — La potestà di emanare una norma di diritto e quella di assicurarne l'esecuzione per lo più coincidono; ma talvolta la coincidenza non è totale.

i. **Coincidenza**

23. Frequenza. — Come già detto si tratta del caso più frequente: quello in cui uno Stato, nell'esercizio della propria giurisdizione, emana una norma giuridica e, allo stesso tempo, possiede gli strumenti e la competenza di rendere coercibile quella norma. Si prenda l'*esempio delle nazionalizzazioni.* Uno Stato ha il diritto di nazionalizzare i beni dei suoi cittadini e degli individui stranieri sul proprio territorio; possiede in questo caso la competenza normativa (*jurisdiction to prescribe*). Il medesimo Stato potrà allo stesso modo procedere all'attuazione coercitiva di tale misura prendendo effettivamente possesso di quei beni che si trovano sul suo territorio: qui, infatti, lo Stato possiede la *jurisdiction to enforce*, ossia la competenza di eseguire, se necessario coattivamente, le misure che esso stesso ha adottato, in ragione del fatto che i beni sono localizzati sul suo territorio.

In tale ipotesi, si ha coincidenza perfetta tra l'emanazione e l'esecuzione di una norma giuridica di un dato Stato.

([34]) Alludiamo alla giurisdizione civile. La giurisdizione penale è assai più restrittiva e non è legata al conflitto di leggi, giacché sia il diritto penale che quello tributario non formano oggetto immediato del conflitto di leggi inteso in senso internazionalprivatistico.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 16 SESS: 68 USCITA:

ii. Assenza di coincidenza

24. Rarità. — Esistono dei casi, relativamente rari, in cui quei due tipi di competenza, di *jurisdiction* appunto, *non appartengono simultaneamente allo stesso Stato*. Perciò, quando uno Stato pretende di esercitarle, ci si trova di fronte a dei delicati problemi internazionali che possono tradursi anche in *conflitti di giurisdizione*, opponendo due sovranità statali. Di norma, gli Stati esercitano le proprie competenze con equilibrio e moderazione in modo da evitare conflitti di giurisdizione con gli altri Stati; ma non è sempre cosi, come dimostrano *le tradizionali pretese degli Stati Uniti* di attuare una *vasta applicazione extraterritoriale di alcune delle loro norme nazionali* (si pensi alle leggi che regolano la borsa valori o alla normativa anti-trust, o ancora alle misure di embargo). Proprio per evitare tali conflitti e al fine di aiutarsi a vicenda, è frequente che gli Stati concludano delle convenzioni bi- o multilaterali di cooperazione e di assistenza giudiziaria reciproca (come, ad esempio, la Convenzione dell'Aja sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale del 18 marzo 1970).

Ciò premesso, dobbiamo esaminare brevemente due situazioni particolari:

a) *L'esercizio della competenza normativa* (jurisdiction to prescribe*) da parte di uno Stato privo di competenza di attuazione coercitiva* (jurisdiction to enforce*)*

25. Alcuni esempi. — Uno Stato ha potestà di adottare una determinata norma anche se non può adottare alcuna misura coercitiva.

Così, ad esempio, lo Stato A può decidere che tutti i suoi cittadini, anche quelli residenti all'estero, prestino servizio militare. Tuttavia, in tale ipotesi, lo Stato A non ha alcun mezzo per procedere all'esecuzione di questo provvedimento nei confronti dei suoi cittadini che risiedono all'estero. È il caso in cui la competenza di esecuzione — la *jurisdiction to enforce* — dello Stato A entrerebbe in conflitto con la sovranità territoriale di un altro Stato.

Analogamente, in caso di *nazionalizzazione*, uno Stato A potrà decidere, in virtù della sua giurisdizione — cioè della sua competenza ad emanare una norma giuridica (*jurisdiction to prescribe*) — che i beni dei propri cittadini situati all'estero vengano nazionalizzati. Tuttavia, ancora una volta, quel medesimo Stato non avrà alcuno strumento di attuazione coercitiva automatica di quella misura (*jurisdiction to enforce*), perché dovrà necessariamente ottenere la cooperazione dello Stato territoriale (Stato B) in cui quei beni sono situati, in quanto tale misura incide sulla sovranità territoriale dello Stato B.

Così, ad esempio, nel 1986 le autorità svizzere accettarono di congelare provvisoriamente il patrimonio degli ex Presidenti Marcos delle Filippine e Duvalier di Haiti in attesa che i giudici competenti si pronunciassero sul merito della richiesta di quei due Stati che cercavano di recuperare le risorse economiche, a loro avviso, illegalmente possedute e portate fuori dai rispettivi Paesi.

Tuttavia, è altrettanto chiaro che, mediante trattato, uno Stato A può accettare che una nazionalizzazione effettuata da uno Stato B abbia diretta efficacia sul proprio territorio (dello Stato A): ciò fu oggetto del famoso "Litvinov Assignment" del 16 novembre 1933 che consisteva in uno scambio di lettere tra il commissario sovietico agli affari esteri e il presidente Roosevelt in base al quale l'Unione Sovietica delegava agli Stati Uniti tutti i diritti e i crediti che essa stimava di possedere negli Stati Uniti, in seguito alle nazionalizzazioni effettuate dopo la rivoluzione del 1917 — ciò equi-

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 17 SESS: 68 USCITA:

valeva ad un riconoscimento di efficacia extraterritoriale di quelle misure ([35]). Ma quella è l'eccezione che conferma la regola, un'eccezione che è stata riaffermata nella controversia all'inizio degli anni '80 tra l'Iran e gli Stati Uniti a proposito della "fortuna dell'ex Shah". Qui, l'Iran procedette alla *confisca* dei beni della famiglia imperiale in Iran, ciò che risultava lecito, in quanto quest'ultimo Stato possedeva allo stesso tempo la competenza legislativa e quella esecutiva. Viceversa, allorquando l'Iran pretese di confiscare i beni dell'ex Shah e della sua famiglia imperiale situati negli Stati Uniti, la situazione diventava completamente diversa: l'Iran non aveva alcuna competenza per assicurare l'attuazione coercitiva di tale misura all'estero (*jurisdiction to enforce*), e, per fare ciò, doveva ottenere l'accordo del governo "competente" in ragione della localizzazione dei beni.

Per le suddette ragioni, oggi, gli Stati possono agire con maggiore astuzia, effettuando una nazionalizzazione "indiretta" in cui il trasferimento della proprietà si realizza, dal settore privato al settore pubblico, attraverso una *semplice sostituzione di azionisti*: lo Stato, che diviene così l'unico azionista della società madre, acquista in tal modo il controllo delle filiali di quest'ultima — siano esse locali o straniere.

b) *Carenza di competenza di attuazione coercitiva* (jurisdiction to enforce) *poiché manca, a monte, la competenza normativa* (jurisdiction to prescribe)

26. — Questa è un'ipotesi differente secondo la quale, in linea di principio, uno Stato non è abilitato ad adottare delle misure di attuazione coercitiva (*jurisdiction to enforce*) se, *prima*, non possiede la competenza di emanare la norma di diritto che pretende di far rispettare (appunto, la *jurisdiction to prescribe*).

Così, uno Stato A non può emanare una norma che sanzioni il comportamento dei cittadini di uno Stato B nei confronti dei propri cittadini, anch'essi residenti nello Stato B.

Per **esempio**, l'Italia non è competente ad emanare delle norme penali che sanzionino l'eventuale comportamento dei cittadini svizzeri nei confronti dei cittadini italiani residenti in Svizzera. Dato che uno Stato — in questo caso l'Italia — non ha la competenza di emanare una tale norma, ne consegue logicamente che esso non è nemmeno autorizzato ad assicurarne l'esecuzione, irrogando la sanzione a cittadini stranieri. Nell'esempio, l'Italia non può arrestare e perseguire dinanzi ai suoi tribunali i cittadini svizzeri che si trovassero occasionalmente sul suo territorio a causa della pregressa violazione di una norma penale italiana che sanziona il loro comportamento in Svizzera nei confronti dei residenti italiani in Svizzera. In altre parole, l'Italia non possedendo la *jurisdiction to prescribe*, non possiede nemmeno la *jurisdiction to enforce* e dunque non può realizzarne l'esecuzione.

27. Discussione in occasione del caso *Lotus*. — Il problema della coincidenza — o meno — delle competenze di cui sopra — legislativa ed esecutiva — fu discussa in occasione del precitato *caso Lotus* del 1927. La Turchia aveva il diritto di emanare una norma penale per perseguire dei reati contro i suoi cittadini allorquando tali illeciti fossero avvenuti in alto mare, e cioè al di fuori del suo territorio? Poteva la Turchia imporre — competenza di attuazione coercitiva, *jurisdiction to enforce* — ad un *cittadino straniero* il rispetto della *propria norma penale interna* qualora il reato fosse stato commesso all'estero e l'autore (straniero) del reato *si trovasse in territorio turco*?

([35]) V. *US v. Pink*, 315 US 203.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 18 SESS: 68 USCITA:

Quid, in caso di urto tra una nave francese e una nave turca? La risposta della Francia era negativa: essa riteneva che la Turchia non avesse competenza di attuazione coercitiva (*jurisdiction to enforce*), e quindi non poteva incriminare il personale marittimo francese responsabile dell'urto, perché la Turchia, a monte, non aveva la competenza di emanare una tale norma (*jurisdiction to prescribe*). Al contrario, la Turchia pretendeva di possedere entrambi i titoli di giurisdizione.

Purtroppo, qui si ricorderà che la CPGI accolse la tesi turca, valutando che la Turchia possedesse, in virtù del diritto internazionale, entrambe le competenze: legislativa ed esecutiva.

28. Regola generale. — In conclusione, sembra comunque possibile formulare il seguente principio generale: *se uno Stato agisce al di fuori delle sue competenze, al di là della propria jurisdiction, viola il diritto internazionale* perché, in tale ipotesi, esso avrà agito senza potere ([36]).

§ 2. — *La sovranità (o competenza) territoriale*

29. Il territorio. — Com'è noto, il territorio è uno degli elementi costitutivi essenziali dello Stato ([37]). Solo lo Stato possiede un territorio nell'ordinamento giuridico internazionale, un elemento fondamentale di cui sono privi gli altri soggetti di diritto internazionale. Dunque, il territorio conferisce allo Stato un titolo ad agire in ragione della sua semplice esistenza fisica.

1. — I limiti geografici della sovranità territoriale

30. Le componenti del territorio. — Va ricordato che il territorio di uno Stato è generalmente composto da tre elementi: terrestre, marittimo, aereo ([38]).

31. Il confine marittimo. — Per secoli, il principio della libertà dei mari ha dominato il diritto internazionale e tale principio, di natura consuetudinaria, era legato al commercio internazionale in quanto solo grazie ad esso le merci potevano essere trasportate nel mondo ([39]). Nel contempo, gli Stati costieri hanno sempre

---

([36]) Questa fu la posizione che la Francia sostenne — invano — nei confronti della Turchia nel *caso Lotus* del 1927 citato in precedenza. In arg. v. F. Pocar, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, Cedam, 1974.

([37]) A tale riguardo, il territorio si rapporta allo Stato secondo due punti di vista: 1) come oggetto di un diritto dello Stato (*dominium*), e come tale può essere oggetto di atti dispositivi (cessione etc.); 2) come ambito principale di governo dell'attività statale (*imperium*). In arg. A. Gioia, *Diritto internazionale*, 7a ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 151 s.; Dailler, Forteau, Miron, Pellet, *Droit International public*, 9 ed., cit., p. 596 ss.

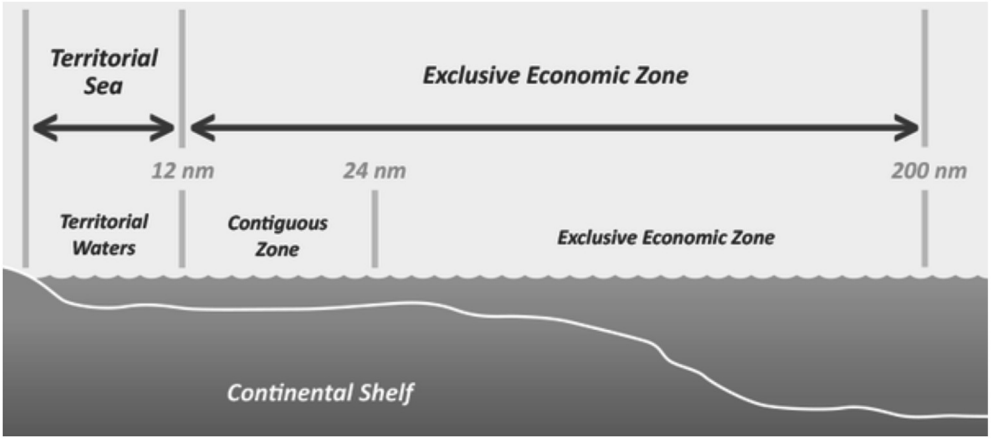
([38]) In passato, la dottrina assimilava al territorio nazionale le navi e gli aeromobili aventi la sua nazionalità e le sedi delle proprie rappresentanze diplomatiche e consolari all'estero. Oggi, tale *fictio iuris* non è più necessaria in presenza di specifici istituti di diritto internazionale che prescindono dall'attaccamento al territorio di quegli elementi. Sarebbe certamente un errore ritenere che, ad es., l'ambasciata italiana a Brasilia sia in territorio italiano in Brasile! Il territorio è sempre quello dello Stato brasiliano, il regime ed i privilegi di quell'Ambasciata sono retti da norme internazionali precise.

([39]) Solo recentemente il mare è stato diviso in vari settori con specifici regimi giuridici, a cominciare dal c.d. *mare territoriale*. La materia si trova, oggi, ampiamente regolata dalla Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982, resa esecutiva in Italia con L. 2 dicembre 1991, n. 689, ed entrata in vigore per l'Italia dal 12 febbraio 1995. In arg. v. per tutti T. Treves, *La convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 19 SESS: 68 USCITA:

rivendicato il controllo delle acque adiacenti alle proprie coste. Pertanto, la definizione del rapporto tra sovranità marittima e libertà di navigazione si ritrova alla radice dei trattati intesi a regolare il traffico marittimo e a limitare le pretese di sovranità degli Stati costieri sul mare: basti pensare alla *querelle* secentesca tra GROZIO — sostenitore della dottrina del *mare liberum* — e SELDEN — sostenitore della teoria del *mare clausum* — o ancora alle rivendicazioni di Venezia sul mare Adriatico teorizzate da Paolo Sarpi (40).

La disciplina attuale prevede una progressiva irradiazione della sovranità statale negli spazi marini (41). Innanzitutto, uno Stato può avere uno *spazio marittimo circostante* che a sua volta si divide in due parti: le *acque interne* ed il loro fondale, su cui lo Stato costiero vanta una sovranità esclusiva; il *mare territoriale* ed il suo fondale che sono soggetti — salvo alcune limitazioni — alla competenza territoriale dello Stato costiero. Bisogna aggiungere a questi due spazi marini la *zona contigua* e la *zona economica esclusiva*, quest'ultima è stabilita entro le 200 miglia marine.



32. (*segue*) Il mare territoriale. **Il diritto di passaggio inoffensivo**. — La sovranità dello Stato costiero si estende al di là della terraferma e delle acque interne su una zona di mare adiacente denominata *mare territoriale (**Territorial Sea**)*. Tale norma di diritto internazionale consuetudinario si trova oggi codificata all'art. 2 della Convenzione delle Nazione Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982 (d'ora in avanti, UNCLOS). L'art. 3 di detta convenzione stabilisce che il mare territoriale può estendersi fino a un *massimo* di 12 miglia marine misurate a partire

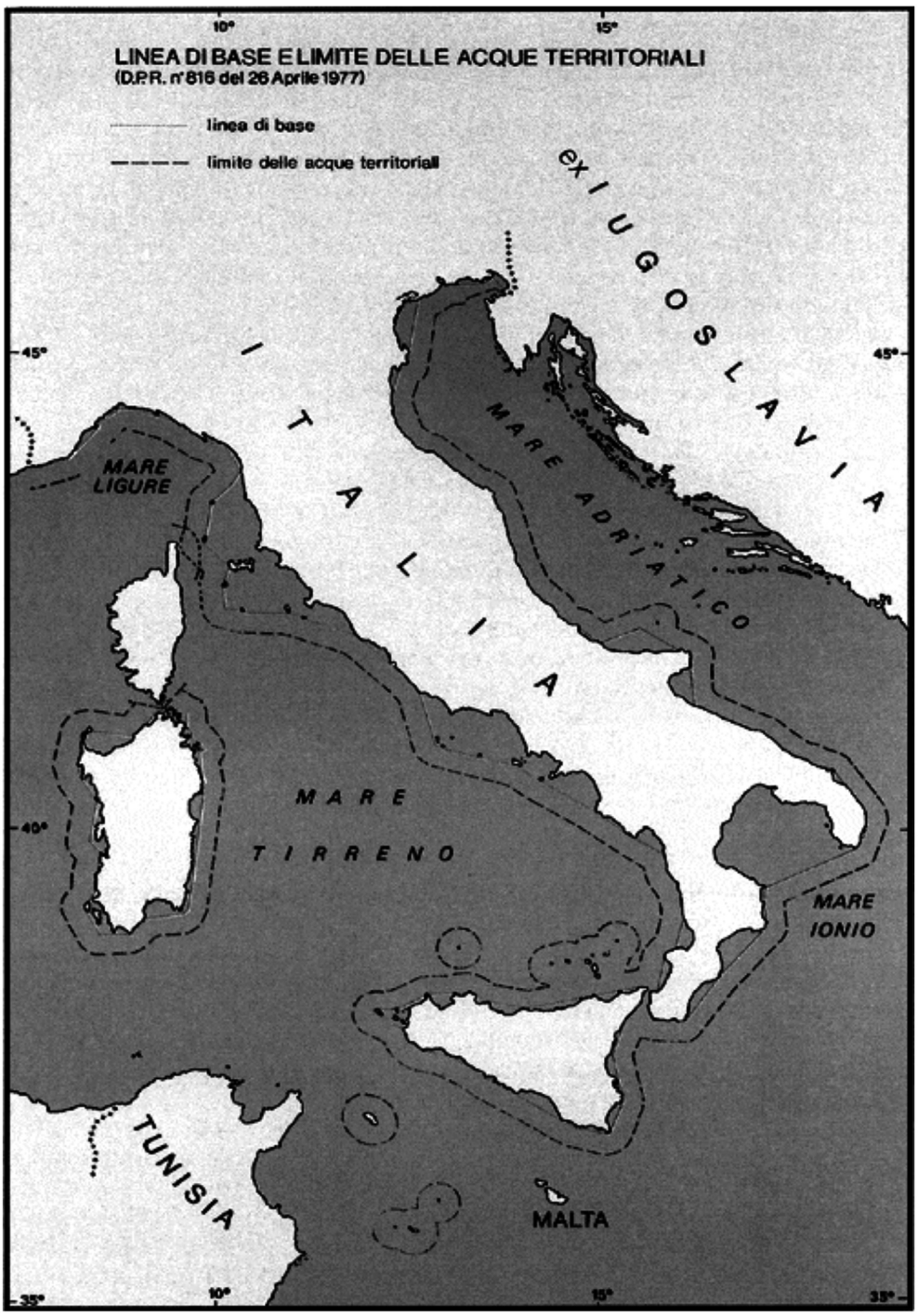
---

del 10 dicembre 1982, Milano, 1983; A. GIOIA, *Titoli storici e linee di base del mare territoriale*, Milano, Giuffrè, 1990; T. SCOVAZZI, "The Evolution Of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges", in *RCADI*, v. 286, 2000, p. 39 ss.; ID., *Elementi di diritto internazionale del mare*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 2002, p. 65 ss.; nonché SIDI, *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione*, Napoli, ES, 2002; A. DEL VECCHIO, F. MARRELLA, *International Law and Maritime Governance. Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations*, Napoli, 2016; M. SHAW, *International Law*, 9a ed., cit., p. 473 ss.; M. FORTEAU, J.-M. THOUVENIN, *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017; U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parti speciali*, 3a ed., cit., 2020, p. 210 ss. e riferimenti ivi cit..

(40) V. G. ACQUAVIVA, T. SCOVAZZI, *Il dominio di Venezia sul Mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, Milano, Giuffrè, 2007.

(41) V. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 669 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 20 SESS: 68 USCITA:



NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 21 SESS: 68 USCITA:

dalla *linea di base*, corrispondente alla linea di bassa marea. A tali norme si allinea l'art. 2 cod. nav. it. ai sensi del quale:

"Sono soggetti alla sovranità dello Stato i golfi, i seni e le baie, le cui coste fanno parte del territorio della Repubblica, quando la distanza fra i punti estremi dell'apertura del golfo, del seno o della baia non supera le ventiquattro miglia marine. Se tale distanza è superiore a ventiquattro miglia marine, è soggetta alla sovranità dello Stato la porzione del golfo, del seno o della baia compresa entro la linea retta tirata tra i due punti più foranei distanti tra loro ventiquattro miglia marine.

È soggetta altresì alla sovranità dello Stato la zona di mare dell'estensione di dodici miglia marine lungo le coste continentali ed insulari della Repubblica e lungo le linee rette congiungenti i punti estremi indicati nel comma precedente. Tale estensione su misura dalla linea costiera segnata dalla bassa marea.

Sono salve le diverse disposizioni che siano stabilite per determinati effetti da leggi o regolamenti ovvero da convenzioni internazionali" ([42]).

33. (*segue*) I limiti alla sovranità dello Stato costiero sul mare territoriale. — Nelle acque interne e nel mare territoriale lo Stato costiero esercita piena sovranità, ossia può esercitare gli stessi poteri coercitivi di cui dispone nel territorio, ma con tre importanti limiti: il primo è il ***diritto di passaggio inoffensivo*** (*innocent passage*) da parte di navi straniere ([43]). Tale diritto, codificato agli art. 17 ss. della UNCLOS consente il movimento ***continuo*** e ***rapido*** di una nave, anche da guerra, nel mare territoriale. Non si tratta dunque di passaggio disarmato. Il passaggio è considerato ***inoffensivo*** quando "non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero" (art. 19, par. 1, UNCLOS). Lo Stato costiero può anche sospendere temporaneamente l'esercizio del diritto di passaggio inoffensivo in zone determinate, a condizione di non operare discriminazioni fra navi straniere, se tale sospensione è indispensabile per la propria sicurezza.

Per gli ***stretti*** che servono alla navigazione internazionale è attribuito un più incisivo ***diritto di passaggio in transito***, purché il passaggio sia continuo e rapido e non minacci la sovranità fra gli Stati costieri ([44]). Tale diritto di passaggio si differenzia dal

---

([42]) In argomento v. T. Treves, *Il diritto del mare e l'Italia*, Milano, Giuffrè, 1995; T. Scovazzi, *Elementi di diritto internazionale del mare*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2002. L'Italia confina con tre Stati: la Francia, la Slovenia e la Croazia. La distanza tra le coste è minore di 24 miglia marine e pertanto occorre un trattato di delimitazione con detti Paesi. Per quanto riguarda il confine orientale, l'Italia ha stipulato nel 1977 il Trattato di Osimo, che disciplinava il limite delle acque territoriali con la Repubblica Federale di Jugoslavia. Essendo la Slovenia e la Croazia gli Stati successori di tale trattato rispetto alla ex Repubblica Federale di Jugoslavia, la linea di confine è valida ancora oggi. Con Nota verbale del 2018 l'Italia ha ribadito la validità del Trattato di Osimo. Il Trattato fissa all'Allegato III i limiti delle acque territoriali dei due Paesi nel Golfo di Trieste. A questo fine è stata tracciata una linea mediana corretta da « circostanze speciali » quali la necessità di consentire, nelle acque territoriali italiane, la navigazione a navi di grosso tonnellaggio in fondali adeguati. A causa della conformazione dei fondali, per l'accesso al porto di Trieste, le navi di grosso tonnellaggio (150.000 tonn. e 17 mt. di pescaggio) devono passare in transito inoffensivo attraverso le acque territoriali slovene. In arg. cfr. M. Udina, "Gli accordi italo-jugoslavi di Osimo del 10 novembre 1975", in *Riv. dir. int*., 1977, pp. 405-441; G. Conetti, "La cooperazione economica italo-jugoslava secondo gli accordi di Osimo", ivi, pp. 442-466; Lo Presti D., Rossi D., *Quarant'anni da Osimo*, Padova, Cedam-WKI, 2018. V. altresì F. Caffio, *Glossario di diritto marittimo*, in *Rivista Marittima*, V ed., 2021.

([43]) In argomento cfr. G. Cataldi, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, Giuffrè, 1990. In giurisprudenza, v. ad es., Cass. pen., 30 ottobre 1985, in *Foro it*., 1986, II, p. 1.

([44]) In argomento v. ora TIDM, caso n. 26, affare relativo al sequestro di tre navi militari ucraine (Ucraina c. Russia), misure provvisorie, Ordinanze del 23 aprile 2019, del 2 maggio 2019 e del 25 maggio

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 22 SESS: 68 USCITA:

passaggio inoffensivo perché comprende anche il *sorvolo* di aerei civili e militari e non può essere sospeso (artt. 34-44 UNCLOS). I trattati vigenti aventi per oggetto gli stretti internazionali non vengono derogati.

Il secondo è il **limite all'esercizio della *giurisdizione penale sulle navi straniere*** in ordine a *fatti puramente interni* a tali "comunità viaggianti", cioè a fatti che non abbiano alcuna ripercussione all'esterno della nave e che quindi, ad esempio, non producano effetti tali da turbare il normale svolgimento della vita dello Stato costiero. In proposito, l'art. 27 UNCLOS una volta fissato detto principio prevede le seguenti eccezioni:

"*a*) se le conseguenze del reato si estendono allo Stato costiero;

b) se il reato è di natura tale da disturbare la pace del paese o il buon ordine nel mare territoriale;

c) se l'intervento delle autorità locali è stato richiesto dal Comandante della nave o da un agente diplomatico o funzionario consolare dello Stato di bandiera della nave;

oppure

d) se tali misure sono necessarie per la repressione del traffico illecito di stupefacenti o sostanze psicotrope".

Inoltre, il limite della giurisdizione penale dello Stato costiero su una nave straniera non si applica se si tratta di "navi straniere che transitano nel mare territoriale dopo aver lasciato le acque interne" e pertanto lo Stato può procedere ad arresti o indagini di bordo.

Il terzo limite riguarda la giurisdizione civile sulle navi straniere. Così, l'art. 28 UNCLOS vieta allo Stato costiero di "fermare o dirottare una nave straniera che passa nel suo mare territoriale, allo scopo di esercitare la giurisdizione civile nei riguardi di una persona che si trovi a bordo della nave". Ed ancora "[l]o Stato costiero non può procedere a misure esecutive o cautelari nei confronti della nave nell'ambito di un procedimento civile, se non per effetto di obblighi o di responsabilità in cui la nave sia incorsa o che abbia assunte durante o in previsione del suo passaggio nelle acque dello Stato costiero".

La UNCLOS, comunque, "non pregiudica il diritto dello Stato costiero, conformemente alle sue leggi, di procedere a misure esecutive o cautelari nell'ambito di un procedimento civile nei confronti di una nave straniera che stazioni nel mare territoriale o che transiti nel mare territoriale dopo aver lasciato le acque interne".

34. Il diritto di inseguimento di navi straniere: l'*hot pursuit*. — Una nave che abbia commesso una infrazione nelle acque territoriali di un altro Stato può essere ***inseguita*** da mezzi navali ed aerei dello Stato costiero leso, catturata in altro mare e ricondotta in un porto del medesimo Stato. Occorre, tuttavia, che si tratti di ***hot pursuit***, ossia l'inseguimento "deve iniziare quando la nave straniera o una delle sue lance si trova nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche, nel mare territoriale, oppure nella zona contigua dello Stato che mette in atto l'inseguimento, e può continuare oltre il mare territoriale o la zona contigua solo se non è stato interrotto" (art. 111 UNCLOS). Inoltre, tale inseguimento "a caldo" "può cominciare solo dopo che l'ordine di arresto sia stato

---

2019, al sito dell'ITLOS. Si riferisce alla crisi, tuttora in corso, tra Ucraina e Russia circa lo stretto di Kerch che unisce il Mar Nero al Mare di Azov ed è percorso da un ponte voluto dal Presidente Putin per unire la Crimea alla Russia; in tale contesto si è avuto il sequestro di tre navi della Marina militare ucraina da parte dei Russi.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 23 SESS: 68 USCITA:

emesso con un segnale visivo o sonoro, a distanza adeguata perché venga ricevuto dalla nave straniera". Infine, l'inseguimento deve essere effettuato in modo continuo "da navi da guerra o da aeromobili militari, o da altre navi o aeromobili in servizio di Stato che siano chiaramente contrassegnate e identificabili come tali, e siano autorizzate a tali operazioni". Il diritto di inseguimento cessa non appena la nave inseguita entra nel mare territoriale del proprio Stato o di uno Stato terzo.

All'uopo, il TIDM/ITLOS (su cui v. *infra* Cap. XXIV) ha indicato che le condizioni di cui all'art. 111 UNCLOS devono *tutte* sussistere perché l'inseguimento sia legittimo. Diversamente, in caso di arresto in acque internazionali tale atto risulterà illecito e comporterà un obbligo di risarcimento ([45]).

35. (*segue*) La zona contigua e la zona archeologica. — Al di là del mare territoriale, la potestà di governo dello Stato diviene ***funzionale***, ossia è ammessa limitatamente a specifici interessi ma non in via generale ed automatica. Così, uno Stato può istituire una zona contigua (***Contiguous Zone***), compresa entro le 24 miglia dalla linea di base, e dove può esercitare dei poteri di polizia marittima volti tra l'altro a **prevenire e reprimere le violazioni della propria *normativa fiscale, doganale, sanitaria o di immigrazione*** nei confronti delle navi mercantili battenti qualsiasi bandiera (art. 33, par. 1, della UNCLOS). La zona contigua può essere proclamata da ciascuno Stato costiero, cosa che molti Paesi del Mediterraneo hanno già fatto ([46]).

L'Italia non ha formalmente dichiarato la propria zona contigua ma, ***a fini migratori***, l'art. 11 *sexies*, L. 30 luglio 2002, n. 189 ([47]), ha attribuito anche alle navi della Marina Militare poteri di polizia per contrastare il traffico illecito di migranti esercitabili, oltre che nel mare territoriale, anche nella zona contigua nei confronti di navi straniere.

Inoltre, l'Italia ha istituito, sia pure in modo irrituale (art. 94 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio), una c.d. ***zona archeologica*** di pari estensione, zona che è reclamabile ai sensi dell'art. 303 della UNCLOS, e che è funzionale al controllo della tutela dei beni archeologici incluso il loro recupero e commercio. A tale materia si rivolge specificamente la **Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo**, adottata a Parigi il 2 novembre 2001 dalla Conferenza Generale degli Stati membri dell'UNESCO ed entrata in vigore il 2 gennaio 2009. La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dal Parlamento italiano con la L. 23 ottobre 2009, n. 157, entrando in vigore per l'Italia l'8 aprile 2010 ed innovando le corrispon-

---

([45]) TIDM, 1° luglio 1999, *Saiga (n. 2)*, Saint Vincent and Grenadines c. Guinea, in *Dir. mar*., 2001, p. 245 ss. In proposito si segnala, a titolo esemplificativo, la sentenza del 20 novembre 2001, n. 325, resa da Cass. I sez. pen., con cui è stata ritenuta sussistente la giurisdizione italiana in ordine a delitti consumati *esclusivamente* in acque internazionali qualora essi siano in rapporto di *connessione* con reati commessi nel mare territoriale per i quali sia stato esercitato il diritto di inseguimento. La UNCLOS pare ammettere anche la dottrina della c.d. "presenza costruttiva" (***constructive presence***) e dunque espande la giurisdizione dello Stato costiero nei confronti di una nave straniera che si mantiene in acque internazionali ma che partecipa a traffici illeciti attraverso altre navi o imbarcazioni minori che fungono da spola. V., però, in senso contrario TIDM/ITLOS, Panama c. Italia, causa n.25 *M/V Norstar*, sentenza del 10 aprile 2019, e la nota di Zamuner in *Dir. comm.int*., 2017, p.455 ss.

([46]) In arg. cfr. Maneggia, "Il controllo preventivo nella zona contigua", in *Riv. dir. int*., 2017, p. 23 ss.

([47]) In arg. cfr. Leanza, Graziani, "Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare aspetti operativi nell'attività di contrasto", in *Com. int*., 2014, p. 167 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 24 SESS: 68 USCITA:

denti norme già presenti nel Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio ([48]). Tramite detto trattato, si stabiliscono norme comuni agli Stati Parte valevoli, sia per la tutela di tale delicato patrimonio, prevedendo misure contro la possibilità che venga saccheggiato o distrutto, sia per la sua conoscenza e valorizzazione, incoraggiando anche le attività di ricerca. Viene altresì considerata prioritaria la conservazione *in situ* rispetto al recupero di tali beni, anche per incoraggiare il turismo subacqueo.

36. (*segue*) La *zona economica esclusiva* ed il *mare internazionale*. — Gli artt. 55-75 della UNCLOS, disciplinano altresì la c.d. "zona economica esclusiva" o ZEE (***Exclusive Economic Zone o EEZ***). Questa zona, se proclamata dallo Stato costiero, può estendersi fino a **200 miglia marine**, indipendentemente dalla conformazione delle coste, ed attribuisce al medesimo Stato il controllo esclusivo su tutte le ***risorse economiche della zona***, siano esse *biologiche* (ad esempio le risorse ittiche), *minerali, del suolo, del sottosuolo* e *nella colonna d'acqua sovrastante*. Nella zona, lo Stato costiero ha anche il diritto in materia di "installazione e utilizzazione di isole artificiali, impianti e strutture" (art. 56 e 60) ([49]).

Anche lo sfruttamento delle risorse biologiche non è inteso in senso assoluto bensì in funzione delle capacità effettive dello Stato costiero e di un volume massimo di catture (*total allowable catch*) oltre le quali possono attingere anche gli altri Stati. Per quanto riguarda i poteri di polizia marittima e di *enforcement* dello Stato costiero, l'art. 71 UNCLOS stabilisce che:

> "Lo Stato costiero, nell'esercizio dei propri diritti sovrani di esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse biologiche nella zona economica esclusiva, può adottare tutte le misure, ivi compresi l'abbordaggio, l'ispezione, il fermo e la sottoposizione a procedimento giudiziario, necessarie a garantire il rispetto delle leggi e dei regolamenti da esso adottati conformemente alla presente Convenzione.
>
> 2. Le navi fermate e i loro equipaggi debbono essere prontamente rilasciati dietro pagamento di una cauzione ragionevole o di altra forma di garanzia".

Ne segue che, nella zona economica esclusiva, **gli altri Stati** — diversi da quello costiero — possono utilizzare il mare in tale zona per ***scopi diversi dallo sfruttamento***

([48]) In arg. v. T. Scovazzi (a cura di), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, Milano, Giuffrè, 2004, nonché Id., "L'entrata in vigore della convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio subacqueo", in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, ne *Il Diritto Marittimo*, II, 2010, pp. 892-905.

([49]) La UNCLOS distingue opportunamente tra "**isole**" e meri "**scogli**". Un'isola è "una distesa naturale di terra circondata dalle acque, che rimane al di sopra del livello del mare ad alta marea" (art. 121). La distinzione (inclusa quella con le isole artificiali è importante al fine di identificare i confini marittimi dello Stato). Tale questione si colloca al cuore delle rivendicazioni di sovranità della Cina sul 90% del Mar Cinese Meridionale che, attualmente è "condiviso" con il Vietnam, la Malaysia, l'Indonesia, il Brunei, le Filippine e Taiwan. Ricca di giacimenti di gas e petrolio, la zona è al centro dei traffici commerciali marittimi dell'intero pianeta. Nel corso degli ultimi anni, la Cina ha popolato le isole Paracelso e Spratly ed installato "strutture militari necessarie" sugli isolotti artificiali ricavati negli arcipelaghi del Mar Cinese Meridionale, allestendo persino una base navale a Yulin, presso l'isola di Hainan. Al riguardo, su impulso delle Filippine, un collegio arbitrale istituito sotto l'egida della CPA/PCA ed in base alla UNCLOS ha accertato che la Cina, non ha alcun "titolo storico" su queste acque ed anzi ha interferito con il diritto di pesca dei filippini danneggiando anche la barriera corallina dell'arcipelago delle Spratly. Il lodo è stato rigettato dalla Cina definendolo "infondato" ma la tensione nel Mar della Cina meridionale è particolarmente alta e vi si svolgono frequentemente manovre militari parallele della Marina cinese e di quella statunitense.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 25 SESS: 68 USCITA:

economico sopra indicato, come ad esempio, per esercitare la *navigazione, il diritto di sorvolo, la posa di condotte e di cavi sottomarini* ([50]).

Dato che la ZEE costituisce un diritto di sfruttamento economico dello Stato costiero che poggia e si ramifica sul fondo marino, comprende la ***piattaforma continentale*** (***continental shelf***) che non richiede specifica proclamazione ([51]) — su cui v. l'art. 77 UNCLOS che individua i diritti esclusivi sul suolo ed il sottosuolo — a meno che questa non si estenda oltre le 200 miglia marine; in tal caso tale diritto si esaurirà in ogni caso entro il limite spaziale ora indicato.

Lo statuto giuridico *in concreto* della ZEE forma ancora oggetto di dibattito con riferimento, ad esempio, alle manovre navali militari di Stati terzi ed alla questione della c.d. *creeping jurisdiction* sul mare ([52]). Nel caso di Stati frontisti o limitrofi (come ad esempio nel Mar Adriatico) la delimitazione della ZEE, al pari di quella del mare territoriale, va effettuata mediante trattato internazionale, con particolare riferimento al principio della ***linea mediana*** "di cui ciascun punto è equidistante dai punti più prossimi delle linee di base dalle quali si misura la larghezza del mare territoriale di ciascuno dei due Stati" (artt. 15 e 83). In mancanza di accordo tra Stati, si applica la procedura di soluzione delle controversie di cui alla Parte XV della UNCLOS.

L'Italia, oltre ad una zona di protezione ecologica ([53]), **ha finalmente istituito la propria ZEE**, tramite la **L. 14 giugno 2021, n. 91**. Pertanto, l'Italia potrà esercitare la propria giurisdizione nei settori della pesca, dell'ambiente e delle energie rinnovabili oltre le acque territoriali. Data la vicinanza degli altri Stati rivieraschi — si pensi all'Adriatico ma anche alla Libia ed alla Tunisia, all'Algeria e a Malta — l'art.1, c. 3, della nuova legge, in linea con la UNCLOS, prevede che « I limiti esterni della zona economica esclusiva sono determinati sulla base di accordi con gli Stati » interessati ».

Al di là della zona economica esclusiva, nel ***mare internazionale*** si applica il principio della **piena *libertà dei mari*** e quindi ciascuno Stato — e le navi battenti la sua bandiera — ha eguale diritto a trarre tutte le utilità che possa offrire il mare compatibilmente con l'esercizio della medesima libertà altrui ([54]). L'art. 87 UNCLOS indica testualmente che:

"L'alto mare è aperto a tutti gli Stati, sia costieri sia privi di litorale. La libertà dell'alto mare viene esercitata secondo le condizioni sancite dalla presente Convenzione e da altre norme del diritto internazionale. Essa include, tra l'altro, sia per gli Stati costieri sia per gli Stati privi di litorale, le seguenti libertà:

a) libertà di navigazione;

([50]) La UNCLOS, all'art. 82, dispone che una parte di quanto lo Stato costiero ricava dallo sfruttamento della zona situata tra le 200 miglia marine e il limite estremo della piattaforma continentale (c.d. *margine continentale*) debba essere versata all'Autorità internazionale dei fondi marini.

([51]) La ***piattaforma continentale*** è costituita dal fondo e dal sottofondo delle zone marine costiere che si estendono al di là delle acque territoriali fino all'orlo esterno del margine continentale per poi sprofondare nella scarpata continentale.

([52]) V. il num. speciale di *Limes*, n. 10/20, 2020, "L'Italia è il mare".

([53]) L. 8 febbraio 2006, n. 61 e D.P.R. 27 ottobre 2011, n. 209. Sulla questione v. U. Leanza, "L'Italia e la scelta di rafforzare la tutela dell'ambiente marino: l'istituzione di una zona di protezione ecologica", in *Riv. dir.int*., 2006, p. 329 ss., nonché Leanza, Caracciolo, *Diritto internazionale. Parte speciale*, 3 ed., cit., p. 237 ss.

([54]) Va comunque osservato che, nei confronti delle imbarcazioni, prive di nazionalità o battenti bandiere di convenienza, intercettate in acque internazionali e sospettate di svolgere traffico illegale di immigrati, il diritto consuetudinario e la UNCLOS (art. 110) giustificano il c.d. *diritto di visita* da parte di navi militari.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 26 SESS: 68 USCITA:

b) libertà di sorvolo;
c) libertà di posa di cavi sottomarini e condotte, alle condizioni della Parte VI;
d) libertà di costruire isole artificiali e altre installazioni consentite dal diritto internazionale, alle condizioni della Parte VI;
e) libertà di pesca, secondo le condizioni stabilite nella sezione 2;
f) libertà di ricerca scientifica, alle condizioni delle Parti VI e XIII".

Senonché, il *fondale* ed il *sottosuolo* dell'alto mare (l'***Area***) viene regolato dalla UNCLOS giacché tutte le risorse minerali solide, liquide o gassose che vi si trovano fanno parte del "**patrimonio comune dell'umanità**" (art. 136-137 UNCLOS). Ne segue che l'eventuale sfruttamento di tali zone viene regolato esclusivamente dalla UNCLOS — e quindi risulta sottratto ai singoli Stati — affidandolo *all'Autorità internazionale per i fondali marini* (***International Seabed Authority***). Si tratta di una OIG con sede Kingston, in Giamaica e di cui sono membri tutti gli Stati Parte dell'UNCLOS (art. 156 ss.).

37. (*segue*) Le zone di ricerca e soccorso in mare (SAR). — Alle questioni appena evidenziate si ricollega anche quella dell'attività di "ricerca e soccorso" (***Search and Rescue*** — S.A.R.) che prevedono obblighi a carico dei Comandanti delle navi in mare (sia governative che private) nonché a carico degli Stati. Al riguardo, la UNCLOS dispone, all'art. 98, che "[o]gni Stato **deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera**, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri:

— presti **soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita**;

— proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di assistenza, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa".

L'art. 98, par. 2, promuove per ogni **Stato costiero** "la costituzione, e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali". Si tratta delle zone di responsabilità S.A.R. (***Search and rescue zones***) in modo tale da garantire il soccorso di tutte le persone in pericolo in mare.

A tale materia si rivolge in modo particolare la Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, obbliga gli Stati parte a "garantire che sia prestata **assistenza ad ogni persona in pericolo in mare**... **senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona** viene trovata" (art. 2.1.10), intendendo il salvataggio di una persona comprensivo delle **"prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro**" (art. 1.3.2).

Il mero *recupero a bordo* della nave soccorritrice delle persone in pericolo o dei naufraghi, non determina tuttavia la conclusione delle operazioni S.A.R., perché le operazioni possono considerarsi **terminate** solo con lo *sbarco di dette persone in un luogo sicuro* (***place of safety*** o P.O.S.) ([55]).

([55]) In argomento v. per tutti L. Salamone, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare. Profili di diritto interno, europeo ed internazionale*, Piacenza, La Tribuna, 2019, nonché i vari saggi in E. Sciso (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa*, Torino, Giappichelli, 2020 e cfr. L. Magi,

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 27 SESS: 68 USCITA:

Al riguardo, si pensi alla **vicenda della *Sea Watch 3***. La nave *Sea Watch 3*, battente bandiera *olandese* e di proprietà della ONG *tedesca Sea Watch*, al comando della *tedesca* Carola Rackete aveva tratto in salvo una cinquantina migranti in zona SAR libica il 12 giugno 2019. Malgrado la guardia costiera libica avesse formalmente assunto il coordinamento del soccorso, la Sea Watch era giunta per prima sul luogo dell'evento ed aveva avviato le operazioni di recupero dei naufraghi. Si trattava di un gommone in condizioni precarie, sprovvisto di carburante sufficiente per raggiungere la terraferma, a bordo del quale nessuno indossava il giubbotto di salvataggio. Concluse le operazioni di recupero, la comandante aveva richiesto l'assegnazione di un *place of safety* (***P.O.S.***) a diverse Autorità marittime, ricevendo risposta da quelle libiche che avevano indicato di dirigersi verso il porto di Tripoli. Rackete aveva tuttavia risposto che la Libia non poteva qualificarsi come porto sicuro e aveva chiesto un P.O.S. alternativo; nel frattempo si era diretta in direzione dei porti sicuri più vicini, ossia quelli italiani e maltesi, reiterando la richiesta di attracco. Il 15 giugno 2019, il Ministro dell'Interno italiano, Matteo Salvini, aveva disposto nei confronti della Sea Watch 3 un divieto di ingresso ai porti italiani in attuazione del c.d. *decreto sicurezza-bis*, appena entrato in vigore. Pertanto, la Sea Watch 3 stazionava per diversi giorni nei pressi delle acque territoriali italiane, reiterando la richiesta di assegnazione di un porto. Il 26 giugno, la Sea Watch che aveva volontariamente rinunciato allo sbarco dei migranti in Tunisia o a Malta, in violazione del divieto di attracco in Italia, entrava nelle acque italiane e si dirigeva verso il porto di Lampedusa, disattendendo persino gli ordini delle motovedette della Guardia di Finanza italiana. La Comandante tedesca, nonostante i ricorsi esperiti dinanzi al TAR Lazio e persino alla Corte EDU erano stati respinti, invocando a propria giustificazione lo stato di necessità, dirigeva la nave verso la banchina commerciale del porto di Lampedusa ed attraccava, urtando nella manovra, e come se non bastasse, una motovedetta della Guardia di Finanza. In relazione a tali condotte la Sig.ra Rackete venne tratta in arresto con l'accusa di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), nonché di resistenza e violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.), sia per avere reiteratamente disatteso l'ordine di fermare la rotta verso il porto, sia per avere urtato, nella manovra di attracco, una motovedetta della Guardia di Finanza. Ebbene, dinanzi a tali vicende e ad un assurdo dibattito politico (alcuni politici tedeschi hanno parlato di "atti eroici" della Comandante mentre in Italia si parlava di "taxi del mare" realizzati dalle ONG mentre in Germania ed in altri Stati UE quegli stessi migranti venivano sistematicamente respinti in Italia, "Paese di primo sbarco"), il GIP di Agrigento (Trib. Agrigento, Ord. 2 luglio 2019) non convalidava l'arresto della Sig.ra Rackete. Successivamente, il ricorso presentato dal Pubblico Ministero avverso tale ordinanza è stato respinto dalla Cassazione (Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626).

Sul punto la Suprema Corte ha richiamato gli strumenti di diritto internazionale ratificati dall'Italia e pertanto pienamente efficaci nel nostro ordinamento: la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare del 1974, la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (SAR) del 1979 e la UNCLOS. La Corte ha osservato che "un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non e più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale" (par. 6.12); inoltre "sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative."(par. 6.13).

"L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio", in *Riv.dir.int*., 2020, p. 691 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 28 SESS: 68 USCITA:

38. (*segue*) Il controllo delle frontiere marittime italiane. — Ai sensi dell'art. 12 del Testo Unico immigrazione, il Corpo delle Capitanerie di porto — Guardia costiera — opera "in ~~via concorsuale~~" con le Forze di polizia in mare e la Marina militare. La Marina Militare effettua in via prioritaria il controllo delle acque internazionali con mezzi di pattugliamento marittimo, di radar costieri e di navi apposite. Le forze di Polizia, in particolare la Guardia di Finanza, attuano il contrasto al traffico illecito di migranti nel mare territoriale e nella zona contigua (al momento non identificata dall'Italia). Le Capitanerie di Porto, invece, sono competenti in materia di soccorso, assistenza e salvataggio.

È in tale contesto normativo che opera il provvedimento c.d. "Sicurezza-bis" di cui al Decreto Legge n° 53/2019 convertito, con modificazioni, nella L. 8.8.2019, n. 77.

In base a tali norme, il Ministro dell'interno in qualità di Autorità nazionale di pubblica sicurezza, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lett. *g)*, della UNCLOS.

Vengono altresì introdotte apposite sanzioni amministrative previste per il caso d'inottemperanza a tale divieto con la previsione della confisca quale sanzione accessoria in caso di utilizzo della medesima nave nonché l'immediato sequestro cautelare della nave stessa nei casi di violazione del divieto di ingresso e transito nelle acque territoriali nazionali ([56]). **La materia, com'è ovvio, si trova in fermento sia a livello nazionale che a livello UE.**

39. Il *confine aereo* e le *zone di identificazione aerea*. — Infine, terzo elemento, la sovranità dello Stato si proietta verso lo *spazio aereo (Air space) e a quello atmosferico* sovrastante sia la parte terrestre che quella del *mare territoriale* (ma non si estende al di sopra della zona contigua, né sulla zona economica esclusiva). Pertanto, non è ammesso l'ingresso di aeromobili stranieri senza preventiva autorizzazione dello Stato di sorvolo ([57]).

Al riguardo **l'art. 3 cod. nav. italiano** ribadisce che "è soggetto alla sovranità dello

---

([56]) Cfr. S. Pitto, L. Zuppa, "Il difficile bilanciamento tra regole internazionali per il coordinamento delle operazioni di soccorso e rispetto dei diritti dei migranti: riflessioni a partire dai casi "Open Arms" e "Diciotti"" in *Dir. mar*., 2020, pp. 23-45. Tra la giurisprudenza v. Cass. civ. SS.UU., 13 novembre 2019 n. 29459; Cass. civ. SS.UU., 13 novembre 2019 n. 29460; Cass. civ. SS.UU., 13 novembre 2019 n. 29461, con nota di F. Biondi Dal Monte, in *Quad. Costituz*., 2020, pp. 151 ss.; nonché Comenale Pinto, "Obbligo di soccorso dei naufraghi e sbarco in un "porto sicuro", nota a Trib. Agrigento 2 luglio 2019, in *Riv. dir. nav*., 2019, pp. 376-382. A seguito della sentenza della Corte Cost. 9 luglio 2020 sono state introdotte alcune modifiche di cui diremo a suo luogo (par. 238).

([57]) Ciò non significa che lo Stato di sorvolo potesse abbattere un aereo civile della *Korean Airlines*, penetrato per errore nel suo spazio aereo, come avvenne nel 1983 ad opera dell'URSS. Successivamente, in tale materia, per effetto delle misure antiterroristiche adottate su sollecitazione della NATO alcuni Paesi hanno sviluppato la c.d. "Dottrina Renegade" per giustificare l'abbattimento di un aereo civile qualora fosse utilizzato "come arma per condurre attacchi terroristici". Del pari, il 21 luglio 2014 il Consiglio di sicurezza Onu con ris. n. 2166, ha condannato l'abbattimento dell'aereo di linea civile *Malaysian Airlines* MH17, avvenuto in Ucraina il 17 luglio 2014, mentre sorvolava il territorio in cui si svolgevano scontri armati tra fazioni filorusse e filooccidentali. Il Consiglio di sicurezza ha ribadito "le norme del diritto internazionale che vietano gli atti di violenza che mettono in pericolo la sicurezza dell'aviazione civile internazionale". In argomento v. in generale U. Leanza, *Il diritto degli spazi internazionali*, Torino, 2 vol., 1999 e Leanza, Caracciolo, *Diritto internazionale. Parte speciale*, 3 ed., cit., p. 78 ss. e 295 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 29 SESS: 68 USCITA:

Stato lo spazio aereo che sovrasta il territorio della Repubblica ed il relativo mare territoriale".

Al di là dello *spazio aereo nazionale* si ha lo *spazio aereo internazionale* su cui gli aeromobili civili e militari di tutti gli Stati hanno piena libertà di sorvolo.

Senonché, al fine di prevenire azioni terroristiche alcuni Stati hanno istituito, in deroga al principio consuetudinario della libera utilizzazione dello spazio aereo internazionale, delle zone di "identificazione aerea" (***Air Defense Identification Zone***) estese fino a centinaia di miglia dalla costa e che prevedono l'obbligo a carico degli aeromobili stranieri in avvicinamento di sottoporsi a identificazione, localizzazione e controllo nonché, eventualmente, all'atterraggio a rischio di abbattimento ([58]).

Nel 2013 la Cina Popolare ha annunciato l'istituzione della propria zona di identificazione aerea sul Mare Cinese Orientale provocando la protesta di Stati Uniti e Giappone. Quest'ultimo Stato ha osservato che la zona istituita dalla Cina si estende fino allo Spazio sovrastante le Isole Senkkaku/Diaoyu, isole da tempo contese fra i due Stati (Cina e Giappone) ([59]).

40. Problemi di delimitazione delle frontiere: l'*uti possidetis iuris.* — A volte possono sussistere delle *difficoltà di delimitazione* dei confini marittimi e aerei di uno Stato. Ricordiamo che gli Stati hanno *prima facie* titolo per delimitare i loro spazi marittimi ed aerei, attraverso specifici atti unilaterali nei limiti del diritto internazionale, consuetudinario o pattizio. Tali confini possono coincidere con i tracciati naturali (fiumi, catene montuose, laghi e così via), od anche più raramente con elementi artificiali (ad es. canali o anche determinate latitudini o longitudini). Per evitare controversie tra Stati limitrofi, alcuni di essi stipulano appositi accordi internazionali (c.d. *trattati di delimitazione delle frontiere*), convenzioni che, come abbiamo a suo tempo indicato ([60]), costituiscono una particolare categoria di trattati che producono effetti *erga omnes* ([61]). Sempre in quest'ottica, si ricorderà il principio dell'***uti possidetis iuris*** ([62]), applicato dagli inizi dell'800 in America Latina ed in base al quale i Paesi sottoposti al dominio coloniale spagnolo che ottenevano l'indipendenza mantenevano le frontiere definite durante il periodo coloniale. Rivalutato a partire dagli anni '50 del secolo scorso all'epoca della decolonizzazione, questo principio generale del diritto internazionale ha trovato applicazione nel contesto africano (v. art.4, lett. *b,* dell'Atto costitutivo dell'Unione africana del 11 luglio 2000) ed anche ad opera della Commissione arbitrale istituita dalla Conferenza sulla Iugoslavia.

([58]) P.A. Dutton, "Caelum Liberum: Air Defense Identification Zone Outside Sovereign Airspace", in *AJIL*, 2009, p. 691 ss.

([59]) J. Lee, "China's Declaration Of An Air Defense Identification Zone, In The East China Sea: Implication In Public International Law", in *ASIL Insights*, 19 agosto 2014.

([60]) *Supra*, Cap. IV. In arg. cfr. M. Kohen, M. Hébié, *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publ., 2018.

([61]) Ed in tal senso, basti richiamare il *lodo del Collegio arbitrale PCA Eritrea-Yemen*, del 9 ottobre 1998 (v. par. 153), in *http://www.pca-cpa.org/showpage37e7.html?pag_id=363.*

([62]) Cap. X. V. CIG, 22 dicembre 1986, *caso della controversia di frontiera*, Burkina Faso c. Mali, al sito internet della Corte: « *l'uti possidetis iuris* è un principio di diritto internazionale fermamente stabilito e di portata generale che riveste particolare importanza per il continente africano e per le due Parti » (punto 21).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 30 SESS: 68 USCITA:

Senonché, permangono ancora alcune incertezze (63) e numerosi sono i contenziosi in atto, talvolta promossi proprio per delimitare le frontiere tra Stati (64).

Infine, va sottolineato che esistono degli *spazi internazionali* come l'alto mare, le vie di comunicazioni internazionali (canali transoceanici, fiumi), lo spazio extra-atmosferico, che *non sono suscettibili di appropriazione* da parte di nessuno Stato in virtù di norme consuetudinarie o di specifici trattati.

A titolo di esempio, a seguito della conclusione del *Trattato sull'Antartide* del 1° dicembre 1959, gli Stati hanno accettato, per lo meno a titolo provvisorio, di astenersi dalle rispettive rivendicazioni di sovranità (art. 4) su questo continente.

In breve, la sovranità dello Stato è limitata sia *ratione loci* che *ratione materiae*: da un lato non può estendersi su determinati spazi internazionali; dall'altro lato non possiede la stessa intensità sulle diverse componenti del suo territorio (è più "intensa" sulla parte terrestre ed aerea che sulla parte marittima verso la quale si irradia).

2. — La natura della sovranità territoriale

41. Caratteristiche. — La sovranità territoriale dello Stato costituisce un caposaldo del diritto internazionale classico giacché, come sappiamo (*supra*, Cap. I), gli Stati sono "*civitates superiorem non recognoscentes*" e dunque sono membri necessari e soggetti primari della Comunità internazionale. All'interno di essa, il diritto internazionale garantisce la ***coesistenza*** tra le distinte Potenze permettendo così a ciascuno Stato di esercitare il proprio potere di governo sul ***proprio territorio*** e nei confronti dei ***propri cittadini***. Pertanto, la sovranità territoriale presenta due caratteristiche: *(a)* la *pienezza* e *(b)* l'*esclusività*. Tali caratteri vennero enunciati in un celebre lodo arbitrale, il lodo sulla *sovranità dell'Isola di Palmas*, pronunciato il 4 aprile 1928, sotto gli auspici della Corte Permanente di Arbitrato, a seguito di un contenzioso tra gli Stati Uniti e i Paesi Bassi.

a) *Una sovranità piena*

42. Il *caso della sovranità sull'Isola di Palmas* (1928). — Che la sovranità/competenza territoriale dello Stato sia *piena*, per riprendere l'espressione utilizzata dall'arbitro svizzero Max Huber, "*nei rapporti tra Stati significa indipendenza. Indipendenza rispetto ad una porzione del globo è il diritto di esercitare in essa le funzioni dello Stato, ad esclusione di qualsiasi altro Stato*" (65). Tali "funzioni statali" sono viste da Huber come potenzialmente illimitate e pertanto lo Stato può adottare misure di qualsiasi natura, costituzionale, legislativa, amministrativa etc. Insomma, secondo la visione classica, la sovranità interna è la libertà di esercitare la ***potestà d'imperio*** nei confronti del proprio territorio e dei propri cittadini. Qui, ogni Stato è libero di "legiferare", come d'altronde ha dovuto riconoscere la CPGI nel già citato *caso dello*

---

(63) P. Weil, *Perspectives de droit de la delimitation maritime*, Paris, Pedone, 1988; D. Bardonnet, "Frontières terrestres et frontières maritimes", *AFDI*, 1989, pp. 1-64; G. Nesi, "Uti possidetis juris e delimitazioni marittime", *Riv. dir.int*., 1991, pp. 534-570; Id., *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1996.

(64) Talvolta, la delimitazione delle frontiere può essere imposta da una decisione vincolante del Consiglio di Sicurezza, ex capo VII della Carta ONU, ciò che avvenne a seguito della Ris. n. 687 (2001). In arg. v. per tutti U. Villani, *L'ONU e la crisi del Golfo*, Bari, Cacucci, 2005, p. 100 ss.

(65) *RSA*, t. II, p. 830 (a p. 838); in *RGDIP*, 1935, p. 156.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 31 SESS: 68 USCITA:

Statuto giuridico della Groenlandia orientale. La Corte si espresse con queste parole: "l'esercizio del potere legislativo è una delle forme più incisive dell'esercizio della sovranità" (66).

43. Il *caso del Lago Lanoux* (1957): la presunzione di validità internazionale delle norme interne. — Una volta acquistata la qualità di soggetto del diritto internazionale, la sovranità di cui uno Stato è già fornito diviene giuridicamente rilevante nel senso che viene *protetta* in quanto tale dal diritto internazionale. Così, le norme giuridiche emanate dallo Stato sul *proprio territorio* godono di una presunzione di validità internazionale. Pertanto, qualsiasi atto che uno Stato compie entro i confini del proprio territorio è in linea di principio internazionalmente "valido", a meno che non si riveli contrario ad un obbligo di diritto pattizio. Il lodo arbitrale pronunciato nel *caso del Lago Lanoux*, a seguito di un contenzioso tra Francia e Spagna, costituisce una illustrazione particolarmente significativa di detto principio. Gli arbitri si espressero in questi termini: "la sovranità territoriale si presume; questa si deve flettere dinanzi agli obblighi internazionali qualunque ne sia la fonte, ma non si piega se non davanti a questi ultimi" (67).

Ed infatti, uno Stato non può di certo invocare la propria "sovranità" per escludere l'applicazione ad esso del diritto internazionale consuetudinario generale; né può ripudiare unilateralmente gli obblighi internazionalmente assunti. La sovranità dello Stato sta infatti nel potere di assumere liberamente gli obblighi internazionali, non nel violarli. È anche in tale prospettiva che va letto l'art. 11 della Cost. italiana (68).

44. Sovranità territoriale e *diritto internazionale privato*. — E, a scanso di equivoci, si badi bene che *anche le norme di diritto internazionale privato sono espressione di sovranità dello Stato*. Infatti, pur dovendo rinviare in materia alla letteratura internazionalprivatistica (69), basti osservare che il principio della statualità del diritto non comporta necessariamente che nel territorio dello Stato si applichi sempre e soltanto il diritto del medesimo Stato. Ciascuno Stato, infatti, in virtù della propria sovranità territoriale, può autonomamente stabilire che a determinati rapporti si applichi, anziché il diritto da esso prodotto, quello prodotto da un altro Stato *in virtù di un criterio di collegamento da esso stesso stabilito*. Così, se il giudice di uno Stato A applica a certi rapporti giuridici il diritto dello Stato B, ciò accade in forza di una norma di diritto internazionale privato in vigore nello Stato A che richiama, per la regolazione di quei rapporti, il diritto dello Stato B. Pertanto, proprio in quanto il richiamo del diritto straniero viene effettuato da una norma dello Stato A, risulta evidente che quello stesso richiamo è espressione di sovranità dello Stato A.

---

(66) *Ser*. A/B, n. 53, p. 48.

(67) 16 novembre 1957, in *RGDIP*, 1958, p. 79; *RSA*, t. XII, p. 281.

(68) In base all'art. 11 Cost., l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo".

(69) Tra una letteratura vastissima v. i corsi di diritto internazionale privato pubblicati periodicamente dall'Accademia di diritto internazionale dell'Aja (in *RCADI*). In Italia, cfr. in particolare i classici studi di: R. Quadri, *Diritto internazionale privato*, 5a ed., Napoli, Liguori, 1969; G. Morelli, *Diritto internazionale privato italiano*, X ed., Napoli, Jovene, 1976; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 3a ed., 1999. Al diritto vigente si rivolgono F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato*, 2 voll., Torino, Utet, 2019-20, nonché G. Conetti, S. Tonolo, R. Vismara, *Manuale di diritto internazionale privato*, 4a ed., Torino, Giappichelli, 2020, ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 32 SESS: 68 USCITA:

45. *Norme di applicazione necessaria* e sull'*ordine pubblico* in diritto internazionale privato. L'art. 3 del codice penale italiano. — La piena sovranità dello Stato sul proprio *territorio si irradia su tutte le persone ivi presenti*, sia che si tratti dei propri cittadini che di stranieri. Inoltre, la sovranità territoriale si esercita anche sui ***beni*** situati sul territorio: è la *lex rei sitae.*

A tale riguardo, l'art. 3 del Codice civile francese fornisce un'illustrazione concreta di tali classici principi allorquando stabilisce che: "le leggi di polizia [*lois de police*] e sicurezza obbligano tutti coloro che abitano il territorio. Gli immobili, anche quelli posseduti da cittadini stranieri, sono regolati dalla legge francese". Pertanto, anche quando le norme di d.i.pr. di uno Stato A richiamano e rendono applicabile il diritto di uno Stato B, dinanzi al giudice nazionale (dello Stato A), la normativa straniera (quella dello Stato B) viene resa applicabile sempre entro i limiti prestabiliti dalle *norme di applicazione necessaria* [in francese vengono ancora chiamate *lois de police*] e dell'*ordine pubblico* dello Stato (lo Stato A) in cui siede il giudice adito.

Con linguaggio più moderno, il "legislatore" dell'Unione europea ha ribadito tale principio — già presente nella normativa italiana di cui all'art. 17 della legge n. 218/95 di riforma del sistema italiano di d.i.pr. —, attraverso il Regolamento Roma I sulla *legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* ([70]). In materia, *inter alia*, di norme di applicazione necessaria, l'art. 9, par. 1, del predetto Reg. Roma I indica che "[l]e norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un Paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento."

Parimenti, in materia di *legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* ([71]), lo stesso legislatore UE ha stabilito che, anche in materia di responsabilità civile, "[l]e disposizioni del presente regolamento non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale".

Per quanto riguarda poi la *legge applicabile ai diritti reali*, quello della *lex rei sitae* è un principio generale largamente diffuso in d.i.pr. comparato: per suo tramite si assoggettano i beni mobili e gli immobili alla legge del luogo della loro situazione spaziale.

Quanto *all'ordine pubblico*, si tratta di una clausola generale della *lex fori*; del limite ultimo all'applicazione di norme straniere da parte del giudice adito. La legge italiana di d.i.pr. del 31 maggio 1995, n. 218, riprende il previgente art. 31 disp. prel. c.c. 1942 ([72]) stabilendo all'art. 16, c. 1, che "[l]a legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico". Il limite dell'ordine pubblico interviene inoltre nel momento in cui al giudice italiano sia richiesto di *riconoscere effetti a un atto o una sentenza resa all'estero*. Secondo gli artt. 64 e 65 della l. n. 218/1995, una sentenza straniera è automaticamente riconosciuta in Italia in presenza di una serie di condi-

---

([70]) Reg (CE) n. 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

([71]) Reg (CE) n. 864/2007 dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

([72]) In base al previgente art. 31 disp. prel. al Codice civile italiano (1942): "Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni possono aver effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 33 SESS: 68 USCITA:

zioni, tra cui figura la non contrarietà dei suoi effetti all'ordine pubblico. Ovviamente, anche qui, gli strumenti di d.i.pr. europeo uniforme e la Corte di giustizia uniformano la pratica applicazione di quelle norme nei rapporti tra Stati membri UE.

In ***materia penale***, la sovranità territoriale dello Stato si manifesta in modo ancor più evidente, come illustra l'art. 3, c. 1, del cod. pen. it., in base al quale "la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale".

b) ***Una competenza esclusiva***

46. Il caso della sovranità sull'Isola di Palmas. — La sovranità è *esclusiva* nel senso che comporta per uno Stato il potere di escludere nel proprio territorio l'esercizio di analoghi poteri degli altri Stati. Nel precitato caso della sovranità sull'Isola di Palmas l'arbitro unico Max Huber ha illustrato tale carattere con le seguenti parole: "lo sviluppo dell'organizzazione nazionale dello Stato nel corso degli ultimi secoli e, quale corollario, lo sviluppo del diritto internazionale hanno stabilito il principio della competenza esclusiva dello Stato riguardo al proprio territorio in modo da farne il punto di partenza per la soluzione della maggior parte delle questioni che riguardano le relazioni internazionali".

47. Una norma consuetudinaria. — L'esclusività della competenza territoriale dello Stato forma oggetto di un *principio consuetudinario* che è stato spesso richiamato dalle Corti internazionali dell'Aja. Ad esempio, nel più volte citato *caso del vapore Lotus*, la CPGI, dopo aver affermato in generale che "*le restrizioni all'indipendenza degli Stati non si possono... presumere*", ha qualificato il divieto di esercitare il proprio potere nel territorio di un altro Stato come "*la prima e più importante restrizione imposta allo Stato dal diritto internazionale*". In altre parole, il fatto che lo Stato sia sovrano sul proprio territorio e che questa sovranità sia esclusiva, impedisce ad un altro Stato di esercitare la medesima autorità sul territorio del primo Stato. Ne discende da tale principio che qualsiasi limitazione del diritto di uno Stato di esercitare le attività statali sul proprio territorio e, correlativamente, qualunque pretesa di uno Stato all'esercizio di tali poteri sul territorio altrui costituiscono *eccezioni* che devono essere necessariamente fondate su un particolare titolo.

A tale riguardo, la CIG, nel già citato caso dello *stretto di Corfù* del 1949, ha indicato che "[t]ra Stati indipendenti il rispetto della sovranità territoriale è una delle basi essenziali dei rapporti internazionali" ([73]).

L'esclusività della sovranità territoriale comporta due conseguenze di carattere generale che indichiamo qui di seguito.

i. **L'inapplicabilità di principio della normativa di uno Stato straniero sul territorio dello Stato.**

48. Assenza di efficacia extraterritoriale del diritto nazionale. Ruolo fondamentale del diritto internazionale privato. — In linea di principio, *le leggi nazionali non*

([73]) *Rec*. p. 35. La CIG ha mantenuto tale orientamento in altre sentenze, come quelle — precitate — relative al diritto d'asilo del 1951 (*Haya de la Torre*) o ancora in quella del *diritto di passaggio sul territorio indiano* del 1960.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 34 SESS: 68 USCITA:

producono effetti extraterritoriali, ovvero, la loro efficacia è limitata ai confini dello Stato entro cui esso esercita la propria giurisdizione (*leges feruntur territorio*). Tuttavia, esistono norme nazionali che ambiscono a far sentire i loro effetti anche nell'ordinamento giuridico di un altro Stato: si tratta ad esempio di quelle relative allo *statuto personale degli individui*. Così, la *legge n. 218 del 1995 di riforma del sistema di d.i.pr. italiano* stabilisce che "[l]a capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Le condizioni speciali di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge".

Perché mai il cittadino di uno Stato A "porta con sé" la propria legge nazionale anche quando si trova in uno Stato B? Ebbene, ciò accade perché le norme di d.i.pr. di quest'ultimo Stato prevedono il criterio di collegamento della *legge nazionale* (ad es. in materia di diritto di famiglia o ancora di successioni) altrimenti varcando un confine una coppia non sarebbe più sposata, una persona fisica perderebbe la propria capacità giuridica e così via.

Ma in tal caso, che è molto frequente, lo statuto personale regolato dallo Stato A si applica nello Stato B *solo perché sono le norme di d.i.pr. dello Stato B a consentirlo e ad operare tale richiamo*. In assenza di quel criterio di collegamento finirebbe con l'applicarsi il diritto territoriale dello Stato B.

49. Il fondamento "internazionale" del diritto internazionale privato nazionale. — Come abbiamo visto, il d.i.pr., inteso come ramo particolare del diritto interno degli Stati, cerca di trovare una soluzione ordinata per regolare in modo soddisfacente i *conflitti di leggi* ossia i conflitti tra le norme di Stati diversi che hanno vocazione ad applicarsi alla medesima fattispecie concreta. Ciononostante, è bene ribadire che le norme del d.i.pr. devono essere il più possibile coerenti con quelle del diritto internazionale "pubblico" giacché è proprio in quest'ultimo ambito, come abbiamo già indicato, che si coordinano le diverse competenze degli Stati, sia per quanto riguarda la competenza normativa (*jurisdiction to prescribe*), sia per regolare — oltre ai normali "conflitti di giurisdizione" ([74]) di cui si occupa il d.i.pr. — dei veri e propri *conflitti di sovranità* (si pensi in particolare alla *jurisdiction to enforce*).

ii. Lo Stato deve rispettare la sovranità territoriale degli altri Stati astenendosi dall'esercizio di *misure coercitive* in *territorio altrui*

50. Un principio consuetudinario. — L'art. 2, par. 4, della Carta ONU stabilisce che "i Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato". Si tratta di un principio di diritto consuetudinario, ribadito dai giudici internazionali sia nel precitato *caso del vapore Lotus*, sia in quello *dello stretto di Corfù*. Data la sovranità territoriale di uno Stato (A) ne segue che un altro Stato (B)

([74]) Che, con riferimento alla sola *jurisdiction to adjudicate*, ossia alla competenza giurisdizionale sono assai poco frequenti tanto da far ritenere, in dottrina, esagerata l'espressione "conflitti di giurisdizione". A parere di molti in dottrina, sono da temere più i *conflitti negativi di giurisdizione* (ossia quando nessun giudice di alcuno Stato si dichiara competente), dei conflitti positivi di giurisdizione (ossia quando giudici di Stati diversi si dichiarano contemporaneamente competenti). La mondializzazione dell'economia, tuttavia, sta producendo molti più conflitti positivi di giurisdizione (e non solo *adjudicatory*) di quanti se ne fossero mai visti in passato. A testimonianza di ciò bastino i numerosi accordi internazionali per regolare la materia e, per gli Stati membri della UE, l'eccezionale importanza pratica assunta, dapprima, dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 ed oggi dal Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I *bis*), del 20 dicembre 2012.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 35 SESS: 68 USCITA:

non può, in linea di principio, esercitare la propria autorità — ed in particolare delle misure coercitive —, sul territorio del primo Stato (A). Questo principio fondamentale ha dato luogo a dei celebri contenziosi che ora brevemente esamineremo.

51. Il caso *Joly.* — Un cittadino francese aveva subito un furto in Francia e sospettava che l'autore del furto fosse un dato cittadino belga. Scortato da due agenti francesi, il francese si recava in Belgio e, dopo aver identificato il sospetto, lo riconduceva a forza, con l'aiuto degli agenti, sul territorio francese, dove il belga veniva incarcerato per furto. Il Belgio protestò contro questa flagrante violazione della propria sovranità territoriale da parte di agenti francesi, chiedendo, di conseguenza, la riconsegna del proprio cittadino. Il tribunale penale di Avesnes (Francia) si rivolse alla Procura della Repubblica la quale, accogliendo la richiesta del Belgio, ordinava la scarcerazione del detenuto dichiarando la nullità dell'intero procedimento penale. Si trattava, per i giudici francesi, di una "nullità assoluta a causa dell'avvenuta violazione della sovranità territoriale belga" (75).

Pertanto, la violazione della sovranità belga aveva provocato la nullità del procedimento penale in Francia.

52. Il caso *Eichmann.* — Adolf Eichmann, ex colonnello delle SS, era un criminale di guerra nazista che si era rifugiato in Argentina alla fine della seconda guerra mondiale. Nel 1960, venne "prelevato" da agenti segreti israeliani e condotto in Israele, dove venne processato. L'Argentina protestò adducendo la violazione della propria sovranità territoriale da parte di agenti di una potenza straniera. A nulla valse la nota di Israele, del 6 giugno 1960, secondo la quale si "ignorava il fatto che Adolf Eichmann era venuto dall'Argentina dato che i servizi di sicurezza israeliani non avevano informato al riguardo" e si indicava che lo stesso Eichmann, dopo essersi consegnato ad un gruppo di volontari israeliani che lo avevano scoperto in territorio argentino, "era d'accordo di recarsi spontaneamente in Israele per esservi giudicato" (76).

Il Governo argentino, una volta richiamato il proprio Ambasciatore a Gerusalemme, chiese la convocazione del Consiglio di sicurezza dell'ONU affermando che il trasferimento illecito e clandestino di Eichmann dal territorio argentino costituiva una violazione flagrante della sovranità dello Stato argentino a causa della quale il governo argentino domandava riparazione.

Ne seguiva un vivace dibattito presso il Consiglio di sicurezza dell'ONU, che si concluse con una risoluzione in cui si affermava che "la violazione della sovranità di uno Stato membro è incompatibile con la Carta ONU", pur essendo il Consiglio consapevole del fatto che "la persecuzione degli Ebrei sotto i nazisti è universalmente condannata e che i popoli di tutti i Paesi si preoccupano di vedere Eichmann tradotto in giustizia come conviene per rispondere dei crimini di cui è accusato". Pertanto, presentate le scuse di Israele all'Argentina, ed avendo riconosciuto la violazione della sovranità territoriale Argentina, anche alla luce delle relazioni tradizionalmente amichevoli, i Governi dei due Paesi decidevano di considerare chiuso l'incidente. In compenso, tuttavia, *Eichmann non venne restituito all'Argentina — restituzione che in ogni caso non era stata richiesta*. Eichmann, in quanto criminale nazista, venne dunque

---

(75) 22 luglio 1933, S. 1934, II, 105 in *JDI*, 1935 p. 899.
(76) *RGDIP*, 1960, p. 772 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 36 SESS: 68 USCITA:

processato, condannato e persino giustiziato in Israele (77), a dispetto della sua cattura avvenuta in modo irregolare e dell'applicazione di un'altra regola tradizionale di diritto internazionale espressa secondo il brocardo *male captus bene detentus* (colui il quale viene catturato in modo illecito dovrebbe essere detenuto in condizioni che siano quantomeno lecite).

53. Il caso *Argoud.* — Nel 1963, il colonnello Argoud, uno dei protagonisti della guerra d'Algeria, venne "prelevato" in Germania da persone di cittadinanza francese non identificate e fu condotto con la forza in Francia, dove venne giudicato e condannato. In quel caso ci fu una chiara *violazione della sovranità territoriale tedesca*, che venne commessa da "agenti" di un governo straniero, in questo caso, la Francia. I giudici francesi ritennero, tuttavia, che *questa violazione del diritto internazionale non comportasse la nullità dell'intera procedura*, ciò in quanto la Germania, nonostante la protesta internazionale — così come l'Argentina nel precedente caso analogo — non aveva chiesto la restituzione di Argoud. Secondo il giudice francese "l'individuo, [anche se] parte lesa, non ha la qualità o il diritto di invocare giustizia per una violazione del diritto internazionale*, a fortiori* allorquando lo Stato leso non reclama alcunché" (78).

54. Il caso del *Rainbow Warrior.* — Il 10 luglio 1985, la nave Rainbow Warrior appartenente al movimento ecologista *Greenpeace* venne affondata dai servizi segreti francesi nel porto di Auckland, in Nuova Zelanda (79). Con una sentenza del 4 novembre 1985, la Corte di Auckland aveva dichiarato colpevoli dell'affondamento due agenti segreti francesi, condannandoli a dieci anni di reclusione. Ne seguiva un arbitrato tra la Francia e la Nuova Zelanda al fine di stabilire, dato l'illecito internazionale commesso dal primo Stato, una riparazione adeguata. Così, a conclusione della controversia, il Governo francese dovette, tra l'altro, presentare le sue "scuse formali e senza riserve" per la flagrante violazione del diritto internazionale e versare alla Nuova Zelanda, un indennizzo di 7 milioni di dollari. La Francia dovette allo stesso modo indennizzare l'organizzazione ecologista "Greenpeace" per un ammontare di otto milioni di dollari, somme che furono liquidate tramite arbitrato *ad hoc* (80).

55. Il caso *Alvarez-Machain.* — Alvarez-Machain, era un cittadino messicano sospettato di aver preso parte, nel 1985, all'omicidio commesso in Messico di un agente dell'Agenzia americana antidroga, la DEA. Venne rapito nell'aprile 1990 da uomini armati e ricondotto con la forza negli Stati Uniti per essere sottoposto a procedimento penale. Il Messico protestava contro questa palese violazione della propria sovranità territoriale, e richiedeva, di conseguenza la restituzione del proprio cittadino nel rispetto del trattato di estradizione con gli Stati Uniti. In ultima istanza, la Corte Suprema degli Stati Uniti, con una maggioranza di sei voti contro tre, decise che il giudice nazionale statunitense aveva giurisdizione su Alvarez-Machain, qualun-

---

(77) Al processo Eichmann la celebre scrittrice Hannah Arendt dedicò il libro *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963).

(78) V. *AFDI*, 1965, p. 935 e ss.

(79) La nave si trovava in Nuova Zelanda in quanto era pronta a salpare alla volta dell'atollo di Mururoa per protestare contro gli esperimenti nucleari francesi nel Pacifico.

(80) V. lo scambio di lettere tra Francia e Nuova Zelanda del 4 luglio 1986 in JO 13 luglio, p. 3750. Vedi altresì J. Charpentier, in *AFDI*, 1986, p. 873 e G. Apollis, in *RGDIP*, 1987, p. 9. V. pure *Riv. dir. int.*, 1990, p. 958 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 37 SESS: 68 USCITA:

que fossero state le condizioni del suo rapimento e nonostante le proteste del Messico ([81]).

Tale sentenza fece scalpore sia negli Stati Uniti che all'estero, in quanto legittimava una palese violazione del diritto internazionale. Soprattutto, colpiva il suo rifiuto di prendere in considerazione le proteste del Messico il quale domandava la restituzione del suo cittadino che era stato prelevato in violazione della propria sovranità territoriale. Peggio: l'accordo di estradizione venne considerato dalla maggioranza della Corte Suprema come non contrario a questo tipo di *rendition* giacché una simile fattispecie non era stata prevista né, tantomeno, vietata. È evidente che tutti i giusinternazionalisti si sono trovati in disaccordo con quella sentenza ritenendo legittime solo le opposte conclusioni raggiunte dai giudici di minoranza della stessa Corte Suprema ([82]).

56. Degli atti suscettibili di fare insorgere la responsabilità internazionale dello Stato. — In breve, le suddette violazioni della sovranità territoriale di uno Stato da parte di agenti di un altro Stato *costituiscono degli atti illeciti in diritto internazionale* e come tali, sono suscettibili di far insorgere la responsabilità internazionale dello Stato per conto del quale sono stati commessi. Nel *caso Eichmann* come nel *caso Argoud*, l'Argentina o la Repubblica Federale Tedesca avrebbero avuto anche il diritto di richiedere la consegna degli individui in questione, cosa che però si astennero dal fare. Quegli stessi Stati avrebbero ugualmente potuto richiedere una riparazione adeguata cosa che, tuttavia, non fece la Repubblica Federale Tedesca, al contrario dell'Argentina.

57. La "copertura" dell'illegalità: il caso *Savarkar.* — Uno Stato può, tramite la propria condotta, prestare *acquiescenza* (*acquiescence*) all'atto di uno Stato straniero sul proprio territorio, "coprendo" l'illecito commesso. Ciò si verificò in occasione del caso *Savarkar* che fu oggetto di un contenzioso tra la Francia e la Gran Bretagna in seno alla Corte Permanente di Arbitrato. Nel lodo del 24 febbraio 1911 si legge che Savarkar era un nazionalista indiano il quale si era macchiato di alcuni gravi reati in India e che avrebbe dovuto essere sottoposto a procedimento penale dalla potenza coloniale dell'epoca, la Gran Bretagna. Venne imbarcato su di una nave britannica che, durante il tragitto, fece sosta nel porto francese di Marsiglia. A quel punto Savarkar, con alcune mosse di arti marziali, riuscì a divincolarsi e a fuggire a nuoto dalla nave britannica. Ma i marinai inglesi, aiutati dalla polizia francese, lo rintracciarono in territorio francese e lo ricondussero a bordo della nave inglese. Senonché, la Francia protestò contro la violazione della propria sovranità territoriale da parte degli agenti britannici e chiese la restituzione del fuggitivo, ma gli arbitri respinsero la richiesta francese indicando che, nel caso di specie, la pretesa illiceità era venuta meno in ragione del comportamento delle autorità francesi le quali avevano prestato manforte ai marinai britannici per catturare Savarkar. Viceversa, qualora Savarkar fosse stato catturato in territorio francese solo dai marinai britannici, vi sarebbe stata senz'altro una violazione della sovranità francese. In breve, l'atteggiamento della Francia, valeva acquiescenza e a nulla valeva la successiva protesta ([83]).

([81]) 112 S. Ct. 2188 e *ILM*, 1992 p. 900.
([82]) V. *AJIL* 1992, pp. 736-756 e 811-820.
([83]) *Revue de droit international et de législation comparée*, 1923 p. 398; *RSA*, tomo II, p. 243.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 38 SESS: 68 USCITA:

58. Eccezioni. — È pacifico che, per trattato, uno Stato possa consentire che un altro Stato eserciti degli atti di sovranità nel proprio territorio. Tale prassi non è inusuale in *materia doganale* tra Paesi confinanti: ne è un esempio il fatto che le dogane francesi operino anche a Ginevra, in territorio svizzero, o che i servizi doganali e di immigrazione statunitensi esercitino alcune loro funzioni a Montreal, ovvero in territorio canadese. Allo stesso modo, in diritto UE ([84]), l'accordo di Schengen consente operazioni congiunte di polizia sul territorio degli Stati membri dell'Unione Europea.

59. Regola di principio. — Nonostante tali eccezioni, il principio generale prevede che ogni violazione della sovranità territoriale di uno Stato da parte di uno Stato straniero costituisce un atto contrario al diritto internazionale, suscettibile di fare insorgere la responsabilità internazionale dello Stato autore della violazione.

Questo principio venne ribadito con forza nel caso, sovente citato, dello *stretto di Corfù* del 1949. Nella fattispecie, il Regno Unito aveva rimosso le mine (che si trovavano nelle acque territoriali albanesi), dalle quali alcune navi da guerra inglesi erano state danneggiate poco tempo prima. Ma la CIG condannò severamente l'atto della marina britannica, valutando come atto contrario al diritto internazionale il mancato rispetto della sovranità territoriale dell'Albania da parte del Regno Unito. Senonché, in mancanza di un pregiudizio materiale, la Corte ritenne che la pronuncia di condanna della Marina britannica valesse come "riparazione sufficiente" per l'Albania ([85]).

3. — I limiti all'esercizio della sovranità territoriale secondo il diritto internazionale

60. Esistenza di obblighi internazionali. — Affermare che lo Stato possieda una sovranità territoriale piena ed esclusiva non significa che lo Stato possa fare "tutto ciò che vuole". *Le condizioni di esercizio della sovranità territoriale da parte di ciascuno Stato sono soggette a delle norme di diritto internazionale scritte e non scritte*.

Gli obblighi di ciascuno Stato derivanti dal diritto internazionale, riguardano da una parte la delimitazione del territorio *(a)*; dall'altra il contenuto della sovranità territoriale *(b)*.

a) *La delimitazione del territorio*

61. Dal *caso delle peschiere anglo-norvegesi* all'arbitrato sul Mar della Cina meridionale (2016). — La delimitazione da parte di uno Stato del proprio territorio marittimo deve essere conforme al diritto internazionale al fine di essere *opponibile* agli altri Stati. Basti ricordare qui il *caso delle peschiere anglo-norvegesi del 1951* tra Regno Unito e Norvegia, che verteva precisamente sulla delimitazione del mare territoriale operata dalla Norvegia e sulla opponibilità (o non opponibilità) del metodo seguito nei confronti della Gran Bretagna; nel caso di specie si ricorderà che la CIG, in ultima analisi, ritenne che il metodo norvegese di tracciamento del proprio mare territoriale fosse conforme al diritto internazionale e dunque opponibile al Regno Unito. Al contrario, le pretese di numerosi Stati latino-americani di fissare il

---

([84]) Si rinvia a F. MARRELLA, P. MAROTTA, *Codice doganale dell'Unione europea commentato*, Milano, Giuffrè-Francis-Lefebvre, 2019.

([85]) *Rec*, p. 35.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 39 SESS: 68 USCITA:

limite del proprio mare territoriale a 200 miglia nautiche si rivelarono palesemente infondate in diritto internazionale generale, come dimostrarono le numerose proteste formali avanzate dagli altri Stati.

Così, anche nel caso relativo al contenzioso circa le **rivendicazioni cinesi sul Mar della Cina meridionale**, svoltosi sotto l'egida della PCA, gli arbitri, applicando la UNCLOS, non hanno riconosciuto alcuna estensione del mare territoriale oltre quanto consentito dalla predetta Convenzione ([86]).

62. Gli spazi non suscettibili di appropriazione. — Ricordiamo altresì che esistono degli *spazi internazionali* che non sono suscettibili di appropriazione da parte di alcuno Stato (l'alto mare, lo spazio extra-atmosferico, le vie di comunicazioni acquee internazionali, l'Antartico e così via).

b) *Limiti circa il contenuto della sovranità territoriale*

63. Il *caso della sovranità sull'Isola di Palmas*. — Come ha osservato Max Huber nel precitato arbitrato sulle *Isole di Palmas*: "[l]a sovranità non può limitarsi ai suoi aspetti negativi, cioè al fatto di escludere le attività degli altri Stati" ([87]).

L'arbitro svizzero ha indicato che lo Stato, benché sovrano sul proprio territorio, deve anche garantire un *minimo di protezione* prevista dal diritto internazionale ([88]). In altre parole, lo Stato territoriale è tenuto al rispetto dei diritti degli altri Stati e dei loro cittadini, così come deve proteggere gli interessi della Comunità internazionale.

i. Il rispetto dei diritti degli altri Stati

64. Obblighi generali. — Il rispetto dei diritti degli altri Stati costituisce un obbligo generale per lo Stato territoriale. Detto obbligo ha un duplice contenuto:

65. Primo: uno Stato non deve tollerare sul suo territorio degli atti lesivi dell'integrità territoriale di uno Stato terzo. — Ad esempio, uno Stato non può accettare che sul suo territorio avvenga l'addestramento di "partigiani" che possano successivamente valicare le frontiere e turbare l'ordine pubblico di un Paese vicino. Ciò, per esempio, è stato oggetto di un lungo contenzioso tra la Francia e la Spagna, a proposito delle attività in Francia di gruppi "terroristi" baschi, che utilizzavano il territorio francese come base per la realizzazione di operazioni sul territorio spagnolo.

Del pari, nel ***caso delle attività militari e paramilitari nel Nicaragua e contro il Nicaragua***, la CIG ha stabilito che il supporto finanziario e logistico, l'addestramento di bande armate che avessero come scopo quello di rovesciare un governo costituisse *un'ingerenza illecita negli affari interni di un altro Stato*, pur non integrando gli estremi della fattispecie dell'aggressione armata ([89]). I tentativi di "destabilizzazione" di Stati stranieri — solitamente attraverso azioni di tipo terroristico — sono purtroppo

---

([86]) PCA, lodo del 12 luglio 2016, *Philippines v. China*, disponibile al sito della PCA.

([87]) P. 839.

([88]) Testualmente: "La sovranità territoriale... implica il diritto esclusivo di esercizio dell'attività dello Stato. Tale diritto ha per corollario un dovere: l'obbligo di proteggere entro il territorio il diritto di altri Stati, in particolare il loro diritto all'integrità e all'inviolabilità in pace e in guerra, oltre ai diritti che ogni Stato può rivendicare per i suoi cittadini in territorio straniero. Se non esercita la sua sovranità territoriale in una maniera corrispondente alle circostanze lo Stato non può adempiere a tale dovere", in *Report of International Arbitral Awards*, II, p. 832.

([89]) CIG, 26 giugno 1986, *Rec*., punti 241-242 e 230, 247.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 40 SESS: 68 USCITA:

divenuti frequenti nella prassi internazionale contemporanea, a dispetto della loro illiceità.

In tempi più recenti e nel ***caso delle attività armate nel territorio del Congo*** ([90]), la Corte confermò quell'orientamento indicando che: "ai sensi della Dichiarazione relativa ai principi del diritto internazionale toccanti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati in conformità alla Carta delle Nazioni Unite ([91]) (qui di seguito denominata "la Dichiarazione sulle relazioni amichevoli"), ogni Stato ha il dovere di astenersi dall'organizzare e dall'incoraggiare atti di guerra civile o di terrorismo sul territorio di un altro Stato, di parteciparvi o di fornire aiuti, oppure di tollerare sul suo territorio attività organizzate con lo scopo di perpetrare questo tipo di attività, dal momento in cui gli atti menzionati nel presente paragrafo implicano una minaccia o l'impiego della forza". Detta Dichiarazione dispone inoltre che: "tutti gli Stati dovranno [...] astenersi dall'organizzare, aiutare, fomentare, finanziare incoraggiare o tollerare delle attività sovversive o terroristiche destinate a cambiare con la violenza il regime di un altro Stato, così come di intervenire nelle lotte intestine di un altro Stato. Queste disposizioni hanno valore dichiarativo di diritto internazionale consuetudinario".

66. Secondo: ogni Stato deve praticare delle relazioni di "buon vicinato" con gli altri Stati. — Ogni Stato non deve tollerare gli atti che siano lesivi di interessi giuridicamente protetti di altri Stati. Per esempio, uno Stato dovrà notificare agli altri Stati i "pericoli" sul proprio territorio di cui viene a conoscenza, pericoli che potrebbero arrecare danno agli Stati stranieri ed ai loro cittadini. Questa situazione si verificò, ricordiamolo, nel ***caso dello stretto di Corfù*** del 1949. In tale fattispecie, l'Albania aveva omesso di informare gli altri Stati della presenza di mine sul proprio territorio, il che costituiva un pericolo evidente. In circostanze analoghe, gli Stati Uniti vennero condannati dalla CIG per non aver notificato la posa, peraltro illegale, di mine all'ingresso di alcuni porti del Nicaragua (vedi la sentenza precedentemente citata del 1986, par. 215). Allo stesso modo, allorquando uno Stato effettui un test nucleare (come si faceva in passato, facendo brillare degli ordigni nell'atmosfera), deve segnalarlo agli altri Stati e predisporre delle idonee zone di sicurezza per evitare che i cittadini di altri Stati non siano danneggiati da queste esplosioni.

Ancora, in caso di incidente che *potrebbe causare dei danni transfrontalieri*, esiste un obbligo di notifica immediata — senza pregiudicare eventuali riparazioni — agli altri Stati a carico dello Stato in cui l'incidente si è verificato. Ciò purtroppo si verificò solo parzialmente in occasione dell'*incidente nucleare di Chernobyl* nell'ex URSS, nel 1986 ([92]).

67. Caso della *fonderia di Trail* e diritto internazionale dell'ambiente. — L'obbligo generale di praticare delle relazioni di buon vicinato comporta altresì che ciascuno Stato debba impedire che il proprio territorio venga utilizzato al fine di causare danni sul territorio di un altro Stato. È il caso tipico dell'inquinamento transfrontaliero. Abbiamo già citato, a tal proposito, il *caso della fonderia di Trail*, oggetto di un contenzioso nel 1938 tra Stati Uniti e Canada a cui abbiamo già fatto cenno (Cap. XIV). Nella fattispecie, come si ricorderà, il Canada fu riconosciuto

---

([90]) CIG, 18 dicembre 2005, *Repubblica Democratica del Congo c. Uganda*.
([91]) Ris. n. 2625 (XXV) dell'Assemblea generale del 24 ottobre 1970.
([92]) V. *PPS* n. 552-553 del 1987 e A. Kiss, in *AFDI*, 1986 p. 139.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 41 SESS: 68 USCITA:

responsabile dell'inquinamento provocato da fumi contenenti piombo che venivano emessi da una fabbrica situata sul suo territorio e che arrecavano danno al territorio statunitense rendendo i terreni inadatti alla coltivazione. Qui gli arbitri indicarono che:

"in base ai principi del diritto internazionale, come pure in base al diritto degli Stati Uniti, nessuno Stato ha il diritto di usare il proprio territorio o di consentire un uso tale da arrecare danno mediante esalazioni al territorio o nel territorio di un altro Stato, sempreché il danno sia grave e stabilito da prove certe e convincenti" ([93]).

Siffatto obbligo generale è stato riconosciuto dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, adottata al termine della Conferenza sull'ambiente umano, così come da numerose altre convenzioni internazionali. Concretamente, ciò significa che uno Stato non può trasformare il proprio territorio in una sorta di "discarica", nociva anche per i Paesi vicini ([94]).

Si tratta di obblighi negativi aventi per oggetto, appunto, un *non facere*. Nel corso degli anni, la CIG, al passo con i tempi, non ha mancato di ribadire la necessità di una "tutela dell'ambiente" ([95]). A tale riguardo, basti richiamare il *dictum* del parere della CIG a proposito della *liceità della minaccia dell'uso delle armi nucleari* del 1996 ove la Corte ha osservato che:

"[l]'ambiente non è un concetto astratto, ma rappresenta lo spazio in cui si vive, la qualità della vita e la salute stessa degli esseri umani, inclusa quella delle generazioni future. L'esistenza di un obbligo generale in virtù del quale gli Stati devono garantire che le attività che si svolgono sotto la propria giurisdizione e controllo rispettino l'ambiente di altri Stati e degli spazi non sottoposti alla giurisdizione di alcuno Stato appartiene oggi al *corpus* del diritto internazionale dell'ambiente" ([96]).

In tempi più recenti, nel ***caso della cartiera sul fiume Uruguay***, oggetto di un contenzioso tra l'Argentina e l'Uruguay, la CIG ha riconosciuto la natura consuetudinaria di un *principio di prevenzione*, che trova la propria origine "nella *due diligence* dello Stato sul proprio territorio" ([97]). La Corte ha precisato che spetta a ciascuno Stato di "mettere in pratica tutti i mezzi a sua disposizione al fine di evitare che le attività che si svolgono sul suo territorio... non cagionino un pregiudizio sensibile all'ambiente di un altro Stato", aggiungendo inoltre che quest'obbligo "fa ormai parte del corpo di regole del diritto internazionale dell'ambiente" il quale richiede che vengano condotte apposite valutazioni di impatto ambientale in un quadro transfron-

---

([93]) Letteralmente: "under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence". SANU, III, 1949, p. 1965. Al sito internet https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

([94]) V. artt. 192 e 194 della UNCLOS sul diritto del mare del 1982, nonché il Principio 21 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972. In argomento v. P. Sands, J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, nonché F. Munari, L. Schiano di Pepe, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2014, ove riferimenti.

([95]) V. il Parere consultivo dell'8 luglio 1996 circa la legalità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari nei conflitti armati, par. 29; o ancora la sentenza della CIG del 25 settembre 1997 nel caso del *Progetto Gabcikovo-Nagymaros.*

([96]) Sentenza *cit.*, punto 29. V. pure CIG, 31 marzo 2014, *Australia c. Giappone*, sulla caccia alle balene nell'Antartico.

([97]) Sentenza del 20 aprile 2010, punto 101.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 42 SESS: 68 USCITA:

taliero allorquando l'attività industriale in progettazione rischi di essere pregiudizievole all'ambiente (par. 204).

ii. Il rispetto dei diritti degli stranieri

68. Il trattamento degli stranieri come limite alla sovranità territoriale dello Stato. — In base al diritto internazionale generale, uno Stato non è tenuto, ad ammettere sul proprio territorio i cittadini degli altri Stati (e ciò vale soprattutto nel caso dei c.d. *migranti economici*), né a trattarli come i propri cittadini; ma *qualora li ammetta*, esso è tenuto ad accordare loro, in assenza di un trattato internazionale ([98]), un minimo di ***sicurezza e protezione***. Ciò porta sia all'adozione di ***misure negative*** (ad es. obblighi di astensione di atti lesivi di tali norme a cui si ricollegano specifici diritti degli stranieri), sia di ***azioni positive*** come ad esempio l'esercizio di misure di protezione a tutela della vita dello straniero contro violenze di folla.

69. Il caso del *linciaggio degli italiani a New Orleans.* — Possiamo citare a tale proposito il celebre *caso del "linciaggio degli italiani a New Orleans"* avvenuto nel 1891 ([99]). Il 14 marzo 1891, undici italiani sospettati dell'omicidio del capo della polizia di New Orleans, vennero assassinati nella prigione locale da una folla inferocita di cittadini. Il governo italiano protestò vigorosamente contro questo "linciaggio" ed invocò la responsabilità internazionale degli Stati Uniti per la mancanza di protezione adeguata dovuta nei confronti dei cittadini stranieri; domandò inoltre che i responsabili fossero puniti a norma di legge. A quel punto, il "grand jury" che si riunì a New Orleans, pubblicò, il 5 maggio 1891, un verdetto in cui vennero riconosciute tutte le circostanze attenuanti del caso a favore degli estremisti locali che avevano partecipato all'assalto della prigione e all'omicidio degli italiani, decidendo di non perseguire nessuno in giustizia. In seguito a nuove proteste ufficiali da parte dell'Italia, questa controversia venne risolta in modo amichevole tra i due governi. A nome degli Stati Uniti, il Presidente Harrison presentò le sue scuse all'Italia e, allo stesso tempo, versò un indennizzo che venne distribuito alle famiglie delle vittime che erano rimaste in Italia.

70. Il rispetto dello *standard* internazionale minimo di trattamento degli stranieri e dei loro beni. — Ferma restando una più stringente norma di diritto pattizio, il diritto

---

([98]) Come ad es. i trattati internazionali di protezione dei *diritti umani* che, laddove siano in vigore e nei limiti degli specifici diritti "protetti", si applicano indistintamente ai cittadini ed agli stranieri. Esistono però anche i trattati di *estradizione*. Per l'Italia si rinvia a F. Marrella, "Lo straniero, l'art. 16 delle preleggi e la condizione di reciprocità", in Commentario del Codice civile, dir. da E. Gabrielli, vol. III, Torino, Utet, 2013, pp. 1-37. Va altresì osservato che, fatta sempre eccezione per le norme pattizie che operano come *lex specialis*, le norme consuetudinarie consentono in via generale allo Stato territoriale l'espulsione degli stranieri. Anche qui, la (recente) incidenza del diritto internazionale dei diritti umani ha indotto la dottrina a ridurre l'estensione della norma consuetudinaria (ad es. in materia di obbligo di *non refoulement*) tramite lo *ius cogens*. In argomento v. la posizione classica in M. Scerni, "Sulla espulsione dal territorio dello Stato", in *Studi Perassi*, II, 1957, p. 261 ss. e cfr. la posizione della dottrina e della giurisprudenza contemporanea, *inter multos*, in M. Di Filippo, "Camminare sul filo (spinato) del divieto di espulsione collettiva: una valutazione della giurisprudenza di Strasburgo", in *DUDI*, 2020, pp. 479-509 nonché in M. Starita, "Il principio del "non-refoulement" tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani", in *Dir. pubbl.*, 2020, pp. 141-163.

([99]) Testo in Moore, *Digest of International Law*, 1906, pp. 837-841.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 43 SESS: 68 USCITA:

internazionale consuetudinario impone allo Stato territoriale (*Host State*) di rispettare il cosiddetto "***minimum standard***" di trattamento degli stranieri (100).

Si tratta di un "limite minimo", al di sotto del quale l'ordinamento giuridico interno di uno Stato non dovrebbe spingersi, a pena di fare insorgere la responsabilità internazionale dello Stato. In tal caso, è accaduto spesso che lo straniero i cui diritti siano stati lesi dallo Stato territoriale (*Host State*) richieda la *protezione diplomatica* al proprio Stato di cittadinanza (*Home State*) dato che il diritto di esigere tale trattamento appartiene allo Stato di cui lo straniero è cittadino (*Home State*).

La difficoltà pratica di individuare il "minimum standard" di trattamento è quella di ogni "clausola generale" in un dato ordinamento giuridico. Nella seconda metà del 1700, Vattel aveva già osservato che non si tratta di un criterio fisso ed immutabile ma varia nel tempo e secondo le concezioni giuridiche e morali prevalenti (101). Nemmeno si tratta di "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" di cui all'art. 38 dello Statuto della CIG (su cui v. *supra* Cap. XI) trattandosi qui di uno *standard* dell'ordinamento giuridico internazionale.

Così, nel caso *Chevreau*, a proposito della detenzione di uno straniero (*infra*, Cap. XVI) viene indicato che uno Stato deve trattare un cittadino straniero "in modo appropriato alla sua situazione e corrispondente al livello abitualmente ammesso tra le Nazioni civili" (102) e soprattutto nel caso ***Neer***, deciso il 15 ottobre 1926 dalla Commissione mista per i reclami tra gli Stati Uniti ed il Messico si stabilì che:

> "il trattamento di uno straniero, per costituire un illecito internazionale, dovrebbe equivalere a un oltraggio, alla malafede, alla deliberata negligenza del dovere, o ad un'insufficienza di azione governativa talmente al di sotto degli standard internazionali che ogni uomo ragionevole e imparziale riconoscerebbe prontamente tale insufficienza" (103).

Tale standard venne aspramente contestato dagli Stati latinoamericani che gli contrapposero la c.d. *clausola Calvo* (su cui v. *infra* Cap. XVI) così come fallì ogni tentativo di sua regolazione tramite la Convenzione sulla responsabilità degli Stati per i danni causati nel proprio territorio alla persona o ai beni degli stranieri (104), e persino nei primi lavori della CDI sulla responsabilità internazionale degli Stati coordinati dal cubano Garcia Amador.

Detto *minimum standard* è ancora presente nel diritto vigente ma è controverso tanto in dottrina, quanto nella casistica dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti (105).

---

(100) In arg. v. *inter multos*, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 752 ss. e riferimenti ivi citati.

(101) Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, cit., Libro II, Cap. VIII sulle "regole rispetto agli stranieri".

(102) RSANU, II, 1115, a p. 1123.

(103) Al sito internet https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf. Le parole originali sono (p. 61 s.) queste: "the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency".

(104) V. *AJIL*, Suppl.,1929, p. 140 ss., nonché E. Borchard, "The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens", *ASIL Proc*., 1939, pp. 51-74.

(105) In argomento si rinvia a D. Carreau, *V° Investissements*, *Encyclopédie de Droit International*, Dalloz, N°s 156-176 ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 44 SESS: 68 USCITA:

71. Dal trattamento dello straniero al "diritto internazionale degli investimenti". — In materia economica gli obblighi dello Stato, per diritto consuetudinario, sono assai limitati. Non vi è, ad esempio, un obbligo generale di ammettere lo straniero all'esercizio di professioni, o del commercio e dell'industria; né vi è un obbligo di consentire allo straniero l'acquisto, la proprietà o l'uso di beni mobili e soprattutto immobili. Nemmeno è vietato dal diritto internazionale sottoporre gli stranieri a tassazione nella misura in cui essi risiedano fiscalmente nel territorio dello Stato o comunque riguardi beni e redditi ivi localizzate ([106]).

Va altresì notato che, sempre in base al diritto consuetudinario, si suole affermare che uno Stato è tenuto al rispetto dei diritti acquisiti dagli stranieri (c.d. *vested rights*) nei propri confronti, per cui un trattamento più favorevole del *minimum standard* non può essere poi arbitrariamente revocato dallo Stato territoriale.

Tale questione assume grande rilevanza anche nel nostro tempo giacché significa che uno Stato non può attrarre gli stranieri nel proprio territorio offrendo loro un determinato trattamento e poi arbitrariamente revocarlo provocando un danno ingiustificato e discriminatorio.

Si comprende meglio la *ratio* di tale standard di trattamento considerando che, soprattutto in passato, gli Stati esigevano anche con l'uso della violenza bellica la tutela dei propri cittadini che avessero investito in uno Stato estero contro atti abusivi, quali confische, diniego di giustizia, revoche arbitrarie di concessioni, soprattutto in occasione di movimenti rivoluzionari, cambiamenti di Governo nonché di movimenti xenofobi. Dal lato degli Stati esportatori di capitali, la c.d. *diplomazia delle cannoniere* (***gunboat diplomacy***) poteva diventare uno strumento di deterrenza effettivo, dato che si cercò di metterla "fuori legge" tramite la Convenzione Drago — Porter del 1907 ([107]).

Per tali ragioni, soprattutto in passato, gli Stati hanno concluso degli appositi trattati, le ***convenzioni di stabilimento***, il cui scopo è quello di consentire ai cittadini degli Stati parte di svolgere la propria attività economica nel territorio dell'altro Stato beneficiando di apposite norme che ne fissavano lo statuto ([108]). Talvolta, tali questioni

---

([106]) È altresì curioso rilevare che non ha sollevato alcuna opposizione la pretesa extraterritoriale di alcuni Stati, tra cui l'Italia, di sottoporre a tassazione il reddito *ovunque prodotto nel mondo* ossia nel territorio degli altri Stati (c.d. principio della *worlwide income taxation*). V. il nostro art. 3 del DPR n 917/86 (TUIR).

([107]) In base alla Dottrina Drago (all'epoca Ministro degli esteri argentino), nessuno Stato poteva procedere ad un intervento armato o all'occupazione militare al fine di ottenere il pagamento di debiti pubblici da parte di uno Stato estero. Tali preoccupazioni vennero trasfuse nella celebre convenzione Drago-Porter (la II convenzione dell'Aja, del 18 ottobre 1907) concernente i limiti all'uso della forza armata per l'esazione di crediti contrattuali. In arg. v. W. Benedek, voce "Drago-Porter Convention (1907)", in *MPEPIL*.

([108]) La necessità di stipulare tali trattati deriva proprio dalla classica condizione degli stranieri ove questi ultimi, senza un trattato siffatto, potrebbero ricevere un trattamento meno favorevole di quello dei cittadini dello Stato ospite. Oggetto di tali trattati sono, pertanto, l'ammissione ed il soggiorno dei cittadini di uno Stato contraente nel territorio dell'altro Stato contraente, l'esercizio di un'attività economica (ad esclusione, di solito, delle professioni liberali); il diritto di stipulare determinati contratti quali quello di locazione di immobili; il diritto di acquistare in proprietà beni mobili ed immobili e di disporne liberamente; la possibilità di adire le vie giudiziarie, senza dover sottostare alla *cautio iudicatum solvi*; benefici in materia di sicurezza sociale e welfare; il riconoscimento di diplomi ai fini dell'esercizio di attività non salariate. Tali questioni possono essere regolate anche tramite trattati multilaterali come ad es., accade agli artt. 49-75 TFUE.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 45 SESS: 68 USCITA:

sono state regolate in accordi più ampi, i ***Trattati di amicizia, commercio e navigazione*** ([109]).

Per quanto riguarda poi la **proprietà degli stranieri**, in diritto internazionale le nazionalizzazioni analogamente ad una singola espropriazione sono ammesse a condizione che siano giustificate, **non discriminatorie** e di **pubblica utilità** ([110]). In ogni caso, lo Stato nazionalizzante o espropriante deve corrispondere — questa è la celebre "formula" del Segretario di Stato Cordell Hull — un indennizzo **pronto** (ossia pagato senza ritardo)**, adeguato** (cioè commisurato al valore dei beni) ed **effettivo** (ossia in moneta convertibile), un obbligo che secondo l'impostazione classica sarebbe dovuto soltanto nei confronti dello Stato di cittadinanza dello straniero.

Tali questioni hanno indotto alcuni Stati a pattuire specificamente nei loro trattati di commercio apposite clausole volte a regolare la materia del trattamento e della protezione dei rispettivi cittadini in territorio altrui, sviluppando così un particolare settore del diritto internazionale che viene generalmente denominato ***diritto internazionale degli investimenti*** ([111]). Così, nonostante la sua sopravvivenza a titolo di norma consuetudinaria, lo standard del trattamento minimo dovuto agli operatori economici stranieri presenta oggi un duplice aspetto: quello del ***trattamento giusto ed equo*** e quello della ***piena sicurezza e protezione*** degli **stranieri** e dei loro beni presenti sul territorio dello Stato.

Si tratta di materia che viene regolata, come *lex specialis*, nei moderni accordi bilaterali in materia d'investimenti (BITs) i quali, appunto, possono considerarsi lo sviluppo in epoca contemporanea dei vetusti Trattati di amicizia, commercio e navigazione. Il primo esempio di trattato bilaterale moderno in materia di investimenti esteri è quello concluso dalla Repubblica Federale Tedesca con il Pakistan il 25 novembre 1959. Da allora, l'UNCTAD, che gestisce un apposito database, rileva che siano stati stipulati circa tremila trattati sugli investimenti.

Le ragioni di tale sviluppo sono diverse ma, tra queste, assumono rilevanza precipua, sia lo stato di incertezza del diritto internazionale consuetudinario in materia soprattutto dopo l'affermazione, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, dei ***principi di sovranità permanente sulle risorse naturali*** e della ***Carta sui diritti e doveri economici degli Stati*** negli anni Settanta dello stesso secolo, tutti

---

([109]) In arg. v. M. Orlandi, *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali*, Padova, Cedam-WKI, 2016. V. ad es. il Trattato di amicizia, commercio e navigazione concluso tra l'Italia e gli Stati Uniti il 2 febbraio 1948, reso esecutivo con L. 18 giugno 1949, n. 385 (GU Serie Generale n. 157 del 12-07-1949 — Suppl. Ordinario). Questo trattato verrà invocato dinanzi alla CIG — con vittoria della causa da parte dell'Italia, nel caso *Elettronica Sicula* su cui v. ad es. V. Lowe, "Shareholders' rights to control and manage: from Barcelona traction to ELSI", in *Liber amicorum S. Oda*, 2002, pp. 269-284.

([110]) Il punto era pacifico nel XIX secolo essendo universali le concezioni privatistiche e individualistiche del diritto di proprietà. V. ad es. il *caso dei Reclami britannici nella zona spagnola del Marocco*, ove l'arbitro Huber non esita ad indicare che "è considerato un dato acquisito che in diritto internazionale uno straniero non può essere privato della sua proprietà senza un giusto indennizzo".

([111]) Su cui si rinvia a D. Carreau, voce "Investissements", cit.; D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6a ed., Paris, Dalloz, 2017 e F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2 ed., Padova, Cedam, 2020, p. 740 ss. V. altresì, anche per i riferimenti, A. Comba, *Il neo liberismo internazionale*, cit., p. 12 ss.; Dolzer, Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2 ed., Oxford, OUP, 2012 ed E. Sciso, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, 3ed., Torino, Giappichelli, p. 191 ss., nonché la Risoluzione di Tokyo dell'IDI (*Rapporteur* A. Giardina) del 2013 su « Gli aspetti giuridici del ricorso all'arbitrato da parte dell'investitore nei confronti delle Autorità dello Stato ospitante nell'ambito di un trattato interstatale ».

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 46 SESS: 68 USCITA:

oggetto di apposite Risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU (112); sia, per altro verso, il mancato riconoscimento positivo del diritto di proprietà privata tra gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani a livello globale. Sempre nel secolo scorso, la proclamazione del c.d. ***Nuovo ordine economico internazionale*** ha costituito, infatti, il culmine delle opposizioni politico-ideologiche dell'epoca (tra Est e Ovest, nel quadro della "Guerra fredda" ma anche e, soprattutto, tra Nord e Sud del mondo a seguito della c.d. *decolonizzazione*) dando vita ad aspre controversie internazionali.

Di qui, l'esigenza di formalizzare in un trattato internazionale (BIT) una speciale disciplina volta ad incoraggiare gli investimenti diretti esteri, indicando specificamente gli standard di trattamento, protezione e garanzia degli investimenti dei cittadini degli Stati contraenti oltre a consentire circa appositi meccanismi di soluzione delle controversie di tipo arbitrale misto.

Un recente sviluppo di assoluta rilevanza è rappresentato dalla conclusione di BITs anche *tra Paesi in via di sviluppo*, superando così in larga parte le critiche ideologiche degli anni '70 del secolo scorso in nome delle esigenze dello sviluppo economico. Le oscillazioni della giurisprudenza arbitrale sembrano comunque confermare la massima cautela con cui applicare il diritto consuetudinario in materia.

72. (*segue*) I BIT stipulati dall'Italia e la politica commerciale UE dopo il Trattato di Lisbona. — I BITs stipulati dall'Italia, al pari di quelli di altri Paesi, contengono alcune clausole ricorrenti quali, ad esempio, il principio del trattamento non discriminatorio degli investitori esteri rispetto a quelli nazionali dello Stato destinatario dell'investimento (clausola del ***trattamento giusto ed equo*** e del ***trattamento nazionale***), il principio di legalità nel caso di ***nazionalizzazioni*** o espropri e il principio della ***clausola della Nazione più favorita***. Secondo quest'ultima clausola, assunta in senso bilaterale, ciascuno Stato contraente estende, incondizionatamente o meno (secondo ciascun BIT) agli investitori italiani, il trattamento, cioè i vantaggi concessi ai cittadini di Paesi terzi in accordi analoghi (c.d. cittadini della Nazione più favorita). Fra le norme di garanzia poste a tutela dell'investitore si prevede quella concernente la *libera trasferibilità dei capitali* inerenti l'investimento, da effettuarsi in qualsiasi valuta convertibile e senza indebito ritardo.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la competenza a concludere nuovi trattati bilaterali in materia di investimenti esteri è stata attribuita alla **UE** e si tratta di una *competenza esclusiva* sicché, oggi, la negoziazione e conclusione di questi accordi viene effettuata dalle istituzioni dell'Unione. Le possibilità di sopravvivenza dei BIT conclusi dai singoli Stati membri sono dunque sempre più ridotte (113).

73. (*segue*) I moderni accordi internazionali in materia di investimenti esteri (IIA). — Come viene opportunamente evidenziato nel sito dell'UNCTAD, oggi gli accordi internazionali in materia di investimenti (IIA per *International Investment Agreements*) si possono distinguere in due categorie principali:

(1) trattati bilaterali in materia di investimenti (BITs) e

---

(112) V. A. Giardina, "Gli accordi bilaterali sugli investimenti e l'accordo nordamericano di libero scambio", in *Enc. degli idrocarburi*, 2007, p. 540.

(113) Si rinvia a F. Marrella, "Unione europea ed investimenti diretti esteri" in SIDI, L'unione Europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole", a cura di S. M. Carbone, Napoli, ESI, 2013, pp. 107-140.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 47 SESS: 68 USCITA:

(2) trattati con alcune norme in materia di investimenti.

Un trattato bilaterale sugli investimenti (**BIT**) è un accordo tra due Paesi che ha per oggetto la promozione e la tutela degli investimenti effettuati dagli investitori di uno Stato nel territorio dell'altro. Oggi, si tratta della vasta maggioranza dei casi.

Invece, nella seconda categoria, quella dei ***trattati con disposizioni in materia di investimenti*** (TIP) rientrano alcuni tipi di accordi internazionali più ampi dei BIT. Se ne possono distinguere tre tipi principali:

a) trattati economici di ampia portata che comprendono obblighi comunemente stabiliti nei BITs (ad esempio un accordo di libero scambio con un capitolo sugli investimenti);

b) trattati che prevedono disposizioni limitate in materia di investimenti (ad esempio solo quelle relative all'istituzione di investimenti o al libero trasferimento di fondi connessi agli investimenti);

c) trattati che contengono solo "clausole quadro", come quelle sulla cooperazione nel settore degli investimenti e/o danno mandato per futuri negoziati in materia di investimenti.

iii. Il rispetto degli interessi fondamentali della Comunità internazionale

74. Un limite sempre più importante. — Un altro limite posto all'esercizio della sovranità territoriale dello Stato è quello del rispetto degli interessi fondamentali della Comunità internazionale. Ciascuno Stato deve, in effetti, esercitare le proprie competenze inclusa la propria sovranità territoriale, in *modo conforme alle norme generali di diritto internazionale rappresentanti gli interessi fondamentali della Comunità internazionale nel suo insieme.*

Si tratta di norme di ***jus cogens*** ([114]). Muovendo da tale presupposto, uno Stato non può istituire nel proprio territorio, un regime di schiavitù, né tantomeno può organizzare e legittimare, a lungo, la violazione grave e sistematica dei diritti umani tutelati dallo *jus cogens*. La sovranità territoriale dello Stato si trova di conseguenza limitata, non soltanto per quanto riguarda gli stranieri, ma anche per quanto riguarda i suoi stessi cittadini. Ed in proposito, si è persino suggerito — e la prassi recente va in questo senso — che il mancato rispetto di tali norme di *jus cogens* giustifichi un vero e proprio "diritto-dovere di ingerenza umanitaria" da parte della Comunità internazionale ([115]).

In estrema sintesi, ***l'ingerenza umanitaria*** si traduce in una peculiare forma di uso della forza bellica di uno Stato (o più Stati) sul territorio di un altro Stato e senza il consenso di quest'ultimo, destinato non a proteggere i cittadini dello Stato interveniente, bensì quelli dello Stato territoriale, o anche dei gruppi etnici o minoranze ivi stanziate, al fine di proteggerli da trattamenti inumani o degradanti che quest'ultimo Stato non possa o non voglia far cessare.

Ancora, lo Stato territoriale è tenuto ad esercitare la propria sovranità in maniera tale da garantire la *libertà delle comunicazioni internazionali*. Ad esempio, in caso di

---

([114]) E v. a tale riguardo J. CRAWFORD, "Multilateral Rights and Obligations in International Law", in *RCADI*, 2006, v. 319, pp. 325-482; G. GAJA, "Les obligations et les droits erga omnes en droit international", in *Ann. IDI*, 2006, vol. 71-II, p. 81-136; P. PICONE, *Comunità internazionale ed obblighi "erga omnes"*, Napoli, Jovene, 2010, p. 1 ss., spec. p. 209 ss.; G. GAJA, "The Protection of General Interests in the International Community", *RCADI*, cit., p. 9 ss.

([115]) In arg. v. *infra* Cap. XX.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 48 SESS: 68 USCITA:

sfruttamento della sua piattaforma continentale o della sua zona economica esclusiva, lo Stato costiero deve rispettare la libertà di navigazione sugli spazi marini sovrastanti.

In fine, in virtù di una *regola consuetudinaria internazionale*, ogni Stato deve acconsentire *all'attracco o all'atterraggio forzato* di navi o di velivoli in situazione di emergenza.

§ 3. — *I poteri internazionali dello Stato sui propri cittadini. La competenza personale ("personal jurisdiction")*

75. Premessa. — Sappiamo già che l'autorità di governo di uno Stato viene denominata *jurisdiction*, nella dottrina e nella prassi internazionale anglofona, per fare riferimento non solo al potere di *jus dicere* del giudice statale, bensì alludendo *all'insieme dei poteri statali.* Ebbene, la determinazione della *giurisdizione* dello Stato nell'ordinamento internazionale, con riferimento a coloro che compongono la sua popolazione, implica la risoluzione di una serie di problemi assai delicati. A tale riguardo, va osservato che ciascuno Stato è portatore di un proprio ordinamento giuridico e quindi anche delle norme mediante le quali esso stabilisce quali siano i propri cittadini. Queste norme, proprio perché sono *interne*, non sono di per sé destinate ad avere efficacia internazionale, a meno che l'ordinamento internazionale vi si riferisca ai propri fini. Non esiste, in altre parole, alcuna norma di diritto internazionale generale che imponga agli Stati degli obblighi specifici circa i criteri da seguire, nei rispettivi ordinamenti interni, per attribuire la propria cittadinanza, in quanto la determinazione dei "cittadini" costituisce per ogni Stato un attributo della propria sovranità ([116]). Ciò, ovviamente, fatti salvi eventuali accordi internazionali in materia.

Dal punto di vista del diritto internazionale, per *cittadinanza* (***citizenship***) si intende, secondo quando affermato dalla CIG nel caso *Nottebohm* del 1955, oggetto di un contenzioso tra il Liechtenstein ed il Guatemala:

> "un **legame giuridico fondato su un fatto sociale di attaccamento, una effettiva solidarietà di esistenza, interessi e sentimenti, unita ad una reciprocità di diritti e di doveri**. Essa può dirsi costituire l'espressione giuridica della circostanza che l'individuo al quale la cittadinanza è conferita, direttamente dalla legge o per effetto di un atto dell'autorità, è di fatto **collegato più strettamente alla popolazione dello Stato che gliela conferisce piuttosto che a qualunque altro Stato**. Una volta conferita da uno Stato, la cittadinanza permette l'esercizio della protezione nei confronti di un altro Stato in quanto essa è la traduzione, in termini giuridici, dell'attaccamento di un individuo dato allo Stato che lo ha reso suo cittadino" ([117]).

76. Un potere sovrano dello Stato. — Lo Stato è, *prima facie*, l'unico titolare del potere di attribuire una cittadinanza — la *sua* cittadinanza — agli individui che sono nati sul suo territorio (*jus soli*) o che sono nati all'estero da genitori che possedevano la sua cittadinanza (*jus sanguinis*) ovvero combinando i due predetti criteri *(1)*. Tuttavia, non si tratta di un potere meramente discrezionale dello Stato: solo in presenza di determinate circostanze gli atti di attribuzione della cittadinanza divengono internazionalmente opponibili *(2)*.

([116]) R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 751 il quale indicava altresì il brocardo *quidquid et quisquis est in territorio est de territorio.*

([117]) Grassetto aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 49 SESS: 68 USCITA:

1. — L'attribuzione della cittadinanza da parte dello Stato

77. — Lo Stato attribuisce la propria cittadinanza alle *persone fisiche* (a), o la nazionalità alle *persone giuridiche* (b) e, per ragioni di praticità, ad *alcuni beni* come le navi (c), gli aeromobili (d) ed i satelliti (e).

a) *La cittadinanza delle persone fisiche*

i. La competenza esclusiva e discrezionale dello Stato nell'attribuzione della propria cittadinanza

78. Un principio consuetudinario. — In base ad un tradizionale *principio di diritto internazionale consuetudinario*, lo Stato, e solo lo Stato, stabilisce le condizioni di acquisto o di perdita della propria cittadinanza. Anche qui, prescindendo dal diritto pattizio, il solo vincolo internazionalistico generale consiste nel dovere di rispettare l'eguale libertà degli altri Stati in tale materia, non ingerendosi nell'ambito riservato alla loro sovranità.

Il principio secondo il quale lo Stato ha *competenza esclusiva* nell'attribuire la propria cittadinanza è stato ampiamente riconosciuto dalla CIG ed ancor prima dalla CPGI.

Così, nel *caso dello scambio delle popolazioni greche e turche*, la CPGI ha affermato che "la qualità di cittadino di uno Stato non può che basarsi sulla legge di tale Stato" ([118]). Successivamente, la CIG nel 1955, nel *caso Nottebohm*, ha riaffermato chiaramente detto principio con queste parole: "[s]petta al Lichtenstein come a qualsiasi altro Stato sovrano, di regolare tramite la propria legislazione l'acquisto della sua cittadinanza" nonché "di conferire quest'ultima per naturalizzazione concessa dai suoi organi, in conformità della sua legislazione" ([119]).

Ovviamente, appositi trattati internazionali possono regolare l'esercizio della sovranità di ciascuno Stato in materia di attribuzione della cittadinanza, ad esempio per evitare casi di pluricittadinanza, di apolidia o addirittura per evitare misure di denazionalizzazione a carico di alcuni individui.

79. Significato pratico della cittadinanza nel diritto internazionale privato. — Ogni individuo è necessariamente legato ad un ordinamento statale-territoriale determinato.

In pratica, dunque, il legame della cittadinanza svolge varie funzioni: *a*) si traduce in una relazione di appartenenza ad uno Stato dato, particolarmente rilevante in diritto internazionale; *b*) costituisce il titolo per la partecipazione alla vita dello Stato di cittadinanza (si pensi all'esercizio dei diritti politici, all'accesso al pubblico impiego ed a professioni regolamentate, o ancora all'accesso ad attività economiche riservate dallo Stato ai propri cittadini); *c*) è un criterio di collegamento particolarmente diffuso

---

([118]) Ser. B, n. 10, 1925, p. 19.

([119]) *Rec.*, p. 20. La Convenzione dell'Aja del 12 aprile 1930 concernente talune questioni relative al conflitto di leggi sulla cittadinanza, dispone all'art. 1, par. 1, che "spetta a ciascuno Stato determinare con la propria legislazione quali siano i suoi cittadini". Per una rivisitazione in chiave moderna di tali concetti tradizionali cfr. S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, Giuffrè, 2017. In caso di successione di Stati, gli individui residenti nel territorio che è oggetto del mutamento di sovranità acquistano la cittadinanza dello Stato successore (N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, ~~6~~ 7 ed., cit., p. ~~384~~ 391).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 50 SESS: 68 USCITA:

in diritto internazionale privato per determinare la legge regolatrice dello statuto personale di un individuo (si pensi all'esempio dei rapporti di diritto di famiglia e a quello delle successioni *mortis causa*); *d*) la cittadinanza di uno Stato membro UE attribuisce anche la cittadinanza europea con tutti i diritti che ne conseguono ([120]).

80. Cittadinanza italiana. — La cittadinanza si acquista per nascita, per naturalizzazione o per matrimonio ed ogni Stato in base a proprie valutazioni politiche (se un Paese di emigrazione o di immigrazione) decide quale criterio o combinazione di criteri adottare. In Italia, la materia si trova disciplinata dalla L. 5 febbraio 1992, n. 91 e successive modifiche ([121]). La ***cittadinanza italiana*** si acquista, in linea di principio, ***jure sanguinis***, cioè se si nasce o si è adottati da cittadini italiani. Eccezionalmente, si acquista ***jure soli***, ossia se si nasce sul *territorio italiano* da genitori *apolidi* o se i genitori sono *ignoti* o non possono trasmettere la propria cittadinanza al figlio secondo la legge dello Stato di origine.

La cittadinanza italiana può essere ottenuta ***per naturalizzazione*** ed è subordinata alla decisione, in larga parte discrezionale, della Pubblica Amministrazione**.** In tal caso, viene richiesta da uno *straniero che risiede regolarmente e continuativamente in Italia* da almeno ***dieci anni*** ed è in possesso di determinati requisiti. In particolare, il richiedente deve dimostrare di avere redditi sufficienti al sostentamento, di non avere precedenti penali, di non essere oggetto di ragioni ostative per la sicurezza della Repubblica.

Inoltre, si può diventare cittadini italiani anche ***per matrimonio***. Qui occorre un atto del Prefetto della Provincia di residenza del richiedente.

È consentita la doppia cittadinanza.

La legge prevede anche la ***rinuncia alla cittadinanza italiana*** da parte del cittadino italiano in possesso della cittadinanza di un altro Paese e che risieda o stabilisca la propria residenza all'estero. In tal caso, l'interessato dovrà presentare istanza di rinuncia all'Autorità Diplomatica o Consolare italiana nel Paese di residenza perché tanto l'acquisto volontario di un'altra cittadinanza, quanto il trasferimento della residenza all'estero non producono automaticamente la perdita della cittadinanza italiana, salvo in forza di accordi internazionali.

([120]) Così, ad esempio, in base agli artt. 20 e 23 della L. n. 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano si ha che la capacità giuridica e di agire delle persone fisiche è regolata, in via generale, dalla loro legge nazionale.

([121]) Tradizionalmente, i Paesi che vogliono facilitare l'immigrazione adottano il criterio dello *ius soli*, mentre i Paesi di emigrazione prediligono lo *ius sanguinis*. L'art. 9 della L. 91/92 stabilisce che: "La cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno: — *a*) allo straniero del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica e, in entrambi i casi, vi risiede legalmente da almeno tre anni, comunque fatto salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera *c*); — *b*) allo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione; — *c*) allo straniero che ha prestato servizio, anche all'estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato; — *d*) al cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee se risiede legalmente da almeno quattro anni nel territorio della Repubblica; — *e*) all'apolide che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica; *f*) allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica. — 2. Con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri, la cittadinanza può essere concessa allo straniero quando questi abbia reso eminenti servizi all'Italia, ovvero quando ricorra un eccezionale interesse dello Stato."

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 51 SESS: 68 USCITA:

L'ordinamento italiano prevede alcuni casi nei quali la cittadinanza italiana può essere revocata per reati particolarmente gravi quali i delitti commessi per finalità di *terrorismo* o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni ([122]).

81. La "cittadinanza dell'Unione europea": una peculiare *cittadinanza a carattere sovranazionale.* — Uno sviluppo dell'istituto della cittadinanza caratteristico del diritto internazionale del nostro tempo — sia pur limitato ad un particolare contesto internazionale-regionale — si ha, come abbiamo accennato, con riferimento al diritto UE, ove *ogni cittadino di uno Stato membro UE è anche cittadino della UE.* La *cittadinanza europea si aggiunge automaticamente alla cittadinanza nazionale di uno Stato membro e non richiede un'autonoma attribuzione da parte della UE* ([123]). Si tratta di una cittadinanza di carattere sovranazionale che è complementare alla cittadinanza nazionale degli Stati membri e non la sostituisce.

Tra le situazioni giuridiche attive e passive ricollegate alla cittadinanza dell'Unione si ha, sul piano del diritto internazionale, *il diritto di beneficiare sul territorio di uno Stato terzo (ossia di uno Stato non appartenente all'UE) della protezione diplomatica delle autorità diplomatiche o consolari di un altro Stato membro*, *qualora il suo Stato di origine non vi fosse rappresentato, nella stessa misura in cui viene concessa ai cittadini dello Stato membro in questione.* Tale particolare *status* giuridico viene precisato all'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali UE nonché dalla Dir. n. 2015/637/UE del 20 aprile 2015, del Consiglio, sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei Paesi terzi ([124]).

ii. Il diritto internazionale richiede che la cittadinanza sia espressione di un "legame reale ed effettivo" (*genuine link*)

82. Il *caso Nottebohm* (1955). — Anche se la cittadinanza attribuita dallo Stato è giuridicamente valida ed efficace nell'ordinamento interno, può non essere *opponibile* sul piano internazionale. Sul punto, l'apporto della *sentenza Nottebohm* della CIG è

([122]) Art. 407, c. 2, lett. *a*), n. 4), cod.proc.pen.it.

([123]) E si noti la "rivoluzione" introdotta, nel contesto dell'Unione europea, tramite l'istituzione di una cittadinanza "europea". L'art. 20 TFUE stabilisce che "1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. 2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: *a*) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; *b*) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; *c*) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; *d*) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi". V. a tale riguardo le ulteriori disposizioni di cui al capo V della Carta dei diritti fondamentali UE. Senonché, persino per i cittadini degli Stati membri UE i quali godono di un'ampia libertà di circolazione e a favore dei quali vige il divieto di discriminazioni in materia di rapporto di lavoro, viene fatta eccezione, tramite l'art. 45 TFUE, "agli impieghi nella Pubblica amministrazione" dei singoli Stati membri.

([124]) V. *infra* § 105.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 52 SESS: 68 USCITA:

fondamentale ([125]). In tal caso, la Corte ha precisato che, affinché la cittadinanza di uno Stato sia opponibile ad uno Stato estero, *non deve essere fittizia*. Ciò in quanto la cittadinanza deve essere *reale* e fondata su un ***legame effettivo*** *tra l'individuo e lo Stato che gli ha attribuito la cittadinanza.*

Secondo la Corte, occorre "accertare se la cittadinanza conferita a Nottebohm con la naturalizzazione abbia questo carattere, o in altre parole, se il legame di fatto fra Nottebohm e il Liechtenstein nel periodo precedente, contemporaneo e successivo alla sua naturalizzazione sia sufficientemente stretto e così preponderante in riferimento a qualche legame che poteva essere esistito tra lui ed un altro Stato, da far ritenere la cittadinanza a lui conferita come effettiva, come l'esatta espressione giuridica di un fatto sociale di attaccamento, che preesiste o che si costituisce in seguito" ([126]). Pertanto, applicando quei criteri generali al caso di specie, la CIG concludeva che il legame tra Nottebohm e il Liechtenstein *non era reale ed effettivo.*

Al riguardo, la Corte osservava che:"[q]uesti fatti dimostrano chiaramente, da un lato, l'assenza di qualsiasi legame di attaccamento tra Nottebohm ed il Liechtenstein e, dall'altro, l'esistenza di un lungo e stretto legame tra lui ed il Guatemala, un legame che la sua naturalizzazione non ha in alcun modo indebolito". Tale naturalizzazione, prosegue la Corte, "non si fonda su un attaccamento reale al Liechtenstein che sia ad essa anteriore e non ha in alcun modo cambiato lo stile di vita di colui al quale è stata conferita in eccezionali circostanze di rapidità e di buona volontà". In riferimento a tali profili, conclude la Corte, "essa manca della sincerità che ci si deve attendere da un atto così grave affinché si imponga al rispetto di uno Stato che si trova nella situazione del Guatemala. Essa è stata concessa senza avere riguardo all'idea di nazionalità adottata nei rapporti internazionali" ([127]).

In conclusione, nel caso di specie, la Corte non ha negato che Nottebohm possedesse la cittadinanza del Liechtenstein dal punto di vista del diritto interno di quello Stato, bensì ha affermato che, con riferimento alle modalità con cui quella cittadinanza era stata attribuita, quest'ultima fosse *priva di effetti internazionali* e, dunque, non poteva essere opposta ad un altro Stato, in questo caso il Guatemala.

b) *La nazionalità delle persone giuridiche*

83. Un atto unilaterale dello Stato territoriale. — Oltre a regolare la cittadinanza delle persone fisiche, ciascuno Stato gode di una competenza esclusiva e discrezionale — salvi i limiti di diritto pattizio — circa l'attribuzione della propria nazionalità

([125]) Si ricordi che Friedrich Nottebohm era un cittadino tedesco, nato ad Amburgo nel 1881. Si era trasferito in Guatemala nel 1905 dove aveva fissato la propria residenza ed il proprio domicilio. Da allora si recava periodicamente in Germania e nel Lichtenstein per affari o per fare visita ai parenti. Nel 1938, Nottebohm era tornato in Europa e a Vaduz, il 9 ottobre 1939, circa un mese dopo l'inizio della seconda guerra mondiale, aveva chiesto la cittadinanza del Lichtenstein per naturalizzazione, onde divenire cittadino di uno Stato neutrale. Ottenuta la cittadinanza di quest'ultimo Stato, Nottebohm rientrava in Guatemala ove, però, veniva considerato straniero fino ad essere internato, nel 1943, negli Stati Uniti come cittadino di uno Stato nemico (Germania). Nel 1946, finita la guerra, il Guatemala rifiutò l'ingresso di Nottebohm sul proprio territorio. Il Liechtenstein convenne quindi in giudizio il Guatemala dinanzi alla CIG invocando una violazione del diritto internazionale a danno di Nottebohm, suo cittadino.

([126]) *Rec*. p. 24.

([127]) *Rec.* p. 26.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 53 SESS: 68 USCITA:

(*Nationality*) alle persone giuridiche ([128]). In tal caso, tuttavia, il ruolo del diritto internazionale si rivela meno invasivo.

84. Il caso *Barcelona Traction* (1970). — Lo Stato territorialmente sovrano *è l'unico ad avere il potere di attribuire la propria nazionalità alle persone giuridiche.*

In linea generale, si seguono due metodi per attribuire la nazionalità alle società commerciali: da una parte, i Paesi della famiglia romano-germanica — o, se si preferisce, di *Civil Law* — utilizzano sovente il criterio della *sede sociale (Real Company Seat/Théorie du siège effectif o réel* in francese*)*; dall'altra parte del mondo, i Paesi di Common Law prediligono il criterio dello *State of incorporation*, ossia *del luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione* ([129]). Altre volte ancora, viene impiegato un terzo criterio, quello del *controllo* della società in questione, ma solo per fini particolari — nazionalizzazione, embargo, confisca dei beni nemici ad es. — o per motivi di politica economica come, ad esempio, in materia di investimenti diretti esteri.

Così, nel caso *Barcelona Traction*, oggetto di una controversia tra il Belgio e la Spagna, la CIG constatava la diversità, in diritto internazionale privato comparato, dei suddetti criteri di collegamento così come vengono utilizzati dai diversi ordinamenti giuridici statali. Pertanto, la Corte, pur senza esprimere una preferenza in favore dei criteri di Civil Law o di Common Law, escludeva dalla propria analisi il terzo criterio, quello del controllo, in quanto possiede ovunque carattere eccezionale ([130]).

85. La mancanza di effettività del collegamento tra una società commerciale (dotata di personalità giuridica) e lo Stato di nazionalità. — La CIG ha affrontato il problema della cittadinanza degli individui e quello della nazionalità delle persone giuridiche con *due criteri diversi*. Se per quanto riguarda le persone fisiche, tramite la giurisprudenza *Nottebohm*, la Corte ha utilizzato il criterio del legame effettivo, la medesima Corte non ha impiegato quello stesso criterio per individuare la *nazionalità* delle persone giuridiche. La CIG, a tale riguardo, ha osservato che "nessun criterio assoluto applicabile al legame effettivo è stato accettato in maniera generale. I criteri che sono stati accolti hanno un carattere relativo... e a volte sono stati bilanciati i collegamenti di una società con uno Stato e i suoi legami con un altro Stato. Al riguardo, ci si è riferiti al caso *Nottebohm* e, in effetti, le parti l'hanno frequentemente citato nel corso del procedimento. Tuttavia, date le circostanze di diritto e di fatto che presenta la protezione nella specie, la Corte ritiene che non sussista analogia con le questioni sollevate o con la decisione adottata in quel caso" ([131]).

86. L'approccio formale della CIG nel caso "Barcelona Traction" ed il disallineamento col diritto pattizio. — Nel caso *Barcelona Traction*, la CIG notò che detta

---

([128]) Cfr., *inter multos*, M. Travers, *La nationalité des sociétés commerciales*, in *RCADI*, 1930/III, p. 10 ss. e cfr. L. Mari, *Le imprese internazionali*, Milano, Giuffrè, 1983.

([129]) Cfr., tuttavia, la soluzione italiana di cui all'art. 25, c. 1, della L. n. 218/1995, secondo il quale "Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti". Si tratta, però, di una norma relativa alla legge applicabile alle persone giuridiche e non alla nazionalità, anche se viene spesso utilizzata anche a tale scopo. V. F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 131 ss.

([130]) V. parr. 70-71 della sentenza.

([131]) CIG, *Barcelona Traction*, Belgio c. Spagna, *Rec*. 1970, par. 70.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 54 SESS: 68 USCITA:

società, essendo "incorporata" in Canada possedeva solo la nazionalità di quello Stato: di conseguenza solo il Canada aveva il diritto di esercitare la propria protezione diplomatica nei riguardi della *Barcelona Traction*. La Corte non attribuì un rilievo decisivo al fatto che la maggioranza degli azionisti di detta società fosse formata da cittadini belgi. Ma una volta rigettato il criterio del *controllo* della società, ne seguiva necessariamente che il Belgio non aveva più titolo ad intervenire in protezione diplomatica della *Barcelona Traction.*

Tale approccio, meramente formalista, appare, tuttavia, in controtendenza nel vasto campo del diritto internazionale dell'economia con riferimento alla prassi degli Stati.

Nel 1965, la Convenzione di Washington sulla soluzione di controversie tra Stati e privati stranieri in materia di investimenti (132), ha istituito il *Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti* (ICSID) sotto gli auspici della Banca Mondiale. La Convenzione di Washington, di cui oggi sono Parti contraenti ben 160 Stati (133) ha, tra l'altro, ufficializzato proprio il criterio del *controllo* societario al fine di determinare la nazionalità delle società commerciali (134).

Qualche anno dopo, anche l'*Agenzia multilaterale per la garanzia degli investimenti* (MIGA) pure istituita tramite un trattato negoziato sotto gli auspici della Banca Mondiale ha adottato un approccio inverso rispetto a quello della CIG. In effetti, la protezione internazionale prevista da quest'ultimo trattato copre le società costituite negli Stati membri e quelle che sono *controllate* dai propri cittadini a prescindere dal luogo in cui è riposta la sede sociale o quello dello Stato di *incorporation* (135).

Pertanto, le soluzioni emergenti dalle convenzioni multilaterali di cui sopra, unitamente alla prassi evidenziata dai numerosissimi trattati bilaterali in materia di

---

(132) Convenzione di Washington sulla soluzione di controversie tra Stati e privati stranieri in materia di investimenti, del 18 marzo 1965, resa esecutiva in Italia con L. 10 maggio 1970, n. 1093 (GURI, 12 gennaio 1971, n. 81). In vigore per l'Italia dal 28 aprile 1971. In argomento v. A. R. Parra, *The History of ICSID*, OUP, 2012; Ch. H. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed., CUP, 2009; I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1, No. 1, 1986, pp. 1-15; A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", in *RCADI*, vol. 136, 1972, p. 331 ss.

(133) Al 17 novembre 2015. Per un aggiornamento cfr. *https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/List-of-Member-States.aspx.*

(134) Art. 25, c. 2, lett. *b*), ai sensi del quale, occorre intendere per "soggetto di un altro Stato contraente" ai fini dell'applicazione della Convenzione di Washington, "ogni persona giuridica che possiede la nazionalità di uno Stato contraente diverso dallo Stato che è parte nella controversia alla data in cui le parti hanno consentito di sottoporre la controversia alla conciliazione o all'arbitrato ed ogni persona giuridica che possieda la nazionalità dello Stato contraente, parte della controversia alla stessa data, e che le parti abbiano convenuto, ai fini della presente Convenzione, di considerare come avente la nazionalità di un altro Stato contraente a causa del controllo esercitato su di essa da interessi stranieri".

(135) V. l'art. 13 (*a*) della Convenzione di Seoul dell'11 ottobre 1985 in base al quale si devono intendere per "Eligible Investors": "(*a*) Any natural person and any juridical person may be eligible to receive the Agency's guarantee provided that: (*i*) such natural person is a national of a member other than the host country; (*ii*) such juridical person is incorporated and has its principal place of business in a member or the majority of its capital is owned by a member or members or nationals thereof, provided that such member is not the host country in any of the above cases; and (*iii*) such juridical person, whether or not it is privately owned, operates on a commercial basis. (*b*) In case the investor has more than one nationality, for the purposes of Section (*a*) above the nationality of a member shall prevail over the nationality of a non-member, and the nationality of the host country shall prevail over the nationality of any other member. (*c*) Upon the join application of the investor and the host country, the Board, by special majority, may extend eligibility to a natural person who is a national of the host country or a juridical person which is incorporated in the host country or the majority of whose capital is owned by its nationals, provided that the assets invested are transferred from outside the host country".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 55 SESS: 68 USCITA:

protezione degli investimenti privati stranieri (c.d. BITs, per *Bilateral Investment Treaties*, e sono attualmente in vigore oltre 3.000 trattati di questo tipo) si sviluppano nella direzione opposta rispetto a quella della soluzione indicata dalla CIG.

87. Rigetto del *criterio del controllo societario* da parte della CIG. — In conclusione, in materia di *nazionalità delle persone giuridiche*, la CIG si è sinora rifiutata di prendere in considerazione *l'effettività del collegamento* tra una società commerciale e lo Stato di cui possiede la nazionalità. In altre parole, la Corte non ha utilizzato il *criterio del controllo*, criterio che consente di "sollevare il velo societario" (c.d. *piercing the corporate veil*), una tecnica che è stata già impiegata dai collegi arbitrali ICSID ai fini di applicare l'art. 25, par. 2 lett. b della precitata Convenzione di Washington del 1965 ([136]).

Oltre ad utilizzare criteri differenti per la cittadinanza delle persone fisiche e per la nazionalità delle persone giuridiche, le corti internazionali si sono pronunciate anche con riferimento alla nazionalità delle navi di cui ora diremo.

c) *La nazionalità delle navi*

88. Necessità di una nazionalità. — Anche rispetto alle navi, il concetto di nazionalità è essenziale, sia per l'ordinamento giuridico interno, sia, *a fortiori*, per i rapporti internazionali. Ogni nave, infatti, possiede una *nazionalità*, vale a dire un "ormeggio" con l'ordinamento giuridico di uno Stato determinato. Non si tratta solo delle navi da guerra ma anche delle navi private (come ad es. le navi mercantili). La nazionalità delle navi mercantili risulta dalla ***bandiera*** e dai documenti di bordo (ad es. ***l'atto di nazionalità***) ed ai sensi dell'art. 94 della UNCLOS, "ogni Stato esercita efficacemente la propria giurisdizione e il proprio controllo su questioni di carattere amministrativo, tecnico e sociale sulle navi che battono la sua bandiera", sicché possedere la nazionalità di uno Stato o di un altro comporta una differenza tangibile in termini di diritto applicabile. Ed in alto mare, poi, la nave è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera (***Flag State***).

Pertanto, si può affermare che, nell'ordinamento internazionale, non c'è spazio per le "navi fantasma" ([137]) giacché *ogni nave batte la bandiera di un solo Stato*. Una nave senza bandiera (*stateless*) è soggetta alla giurisdizione di *tutti* gli Stati e quindi è passibile di misure di ispezione, abbordaggio ed *enforcement* navale anche in alto mare non godendo della protezione di alcuno Stato (art. 110, par. 1, lett. *d*, della UNCLOS).

Dal canto suo, ogni Stato possiede la competenza piena ed esclusiva di determinare le navi (da guerra, mercantili o pescherecci) che autorizzerà a "battere la propria bandiera" (art. 91 della UNCLOS) ([138]). Senonché, pur se, formalmente, il diritto

---

([136]) Così nel lodo ICSID relativo al caso *Micula c. Romania* del 24 settembre 2008, il collegio arbitrale riconobbe che la società romena era tutelata dal trattato di protezione degli investimenti in ragione del controllo straniero — in questo caso svedese — mentre nel *caso TSA Spectrum dell'Argentina S.A. vs Repubblica Argentina* deciso il 19 dicembre 2008, in applicazione del diritto argentino, non considerava sotto controllo straniero la società in questione in quanto la società madre olandese era a propria volta controllata da un cittadino argentino.

([137]) Cfr. R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 741: "Ciò vuol dire che una nave senza nazionalità è oggetto in alto mare del concorrente eguale potere di tutti gli Stati della comunità giuridica internazionale".

([138]) Così, in Italia, si ha una bandiera navale per la Marina militare ed una per la Marina mercantile, oltre che una bandiera per le navi in servizio governativo non commerciale. Agli effetti del riconoscimento

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 56 SESS: 68 USCITA:

internazionale delimita l'autorità di ciascuno Stato in tale materia, imponendo un "legame genuino" tra la nave e lo Stato della bandiera, tale collegamento, come si vedrà tra poco, può risultare puramente fittizio.

89. Competenza esclusiva e discrezionale dello Stato circa l'attribuzione della propria nazionalità alle navi. — Nel lodo arbitrale CPA/PCA dell'8 agosto 1905, in merito alla controversia tra la Gran Bretagna e la Francia sui *Boutres de Mascate*, si osservava che "[g]eneralmente parlando spetta ad ogni Sovrano di decidere a chi egli accorderà il diritto di inalberare la propria bandiera e di stabilire le norme regolatrici di simili concessioni" ([139]). Inoltre, si aggiungeva che uno Stato "può essere cionondimeno limitato da trattati nell'esercizio di tale diritto" ([140]).

Tale norma consuetudinaria ha ricevuto codificazione tramite il diritto pattizio. Così, la Convenzione di Ginevra del 1958 sul diritto del mare disponeva, al suo art. 5, che "[o]gni Stato fissa le condizioni in base alle quali esso accorda la sua nazionalità alle navi, nonché le condizioni di immatricolazione e del diritto di battere la sua bandiera. Le navi possiedono la nazionalità dello Stato di cui sono autorizzate a battere bandiera". Questo articolo prevedeva infine l'esistenza di un "legame sostanziale fra lo Stato e la nave", astenendosi però dal precisare cosa si dovesse intendere per "legame sostanziale".

La UNCLOS — la quale sostituisce tra gli Stati contraenti le quattro Convenzioni di Ginevra del 1958 ([141]) — utilizza una formula simile all'art. 91, par. 1, precisando che:

> "Ogni Stato stabilisce le condizioni che regolano la concessione alle navi della sua nazionalità, dell'immatricolazione nel suo territorio, del diritto di battere la sua bandiera. Le navi hanno la nazionalità dello Stato di cui sono autorizzate a battere bandiera. Fra lo Stato e la nave deve esistere un legame effettivo".

Inoltre, ai sensi dell'art. 92, c. 2, della UNCLOS, "[u]na nave che navighi sotto le bandiere di due o più Stati impiegandole secondo convenienza, non può rivendicare nessuna delle nazionalità in questione nei confronti di altri Stati, e può essere

---

della nazionalità italiana richiesta per l'iscrizione della nave nelle matricole o nei registri nazionali, si richiede che la nave appartenga per una quota superiore ai *dodici carati* a persone fisiche o giuridiche di Stati membri dell'Unione europea (art. 143, lett. *a*, cod. nav.). Al fine di iscrivere una nave appartenente a persone fisiche o giuridiche di Stati terzi, occorre che queste ultime assumano direttamente l'esercizio della nave tramite una stabile organizzazione sul territorio italiano con gestione demandata a persona fisica o giuridica di uno Stato membro UE, domiciliata nel luogo di iscrizione delle nave, che assuma la responsabilità dell'esercizio nei confronti dei terzi facendone dichiarazione presso il medesimo ufficio (art. 143, lett. *b*, cod. nav.). Nel caso dell'*ARA Libertad* (Argentina c. Ghana, Ordinanza di misure provv. del 15 dicembre 2012, *Reports* 2012, p. 348, par. 94) il TIDM ha osservato che "la nave da guerra...è l'espressione della sovranità dello Stato di cui batte la bandiera" e "l'immunità di cui gode ai sensi della Convenzione e del diritto internazionale in generale riflette questa realtà" (TIDM, *caso della detenzione di tre navi militari ucraine*, Ucraina c. Russia, Ord. del 25 maggio 2019).

([139]) NU, *RSA*, XI, p. 92 ss.

([140]) *Ibidem*. In argomento v. in generale, tra una vasta letteratura, R. Quadri, *Le navi private nel diritto internazionale*, Milano, 1939; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, cit., II, p. 267 ss.; De Guttry, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace. Regime della navigazione e disciplina delle attività coercitive. Profili di diritto internazionale*, Milano, 1994; G. Righetti, *Nazionalità della nave, Dig. comm*. X/1994, p. 233 ss.; A. Lefebvre D'Ovidio, G. Pescatore, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, 15a ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 271 ss.; S. M. Carbone, P. Celle, M. Lopez de Gonzalo, *Il Diritto marittimo*, 6a ed., Torino, Giappichelli, 2020. Per un'indagine storica cfr. F. Florio, *Nazionalità della nave e legge della bandiera*, Milano, 1957, p. 41 ss.; W. D'Alessio, *Nazionalità della nave tra codificazione e decodificazione*, Napoli, 1984.

([141]) Art. 311, par. 1, UNCLOS.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 57 SESS: 68 USCITA:

assimilata a una nave priva di nazionalità". Pertanto, mentre per le persone fisiche si ammette la *pluricittadinanza*, ciò non è possibile per le navi, poiché la doppia o plurima nazionalità difficilmente potrebbe conciliarsi con il criterio del legame effettivo (c.d. *genuine link*) oltre a costituire una situazione contraria all'ordine generale della navigazione ([142]).

90. Un "legame effettivo" spesso fittizio: le "bandiere ombra". — Lo stesso art. 5 della Convenzione di Ginevra del 1958 sull'alto mare prevedeva, al fine di chiarire in cosa consista la "nazionalità effettiva", che lo Stato della bandiera "deve esercitare la giurisdizione e il controllo sul settore tecnico, amministrativo e sociale delle navi battenti la propria bandiera".

Quest'ultima disposizione sembra prescindere dalle celeberrime prassi lassiste seguite da Paesi come Panama, la Liberia o le Bahamas, Stati che accettano di immatricolare le navi senza imporre alcun controllo effettivo; per tali motivi, le bandiere di quei Paesi sono comunemente denominate "bandiere ombra" o "bandiere di convenienza" (*flags of convenience*).

Considerando tali fatti notori, è sempre più difficile comprendere la posizione assunta dalla CIG in tale contesto. L'8 giugno 1960, la Corte rese un parere consultivo, su richiesta dell'Assemblea della Organizzazione intergovernativa consultiva per la navigazione marittima (IMCO), circa la composizione del *Comitato della sicurezza marittima* della predetta organizzazione. La questione sottoposta alla Corte verteva sull'interpretazione di un articolo dell'atto istitutivo che aveva indotto la maggioranza dell'Assemblea a non includere Panama e la Liberia tra i membri del Comitato della sicurezza marittima, nonostante il fatto per cui, data l'entità del tonnellaggio delle navi battenti la loro bandiera, questi ultimi Paesi avrebbero dovuto essere inclusi.

Avevano quei due Stati, in virtù della concessione troppo generosa della loro bandiera, il diritto di partecipare a quel Comitato dell'IMCO? Era sufficiente basarsi su un semplice *criterio formale per determinare la nazionalità delle navi — il loro Stato di immatricolazione — o, al contrario, su un criterio materiale*, il loro "collegamento effettivo", il loro "legame sostanziale" con un determinato Stato? La CIG decise di seguire la prima alternativa. Pertanto, la Corte fece riferimento al *solo criterio del tonnellaggio immatricolato* essendo "pratico, certo e facilmente applicabile" e conforme alla "prassi internazionale e agli usi marittimi" ([143]).

La Corte si rifiutò, dunque, di esaminare il problema della nazionalità delle navi alla luce del loro "legame effettivo" o del "legame sostanziale" in base a quanto indicato dalla precitata Convenzione di Ginevra, imboccando così una strada diversa da quella che avrebbe potuto condurre a conclusioni simili a quelle del caso *Nottebohm*. Il chè, tuttavia, equivale a dire che nemmeno *in materia di nazionalità delle navi la CIG ha seguito la propria giurisprudenza Nottebohm.* Qualora avesse aderito a quell'orientamento, la Corte avrebbe necessariamente concluso che né Panama né la Liberia possedevano alcun "legame effettivo" con le navi che battevano la loro bandiera e che, di conseguenza, non potevano essere qualificati alla stregua di "Stati che possiedono le più importanti flotte commerciali".

Quella giurisprudenza sembra, oggi, superata dalla precitata UNCLOS, la quale impone una lunga lista di obblighi allo Stato della bandiera; obblighi che, se fossero

---

([142]) V. l'art. 5 della Convenzione di Ginevra sopracitata del 1958 e l'art. 91 c. 1, UNCLOS.
([143]) CIG, 8 giugno 1960, *Rec.* p. 169.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 58 SESS: 68 USCITA:

integralmente rispettati, eliminerebbero i vantaggi delle navi battenti "bandiere ombra" (144).

Nonostante ciò, il Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare, nella già citata sentenza del 1° luglio 1999, pronunciata nel caso ***Saiga***, ha interpretato la nozione di "legame effettivo" della UNCLOS per "assicurare un'attuazione più effettiva dei doveri dello Stato della bandiera e non di stabilire criteri rispetto ai quali la validità della registrazione delle navi in uno Stato della bandiera possa essere contestata da altri Stati" (145).

In linea con tale approccio, la Corte di giustizia UE ha stabilito che il criterio di effettività riguarda solamente l'attuazione degli obblighi dello Stato della bandiera ma non costituisce una condizione sostanziale posta dal diritto internazionale per la validità dell'immatricolazione di una nave da parte di un dato Stato (146).

In conclusione, il diritto internazionale marittimo continua a tollerare le c.d. "bandiere di convenienza" (***flags of convenience***).

91. Conclusioni critiche. — Abbiamo visto che l'*approccio puramente formalistico* seguito dalla CIG in materia di nazionalità delle navi private è simile a quello seguito in materia di nazionalità di società commerciali ed in antitesi con quello valevole per le persone fisiche. Tale giurisprudenza della CIG appare pertanto ondivaga e poco logica e ne auspichiamo il superamento ad opera della stessa Corte.

d) *La nazionalità degli aeromobili*

92. La soluzione della Convenzione di Chicago del 7 dicembre 1944. — Anche per gli aeromobili la nazionalità designa un criterio di collegamento con l'ordinamento giuridico di un dato Stato, ciò che comporta la soggezione dell'aeromobile alla sovranità di tale Stato (147).

L'art. 17 della Convenzione di Chicago del 7 dicembre 1944 relativa all'aviazione civile internazionale impone l'immatricolazione degli aeromobili in un solo Stato; perciò *l'aeromobile possiederà la nazionalità dello Stato in cui è immatricolato* (State of registration).

Va osservato che la predetta Convenzione di Chicago non impone alcun "legame sostanziale" (come avviene nel caso delle navi) o un "legame effettivo" (come nel caso delle persone fisiche in virtù della giurisprudenza *Nottebohm*) tra l'aeromobile e lo Stato di immatricolazione. In base alla predetta Convenzione, l'attribuzione della nazionalità ad un aeromobile tramite la sua immatricolazione deriva dall'esercizio di un potere discrezionale dello Stato.

Tuttavia, la soluzione multilaterale permissiva della Convenzione è stata rapidamente sconfessata dalla prassi successiva degli Stati a livello bilaterale. Infatti, gli accordi aerei bilaterali impongono una "nazionalità effettiva", ovvero un controllo capitalistico da parte dei cittadini dei vettori aerei affinché essi possano beneficiare delle libertà aeree negoziate. Tale circostanza è divenuta un ostacolo insormontabile alle fusioni transfrontaliere tra compagnie aeree.

---

(144) V. art. 94 UNCLOS.
(145) In *Riv. dir. int.*, 2000, p. 521, punto 83 della sentenza.
(146) C-299/02, *Commissione vs Paesi Bassi*, sentenza del 27 maggio 2004, *Rec.* 2004.I.1341.
(147) Cfr. ad es. Gaeta, "Nazionalità della nave e dell'aeromobile", in *Enc. Dir*., 1994, p. 768 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 59 SESS: 68 USCITA:

93. Ampia "giurisdizione" dello Stato di immatricolazione di aeromobili. — Uno Stato può quindi accettare o meno di immatricolare aeromobili appartenenti a compagnie straniere e, in tal caso, queste ultime dovranno applicare tutte le norme aeronautiche in vigore nello Stato di immatricolazione ([148]). Così, per esempio, qualora insorgesse un contenzioso in materia di lavoro, saranno competenti i giudici dello Stato di immatricolazione dell'aeromobile ([149]).

Tale dissociazione tra lo Stato di immatricolazione e la nazionalità straniera della compagnia aerea può portare a delle conseguenze impreviste se la compagnia aerea ha immatricolato i propri aeromobili in Stati diversi. A tal proposito basti ricordare il caso della compagnia francese UTA i cui aeromobili risultavano immatricolati in parte in Francia ed in parte negli Stati Uniti. A causa di alcuni incidenti dovuti ad un particolare modello di aereo (il DC 10), i voli di tale aeromobile vennero sospesi in conseguenza delle misure adottate dai rispettivi enti nazionali di controllo ma, essendo la sospensione temporale dei voli più lunga negli Stati Uniti che altrove, fu impedito alla compagnia aerea francese di utilizzare i propri aerei "americani" mentre, nello stesso tempo, si trovava autorizzata a far volare gli aeromobili immatricolati in Francia.

e) *Satelliti ed oggetti spaziali*

94. — *Anche i satelliti e gli oggetti spaziali devono essere immatricolati presso uno Stato* (o un ente internazionale come INTELSAT o dall'Agenzia Spaziale Europea), normalmente quello che ha effettuato il loro lancio. Questa regola è dettata dalla Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico del 12 novembre 1974 ([150]). Qui, non si riscontrano particolari limiti alla potestà dello Stato di immatricolazione degli oggetti o dei satelliti spaziali. Tuttavia, si può facilmente notare che, in tale settore, il "legame effettivo" sussiste perché soltanto gli Stati tecnologicamente capaci di fabbricare e lanciare nello spazio tali congegni li immatricoleranno. Ci sono quindi ben poche probabilità di trovarsi di fronte a satelliti od oggetti spaziali "di convenienza". L'immatricolazione, come vedremo, comporta altresì delle conseguenze importanti a causa degli incidenti che potrebbero essere causati dalla caduta di tali satelliti ed oggetti spaziali; sussiste, infatti, la responsabilità internazionale dello Stato (o dell'organizzazione internazionale) che ha proceduto al lancio di quei satelliti od oggetti spaziali (Cap. XVI).

([148]) E v. al riguardo l'art. 756 cod. nav. in base al quale ottengono la nazionalità italiana gli aeromobili che appartengono in tutto o in parte maggioritaria: — allo Stato, alle Regioni, alle province, ai comuni o ad ogni altro ente pubblico o privato italiano o di altro Stato membro dell'UE; — ai cittadini italiani o di altro Stato membro UE; — a società costituite in Italia o in altro Stato membro UE il cui capitale appartenga in tutto o in parte maggioritaria a cittadini italiani o di altro Stato membro UE, o a persone giuridiche italiane o di altro Stato membro UE aventi le stesse caratteristiche di compagine societaria ed il cui presidente, la maggioranza degli amministratori e l'amministratore delegato siano cittadini italiani o di altro Stato membro dell'UE. L'immatricolazione può essere concessa, con provvedimento motivato, anche ad aeromobili che, pur non rispondendo ai requisiti di nazionalità richiesti in quanto di proprietà di soggetti extra comunitari, siano utilizzati da società titolari di una licenza di esercizio che ne abbiano l'effettiva disponibilità (art. 756, c. 2, cod. nav.). Tali società (definite "utilizzatori") devono possedere gli stessi requisiti di nazionalità richiesti dal Codice per il proprietario.

([149]) V. *caso Air Afrique*, la sentenza della Camera mista della Corte di Cassazione del 28 febbraio 1986, in *Clunet* 1986, p. 992 con una nota di P. Rodière.

([150]) Entrata internazionalmente in vigore il 15 settembre 1976. Resa esecutiva in Italia tramite L. 12 luglio 2005, n. 153 (GURI n. 177 del 1° agosto 2005) ed entrata in vigore per l'Italia l'8 dicembre 2005.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 60 SESS: 68 USCITA:

2. — Le conseguenze dell'attribuzione della cittadinanza (o della nazionalità)

95. — Gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza (o della nazionalità) da parte di uno Stato sono molto importanti nell'ordinamento internazionale; possono articolarsi intorno a tre questioni generali a cui qui possiamo solo accennare: *a)* quella dell'applicazione delle norme di uno Stato nel territorio di un altro Stato; *b)* quella della responsabilità internazionale di uno Stato per fatti illeciti dei propri cittadini e *c)* quella della c.d. *protezione diplomatica*.

a) *L'applicazione di norme di uno Stato nel territorio di un altro Stato.*

96. Applicazione delle norme vigenti sul territorio. Diritto internazionale privato. — Innanzitutto, lo Stato applica le *proprie norme* ai cittadini, alle società ed ai beni che si trovano *all'interno del suo territorio*. La competenza dello Stato troverà qui fondamento sulla *localizzazione territoriale* e sul *legame di cittadinanza.*

A propria volta, il sistema di diritto internazionale privato di uno Stato è composto prevalentemente da *norme statuali nazionali di conflitto* — si pensi alla L. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di d.i.pr. — *a cui si aggiungono le sempre più numerose norme inserite nell'ordinamento interno tramite apposite convenzioni di diritto internazionale uniforme e, per quanto riguarda l'Italia, anche per il tramite del diritto dell'Unione europea (c.d. diritto internazionale privato europeo).*

Così, ad esempio, per scelta del legislatore italiano, la legge n. 218 del 1995 stabilisce che "[l]a capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Le condizioni speciali di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge". Pertanto, è solo per effetto del richiamo internazionalprivatistico operato da una norma italiana che nell'ordinamento giuridico italiano si applicheranno le norme in materia di capacità fissate dall'ordinamento straniero di cui la persona fisica possiede la cittadinanza.

97. Applicazione di *norme nazionali* ai propri cittadini negli *spazi internazionali*. — Se un territorio non appartiene ad alcuno Stato, ne segue che, difettando una sovranità territoriale, ciascuno Stato potrà esercitare la sua *personal jurisdiction*, il suo potere di governo nei confronti dei propri cittadini, in modo pressoché indisturbato. Lo Stato applicherà, dunque, le proprie leggi nazionali agli individui, alle società e agli oggetti — aerei, navi, satelliti — dotati della propria cittadinanza pur se questi si trovano in uno spazio internazionale, come ad esempio in alto mare o nello spazio extra-atmosferico.

Una tale estensione della "giurisdizione" *ratione personae* dello Stato al di fuori del proprio territorio si spiega in base alla necessità di *evitare lacune giuridiche*. Fin quando non ci sarà un regime giuridico internazionale completo ed applicabile a tali spazi internazionali, sembra evidente che la "giurisdizione" dei vari Stati troverà fondamento non più sul territorio, dal momento che non sussiste alcuna sovranità territoriale in questi spazi internazionali, ma sulla base del legame di cittadinanza, cioè in base alla competenza personale, se non addirittura in base ai poteri di protezione di alcuni interessi internazionali dello Stato.

È per tali ragioni, ad esempio, che uno Stato potrà sorvegliare l'attività dei suoi cittadini (e talvolta addirittura degli stranieri) all'interno di luoghi di pesca situati in alto mare, per garantire il rispetto delle normative applicabili.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 61 SESS: 68 USCITA:

In tali ipotesi, si avrà sia la *jurisdiction to prescribe* che quella *to enforce* le norme giuridiche dello Stato di cittadinanza entro i limiti posti dal diritto internazionale.

98. Applicazione di *norme nazionali* ai cittadini in *territorio straniero.* — In tale situazione, risulta evidente che permanga una limitata soggezione del cittadino alle *norme interne ad efficacia extraterritoriale* dello Stato di cittadinanza.

Infatti, finché sussiste un particolare legame con lo Stato di nazionalità, quest'ultimo può voler applicare le sue norme ai propri cittadini, alle società aventi la propria nazionalità ed ai loro beni che si trovano sul territorio di un altro Stato.

Ad esempio, un italiano che si trova in un Paese straniero sarà soggetto alla *giurisdizione personale* dello Stato italiano ed alla *sovranità territoriale* dello Stato estero in cui si trova ([151]). Lo stesso accade per le navi o gli aeromobili immatricolati in Italia.

In questi casi, — sempre più numerosi nel nostro tempo, complice la mondializzazione dell'economia — potrà insorgere un *conflitto interstatale di sovranità* tra, da una parte, la "giurisdizione personale" di uno Stato e, dall'altra, la "giurisdizione territoriale" dell'altro Stato.

Così, **ad esempio**, uno Stato A può imporre ai propri cittadini all'estero di rimpatriare o di rendere testimonianza dinanzi all'autorità giudiziaria. In tal caso, tuttavia, lo Stato B, in assenza di obblighi di diritto pattizio, non sarà tenuto in alcun modo ad agevolare la realizzazione dei precetti dello Stato A. La competenza normativa (*jurisdiction to prescribe*) dello Stato A — compresi gli eventuali atti sanzionatori — è, infatti, in linea di principio, priva di ogni coercibilità nel territorio dello Stato B e quindi anche rispetto all'individuo (o la società) verso cui è diretta fintantoché questi si trovi nello Stato B. Ciò però non significa che lo Stato A si trovi del tutto privo di poteri di coercizione nei confronti dei propri cittadini all'estero: così, ad es., possono essere comminate delle incapacità, possono essere espletate misure esecutive nei confronti dei beni presenti in Italia, può essere sancita la nullità degli atti giuridici fatti dai cittadini all'estero etc. ([152]).

Alcuni Stati hanno provato a dilatare la loro giurisdizione fino a farla divenire ***esorbitante.*** Ad esempio, in Francia, gli artt. 14 e 15 del Codice Civile, attribuiscono ai cittadini francesi un privilegio di giurisdizione giacché attribuiscono competenza giurisdizionale generale ai tribunali francesi ogni qualvolta un francese si trova in causa con uno straniero. Pertanto, al fine di evitare situazioni di squilibrio tra Stati membri dovute alla previsione di fori esorbitanti, nella UE, l'art. 4 del Reg. n.

([151]) Così, ad es. ed in pratica, quel cittadino resterà soggetto alle eventuali norme penali italiane che riguardano la perseguibilità dei reati commessi all'estero (v. art. 7 ss. cod. pen.), o ancora, più frequentemente, i cittadini italiani all'estero restano sottoposti alle norme tributarie italiane per i redditi ovunque prodotti e, fino a quando possiedono residenza fiscale in Italia o immobili in Italia, vengono incisi dalle norme tributarie del nostro Paese, fatti salvi i trattati contro la doppia imposizione applicabili. In arg. v. L. Tosi, *Diritto tributario internazionale*, 6 ed., Padova, Cedam, 2018.

([152]) Ovviamente, i cittadini italiani possono sempre essere perseguiti in Italia per reati commessi all'estero come dispongono gli artt. 7 ss. cod. pen.. Nella prassi, il problema dell'*enforcement* può essere risolto tramite i c.d. ***trattati di estradizione***. Attraverso tali trattati internazionali, uno Stato consegna ad altro Stato un soggetto che si trova nel suo territorio affinché questo possa essere sottoposto a giudizio (*estradizione processuale*) o all'esecuzione di una pena già comminata in modo irrevocabile (*estradizione esecutiva*) nello Stato che chiede l'estradizione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 62 SESS: 68 USCITA:

1215/2012, c.d. Bruxelles 1-*bis*, ha escluso all'art. 5, par. 2, la possibilità di avvalersi di detti fori ([153]).

b) ***Una responsabilità internazionale dello Stato a causa dei propri cittadini?***

99. Individui-organi o meri individui. — La responsabilità internazionale dello Stato può sorgere in base a determinate condotte dei suoi cittadini se questi ultimi hanno agito in qualità di organi dello Stato, ossia solo se la condotta è imputabile allo Stato di cittadinanza (v. *amplius* Cap. XVI). Viceversa, se i cittadini di uno Stato hanno commesso un illecito civile o penale nel territorio di un altro Stato, si avrà solo la responsabilità personale (e patrimoniale) individuale di questi ultimi.

Ad esempio, il sabotaggio del 10 luglio 1985 nel porto neozelandese di Auckland della nave "Rainbow Warrior" del movimento ambientalista "Greenpeace" costituì una violazione evidente del diritto internazionale (violazione dell'integrità territoriale di uno Stato straniero) perché fu effettuata da agenti dei servizi segreti francesi. Al contrario, se lo stesso atto fosse stato commesso da cittadini francesi qualunque, individui che agivano per conto proprio, non vi sarebbe stata la responsabilità internazionale dello Stato francese, bensì la responsabilità civile e penale solo di quegli individui.

In secondo luogo, lo Stato può essere ritenuto internazionalmente responsabile per tutti quegli oggetti, navi, aerei o soprattutto satelliti e oggetti spaziali che ha accettato di ***immatricolare***. È in tal senso che l'art. II della Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali del 29 marzo 1972 indica che si tratta di *responsabilità oggettiva assoluta*. Così, ad esempio, se un satellite cade sul territorio di un altro Stato provocando dei danni, lo Stato di immatricolazione sarà obbligato alla riparazione del danno. È quanto accadde quando un satellite sovietico *Cosmos* cadde sul territorio canadese provocando danni per i quali il Canada chiese riparazione all'Unione Sovietica ([154]).

c) ***La "protezione diplomatica"***

100. Necessità di un legame di cittadinanza. — Tramite l'istituto della "protezione diplomatica (*Diplomatic Protection*, su cui v. *infra* Cap. XVI) uno Stato può agire a tutela del diritto o interesse di un proprio cittadino che sia stato leso dal comportamento illecito di uno Stato estero. Pertanto, affinché lo Stato possa esercitare la propria "protezione diplomatica" nei confronti di persone fisiche o giuridiche è necessario che queste ultime *posseggano la cittadinanza (o la nazionalità) di tale Stato*.

Viceversa, in assenza del legame di cittadinanza, lo Stato non può esercitare la sua protezione diplomatica. Tale fu, lo si ricorderà, la vicenda del *caso Nottebohm*: qui, la CIG negò al Liechtenstein il diritto di agire in protezione diplomatica (nei confronti del Guatemala) a causa della cittadinanza "fittizia" del signor Nottebohm. In man-

---

([153]) Come già, in precedenza, era stato escluso tramite l'art. 3, par. 2 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e, successivamente, del Reg. 44/2001, c.d. Bruxelles 1. In argomento cfr. D. Fernandez Arroyo, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", in *RCADI*, 2006, v. 323, p. 206 ss.

([154]) V. la domanda presentata dal Canada all'Unione Sovietica nel gennaio 1979. Testo in *ILM*, 1979, p. 899 e per soluzione di questo caso nel 1981, v. *ILM*, 1981, p. 689.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 63 SESS: 68 USCITA:

canza di un legame di cittadinanza internazionalmente opponibile, il Liechtenstein perdeva così ogni diritto di intervenire in favore di Nottebohm.

101. I casi *Barcelona Traction* ed *Elettronica Sicula.* — Un altro caso in cui la CIG dovette valutare il legame di nazionalità ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica fu quello, già in precedenza citato e cui ritorneremo a suo luogo (Cap. XVI), della *Barcelona Traction*. Agli occhi della CIG, nel caso di specie, *solo il Canada* poteva esercitare la propria protezione diplomatica a beneficio di una persona giuridica di diritto canadese.

102. Il potere dello Stato di proteggere i propri cittadini all'estero. — Conviene infine ricordare che, nell'esercizio del diritto di protezione diplomatica dei propri cittadini all'estero, *lo Stato non fa altro che esercitare un diritto proprio*, ossia il diritto ad ottenere dagli altri Stati il rispetto della *legalità internazionale.*

Viceversa, ciò significa che non esiste un obbligo specifico per lo Stato di proteggere i propri cittadini all'estero, né un cittadino italiano può obbligare il proprio Stato ad esercitare in suo favore la protezione diplomatica.

d) ***Il criterio della nazionalità "passiva"***

Il criterio della nazionalità passiva (***passive personality principle***) implica che uno Stato possa rivendicare la propria giurisdizione a tutela di persone fisiche e giuridiche dotate della propria nazionalità e che risultino vittime di gravi illeciti all'estero. Al pari delle altre forme di "giurisdizione", l'origine di tale problematica va ricercata in materia penale. Tale titolo di giurisdizione resta assai controverso ma un suo accoglimento si sta facendo strada con riferimento a fatti particolarmente gravi come quelli di terrorismo ed in virtù del suo progressivo riconoscimento in alcuni trattati internazionali.

In tal senso, v. l'art. 10, c. 1, cod.pen.it. circa il "Delitto comune dello straniero all'estero" ai sensi del quale: "Lo *straniero*, che... commette *in territorio estero*, a danno dello Stato o *di un cittadino*, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa".

La Convenzione di Tokyo, del 14 settembre 1963, relativa alle infrazioni e a determinati altri atti compiuti a bordo di aeromobili prevede all'art. 4, lett. *b)* che "Uno Stato contraente che non sia quello d'immatricolazione, *può impedire il volo di un aeromobile per esercitare la propria competenza penale* riguardo a un'infrazione commessa a bordo, soltanto nei casi seguenti:... — *b*) l'infrazione è stata commessa da o *contro un cittadino di questo Stato* o una persona che vi risieda in permanenza". ([155])

§ 4. — *La competenza dello Stato per la protezione di interessi vitali e della sicurezza nazionale* (Protective Jurisdiction)

103. Premessa. — Il principio viene enunciato in termini ampi nel *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* del 1986, indicando che uno

([155]) Corsivo aggiunto. In arg. cfr. C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010; M. Sossai, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2012; R. Razzante, *Comprendere il terrorismo: spunti interpretativi di analisi e metodologie di contrasto del fenomeno*, Pisa, Pacini, 2019.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 64 SESS: 68 USCITA:

Stato può esercitare la propria "giurisdizione" — intesa in senso lato — con riferimento ad "*alcune condotte tenute al di fuori del proprio territorio da parte di persone prive della sua nazionalità ma che sono dirette contro la sicurezza dello Stato o contro alcuni interessi dello Stato*" ([156]).

Pertanto, uno Stato può emanare delle leggi che proibiscano lo spionaggio, la contraffazione e la falsificazione di atti ufficiali, il traffico di stupefacenti, il terrorismo e l'immigrazione clandestina e dichiarare che tali norme si applichino in relazione a fatti accaduti all'estero commessi da stranieri. Tale titolo di giurisdizione non autorizza uno Stato ad estendere i propri "interessi vitali" o "essenziali" della sicurezza nazionale *ad libitum* e non sorprende che, nonostante il suo carattere consuetudinario, sia oggetto di ampie contestazioni.

È opportuno scomporre il principio generale *de quo* in quello per cui ciascuno Stato deve vegliare affinché sul proprio territorio le persone non ledano gli interessi vitali di altri Stati *(A)* distinguendolo dal diritto di uno Stato di pretendere la tutela della propria sicurezza nazionale e dei propri "interessi vitali" nei confronti di chicchessia *(B)*.

104. (A) Obbligo di protezione nell'ordinamento interno degli interessi vitali di Stati esteri. — È pacifico che uno Stato sia sovrano nel porre in essere norme giuridiche destinate a tutelare gli *interessi vitali di Stati stranieri* nella loro esistenza e nel loro funzionamento quali enti sovrani, con riferimento, ad esempio, al loro *onore* ed al loro *sistema politico* ed *economico* ([157]).

A tale riguardo, basti ricordare un caso che qualche tempo fa ebbe una certa risonanza mediatica. Il caso riguardava un'opera teatrale scritta da un autore americano: il titolo dell'articolo era "Mac Bird" e si trattava di una satira tratta dalla celebre opera di Shakespeare tesa a dipingere un quadro piuttosto cupo del Presidente degli Stati Uniti — all'epoca Lyndon B. Johnson — e di sua moglie. Ebbene, il Governo francese fece sapere all'autore della satira che la sua rappresentazione in Francia sarebbe stata sottoposta a procedimento penale in quanto offensiva dell'onore di un Capo di Stato estero.

Così, ad esempio, le offese all'onore ed al prestigio dei Capi di Stato esteri e dei loro rappresentanti sono tradizionalmente oggetto di repressione penale nel diritto interno dei singoli Stati. Per tali ragioni, anche il cod. pen. it. agli artt. 295 ss., sin dalla sua entrata in vigore e nonostante le successive modifiche, ha proibito gli attentati contro i Capi di Stato esteri, le offese al loro onore e prestigio, prevedendo ulteriori norme repressive circa il *vilipendio alla bandiera* od altro emblema dello Stato estero ([158]).

Peraltro, lo Stato è tenuto a proteggere anche il *sistema economico* degli Stati esteri, con particolare riferimento alla *loro* ***moneta***. Così, ad es., viene punita *in Italia* la contraffazione, l'alterazione o la falsificazione di *monete straniere* ([159]). Allo stesso

---

([156]) *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* del 1986, § 402 (3).

([157]) R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 606 ss.

([158]) In Italia, cfr. art. 297 c.p., abrogato dall'art. 18, L. 25 giugno 1999, n. 205. Oggi, la fattispecie penale va ricondotta al reato di ingiuria e diffamazione, aggravati *ex* art. 300, ult. c., c.p. In arg. v. già R. Quadri, "Diritto penale internazionale", in *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1944, p. 105, "[n]on si ha pertanto riguardo a fatti immediatamente imputabili allo Stato italiano, ma a fatti in ordine ai quali lo Stato italiano è internazionalmente obbligato a svolgere attività di repressione e di prevenzione".

([159]) V. ad es. l'art. 453 ss. cod. pen. italiano.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 65 SESS: 68 USCITA:

modo, il *sistema politico o amministrativo* degli Stati beneficia di una tutela generale tramite la repressione della ***falsificazione di documenti ufficiali***.

Per le ragioni sopra ricordate, la Francia dovette presentare le proprie scuse ufficiali alla Svizzera quando alcuni dei suoi agenti segreti, fermati in Nuova Zelanda in seguito al sabotaggio della nave *Rainbow Warrior* nel porto di Auckland, furono ritrovati in possesso di *passaporti falsi* della...Confederazione Elvetica.

105. (B) Protezione degli *interessi vitali* dello Stato tramite *misure interne ad efficacia exterritoriale.* — Uno Stato può reprimere tramite il proprio ordinamento giuridico interno alcuni atti commessi all'estero. Si tratta dell'utilizzo della competenza normativa (la *jurisdiction to prescribe*) per emanare norme aventi efficacia extraterritoriale pur nella generale consapevolezza di non disporre della competenza di esecuzione coattiva (la *jurisdiction to enforce*) nel territorio di altri Paesi.

Nulla questio se tali misure si rivolgono *ai propri cittadini* per fatti commessi all'estero (ad es. corruzione, sfruttamento di minori, gravi violazioni dei diritti umani etc.) in quanto tale titolo di giurisdizione si confonde con la *competenza personale*.

Se però uno Stato adotta una *normativa nazionale* che ha l'effetto di colpire, per valutazioni unilaterali del medesimo Stato circa i propri "interessi vitali", la condotta di ***cittadini stranieri*** per ***fatti commessi all'estero***, è ovvio che siffatta misura è destinata a generare dei pericolosi "conflitti di sovranità" mano a mano che ci si allontana dal nucleo degli "interessi essenziali" dello Stato così come sono stati tradizionalmente concepiti e dunque ammessi ([160]).

In questo senso va letto **l'art. 7 del cod. pen. it**., che è espressamente rivolto alla repressione dei "**Reati commessi all'estero**":

"1. È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati:

1) delitti contro la personalità dello Stato italiano;

2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto;

3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano;

4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni;

5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana."

Viceversa, è difficile comprendere come possa qualificarsi alla stregua dei suddetti principi la prassi recente delle ***sanzioni economiche secondarie*** degli Stati Uniti nei confronti dell'Iran di cui diremo a breve. Lungi dal rappresentare degli "interessi vitali" dello Stato in senso tradizionale, si tratta piuttosto di "interessi di politica estera" che, come tali, risultano abusivi nella loro pretesa extraterritoriale di colpire persone fisiche e giuridiche *non statunitensi* per il solo *fatto di intrattenere relazioni commerciali con l'Iran*.

([160]) V. A. HENRIKSEN, *International Law*, Oxford, OUP, 2019, p. 88 che osserva come la "protective jurisdiction" debba essere "distinguished from the (controversial) effect doctrine...whereby a State extends its laws to acts that merely have a negative economic effect in the State".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 66 SESS: 68 USCITA:

§ 5. — *La competenza dello Stato nella tutela di determinati interessi vitali della Comunità internazionale*

106. Sua crescente importanza. — A partire dalla fine del secolo scorso, si è affermata una nuova competenza dello Stato: quella di protezione di *alcuni interessi fondamentali della Comunità internazionale*. Si tratta di un esempio di applicazione della teoria di GEORGES SCELLE del "dedoublèment functionnel" (sdoppiamento funzionale), secondo la quale lo Stato, oltre a gestire e difendere gli *interessi propri*, si trova a gestire e a difendere alcuni *interessi della Comunità internazionale*.

È a questo titolo che ogni Stato ha, ad esempio, il diritto-dovere di reprimere "crimini internazionali" come la ***pirateria*** in alto mare o aerea, la ***tratta degli schiavi***, il traffico di stupefacenti o i ***crimini contro l'umanità***. Si tratta di una linea di tendenza presente nel diritto internazionale più recente il quale tende ad attribuire agli Stati un diritto-dovere di agire in quanto *mandatari* dell'intera Comunità internazionale — se necessario, militarmente — allo scopo di porre fine a violazioni gravi e sistematiche di valori ritenuti fondamentali dalla Comunità internazionale ([161]).

Ancora: lo Stato può essere legittimato ad agire al fine di *prevenire* il verificarsi di situazioni che potrebbero rivelarsi dannose per l'ordinamento internazionale. Così, ciascuno Stato ha il diritto di adottare delle misure unilaterali in alto mare allo scopo di evitare l'esaurimento delle risorse biologiche: tale competenza si trova espressamente riconosciuta, per esempio, dalla Convenzione di Ginevra del 29 aprile 1958, sulla conservazione delle specie marine. In tali circostanze, tuttavia, va notato che lo Stato ha solamente il diritto, ma *non* l'obbligo, di agire. La UNCLOS sopracitata, anche se meno precisa di quella di Ginevra sul punto, all'art. 119 affida agli Stati l'adozione di misure unilaterali idonee a conservare le risorse biologiche dell'alto mare.

107. La "giurisdizione universale" dello Stato. — In linea con le suddette considerazioni, si è ritenuto che alcuni crimini, per la loro gravità ed offesa a valori essenziali dell'intera Comunità internazionale siano soggetti alla "giurisdizione" di tutti gli Stati e dunque di ciascuno Stato. Inoltre, dall'iniziale idea di una "giurisdizione universale" in materia **penale**, si è gradualmente ammessa anche una "**giurisdizione universale" civile**. Ciò si traduce nella facoltà degli Stati di adottare unilateralmente norme civili e penali repressive di tali particolari condotte e, in concreto, nella possibilità per il giudice interno di conoscere, limitatamente alle medesime questioni, delle controversie prive di uno stretto collegamento con il proprio territorio.

Così, a proposito della giurisdizione civile universale a tutela di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani, negli Stati Uniti si parla di "***Foreign cubed cases"***, trattandosi di controversie ove "there is a *foreign plaintiff* suing a *foreign defendant* for *acts committed on foreign soil*". In assenza di una Corte internazionale per i diritti umani, tale soluzione ha trovato favorevole accoglimento da parte degli attivisti dei diritti umani giacché si traduce concretamente nella corresponsione di un risarcimento dei danni alle vittime — o ai loro famigliari — delle violazioni dei diritti umani commesse in Paesi ove la giustizia locale non funziona o risulta collusa con i poteri forti, inclusi quelli delle multinazionali.

([161]) V. *supra* Cap. III.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 67 SESS: 68 USCITA:

Senonché, come vedremo, l'iniziale espansione della giurisdizione statunitense rispetto a questo tipo di controversie è stata notevolmente ridimensionata dalla Corte Suprema tramite il caso *Kiobel* ([162]).

Si tratta di una materia in fase di non sopito dibattito ma che ben rappresenta un esempio del nuovo ruolo del giudice interno nell'applicazione del diritto internazionale. Su tale questione ritorneremo a suo luogo (Cap. XXV).

§ 6. — *L'esercizio dell'autorità dello Stato in territorio altrui: la potestà di governo sui propri cittadini all'estero*

108. Premessa. — Mentre un cittadino che si trova nel proprio Stato è totalmente sottoposto alle norme dell'ordinamento giuridico di quel medesimo Stato, la presenza di uno straniero nel territorio nazionale comporta la concorrenza tra la sovranità territoriale e la potestà (o competenza) personale dello Stato di cittadinanza.

Pertanto, ci si trova di fronte a delle situazioni in cui convergono e si contrappongono le pretese di due Stati diversi: quelle di dettare le proprie regole ad una stessa persona e persino riguardo ai suoi beni.

Così, non appena degli stranieri — persone fisiche o giuridiche, ma anche aeromobili o navi immatricolate all'estero — si trovano nel territorio di un dato Stato essi risultano automaticamente sottoposti alla giurisdizione territoriale di quest'ultimo Stato. È possibile enunciare il principio del *primato della sovranità territoriale sugli altri titoli di giurisdizione* in ragione dell'importanza cardinale del territorio come elemento costitutivo dello Stato. Tuttavia, vi sono alcune eccezioni di cui ora diremo.

1. — La competenza *personale* (o di protezione) può prevalere sulla sovranità *territoriale*: privilegi ed immunità degli agenti diplomatici e consolari

109. Esempi storici. Dagli ambasciatori veneti al regime delle capitolazioni — L'invio all'estero di persone incaricate di trattare gli affari di uno Stato con altri Stati è antichissimo, sebbene l'istituto delle *missioni permanenti* sia di origine italiana: la Repubblica di Venezia ne ebbe sin dal secolo XIII ed il suo esempio fu seguito dapprima dagli altri Stati italiani e, a partire dal secolo XVI, anche dagli altri Stati europei ([163]).

Orbene, proprio il fatto della *presenza stabile* dell'agente diplomatico in territorio straniero ha condotto al progressivo sviluppo di apposite norme consuetudinarie in

---

([162]) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*., 569 U.S. 108 (2013).

([163]) Al riguardo v. *Le relazioni degli ambasciatori veneti al Senato*, a cura di E. Alberi, 15 voll., Firenze, 1839-1863, nonché per una prima informazione M. Zanetto, *La Diplomazia della Repubblica*, Castelfranco Veneto, Biblioteca dei leoni, 2017. In argomento cfr. E. Nys, *Le commencements de la diplomatie et le droit d'ambassade jusq'à Grotius*, Bruxelles, 1885; L. Weckmann, "Les origines des missions diplomatiques permanentes", in *RGDIP*, 1952, p. 161; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, II, Milano, Giuffrè, 1974, p. 315 ss. ove riferimenti. Rileva G. Badiali che ciò era ben presente ad Alberico Gentili (*Il diritto di pace* di A. Gentili, Il Sirente, Fagnano Alto, 2010, p. 12) indicando che "Significativa è a questo proposito l'insistenza con cui Gentili si sofferma sulla irrilevanza del fattore religioso, ricordando come i Veneziani, nonostante la scomunica subita da Papa Giulio, abbiano allacciato rapporti diplomatici con altri Paesi di fede cristiana e come si siano avuti scambi di ambascerie fra principi protestanti e principi cattolici, fra cristiani e maomettani, fra Chiesa Ortodossa e Chiesa Latina, nonché fra persiani e turchi, notoriamente quest'ultimi giudicati eretici dai primi".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 68 SESS: 68 USCITA:

tema di immunità, norme il cui fondamento si può ricondurre al brocardo *ne impediatur legatio* cioè a dire che si tratta di privilegi che lo Stato territoriale deve garantire agli organi dello Stato estero allo scopo di assicurare la conduzione delle relazioni internazionali tramite questo canale speciale.

Si tratta, dunque, di un esempio in cui la competenza personale (*personal jurisdiction*) di uno Stato prevale sulla competenza territoriale di un altro Stato.

Un altro ma meno prestigioso esempio di tale fenomeno, si ebbe all'epoca delle "***capitolazioni***". Durante il XIX secolo, tramite le "capitolazioni" i Paesi occidentali imposero ad altri Paesi — Cina, Egitto, Tunisia, Turchia — un regime giuridico esorbitante secondo il quale il sovrano territoriale rinunciava ad esercitare la potestà di governo sui cittadini europei presenti nel proprio territorio ([164]). Questi ultimi si ritrovavano così a beneficiare di uno statuto personale extraterritoriale che restava regolato dallo Stato di origine con la conseguente sottoposizione alla sua giurisdizione.

Il regime delle "capitolazioni" fu progressivamente abolito sia perché considerato un portato dell'imperialismo dell'epoca, sia perché costituiva un'anomalia giuridica in ragione della sua contrarietà al principio del primato della sovranità territoriale.

110. *Ratio* dei privilegi degli agenti diplomatici. — Nel nostro tempo, in virtù di una tradizionale norma consuetudinaria, il diritto internazionale limita la potestà dello Stato territoriale qualora si tratti dello statuto degli agenti diplomatici e consolari (analogamente a quanto accade, come si vedrà più avanti, anche per il Capo di Stato, il Capo del Governo ed il Ministro degli esteri). Qui, la *giurisdizione personale* dello Stato di invio (o *Stato accreditante*) prevale sulla *sovranità territoriale* dello Stato in cui quegli agenti operano.

Il diritto internazionale concede, infatti, agli agenti diplomatici una serie di immunità e di privilegi in ragione delle loro funzioni, giacché *si tratta di organi che uno Stato invia presso un altro Stato allo scopo di partecipare alla condotta delle relazioni internazionali con quest'ultimo* ([165]). Le loro attività, per lo meno in origine, si affiancano a quelle del Capo dello Stato e del Ministro degli esteri in quanto sia gli uni che gli altri compiono atti internazionali, e cioè emanano dichiarazioni di volontà per conto dello Stato al quale appartengono nei confronti di altri soggetti del diritto internazionale. Tuttavia, *mentre il Capo dello Stato, il Capo del Governo ed il Ministro degli affari esteri, normalmente, esplicano le loro attività nel territorio dello Stato di cui sono organi, gli agenti diplomatici svolgono, di regola, la loro attività nel territorio dello*

([164]) In arg. v. la voce "Capitolazione" a cura di A. Rapisardi Mirabelli, in Treccani online al sito https://www.treccani.it/enciclopedia/capitolazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/, nonché R. Quadri, *Diritto coloniale*, 4 ed., Padova, Cedam, 1958, p. 50 ss.

([165]) In arg. cfr. M. Giuliano, *Le relazioni e le immunità diplomatiche*, Milano, Giuffrè, 1968 e Id., *Diritto internazionale*, II, p., 369 ss.; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 483 ss.; F. Florio, *Nozioni di Diplomazia e Diritto Diplomatico*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 1978; A. Maresca, *Teoria e tecnica del Diritto diplomatico: introduzione alla diplomazia*, Milano, Giuffrè, 1982; A. Tanzi, *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, Padova, 1991; *Oppenheim's International Law*, I, 9a ed., cit., p, 1090 ss.; M. Frulli, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2007; E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3 ed., Oxford, OUP, 2008; Pisillo Mazzeschi, "Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)", in *Enc. Dir*., Annali, VII, 2014, p. 735 ss.; C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 834 ss.; N. Ronzitti, ~~*Introduzione al diritto*~~ *internazionale*, ~~5~~a ed., cit., p. ~~159~~ ss.; C. Curti Gialdino, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, 6 ed., Torino, Giappichelli, 2022 e riferimenti ivi cit..

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 69 SESS: 68 USCITA:

Stato presso cui sono accreditati (166). Poiché gli agenti diplomatici nei confronti dello Stato in cui operano emanano dichiarazioni di volontà imputabili allo Stato da cui sono inviati, la rappresentanza che essi svolgono è di tipo *organico* e non un rapporto di mandato tra due soggetti distinti.

Gli agenti diplomatici servono, infatti, a mantenere i contatti al più alto livello tra Stati, per via diplomatica, appunto — o come si diceva un tempo tra le Cancellerie degli Stati — curando la corrispondenza diplomatica, ossia la comunicazione tra Stati. Altri compiti sono quelli di fornire assistenza *in loco* ai propri connazionali, negoziare con il Governo dello Stato accreditatario, inviare rapporti allo Stato accreditante con informazioni circa quanto accade nello Stato accreditatario. E l'importanza delle relazioni internazionali sia di carattere politico e culturale e, oggi, soprattutto, di carattere economico, è evidente agli occhi di tutti, anche a quelli degli imprenditori commerciali.

111. La missione diplomatica: le norme di riferimento.— Se la materia dell'immunità degli Stati stranieri forma ancor oggi l'oggetto di apposite norme di diritto internazionale consuetudinario, le norme sulle relazioni diplomatiche e quindi quelle in materia di immunità diplomatiche e consolari sono state codificate tramite la Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961 (d'ora in avanti CVRD), e dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 24 aprile 1963 (d'ora in avanti CVRC) (167).

Certo, resta fermo il principio secondo il quale uno Stato non possiede il diritto di inviare i propri agenti diplomatici presso gli altri Stati (c.d. *diritto di legazione attiva*) né tantomeno l'obbligo di ricevere agenti diplomatici di altri Stati (c.d. *diritto di legazione passiva*). Secondo quanto viene indicato all'art. 2 CVRD, *le relazioni diplomatiche tra Stati e l'invio di missioni diplomatiche permanenti si instaurano soltanto con il mutuo consenso degli Stati interessati.* Corollario di tale principio è quello per cui le immunità riguardano solo l'*agente diplomatico accreditato* presso uno Stato dal momento in cui viene ammesso fino al momento in cui esce dal territorio di quello Stato (168).

La qualità di agente diplomatico viene infatti attribuita ad un dato individuo dal diritto internazionale mediante il procedimento di ***accreditamento*** (*Accreditation*), al quale concorrono la volontà dello Stato di invio (*Sending State*), espressa nella *lettera di accreditamento (lettre de créance)*, e quella dello Stato accreditatario (*Receiving State*), presso il quale l'agente è inviato (169). Generalmente, lo Stato di invio si

---

(166) Cfr. M. MIELE, *Principi di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1960, p. 94 ss., il quale qualificava come "organo interno" dello Stato il Ministro degli affari esteri ed "organi esterni" dello Stato gli agenti diplomatici.

(167) L'Italia ha ratificato e resa esecutiva tale convenzione tramite L. 9 agosto 1967, n. 804.

(168) Non beneficiano delle immunità le spie o gli agenti segreti di governi stranieri. Sul punto v. la sentenza della Corte d'Appello di Milano, del 13 luglio 2009, in relazione al sequestro **dell'imam *Abu Omar***, operato a Milano da alcuni agenti della CIA con la collaborazione dei servizi segreti italiani, in esecuzione delle operazioni c.d. di *extraordinary renditions*. La condanna, *inter alios*, degli agenti della CIA, a cui non è stata riconosciuta alcuna immunità dalla giurisdizione, è stata confermata da Cass. 19 settembre 2012, n. 46340. V. pure, nello stesso senso, Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2014, n. 39788, in *Riv. dir. int*. 2015, p. 259 ss. nonché, sull'intera vicenda, A. LIGUORI, "Extraordinary renditions nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Abu Omar", in *Riv.dir.int*., 2016, p. 777 ss.

(169) Ovviamente, per i membri della missione (art. 1) diversi dal Capo missione (ad es. Consiglieri, Segretari, Addetti militari, Addetti stampa, Addetti culturali etc.) non si fa luogo alla procedura formale di

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 70 SESS: 68 USCITA:

assicura preventivamente dell'assenso dello Stato accreditatario chiedendone il gradimento (*agrément*) rispetto alla persona da inviare.

La ***fine della missione*** di un agente diplomatico solitamente avviene, invece, con l'invio, a cura dello Stato accreditante di una *lettera di richiamo* (*lettre de rappel*, *letter of recall*) della quale lo Stato accreditatario prende atto con la lettera di riaccreditamento. Quest'ultimo Stato, a propria volta, può in qualsiasi momento dichiarare ***persona non grata*** (*ex* art. 9 CVRD) — anche senza motivazione — un agente diplomatico (Capo missione o ogni altro membro della missione diplomatica) ed informare lo Stato accreditante per consentirne il rientro e la sostituzione.

In conclusione ed in pratica, la rappresentanza diplomatica di uno Stato presso un altro Stato prende il nome di **Missione** (*Mission*) o, presso un'OIG, di **Rappresentanza Permanente** (*Permanent Mission*) (ad es. il Capo della Rappresentanza permanente d'Italia presso l'ONU a Ginevra). Qui, ci si riferisce al complesso dei funzionari destinati a esplicare attività diplomatiche, e vi si comprendono diversi agenti diplomatici di diverso grado (un ***Capo della missione***, con funzione di Ambasciatore, vari membri della missione — con il grado di Ministri, Consiglieri di ambasciata, segretari, etc. —, nonché altri addetti — c.d. *attachés* — stampa, commerciali, culturali, militari). Ad essi si aggiunge il personale amministrativo e tecnico (*Administrative and Technical Staff*) che non esplica funzioni diplomatiche (cancellieri, interpreti e simili, medici etc.) oltre al resto del personale di servizio (*Service Staff*) (archivisti, uscieri, portieri ecc.). Assumono, inoltre, rilevanza i membri delle famiglie degli agenti diplomatici e cioè il coniuge e i figli conviventi. Ai sensi dell'art. 1 CVRD, l'espressione "« locali della missione », indica gli edifici o parti di edifici e il terreno contiguo che, quale che ne sia il proprietario, sono utilizzati ai fini della missione, compresa la residenza del capo della missione".

112. Il regime delle immunità. — Al fine di assicurare il libero esercizio delle funzioni diplomatiche, il Capo missione e i membri del personale diplomatico godono nel territorio dello Stato accreditatario, di vaste *immunità diplomatiche*, riguardanti sia le attività e i beni che si trovano in un determinato rapporto con la missione (c.d. *immunità funzionale* o *ratione materiae*), sia la loro persona (c.d. *immunità personale* o *ratione personae*) ([170]).

Al riguardo, **l'art. 3 CVRD** stabilisce che:

"Le funzioni d'una missione diplomatica sono in particolare le seguenti:

a) rappresentare lo Stato accreditante presso lo Stato accreditatario;

b) proteggere nello Stato accreditatario gli interessi dello Stato accreditante e dei cittadini di questo, nei limiti ammessi dal diritto internazionale;

---

accreditamento: basta la comunicazione ufficiale dei nomi tramite la c.d. *lista diplomatica* tenuta dal Ministero degli esteri dello Stato accreditatario. A propria volta, il Corpo diplomatico è costituito dai Capi delle missioni accreditate presso un dato Stato. Il Decano del Corpo diplomatico appartiene al grado più elevato ed ha la maggiore anzianità di sede; in alcuni Paesi cattolici, secondo un'antica prassi, è il Nunzio pontificio.

([170]) Cfr. l'art. 5 della Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari. In argomento cfr. V. R. Luzzatto e I. Queirolo, "Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5a ed., cit., p. 183 ss., nonché, in particolare, il *Manuale sul Trattamento Riservato al Corpo Diplomatico Accreditato Presso La Repubblica Italiana*, edito dal MAECI, 2013. Mentre è pacifico che le immunità siano un privilegio del Capo della Missione diplomatica, permane qualche incertezza circa la sua estensione ad altri soggetti della missione diplomatica, soprattutto a coloro che non figurano nella lista del personale ufficiale (la *suite officielle*) della Missione trasmessa allo Stato accreditatario. Si tratta, in particolare, del personale amministrativo e tecnico.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 71 SESS: 68 USCITA:

c) negoziare con il governo dello Stato accreditatario;

d) informarsi, con ogni mezzo lecito, delle condizioni e dell'evoluzione degli avvenimenti nello Stato accreditatario e fare rapporto a tale riguardo allo Stato accreditante;

e) promuovere le relazioni amichevoli e sviluppare le relazioni economiche, culturali e scientifiche tra lo Stato accreditante e lo Stato accreditatario"

Si tratta di privilegi che si estendono anche ai "membri della famiglia dell'agente diplomatico, che convivono con lui...sempreché non siano cittadini dello Stato accreditatario" (art. 37 CVRD).

Valgono però *tre osservazioni fondamentali*.

In primo luogo, — al pari di quanto avviene per le immunità degli Stati esteri in generale (Cap. XV) — si tratta di immunità dalla giurisdizione e di immunità da misure esecutive dello Stato territoriale, ossia di speciali ***esenzioni di carattere processuale*** e non sostanziale.

Pertanto, ed in secondo luogo, tale immunità può essere eccepita **solo dinanzi ad *un giudice interno*** e non dinanzi a un *giudice internazionale* (cfr., ad es., l'art. 27 dello Statuto della CPI).

Infine, terza osservazione, **lo *Stato accreditante può rinunciare — ma la rinuncia deve essere espressa — all'immunità giurisdizionale degli agenti diplomatici e consolari*** e delle persone che ne godono, a rischio e pericolo di questi ultimi. L'immunità esiste a favore del Governo e non *ad usum delphini*, ossia a vantaggio del soggetto che concretamente ne beneficia.

Passando ad esaminare la **tipologia di *immunità*** di cui beneficiano gli agenti diplomatici occorre distinguere:***a)***

L'immunità dalla giurisdizione penale *(art. 31, par. 1, CVRD)*. Tale immunità è *completa* nel senso che copre sia gli atti compiuti dall'agente come privato (*immunità personale)*, che gli atti compiuti dal diplomatico quale organo dello Stato straniero (*immunità funzionale*). È pacifico, tuttavia, che una volta cessate le proprie funzioni, l'agente diplomatico potrà essere chiamato a rispondere dinanzi ai giudici dello Stato accreditatario se si trova sul territorio di quest'ultimo Stato, venendo a cessare la sola immunità personale ma restando efficace l'immunità funzionale. Pertanto, l'art. 39, par. 2, CVRD, prevede che il cessare dei privilegi e delle immunità diplomatiche avvenga nel momento in cui l'agente lascia il territorio di quello Stato o, comunque, dopo un congruo termine che gli sarà stato assegnato a tal fine.

b) L'immunità dalla giurisdizione civile ed amministrativa *(art. 31, par. 1, CVRD)*.

L'agente diplomatico accreditato gode altresì dell'immunità dalla giurisdizione civile (di cognizione ed esecutiva) ed amministrativa. Mentre la norma consuetudinaria circa l'immunità dell'agente diplomatico si è formata con riferimento alla giurisdizione penale, l'immunità dalla giurisdizione civile deriva da un processo storico meno lineare. Ne segue che, l'obbligo internazionale di esentare il Capo missione dalla giurisdizione civile (e più recentemente, amministrativa) non è *assoluto* ma comporta le *eccezioni* di cui all'art. 31, par. 1 CVRD, ossia:

"*a*) di un'azione reale riguardante un immobile privato situato sul territorio dello Stato accreditatario, purché l'agente diplomatico non ne abbia il possesso per conto dello Stato accreditante ai fini della missione;

b) di un'azione riguardante una successione nella quale l'agente diplomatico figuri come esecutore testamentario, amministratore, erede o legatario, a titolo privato e non a nome dello Stato accreditante;

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 72 SESS: 68 USCITA:

c) di un'azione riguardante un'attività professionale o commerciale quale che essa sia, esercitata dall'agente diplomatico nello Stato accreditatario, al di fuori delle sue funzioni ufficiali".

Va inoltre osservato che l'immunità dalla giurisdizione civile può non essere riconosciuta all'agente diplomatico per atti *jure privatorum*, la concreta disciplina dovendo essere rilevata attraverso la giurisprudenza dello Stato territoriale.

Così, **ad esempio**, nel **caso *Russel***, il colonnello Russel, diplomatico canadese distaccato presso l'Ambasciata del Canada a Roma in quanto esperto militare, era stato citato a giudizio da una società immobiliare romana per il mancato pagamento di canoni di locazione della sua abitazione privata, ed aveva invocato, in quanto agente diplomatico, l'immunità giurisdizionale sia in base al diritto internazionale generale che in base alla CVRD. Il Tribunale di Roma sollevava dinanzi alla Corte costituzionale la questione dell'incostituzionalità della norma sull'immunità diplomatica per contrasto, tra l'altro, con l'art. 24 Cost. in materia di diritto alla tutela giurisdizionale. Nella pronuncia del 12 giugno 1979, n°48, la Corte ha ritenuto che "l'ordinamento italiano si è adeguato, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione, alla norma di diritto internazionale, generalmente riconosciuta, che ha sancito l'obbligo degli Stati di riconoscere reciprocamente ai propri rappresentanti diplomatici l'immunità dalla giurisdizione civile, anche per gli atti posti in essere quali privati individui" ed ha concluso, tra l'altro, che "il denunciato contrasto sia soltanto apparente e risolubile applicando il principio di specialità. Invero le deroghe alla giurisdizione derivanti dall'immunità diplomatica non sono incompatibili con le norme costituzionali invocate, in quanto necessarie a garantire l'espletamento della missione diplomatica, istituto imprescindibile del diritto internazionale, dotato anche di garanzia costituzionale, come risulta dall'art. 87 della Costituzione, secondo cui il Presidente della Repubblica "accredita e riceve i rappresentanti diplomatici".

A propria volta, la Cassazione italiana ha rilevato che la giurisprudenza: "si sia, nel tempo, sempre univocamente attestata sul fronte di una concezione ragionevolmente limitativa e selettiva, *quoad effecta*, delle norme predicative del diritto dell'agente diplomatico estero di sottrarsi alla giurisdizione italiana. Limitazione e selezione che traggono fondamento in ciò, che l'attività *jure privatorum* (dello Stato estero, ma, a più forte ragione, di un suo rappresentante) esercitata indipendentemente da un "potere sovrano", ponendo l'autore sul medesimo piano di un privato cittadino, non consente alcuna deroga di giurisdizione, deroga legittimamente predicabile, di converso, in tema di rapporti destinati a gravitare nell'orbita della "totale estraneità rispetto all'ordinamento interno" (in termini, Cass. SS.UU. 919/1996, a mente della quale la norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, sulla immunità giurisdizionale degli Stati esteri e degli enti pubblici operanti nell'ordinamento internazionale, riguarda solo i rapporti che rimangono del tutto estranei all'ordinamento interno, o perché quegli Stati o enti agiscono in altri Paesi come soggetti di diritto internazionale, o perché agiscono quali titolari di una potestà d'imperio nell'ordinamento di cui sono portatori... Non si sottrae, pertanto, alla giurisdizione nazionale la controversia promossa dal cittadino italiano per ottenere la risoluzione del contratto preliminare di compravendita di un immobile concluso con uno Stato estero, non rilevando in contrario la prevista destinazione dell'immobile stesso a residenza ufficiale dell'Ambasciatore di tale Stato, né, in difetto di perfezionamento del preliminare con l'atto pubblico, il possesso concesso al promissario acquirente, ma solo di fatto e, quindi, senza idoneità a determinare l'operatività della Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, sull'immunità diplomatica)" ([171]). Inoltre, la Cassazione ha indicato che l'immunità

([171]) Cass. civ., SS.UU., 13 novembre 2008, n. 27044, in *Dejure*. V. altresì, fra le tante: Cass., SS.UU., 27 novembre 2002 n. 16830 (l'immunità giurisdizionale dell'Ambasciatore di Stato estero, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, non è invocabile con riferimento a controversia di pagamento somme per differenze retributive relative all'espletamento di mansioni di autista presso

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 73 SESS: 68 USCITA:

giurisdizionale degli Stati stranieri e dei relativi rappresentanti è invocabile soltanto quando essi agiscano quali titolari di una potestà di imperio, e non quando collocandosi nella medesima posizione dei cittadini italiani, l'agente diplomatico eserciti un'attività professionale o commerciale al di fuori dalle sue funzioni ufficiali. Qui, non vale più l'immunità e dunque risponde nei casi in cui egli risulti, da un punto di vista civilistico, soggetto passivo di tali rapporti intrapresi nel territorio dello Stato *jure privatorum*. Pertanto, in tal caso l'Agente diplomatico può essere sottoposto alla giurisdizione italiana sia in sede di processi di cognizione che (come nella specie) nell'ambito di procedure esecutive instaurate nei suoi confronti ([172]).

c) L'esenzione dall'obbligo di testimonianza *(art. 31, par. 2, CVRD)*.

L'agente diplomatico non è tenuto a prestare testimonianza in giudizio dinanzi ai giudici dello Stato accreditatario in relazione a fatti di cui è venuto a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni ([173]).

d) L'immunità da misure esecutive *(art. 31, par. 3, CVRD)*.

Per quanto riguarda il processo di esecuzione forzata e le misure ad esso relativo, ancora una volta appare utile distinguere tra i tipi di immunità sopra richiamati. Pertanto, anche in tale caso, l'immunità penale dell'agente diplomatico è totale (*immunità personale*) e parziale in materia civile ed amministrativa. Anche qui, tuttavia, si ha una importante ricaduta del dibattito, più volte evocato, della necessaria limitazione del beneficio dell'immunità a favore dell'agente in caso di violazioni gravi dei diritti umani e dello *jus cogens*.

In ogni caso, ed anche con riferimento ad eventuali abusi dell'immunità da parte di un agente diplomatico, è pacifico che lo Stato accreditatario possa, in qualsiasi momento e senza motivazione, dichiarare detto agente *persona non grata* (*ex* art. 9 e 41 CVRD).

Accanto all'istituto delle sopra richiamate *immunità diplomatiche* si collocano alcuni *privilegi* nonché l'istituto della *inviolabilità diplomatica*:

Gli agenti diplomatici godono di uno speciale trattamento in *materia tributaria*, variamente stabilito nella legislazione dello Stato accreditatario ma conforme all'art. 34 CVRD. Si tratta di esenzione, tra l'altro, da "qualsiasi imposta e tassa, personale

---

l'ambasciata); Cass., SS.UU., 18 ottobre 1993 n. 10294, in *Riv. dir. inter. priv. proc*., 1994, p. 620 (malgrado che, per prassi consuetudinaria e in base all'art. 30 della Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, la residenza ufficiale dell'Ambasciatore sia equiparata alla sede dell'ambasciata, sussiste la giurisdizione italiana rispetto ad una controversia con lo Stato estero relativa alla validità di un contratto preliminare, diretto all'acquisto di un immobile da destinare a residenza dell'Ambasciatore). V. però Cass., SS.UU., 16 dicembre 1987 n. 9321, *ivi*, 1989, p. 141 (con riguardo a domanda di rilascio di immobile locato ad uso abitativo proposta nei confronti di agente diplomatico di uno Stato parte della Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, quale la Repubblica di Tunisia, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, poiché l'immunità dalla giurisdizione civile, contemplata dall'art. 31 di detta Convenzione, si estende ai fatti della vita privata del diplomatico, con le sole eccezioni specificamente previste dalla norma medesima (eccezioni che includono, per gli immobili, le azioni reali, non quelle personali)). Da ultimo, con sentenza a SS.UU. del 6 giugno 2017 (in *Riv.dir.int*., 2017, p. 1296), la Suprema Corte ha ribadito che l'art. 11 della Conv. ONU sulle immunità degli Stati riflette l'evoluzione del diritto consuetudinario in materia e conferma la tesi dell'immunità ristretta degli Stati. Sicché, nel caso di specie, in una controversia di lavoro tra una dipendente e l'Ambasciata dello Zambia a Roma, mentre la richiesta reintegrazione nel posto di lavoro non poteva essere pronunciata in quanto investe poteri pubblicistici di tale ente, la Corte ha ritenuto sussistere la giurisdizione italiana con riguardo ai soli aspetti patrimoniali della controversia, sempre che non incidano sull'autonomia e sulle potestà pubblicistiche dell'Ambasciata, oppure non ricorrano le ragioni di sicurezza di cui all'art. 2, lett. *d*), della Convenzione ONU sull'immunità degli Stati stranieri.

([172]) Cass. Civ., SS.UU., 13 novembre 2008, n. 27044, in *Giust. Civ*., 2009, 3, I, p. 604.

([173]) C. Curti Gialdino, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, 3 ed., cit., p. 365 s. ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 74 SESS: 68 USCITA:

o reale, nazionale, regionale o comunale", fatta eccezione per le imposte indirette ed altri tributi minori o sui redditi prodotti nel territorio dello Stato accreditatario. Anche tali esenzioni sono riconosciute agli agenti dal momento in cui entrano nel territorio dello Stato accreditatario fino al momento in cui ne escono e si estendono, con intensità variabile, al personale della missione, nonché ai familiari degli agenti e del personale.

Il **regime delle *inviolabilità*** viene previsto agli artt. 29 ss. CVRD ed in particolare prevede:

a*) *l'inviolabilità personale: la persona dell'agente diplomatico è inviolabile e non può essere sottoposto ad alcuna forma di arresto o di detenzione; nemmeno per delle attività non strettamente funzionali con la sua missione.

La CIG, nella controversia riguardante il *personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran del 24 maggio 1980*, insistette molto sul rispetto della persona degli agenti diplomatici e consolari stranieri. La Corte ha ritenuto che le predette Convenzioni di Vienna del 1961 e 1963 comportano necessariamente dei limiti all'esercizio della sovranità dello Stato territoriale, in ragione dello specifico statuto personale degli agenti diplomatici e consolari. Dette Convenzioni, infatti, enunciano "*le regole e i principi indispensabili al mantenimento delle relazioni pacifiche tra Stati, accettati in tutto il mondo da Nazioni di ogni credo religioso, cultura e appartenenza politica*" ([174]). Più volte la Corte ha sottolineato la "gravità e l'ampiezza" delle violazioni di tali principi da parte dell'Iran, sebbene siano "d'importanza capitale per il mantenimento di buone relazioni tra Stati nel mondo interdipendente di oggi" ([175]).

b*) *L'inviolabilità della sede diplomatica che comporta *l'obbligo negativo dello Stato accreditatario di astenersi da atti di autorità* (arresti, perquisizioni, sequestri ecc.) all'interno della sede diplomatica (art. 22 CVRD) così come nell'abitazione dell'agente diplomatico, nonché, *l'obbligo positivo* di adottare le opportune misure *per prevenire azioni offensive contro la sede diplomatica o la sua abitazione*. Gli agenti dello Stato accreditatario possono penetrare in quei luoghi solo con il consenso dell'agente diplomatico. Anche gli ***archivi***, i *documenti*, la ***corrispondenza diplomatica*** e la ***valigia diplomatica*** *(Diplomatic Bag)* (art. 27 CVRD) sono inviolabili purché nell'involucro esterno sia apposto il sigillo dello Stato accreditante.

Contrariamente ad un'opinione comune (tra i non specialisti) è ovvio che detta inviolabilità ***non comporta l'extraterritorialità della sede diplomatica (o dell'abitazione dell'agente)***, dovendosi questa considerare, a tutti gli effetti, una porzione del territorio dello Stato accreditatario dove, appunto, si applica la CVRD. Pertanto, una filiazione all'interno della sede o anche la conclusione di un contratto presso un'Ambasciata, avvengono nel territorio dello Stato accreditatario e non in quello dello Stato estero.

113. Le immunità ed i privilegi dei *Consoli*. —Dagli agenti diplomatici in senso stretto vanno distinti i *consoli*, sebbene anch'essi esercitino le proprie funzioni all'estero e siano in collegamento con gli agenti diplomatici presenti nello stesso Stato

---

([174]) Punto 45.

([175]) Punto 91. Già in precedenza, nella sua ordinanza del 15 dicembre 1979, la CIG aveva osservato che: "nella condotta delle relazioni tra Stati, non [esisteva] esigenza più fondamentale di quella dell'inviolabilità dei diplomatici e delle ambasciate... [e] che... nel corso della storia, nazioni di qualsiasi credo religioso e di ogni cultura [avevano] osservato degli obblighi reciproci a tal fine", in *Rec*., p. 19.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 75 SESS: 68 USCITA:

estero. Anche l'istituzione consolare possiede antiche origini, ed al riguardo Anzilotti ha osservato che "l'odierna istituzione consolare è, storicamente, una derivazione genuina e diretta di condizioni sociali e politiche proprie del Medio evo", ossia dell'epoca delle corporazioni dei mercanti e dell'antica *lex mercatoria* (176).

Nel nostro tempo, mentre l'Ambasciata ha una sede, di solito nella capitale dello Stato accreditatario, i consolati possono essere più di uno ed avere diversa competenza territoriale. Tuttavia, mentre l'agente diplomatico è un ***organo di attività esterna*** dello Stato abilitato a compiere atti internazionali, *il console è un organo* ***di carattere tecnico-amministrativo*** *mediante il quale lo Stato di invio compie in territorio straniero attività prevalentemente amministrative ed eccezionalmente anche giurisdizionali* ***che riguardano l'ordinamento interno dello Stato di invio***. Per tali ragioni, i consoli hanno il compito di relazionarsi non con gli organi apicali dello Stato in cui esercitano, bensì con le autorità locali della circoscrizione consolare di destinazione.

Come si è avvertito sopra, anche le relazioni consolari sono disciplinate da norme consuetudinarie codificate nella *Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari* (CVRC) — entrata internazionalmente in vigore il 19 marzo 1967, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 9 agosto 1967 n. 804 — e da trattati consolari (177). A livello nazionale, il D. Lgs. 3 febbraio 2011, n. 71 completa tale normativa tramite la disciplina dell'ordinamento e delle funzioni degli uffici consolari italiani.

L'art. 5 CVRC stabilisce che le ***funzioni consolari*** consistono nel:

"*a.* proteggere nello Stato di residenza gli interessi dello Stato d'invio e dei suoi cittadini, siano questi persone fisiche oppure giuridiche, nei limiti consentiti dal diritto internazionale;

b. favorire lo sviluppo di relazioni commerciali, economiche, culturali e scientifiche tra lo Stato d'invio e lo Stato di residenza e promuovere in ogni altro modo le relazioni amichevoli fra gli stessi nel quadro delle disposizioni della presente Convenzione;

c. informarsi, con ogni mezzo lecito, delle condizioni e dell'evoluzione della vita commerciale, economica, culturale e scientifica dello Stato di residenza, farne rapporto al governo dello Stato d'invio e dare informazioni alle persone interessate;

---

(176) D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, rist. 1964, p. 238: "[L]e corporazioni d'arti e mestieri, in cui era allora organizzata l'attività industriale e commerciale, godevano di una grande autonomia e fra l'altro avevano anche giudici propri, per la risoluzione delle controversie tra i membri della corporazione o anche fra questi e gli estranei: detti giudici prendevano il nome di consoli. Quando, cresciuti i rapporti commerciali, nuclei numerosi d'individui andarono a stabilirsi in Paesi stranieri per esercitarvi il commercio e l'industria, riprodussero nelle colonie l'organizzazione stessa che avevano nella madre patria, si costituirono in corporazioni e in queste si elessero dei capi che, fra le altre funzioni, avevano anche quella di amministrare la giustizia ai membri della corporazione. I giudici dei mercati in Paese straniero conservarono il nome di consoli, che rimase a designare questa speciale categoria di organi, anche quando aveva cessato di esistere l'organizzazione sociale, di cui erano il prodotto. Da principio furono i mercanti stranieri stessi che, organizzandosi in corporazioni, elessero i loro consoli: poi, a misura che gli Stati, rafforzandosi, presero nelle loro mani la tutela dei propri sudditi nei Paesi stranieri, ai consoli eletti si sostituirono i consoli nominati dallo Stato". V. altresì M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1974, II, cit., p. 327 ss. e riferimenti ivi cit.. Sulla *lex mercatoria*, rinviamo a F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2000 e F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., ove riferimenti.

(177) L'art. 73 della Convenzione di Vienna prevede la possibilità di "concludere accordi internazionali che confermino o completino o integrino" le sue disposizioni o ne estendano il campo di applicazione. L'Italia ha concluso oltre quaranta convenzioni consolari con gli Stati coi quali intrattiene i più intensi rapporti commerciali o con i quali è maggiore il flusso migratorio.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 76 SESS: 68 USCITA:

d. rilasciare passaporti e documenti di viaggio ai cittadini dello Stato d'invio, nonché visti e documenti appropriati alle persone che desiderano recarvisi;

e. prestare soccorso e assistenza ai cittadini dello Stato d'invio, siano questi persone fisiche oppure giuridiche;

f. agire in qualità di notaio e di ufficiale dello stato civile ed esercitare funzioni similari e talune funzioni di ordine amministrativo, sempre che non vi si oppongano le leggi e i regolamenti dello Stato di residenza;

g. tutelare gli interessi dei cittadini dello Stato d'invio, sia persone fisiche che giuridiche, nelle successioni *mortis causa* nel territorio dello Stato di residenza, in conformità alle leggi e ai regolamenti dello Stato di residenza;

h. tutelare, entro i limiti stabiliti dalle leggi e dai regolamenti dello Stato di residenza, gli interessi dei minori e degli incapaci, cittadini dello Stato d'invio, particolarmente quando occorra istituire una tutela o una curatela nei loro confronti;

i. ferme restando le pratiche e le procedure vigenti nello Stato di residenza, rappresentare i cittadini dello Stato d'invio o prendere disposizioni atte ad assicurare la loro adeguata rappresentanza davanti ai tribunali e alle altre autorità dello Stato di residenza per chiedere, conformemente alle leggi e ai regolamenti di questo Stato, l'adozione di misure provvisorie ai fini della salvaguardia dei diritti e degli interessi di questi connazionali, qualora, a causa della loro assenza o per qualsiasi altra ragione, non possano provvedere tempestivamente alla difesa di tali diritti e interessi;

j. trasmettere atti giudiziari o stragiudiziali o eseguire commissioni rogatorie in conformità con gli accordi internazionali vigenti o, in mancanza di tali accordi, in ogni modo compatibile con le leggi ed i regolamenti dello Stato di residenza;

k. esercitare i diritti di controllo e di ispezione, previsti dalle leggi e dai regolamenti dello Stato d'invio, sulle navi e sui battelli fluviali aventi la cittadinanza di questo Stato e sugli aeromobili immatricolati in questo Stato, così come sui loro equipaggi;

l. prestare assistenza alle navi, ai battelli e agli aeromobili menzionati nel capoverso k, e ai loro equipaggi, ricevere le dichiarazioni sul viaggio di tali navi e battelli, esaminare e vistare i documenti di bordo e, senza pregiudizio per i poteri delle autorità dello Stato di residenza, condurre inchieste sugli incidenti sopravvenuti nel corso della traversata e risolvere, in quanto lo permettano le leggi e i regolamenti dello Stato d'invio, le controversie di qualsiasi natura tra il capitano, gli ufficiali e i marinai;

m. esercitare ogni altra funzione affidata ad un ufficio consolare dallo Stato di invio, che non sia vietata dalle leggi e dai regolamenti dello Stato di residenza, o a cui lo Stato di residenza non si oppone, oppure che sono menzionate negli accordi internazionali in vigore fra lo Stato d'invio e lo Stato di residenza".

In breve, gli agenti consolari svolgono nel territorio di uno Stato estero delle attività in favore dei propri connazionali, ***soprattutto di carattere amministrativo*** (ad es. rilascio certificati richiesti dai cittadini, rinnovo passaporti e carte d'identità, visti etc.) e di assistenza giudiziaria ([178]).

Anche al fine di istituire gli uffici consolari occorre il mutuo consenso degli Stati interessati e a tale scopo possono essere concluse apposite ***convenzioni consolari***

([178]) Cfr. art. 36 CVRC. In arg. cfr. SIDI, *La protection consulaire*, Paris, Pedone, 2006, nonché F. Capotorti, *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 45 ss. e C. Curti Gialdino, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, 5 ed., cit., p. 506 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 77 SESS: 68 USCITA:

([179]). È necessario infatti il consenso dello Stato territoriale ad ospitare gli uffici consolari a condizione di reciprocità (*exequatur*) ([180]) ma il consenso è da ritenere implicito allorquando i due Stati hanno già stabilito relazioni diplomatiche (art. 2).

Viceversa, la *rottura delle relazioni diplomatiche non comporta automaticamente quella delle relazioni consolari*.

Gli organi consolari godono di ***immunità e privilegi*** di natura analoga a quella degli agenti diplomatici *ma ad ambito più ristretto in quanto strettamente funzionale*.

Ai consoli sono riconosciute le seguenti immunità:

a) ***l'immunità dalla giurisdizione penale*** *(però solo per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, ex. art. 43 CVRC)*

b) ***l'immunità dalla giurisdizione civile ed amministrativa*** *(ancora una volta solo* ratione materiae*, ex. art. 43 CVRC)*

c) ***L'immunità da misure esecutive*** *(solo* ratione materiae*, art. 43 CVRC)*

Si applicano poi:

a) ***delle esenzioni fiscali***

b) ***le regole dell'inviolabilità dei locali, degli archivi e dei documenti consolari***.

In Italia, sono insorte non poche controversie con riferimento a contratti di lavoro stipulati tra cittadini italiani e consolati stranieri.

Così, **ad esempio**, la Cassazione italiana ha precisato che, per quanto riguarda le controversie inerenti al rapporto di lavoro del personale italiano — come di quello straniero — di Consolati di Stati stranieri in Italia, sussiste il difetto di giurisdizione del giudice italiano, per effetto dell'immunità consolare, quando la pronuncia richiesta comporti interferenza sull'organizzazione dell'ufficio consolare sì che deve essere esclusa la giurisdizione del giudice italiano per la domanda volta alla *reintegrazione* nel posto di lavoro a seguito di impugnativa di licenziamento, investendo detta pretesa in via diretta i poteri organizzativi-sovrani dell'ente straniero ([181]). Ma in precedenza aveva rilevato che l'immunità giurisdizionale del Console di uno Stato straniero prevista dall'art. 43 della predetta CVRC riguarda gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni consolari, ovvero i contratti stipulati in qualità di mandatario di detto Stato, e, pertanto, non è invocabile con riferimento a un contratto di lavoro, avente ad oggetto l'espletamento di collaborazione domestica presso la famiglia del Console medesimo ([182]). Ancora: la controversia instaurata da un dipendente italiano di un *Console onorario* di uno Stato estero, per ottenere il pagamento di spettanze retributive ed il versamento dei contributi omessi, appartiene alla giurisdizione del giudice italiano, non ostando a detto riconoscimento la CVRC, essendosi in presenza di una domanda giudiziaria che non coinvolge aspetti relativi all'organizzazione dello Stato straniero e che non incide in alcun modo sull'esercizio dei suoi poteri sovrani ([183]); alla luce dell'art. 43 CVRC, il giudice italiano può conoscere di una domanda di pagamento di somme di denaro avanzata da un dipendente nei confronti di un Consolato straniero qualora il relativo rapporto di lavoro non costituisca esercizio dei poteri di organizzazione dello Stato estero ([184]). Infine: in tema di esenzione dalla *giurisdizione penale* di agente diplomatico, poiché quest'ultima qualità si acquista, ai sensi della Convenzione di

---

([179]) GIULIANO, *Diritto internazionale*, II, cit., p. 330 che avverte che tali materie possono trovarsi regolate in altri accordi bilaterali quali "ad es. i trattati di commercio e navigazione, in convenzioni di stabilimento e via dicendo".

([180]) La concessione dell'*exequatur* implica l'accettazione del console da parte dello Stato che lo riceve e l'autorizzazione ad esercitare le proprie funzioni coi diritti e i privilegi che ne conseguono.

([181]) Cass., SS.UU., 10 luglio 2006, n. 15628, 15626 e 15620.

([182]) Cass., SS.UU., 26 novembre 1990, n. 11357.

([183]) Cass., SS.UU., 22 luglio 2004, n. 13711, in *Foro it*., 2005, I, 428.

([184]) Cass., SS.UU., 27 maggio 1999, n. 313, in *Riv. dir. inter. priv. proc*., 1999, p. 628.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 78 SESS: 68 USCITA:

Vienna sulle relazioni diplomatiche, soltanto con la notificazione dello Stato accreditante allo Stato accreditatario, l'immunità *non* spetta all'Agente consolare del quale il Paese di origine si sia limitato a dichiarare, in note verbali dirette al Ministero degli affari esteri, la qualità di "agente diplomatico", senza avere mai provveduto alla relativa notificazione formale ([185]).

114. La tutela diplomatica e consolare presso gli organi di un altro Stato membro UE. — Un'ultima osservazione riguarda l'espansione della tutela diplomatica e consolare tramite il diritto UE. Nel contesto UE, l'art. 23 TFUE, stabilisce, infatti, che:

"Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie e avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire detta tutela".

Ciò significa che ogni cittadino europeo — ossia che ha acquisito la cittadinanza di uno Stato membro UE *ex* art. 20 TFUE — *ha il diritto di godere della protezione delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro dell'UE negli Stati terzi in cui lo Stato di cui ha la cittadinanza non è rappresentato* (art. 46 della Carta dei diritti fondamentali UE). Ciò assume una cruciale importanza nelle aree di crisi o di conflitto ove può accadere che restino operativi solo gli uffici diplomatici e consolari di alcuni Stati membri UE ma non degli altri.

In tali circostanze, i cittadini dell'Unione hanno il diritto di essere tutelati alle stesse condizioni dei cittadini di quello Stato membro dell'UE ai cui uffici diplomatici e consolari si rivolgono ([186]).

Il 20 aprile 2015, gli Stati membri dell'UE hanno adottato la Direttiva n. 2015/637/UE sulla *tutela consolare per i cittadini europei che vivono o viaggiano al di fuori dell'UE* ([187]). La Direttiva precisa quando e come i cittadini europei in difficoltà

([185]) Cass. pen., Sez. V, 19 marzo 2003, n. 16659, in *Cass. pen*., 2004, p. 2432.

([186]) La protezione in genere offerta dalle ambasciate o dai consolati degli Stati membri dell'UE comprende: — l'assistenza in caso di decesso; — l'assistenza in caso di incidente o malattia grave; — l'assistenza in caso di arresto o detenzione; — l'assistenza alle vittime di reati violenti; — il soccorso e il rimpatrio di cittadini dell'Unione in difficoltà. Cfr. il sito *http://ec.europa.eu/consularprotection/content/about-consular_it.*

([187]) Dir. (UE) 2015/637 del Consiglio del 20 aprile 2015 sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE, attuata in Italia con D. lgs. 22 dicembre 2017, n. 234. Gli artt. 1-9 di detta Direttiva individuano i titolari del diritto alla tutela consolare, il suo contenuto e le modalità di esercizio. In particolare, l'art. 2, rubricato "Principio generale" sancisce che "[l]e ambasciate e i consolati degli Stati membri forniscono tutela consolare ai cittadini non rappresentati alle stesse condizioni riservate ai loro cittadini". Per "cittadini non rappresentati" si intendono i cittadini di uno Stato membro che si trovano in un paese terzo nel quale il primo "non possiede un'ambasciata o un consolato stabiliti in modo permanente o se non vi possiede un'ambasciata, un consolato o un console onorario che sia in grado di fornire efficacemente tutela consolare in un determinato caso" (artt. 4 e 6). Il cittadino non rappresentato può rivolgersi all'ambasciata o al consolato di qualsiasi Stato membro. Tuttavia, se lo Stato membro al quale il cittadino chiede tutela ha concluso con altri Stati membri un accordo pratico sulla condivisione delle responsabilità di fornire tutela consolare, in base al quale non è competente, la domanda deve essere trasferita "all'ambasciata o al consolato pertinenti, a meno che la tutela consolare possa risultare così compromessa, in particolare nel caso in cui l'urgenza della questione richieda un'azione immediata da parte dell'ambasciata o del consolato a cui il cittadino si è rivolto" (art. 7). Inoltre, ad eccezione dei casi di estrema urgenza, prima di fornire l'assistenza, lo Stato membro richiesto deve consultare lo Stato membro di

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 79 SESS: 68 USCITA:

in un Paese al di fuori dell'Unione europea hanno il diritto di ricevere assistenza dalle ambasciate e dai consolati di altri Stati membri dell'UE. L'obiettivo è agevolare la cooperazione tra autorità consolari e rafforzare il diritto dei cittadini europei alla protezione consolare.

2. — La competenza *personale* quale limite della sovranità *territoriale altrui*

115. Il trattamento degli stranieri. — La competenza personale (*Personal Jurisdiction*) di uno Stato rappresenta un freno, un limite all'esercizio della sovranità da parte dello Stato territoriale. Tale intreccio di relazioni sottili si trova al centro delle *norme applicabili al trattamento degli stranieri* (su cui v. *supra*) che avendo per oggetto la loro persona ed i loro beni può comportare la responsabilità internazionale dello Stato territoriale. Ciò diviene evidente quando lo Stato di cittadinanza (ossia lo Stato che possiede la competenza personale) decide di esercitare la protezione diplomatica (*infra*, Cap. XVI). Al riguardo, va notato che la materia del trattamento degli stranieri è da sempre all'origine di un grande numero di controversie internazionali.

3. — La sovranità *territoriale* quale limite della competenza *personale* altrui

116. Assenza di giurisdizione esecutiva (*jurisdiction to enforce*). — Occorre ora fare ancora riferimento a tutte quelle circostanze in cui uno Stato A possiede la competenza normativa (la *jurisdiction to prescribe*) ma è privo di quella esecutiva (*jurisdiction to enforce*). Qui, lo Stato che possiede la competenza normativa potrà assicurare l'esecuzione delle sue norme solo tramite la cooperazione attiva e volontaria dello Stato territoriale. È così per esempio che se il cittadino di uno Stato A commette, in un uno Stato B, dei reati che attentano alla sicurezza dello Stato A, quest'ultimo Stato dovrà richiedere allo Stato territoriale (lo Stato B) di riconsegnargli l'individuo in questione (di estradarlo) o di sottoporlo a **giudizio penale** dinanzi ai propri tribunali.

Così, **ad esempio**, è avvenuto nel ***caso Battisti***. Si tratta di un ex terrorista dei *Proletari armati per il comunismo* (Pac), condannato per quattro omicidi consumati alla fine degli anni '70 (cd. *anni di piombo*). Nel 1979, Cesare Battisti viene arrestato a Milano e nell'81 evade dal Penitenziario di Frosinone. Viene condannato in via definitiva per quattro omicidi. A seguito dell'evasione, fugge in Francia ed in Messico. In Francia beneficia della "dottrina Mitterrand", che dal 1982 garantisce di non estradare i militanti politici di estrema sinistra che abbiano deciso di rinunciare alla lotta armata. Nel 2004, il Presidente francese Chirac pone fine alla "dottrina Mitterand", e la Francia acconsente all'estradizione. Senonché, Battisti fugge in Brasile dove vive in clandestinità. Nel marzo 2007 viene arrestato a Rio de Janeiro e dopo quattro anni di prigionia, previo matrimonio con una brasiliana, richiede l'asilo politico. Nel 2010, il Presidente brasiliano Lula dichiara di non voler concedere l'estradizione ed il 9 giugno 2011 il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano conferma. Così, nel giugno 2011, Battisti viene liberato e gli viene concesso un permesso di residenza permanente in Brasile. Senonché, dopo le elezioni politiche brasiliane, nel 2018, il nuovo Presidente Bolsonaro dichiara di volerlo estradare. Nuovamente

---

cittadinanza del richiedente (art. 10). Quanto ai servizi che formano l'oggetto della tutela consolare, l'art. 9 fornisce un'elencazione solo esemplificativa, che include, tra l'altro, l'assistenza in caso di arresto o detenzione, quando il richiedente è vittima di reato ovvero deve essere rimpatriato in caso di emergenza, nonché "qualora il richiedente necessiti di documenti di viaggio provvisori".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 80 SESS: 68 USCITA:

latitante, il 12 gennaio 2019, Battisti viene arrestato dall'Interpol in Bolivia e poi estradato in Italia ove deve scontare la pena dell'ergastolo.

Ciò non avviene spesso e, ad ulteriore riprova di tale questione, va notato che, tradizionalmente e salvo diversa pattuizione, gli Stati rifiutano di prestarsi assistenza reciproca in ***materia fiscale***, poiché tale materia è considerata di *applicazione strettamente territoriale* ([188]).

Va notato altresì che alcuni Stati (ad esempio la Francia) rifiutano — salvo impegni di diritto pattizio — di concedere l'estradizione dei *propri* cittadini. Al contrario, la Gran Bretagna ha accettato di concedere l'estradizione in Belgio di alcuni suoi cittadini, degli *hooligans*, affinché fossero colà giudicati da parte dei giudici belgi in relazione ai terribili atti di violenza che provocarono 38 morti allo Stadio di Heysel in occasione di una partita di calcio nel 1985.

4. — Le competenze concorrenti (*overlapping jurisdictions*)

117. Necessità di un coordinamento tra ordinamenti giuridici statuali. — A volte, come abbiamo visto in precedenza, due Stati possiedono contemporaneamente la *jurisdiction* internazionale, ma in virtù di "titoli" diversi — il territorio, la protezione o il legame di nazionalità — per regolare le attività di un dato soggetto privato, persona fisica o giuridica. Il bilanciamento di tali competenze può risultare da alcuni semplici principi: lo statuto personale dello straniero sarà determinato dalla legge dello Stato di cui ha la cittadinanza, mentre il regime dei beni sarà quello del Paese in cui sono situati; può accadere comunque che l'applicazione dell'ordinamento dello Stato territoriale prevalga sullo statuto personale nella misura imposta da normative di applicazione necessaria od in virtù del limite dell'ordine pubblico internazionale. Infatti, il coordinamento tra diversi ordinamenti giuridici statali è un'operazione che forma oggetto del di diritto internazionale privato.

118. L'applicazione extraterritoriale del diritto nazionale. — Particolari difficoltà si pongono allorché uno Stato intenda far produrre ad alcune sue leggi *efficacia extraterritoriale*. A tal fine, lo Stato può invocare due titoli di giurisdizione: la propria *giurisdizione personale* nei confronti dei suoi cittadini residenti all'estero, e la propria *competenza di protezione* per reprimere degli atti che si svolgono nel territorio di un altro Stato ma che potrebbero pesantemente incidere sul proprio ordinamento giuridico o economico. È così che le tradizionali pretese degli Stati Uniti di attribuire un ampio effetto extraterritoriale ad alcune proprie norme nazionali (normative *antitrust* ed in materia di **concorrenza**), norme sociali, norme regolatrici del mercato finanziario, norme "politiche" che impongono delle sanzioni economiche — ***embargo*** — nei confronti di determinati Paesi) sono causa di frequenti dissapori — per non dire crisi — con i loro partner commerciali, specie europei.

119. Esempi di conflitti in materia di diritto della concorrenza. — Per esempio, in materia di *diritto della concorrenza*, da tempo gli Stati Uniti pretendono il rispetto delle proprie normative nazionali da parte di *società estere che operano al di fuori del*

([188]) In argomento cfr. ad es. M. Udina, *Diritto internazionale tributario*, Padova, Cedam, 1949; G. Corasaniti, P. Vimercate De'capitani, V. Uckmar, C. Oliva Caterina, *Manuale di diritto tributario internazionale*, 2a ed., Padova, Cedam, 2012.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 81 SESS: 68 USCITA:

proprio territorio, per quanto le attività di queste società producano *effetti negativi sul mercato interno statunitense*. Tale pretesa, giustificata dagli Stati Uniti con la "**dottrina degli effetti**" (189) che a propria volta deriverebbe dalla propria **competenza di protezione**, è stata inizialmente considerata internazionalmente illegittima da gran parte degli altri Stati e dalla dottrina. In alcune cause celebri decise in Gran Bretagna ed in Svizzera si è pervenuti a questi risultati: da un lato, in Inghilterra, la Corte d'appello non ha riconosciuto l'effetto extraterritoriale delle pronunce giudiziarie americane (190); dall'altro, la Svizzera ha protestato con una tale forza che lo stesso governo statunitense richiese alle proprie corti la revisione di quelle sentenze in modo da evitare ogni conflitto con la sovranità svizzera (191).

Dopo il 1976, diverse Corti d'Appello statunitensi hanno deciso di riconsiderare il criterio posto nella celebre sentenza *Alcoa* (192), secondo la quale "ogni Stato ha il diritto di imporre degli obblighi, anche a persone che non sono soggette alla sua giurisdizione, per degli atti commessi all'estero se comportano nel suo territorio conseguenze che lo Stato è solito sanzionare"; in effetti, nelle sentenze *Timberlane Lumber Co v. Bank of America* (193) e *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp* (194), tali giudici hanno deciso di prendere ugualmente in considerazione gli interessi legittimi di Stati terzi — e non più solamente degli Stati Uniti — e di *riconoscere la competenza dello Stato i cui interessi in causa erano più rilevanti*. Bisogna tuttavia osservare che questo nuovo criterio di "bilanciamento degli interessi nazionali in presenza" non è stato favorevole al riconoscimento delle competenze degli Stati stranieri, poiché i tribunali americani hanno quasi sempre concluso in favore della propria giurisdizione (195).

Successivamente, la Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Hartford Fire Insurance Co v. California* del 28 giugno 1993, ha ribadito l'applicazione extraterritoriale del diritto antitrust americano, nei limiti della sola cortesia internazionale (*International Comity* o *Comitas Gentium*) e del grave conflitto con una legge straniera, in base ad una "regola di ragione" (*Rule of reason*) (196).

La Section 402(1)(c) del già citato *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* esplicita quale titolo di giurisdizione: "conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory".

Non qualunque effetto, dunque, ma si deve trattare di un "effetto importante".

---

(189) V. per gli Stati Uniti: *U.S. v. Imperial Chemical Industries*, 100 F., supp. 504, SDNY, 1951; 105 F., 7 supp. 215, SDNY, 1952; *U.S. v. the watchmakers of Switzerland information center*, Trade Case, 70.600, (SDNY, 1963) e Trade Case 71.352, (SDNY, 1965). In argomento v. per tutti G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, Clueb, 1992.

(190) V. la sentenza *British Nylon Spinners, ltd v. Imperial Chemical Industries*, Ltd, 1955, I. Cap. 19.

(191) In argomento, v. tra una vasta letteratura: F. Pocar, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, Cedam, 1974; B. Goldman, "Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence", *RCADI*, 1969-III, t. 128, p. 631; B. Audit, "L'affaire du gazoduc sibérien", *RCDIP*, 1983, p. 401 ss.; B. Stern, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", in *AFDI*, 1986, p. 7 e "L'extraterritorialité revisitée", in *AFDI*, 1992, p. 239, nonché F. Rigaux, « La compétence extraterritoriale des Etats », *Ann. I.D.I.*, 1999, p. 371 ss. e M. Audit, E. Pataut (sous la dir. de), *L'extraterritorialité*, Paris, Pedone, 2020.

(192) V. *U.S. v. Aluminium Company of America*, 148 F2d 416 (2d Cir. 1945).

(193) V. *Timberlane Lumber Co v. Bank of America*, 549 F2d 597° (9th Cir. 1976).

(194) V. *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F2d 1287 (3d Cir. 1979).

(195) Un classico esempio è rappresentato dal celebre caso detto del *Cartello dell'uranio: In re uranium Antitrust Litig*, 617 F2d 1248 (7thCir. 1980).

(196) V. *Hartford Fire Insurance Co v. California*, (9 Cir. 1993).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 82 SESS: 68 USCITA:

A tale prospettiva extraterritoriale ha risposto, anche in direzione contraria alle imprese statunitensi, la UE tramite le sentenze *Polpa di Legno* del 27 settembre 1988, (Cause riunite nn. 89, 104,114,116,117 e 125-129/85, in *Racc*., 1988 p. 5193 ss.) e *Gencor* del 25 marzo 1999, (causa T-102/96 in *Racc.*, 1999 p. II, 743) in cui, pur non affermandola esplicitamente, la Corte di Giustizia ha accolto nella propria giurisprudenza tale "teoria degli effetti" ([197]). Un interessante esempio di dialogo tra Corti.

120. Esempi di conflitti in materia di misure restrittive ed *embargo*. — In materia di *embargo*, gli Stati Uniti attribuiscono sempre più spesso una *portata extraterritoriale* alle proprie norme a titolo della loro *competenza personale*. Lo schema è sempre lo stesso: la legge statunitense adotta una definizione ampia di quello che si intende per "persone soggette alla giurisdizione degli Stati Uniti", in modo da rendere loro applicabile la speciale normativa in materia di embargo (c.d. ***sanzioni primarie***). E così sono state tradizionalmente definite come tali le filiali delle società americane all'estero, poiché il criterio assunto è quello del *controllo societario*, fatto che non sorprende e che causa numerosi contrasti non appena le *filiali straniere possiedano giuridicamente la nazionalità* dello Stato in cui esse hanno la loro *sede sociale* o il *luogo di costituzione*. Concretamente, ciò significa che gli Stati Uniti pretendono che le filiali francesi o italiane delle società statunitensi siano obbligate a rispettare le sanzioni di diritto statunitense nonostante tali enti siano stati costituiti in Francia o in Italia e possiedano la nazionalità di ciascuno di questi due Paesi. Si può parlare, al riguardo, nella migliore delle ipotesi di un "cumulo normativo", ma è facile vedere i conflitti tra quelle norme — e la posizione scomoda di quelle società e dei loro amministratori — non appena la legislazione francese o italiana contengano — magari per dare attuazione a delle norme UE — delle disposizioni configgenti con quelle del diritto statunitense.

Ciò accadde, **ad esempio**, nel celebre caso *Raoul Massardy et autres, société Fruehauf c. Me Solvet et S.A. des automobiles Berliet*, all'inizio degli anni '60 ([198]). In proposito, è opportuno ricordare alcuni cenni di fatto. La società *Fruehauf-France* era una filiale controllata dalla società americana *Fruehauf*, ma possedeva la nazionalità francese in quanto costituita ed avente sede sociale in Francia. La *Fruehauf-France* aveva concluso un contratto di fornitura di componenti meccaniche per camion con un'altra società di diritto francese, la *Berliet*. I componenti meccanici forniti da *Fruehauf-France* venivano incorporati nei camion fabbricati dalla *Berliet* per essere poi esportati nella Repubblica Popolare Cinese. Ad un certo momento, la casa madre di *Fruehauf-France* negli Stati Uniti riceveva notifica dalle autorità americane che l'attività della sua filiale francese era illecita in base alla legislazione statunitense la quale aveva istituito un "embargo strategico" che riguardava proprio le vendite di quel tipo di merci alla Cina. Di conseguenza, *Fruehauf-America* diede istruzione alla sua filiale francese di recedere dal contratto che la legava alla *Berliet* al fine di non violare la legge statunitense. In altre parole, si richiedeva a *Fruehauf-France*, una società francese, di rispettare le disposizioni della normativa statunitense unilaterale di embargo la quale vietava un'operazione che, tuttavia, era perfettamente lecita rispetto al diritto francese. Il "conflitto di giurisdizioni" era dunque evidente tra la sovranità territoriale della Francia e la giurisdizione personale, ampia ed extraterritoriale, degli Stati Uniti. Dopo molte peripezie giudiziarie, i tribunali francesi nominarono un amministratore provvisorio al fine di procedere all'adempimento del contratto tra la *Fruehauf-France* e *Berliet*.

([197]) V. per tutti A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Torino, Utet, 2018.

([198]) App. Parigi, 14° ch. 22 maggio 1965, JCP, 1965, II, 142274-*bis*; Gaz. Pal. 1965, II, 86, concl. Nepveu.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 83 SESS: 68 USCITA:

La Francia poté così far trionfare la propria sovranità territoriale; essa infatti aveva in questo caso piena giurisdizione sia normativa che esecutiva.

Un conflitto analogo si ripropose nel 1982 con il caso detto del "*gasdotto eurosiberiano*", in cui il governo statunitense pretendeva di imporre un embargo strategico su determinate esportazioni in direzione dell'Unione Sovietica. Tale embargo colpiva i materiali forniti dalle filiali tedesche, inglesi, francesi ed italiane di imprese statunitensi.

La soluzione giuridica è stata tradizionalmente la seguente: prevalse la sovranità territoriale degli Stati delle filiali ed i contratti vennero regolarmente eseguiti ([199]). Per convincersene basti richiamare le parole della Corte distrettuale dell'Aja nella sentenza ***Compagnie Européenne des Petroles c. Sensor Nederland***:

"7.3. La circostanza che l'embargo commerciale imposto dalle autorità americane sia stato munito di effetti extra-territoriali come in precedenza descritti solleva la questione se la regola sulla giurisdizione che produce tali effetti sia compatibile con il diritto internazionale.

7.3.1. Il punto di partenza per rispondere a tali questioni è la regola di diritto internazionale universalmente accettata secondo la quale non è ammissibile in generale che uno Stato eserciti la sua giurisdizione su atti compiuti al di fuori dei suoi confini. Sono possibili, peraltro, eccezioni a tale regola, ad esempio secondo il cosiddetto "principio di nazionalità" o il "principio di protezione" (il "principio dell'universalità" può essere qui tralasciato).

7.3.2. La regola sulla giurisdizione americana non sembrerebbe giustificata in base al principio di nazionalità in quanto essa fa ricadere nel suo ambito di applicazione società di nazionalità diversa da quella americana... Senonché non si capisce come l'esportazione alla Russia di beni non originari degli Stati Uniti da parte di un esportatore non americano potrebbe avere un qualsivoglia effetto diretto ed illecito all'interno degli Stati Uniti. Anche per questa via, quindi, la regola sulla giurisdizione non può ritenersi compatibile con il diritto internazionale" ([200]).

Più di recente, gli Stati Uniti hanno adottato due normative ad ampia portata extraterritoriale. La prima, detta "**Helms-Burton**" (o "*Libertad*") del 12 marzo 1996 ([201]), vietava sotto pena di sanzioni a qualsiasi impresa del mondo di "trafficare" i beni confiscati dal regime di Fidel Castro a Cuba. La seconda, detta "**D'Amato**", dell'agosto 1996 ([202]), proibisce, a pena di sanzioni, a qualsiasi impresa del mondo di investire in Iran ed in Libia per lo sviluppo dei settori petrolifero e del gas di questi Paesi.

L'8 maggio 2018, il Presidente americano Donald Trump ha denunciato l'accordo sul nucleare iraniano, il *Joint Comprehensive Plan of Actions* (**JCPOA**) che era entrato in vigore nel gennaio 2016 e sanciva la sospensione delle sanzioni in cambio, da parte del Governo di Teheran, dello smantellamento del piano di sviluppo nucleare perseguito da quest'ultimo a partire dagli anni 2000.

Così, gli Stati Uniti hanno annunciato la reintroduzione persino delle c.d. ***sanzioni economiche secondarie***, ossia di quelle che colpiscono persone fisiche e giuridiche non-americane (e quindi anche le società degli Stati membri UE) per il fatto di promuovere e realizzare affari con l'Iran in determinati settori economici.

([199]) B. AUDIT, "Extraterritorialité et commerce international", in *RCDIP*, 1983, p. 401; S. ZARRILLI, "Applicazione extraterritoriale del diritto e conflitti di giurisdizione: un'analisi a partire dal caso del gasdotto Euro-siberiano", *DCSI*, 1986, p. 213 ss.

([200]) In *ILM*, 1983, p. 66 ss.

([201]) V. *ILM*, 1996, p. 357.

([202]) V. *ILM*, 1996, p. 1237.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 84 SESS: 68 USCITA:

La caratteristica di queste misure sta quindi nella pretesa, abusiva, di avere ***effetti extraterritoriali*** e di sanzionare con multe o con limitazioni all'accesso al mercato statunitense persone fisiche e giuridiche straniere, c.d. ***foreign sanctions evaders*** ([203]).

121. Lezioni da trarre. — I casi a cui si è fatto riferimento costituiscono altrettanti esempi di veri e propri conflitti internazionali di sovranità. Da un lato, *lo Stato territoriale possiede una competenza di regola poziore* rispetto alla giurisdizione non territoriale degli altri Stati. *Dall'altro lato, nell'esercizio della propria competenza personale o di protezione, uno Stato non può esigere dai propri cittadini che si trovano all'estero un comportamento che li ponga in violazione delle leggi dello Stato territoriale, in particolare delle norme penali*; infine, uno Stato non deve esigere che gli stranieri sul proprio territorio pongano in essere un comportamento che li metta in posizione di violare le leggi del proprio Stato di cittadinanza.

Siamo qui in presenza di obblighi contraddittori, provenienti da diversi ordinamenti giuridici nazionali e che si cumulano in capo alla stessa persona, fisica o giuridica che sia, un problema particolarmente delicato per le società transnazionali ([204]).

Inoltre, tali sanzioni economiche a portata extraterritoriale si pongono in contrasto sia con le norme di diritto internazionale relative al riparto di giurisdizione/sovranità fra Stati, sia con le disposizioni di molte Carte istitutive di OIG, a cominciare da quella dell'OMC/WTO ([205]).

122. Reazioni all'extraterritorialità abusiva: i *Blocking Statutes*. — Per contrastare la tendenza alla progressiva extraterritorialità delle norme degli Stati Uniti e quindi per contrastare tale forma di *imperialismo giuridico*, dopo qualche tempo, un certo numero di Paesi (Australia, Francia, Gran Bretagna, Italia) si sono dotati di appositi strumenti normativi detti *Blocking Statutes* ([206]). Adottando apposite leggi, quegli stessi Stati hanno inteso così salvaguardare il pieno esercizio della loro sovranità territoriale contro le pretese abusive di Stati stranieri desiderosi di estendere l'applicazione della loro normativa al di fuori del loro territorio nazionale tramite l'impiego esorbitante della propria giurisdizione personale o di protezione.

Il caso della Francia è, a tale riguardo, emblematico: il 16 luglio 1980, il Parlamento ha votato una legge che vietava, in termini molto ampi e a pena di sanzioni pecuniarie e di misure

---

([203]) Le sanzioni previste per i *foreign sanctions evaders*, comprendono: l'imposizione di limitazioni nelle importazioni negli Stati Uniti di merce prodotta dagli *evaders*; il divieto di essere designati come operatori primari o depositari di fondi governativi statunitensi; il diniego all'accesso a prestiti erogati da enti finanziari statunitensi o di trasferimenti attraverso tali enti; il divieto di operazioni in Dollari statunitensi; l'imposizione di restrizioni all'esportazione di beni statunitensi verso gli evaders; il divieto di porre in essere operazioni immobiliari soggette alla giurisdizione degli USA; il rifiuto di assistenza da parte della ExIm-Bank (l'agenzia statunitense del credito per le esportazioni); l'imposizione di divieti e restrizioni per l'apertura e la gestione di conti bancari di corrispondenza negli Stati Uniti.

([204]) L'OCSE si è occupata di tali questioni nel quadro dei suoi principi direttori del 1976; "Investissement international et entreprises multinationales, lé reexamen", 1984, Paris; v. in particolare i §§ 23, 24 nonché studio "Atténuer les obligations contradictoires", OCSE, 1987, agg. 2000.

([205]) V. *AJIL* 1996, p. 419; B. Stern, "Vers la mondialisation juridique? Les lois Helm-Burton et d'Amato Kennedy", in *RGDIP*, 1996, p. 979; M. Conard, "Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, Interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays", in *AFDI*, 1996, p. 33.

([206]) Riguardo alle reazioni nazionali sempre più diffuse che prendono la forma di *Blocking Statutes*, v. *RDPCI*, 1986, n. 4; nonché T. Hartley, *International Commercial Litigation*, 2 ed., Cambridge, CUP, 2015.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 85 SESS: 68 USCITA:

detentive, la "comunicazione di documenti e informazioni di ordine economico, commerciale o tecnico a persone fisiche o giuridiche straniere" che potessero "pregiudicare la sovranità, la sicurezza, gli interessi economici essenziali della Francia o l'ordine pubblico" ([207]).

Va altresì notato che l'emanazione delle leggi sopraccitate "Helms-Burton" e "D'Amato" nel 1996 da parte degli Stati Uniti ha comportato l'adozione di ulteriori misure di protezione — che rientrano nella categoria delle *contromisure* — da parte di Paesi come il Canada e il Messico, nonché della stessa Comunità Europea ([208]). In effetti, da tempo era stato varato il Reg. (CE) n. 2271/96 del Consiglio, del 22 novembre 1996, "relativo alla protezione dagli effetti extraterritoriali derivanti dall'applicazione di una normativa adottata da un paese terzo, e dalle azioni su di essa basate o da essa derivanti" (c.d. ***Regolamento di blocco***) ma la sua applicazione era stata rinviata. Il 7 agosto del 2018, il *Reg. di blocco* è entrato in vigore nell'intento di neutralizzare le sanzioni secondarie americane verso l'Iran.

Così, per le imprese, oltre ai divieti di fonte USA, si sono aggiunti anche quelli di fonte UE, ossia: **1)** il divieto di accettare od eseguire nell'Unione Europea qualsiasi sentenza o decisione arbitrale od amministrativa di un tribunale o di un'autorità amministrativa esterna all'Unione, che direttamente o indirettamente, renda efficaci contro un soggetto unionale le sanzioni secondarie americane (Art. 4); **2)** il divieto di osservare, direttamente o attraverso una consociata o altro intermediario richieste, comprese le richieste di tribunali stranieri, basate o derivanti dalle sanzioni secondarie. A titolo di eccezione, la **Commissione Europea** può *autorizzare* a rispettare le sanzioni secondarie, completamente o in parte, se la loro inosservanza danneggia gravemente gli interessi delle persone fisiche o giuridiche dell'Unione o quelli dell'Unione stessa, sulla base di determinati criteri (Art. 5). Ma esiste altresì un diritto al risarcimento dei danni, comprese le spese giudiziali (Art. 6).

Nel caso in cui un soggetto unionale fosse colpito da un provvedimento statunitense nello svolgimento di attività commerciali con l'Iran, dovrà informare, nei trenta giorni successivi, la Commissione Europea e l'Autorità competente dello Stato membro in cui risiede. In Italia, si tratta del Ministero per lo Sviluppo Economico (MISE). Le sanzioni pecuniarie per la violazione degli obblighi imposti dal Reg. europeo sono disciplinate, in Italia, dal D.Lgs. 26 agosto 1998, n. 346.

Anche la Cina ha recentemente adottato nuove regole per contrastare l'applicazione extraterritoriale ingiustificata della legislazione straniera extraterritoriale promulgando l'"Ordine MOFCOM n. 1/2021", del 9 gennaio 2021, del Ministro del Commercio della Repubblica Popolare Cinese ([209]).

123. La soluzione: l'esercizio congiunto o convenzionale delle competenze nazionali. — Chiaramente, la soluzione di tali conflitti di giurisdizione può essere concordata tramite appositi accordi internazionali sia bilaterali che multilaterali. Così, gli Stati Uniti hanno concluso, in passato, appositi trattati internazionali in materia di

---

([207]) V. *Journal Officiel*, 17 luglio 1980.

([208]) Si veda Reg. CEE n. 2271/96, GUCE, 22 novembre 1996; leggi canadesi del 9 ottobre 1996 e messicane del 23 ottobre 1996, in *ILM*, 1997, pp. 111 e 133 rispettivamente. In dottrina v. B. Sturlese e E. Bouretz, "Les lois Helms-Burton et d'Amato: quelles réponses juridiques possibles à une nouvelle manifestation de l'impérialisme américain?", in *Gaz. Pal. Doctrine* 23.25, marzo 1997, p. 2.

([209]) V. il sito internet http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/announcement/202101/20210103029708.shtml.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 86 SESS: 68 USCITA:

concorrenza con la Germania, e con l'Australia. Resta comunque il fatto per cui l'approccio multilaterale rimane di gran lunga preferibile al fine di eliminare — o almeno attenuare — i conflitti di giurisdizione/sovranità tra Stati che non si confondono con i meri "conflitti di giurisdizione" di cui si occupa il diritto internazionale privato.

A ben vedere, non si tratta di problemi insormontabili quando c'è cooperazione internazionale e non mero unilateralismo. Così, ad esempio, *in materia bancaria internazionale*, il "Concordato di Basilea" del 1982 contiene degli interessanti principi quanto al riparto intergovernativo di giurisdizione. Senza entrare nel dettaglio, basti segnalare il principio della *competenza congiunta* degli Stati (Stato della società madre, Stato delle filiali e delle succursali) quanto alla solvibilità, alla liquidità ed alle posizioni di cambio delle eurobanche: in breve, il primato della giurisdizione territoriale non è più riconosciuto in senso assoluto, mentre, entro certi limiti, l'applicazione extraterritoriale delle leggi nazionali è espressamente riconosciuta — per non dire ricercata. Questo capovolgimento di prospettive è dovuto al carattere realmente internazionale del mercato delle eurodivise, un mercato che ignora le frontiere nazionali, ed al *riconoscimento del primato degli interessi della comunità finanziaria internazionale* ([210]).

124. — Oggi, i classici titoli di giurisdizione dello Stato appaiono superati in ragione del progresso tecnico e della globalizzazione dell'economia mondiale. Per convincersene, basti osservare *l'integrazione fra i mercati finanziari internazionali (le grandi borse valori del pianeta)* dove le operazioni ed i pagamenti si fanno di continuo, h 24, sette giorni su sette, grazie a mezzi elettronici e dove la "localizzazione" delle operazioni — e delle competenze — è sempre più difficile da individuare. I conflitti di giurisdizione appaiono inevitabili — e si sono peraltro già prodotti — in ragione della difficoltà a determinare con certezza "lo Stato competente". È possibile citare un esempio emblematico in cui tali conflitti hanno preso forma persino in materia di ***offerte pubbliche di acquisto*** (OPA) trasnazionali: un'impresa del Lussemburgo, la *Minorco S.A.* — controllata da interessi sud-africani — non ha potuto perfezionare la sua OPA, che aveva lanciato sul mercato di Londra nei confronti di un'impresa mineraria inglese, a causa di una pronuncia del giudice americano il quale aveva ritenuto che tale operazione avrebbe avuto un effetto indesiderabile sul mercato degli Stati Uniti in ragione dell'esistenza di una filiale locale (*Newmont*), il controllo della quale avrebbe attribuito alla *Minorco* una posizione dominante in materia di produzione aurea ([211]).

§ 7. — *La protezione delle competenze dello Stato*

125. Premessa. — Se l'ordinamento internazionale talvolta impone o vieta allo Stato di svolgere determinate attività, altre volte *protegge* la libertà dello Stato nell'esercizio delle proprie funzioni sovrane.

([210]) V. in proposito "Concordato di Basilea", in *AFDI*, *Chronique de droit international économique*, 1983, p. 609.

([211]) V. Consolidated Gold Fields Plc. V. Minorco S.A. 871 Frd 252 e 713 F. sup. 1457, US Court of Appeals, 2d (Cir), 22 marzo 1989; U.S. District Court, 17-24 aprile 1989, in *AJIL*, 1989, p. 823; *IFLR* giugno 1989, p. 39; nonché T. Crocker, "Beware the international freeze order, ivi dicembre 1988, p. 8", nonché "Proceedings" in *AJIL*, 1989, p. 19-62 e in particolare pp. 28, 54-60.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 87 SESS: 68 USCITA:

L'espressione *dominio riservato* viene utilizzata proprio per designare i poteri che spettano ad uno Stato nell'ambito della propria *sovranità*: per usare un'espressione atecnica ma chiara, si tratta del "nocciolo duro" della sovranità statale (1).

Inoltre, in virtù del diritto internazionale, ogni Stato beneficia, *nell'esercizio delle sue competenze*, di determinati privilegi e immunità il cui rispetto si impone agli altri Stati (2).

1. — Il dominio riservato (*domestic jurisdiction*)

Bibliografia sommaria: F. Ermacora, "Human Rights and Domestic Jurisdiction (art. 2 § 7 of the Charter)", in *RCADI*, 1968-II, p. 371 ss.; G. Sperduti, *Il dominio riservato*, Milano, 1970; D'Amato, "Domestic Jurisdiction", in *Encyclopedia of Public International Law*, v. 10, 1987, p. 132 ss.; G. Arangio-Ruiz, "Le domaine réservé, l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne", in *RCADI*, t. 220, 1990, pp. 9-484; G. Guillaume, "Commentaire de l'article 2 § 7", in J.P. Cot, A. Pellet e M. Forteau, *La Charte des Nations-Unies, Commentaire article par article*, 3ª ed. Paris, Economica, 2005, p. 485 ss.; G. Nolte, "Art. 2 (7)", in B. Simma, D. E. Kahn, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the U.N., A Commentary*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2012, p. 280 ss.; B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni Unite*, 12ª ed., Padova, Cedam, 2020, p. 189 ss.

126. Un'espressione antica. — L'espressione "dominio riservato" (*domestic jurisdiction*, o anche "giurisdizione nazionale" esclusiva di uno Stato) fa riferimento ad un'idea, formulata agli inizi del XIX secolo, secondo cui determinate materie possono formare oggetto di disciplina da parte soltanto di uno Stato *uti singuli* ad esclusione di chicchessia. Pertanto, le attività esplicate da ciascuno Stato in relazione a tali materie non possono, per definizione, formare oggetto di norme internazionali, in particolare di norme che in qualsiasi modo limitassero la discrezionalità di ciascuno Stato nell'esercizio dei propri poteri di sovranità interna.

Si trattava tradizionalmente di questioni inerenti, ad es., l'*onore o gli interessi vitali* dello Stato ([212]): lacune "ufficiali" del diritto internazionale.

Per quanto la nozione di "dominio riservato" faccia senz'altro parte del diritto internazionale positivo, essa possiede un significato pratico sempre più limitato, tant'è che in dottrina si parla da tempo dell'*erosione del dominio riservato* degli Stati ([213]).

a) *Il riconoscimento formale dell'esistenza di un "dominio riservato"*

127. Diritto pattizio. — Numerosi trattati multilaterali e bilaterali prevedono che le loro disposizioni non si applichino nel caso in cui vengano minacciati "la sicurezza nazionale o internazionale" o gli "interessi vitali" di una o dell'altra Parte contraente. In particolare, le Carte istitutive delle OIG prevedono che questi enti non possano intervenire negli "affari interni degli Stati". Così accade, ad esempio, con il FMI o la Banca Mondiale.

Allo stesso modo, in numerosi atti unilaterali degli Stati si trovano riferimenti alla protezione del proprio dominio riservato o degli *interessi vitali nazionali*. Ad esempio, quando gli Stati riconoscono la giurisdizione obbligatoria della CIG tramite la *dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione prevista all'art. 36, comma*

([212]) V. ad es. Fedozzi, *Introduzione*, cit., p. 304: "si ritengono riservate alla competenza esclusiva di ciascuno Stato le materie della emigrazione, della nazionalità, delle tariffe doganali, la dottrina Monroe, la libera disponibilità del territorio, la libertà di darsi la costituzione, l'ordinamento giuridico e la struttura economico-sociale ritenuti più appropriati e convenienti". Cfr. A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, II, p. 757 ss.

([213]) Cfr. ad es. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 207 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 88 SESS: 68 USCITA:

2, dello Statuto, molto spesso essi escludono quelle materie che, a loro avviso, toccano i loro interessi vitali e pertanto restano di specifica competenza nazionale.

A livello multilaterale, l'idea che esista un *dominio riservato* è stata ufficialmente riconosciuta e codificata, sebbene in termini differenti, sia dal Patto della SDN che dalla Carta dell'ONU.

i. Il "dominio riservato" dello Stato secondo l'art. 15, par. 8, del Patto della SDN

128. Una disposizione restrittiva. — L'art. 15, par. 8, del Patto della SDN prevedeva che:

"[s]e una delle Parti sostiene, e il Consiglio riconosce, che la vertenza concerne una materia che secondo il diritto internazionale rileva esclusivamente della giurisdizione interna della detta Parte, il Consiglio riferirà in questo senso, e si asterrà dal formulare qualsiasi proposta circa il componimento della vertenza".

Quella norma limitava espressamente le competenze del Consiglio della Società delle Nazioni: tale organo, infatti, non poteva sconfinare in materie che rientravano nella competenza esclusiva degli Stati membri della SDN. Tuttavia, non si trattava di un "carta bianca" in mano a ciascuno Stato. Vi erano, infatti, due limiti: da un lato, il *diritto internazionale determinava se una data materia rientrasse o meno nel dominio riservato (giurisdizione interna*, domestic jurisdiction) *di ciascuno Stato*; dall'altro lato, la disposizione sopra richiamata del Patto della SDN costituiva solo *un limite all'attività del Consiglio della SDN*.

Tale soluzione normativa si deve ad un'iniziativa degli Stati Uniti, i quali non volevano che la nuova organizzazione internazionale si ingerisse in materie che essi intendevano regolare nella più assoluta libertà. Infatti, all'epoca, due questioni costituivano oggetto di particolare preoccupazione: la politica d'immigrazione e i diritti doganali.

129. Il caso dei *decreti di cittadinanza in Tunisia e in Marocco*. — L'espressione "competenza esclusiva" (o dominio riservato o ancora *domestic jurisdiction*) è stata fonte di *numerose controversie*. La CPGI dovette fornire una propria interpretazione della stessa nel suo parere consultivo n. 4 del 7 febbraio 1923 relativo ai diritti di cittadinanza in Tunisia e in Marocco. La Corte si espresse nei seguenti termini: "[l]e parole 'competenza esclusiva' sembrano piuttosto avere riguardo a certe materie che, seppure possano toccare molto da vicino gli interessi di più di uno Stato, non sono, in principio, regolati dal diritto internazionale. Per quanto riguarda tali materie, ciascuno è unico arbitro delle sue decisioni" ([214]).

ii. Una "competenza interna essenziale" dello Stato in virtù dell'art. 2, par. 7, della Carta dell'ONU

130. Una disposizione attenuata. — L'art. 2, par. 7, della Carta ONU, riproduce con talune importanti modifiche quella dell'art. 15, n. 8, del Patto della SDN e dispone che:

"Nessuna disposizione della presente Carta autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno

---

([214]) Parere consultivo della CPGI, 7 febbraio 1923, *Decreti di cittadinanza in Tunisia e Marocco*, in *Rec.* Sér. B, n. 4, pp. 23-24.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 89 SESS: 68 USCITA:

Stato, né obbliga i Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamento in applicazione del presente Statuto; questo principio non pregiudica però l'applicazione di misure coercitive a norma del Capitolo VII".

Un esame delle differenze tra i due testi sopra richiamati — quello della SDN e quello dell'ONU — appare particolarmente utile al fine di precisare il concetto di "dominio riservato".

131. Ampliamento. — La *nozione di "dominio riservato" è stata ampliata* tramite la Carta ONU giacché la formula usata nei due testi è parzialmente diversa.

Mentre le norme del Patto della SDN eccettuavano dalla competenza di quest'ultima le questioni rientranti nella competenza esclusiva di ciascuno Stato, secondo la Carta ONU sono eccettuate anche le questioni relative a materie che vi rientrano "essenzialmente", ampliando perciò la sfera di esclusione. Del resto, nel Patto si parla di una *competenza esclusiva* degli Stati i quali dovevano proporre alla SDN l'eventuale eccezione di incompetenza del Consiglio, una limitazione procedurale che è sparita nella Carta dell'ONU.

Inoltre, mentre la norma dell'art. 15 del Patto della SDN si riferiva soltanto al regolamento pacifico delle controversie internazionali dinanzi al Consiglio della SDN e quindi costituiva solo un limite all'attività di tale organo, la corrispondente norma di cui all'art. 2, par. 7, della Carta dell'ONU costituisce un principio generale del sistema dell'ONU che vincola la condotta di *tutti gli organi dell'ONU* (si discute se sia inclusa o meno persino la CIG) e si applica a qualsiasi procedura di regolamento secondo la Carta.

Va sottolineato, tuttavia, un peculiare limite al dominio riservato dei singoli Stati giacché l'art. 2, par. 7, precisa chiaramente che le disposizioni del Capo VII della Carta ONU relative alle *misure coercitive* a carattere economico o militare non possono essere pregiudicate dal dominio riservato degli Stati membri (e qui si nota il carattere di *sovranazionalità* di quelle disposizioni della Carta ONU).

132. Imprecisione dell'art. 2, par. 7, della Carta ONU. — Va notato altresì che la nozione di "competenza interna", oggetto dell'art. 2, par. 7, della Carta ONU è meno precisa rispetto alla corrispondente norma del Patto della SDN. Infatti, il Patto della SDN prevedeva un *doppio controllo* circa il dominio riservato dei singoli Stati membri. Innanzitutto, *spettava al "diritto internazionale"* determinare se una materia rientrava o meno nel dominio riservato dei singoli Stati membri. Poi, era previsto un *controllo "politico" del Consiglio della SDN* giacché l'eccezione di incompetenza doveva essere decisa da questo organo deliberando all'unanimità.

La Carta dell'ONU, invece, non fa allusione né ad una qualsiasi determinazione "oggettiva" della nozione di "giurisdizione nazionale essenziale" dello Stato, né al "diritto internazionale", né al "giudizio" di un organo chiamato a pronunciarsi su siffatta eccezione.

b) *Un dominio instabile (ovvero il carattere storico e relativo del dominio riservato)*

133. — La determinazione concreta del dominio riservato di ciascuno Stato è sempre stata *contingente* ed è, evidentemente, di tipo *evolutivo*. A ragione della sua imprecisione, l'applicazione pratica del concetto di "competenza interna" o di "dominio riservato" ha sempre avuto una portata limitata.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 90 SESS: 68 USCITA:

i. Un contenuto contingente

134. Il riconoscimento da parte delle Corti internazionali dell'Aja. — Nel precitato parere consultivo del 1923 *sui decreti di cittadinanza in Tunisia ed in Marocco*, la CPGI ha riconosciuto chiaramente il carattere contingente ed instabile della nozione di "competenza esclusiva" degli Stati. La Corte si espresse nei seguenti termini:

> "La questione di sapere se una certa materia rientra o meno nel dominio esclusivo di uno Stato è una questione essenzialmente relativa: dipende dallo sviluppo dei rapporti internazionali. È così che allo stato attuale del diritto internazionale **le questioni di nazionalità rientrano in principio, ad avviso della Corte, nel dominio riservato di ciascuno Stato** ... Ma può bene accadere che, in una materia, come quella della nazionalità, che non è, in principio, regolata dal diritto internazionale, la libertà dello Stato di disporre a suo piacimento sia nondimeno limitata da impegni che esso abbia preso verso altri Stati. In tal caso, la competenza dello Stato, esclusiva in principio, si trova limitata da regole di diritto internazionale" ([215]).

Ne consegue che il contenuto del dominio riservato dipende, in ultima analisi, dalle necessità della vita giuridica internazionale, dallo sviluppo del diritto internazionale positivo, sia scritto che non scritto, e dall'interpretazione datane dal giudice o dall'arbitro internazionale.

135. Un controllo rivendicato dalle Corti internazionali dell'Aja. — L'art. 2, par. 7, della Carta ONU è stato spesso invocato dagli Stati dinanzi alla CIG per negare la giurisdizione della Corte stessa. In genere, la Corte ha rigettato tale argomentazione. Essa non ha mai cessato di affermare — confermando l'orientamento precedente — che solo il diritto internazionale, quale lei sola aveva il compito di interpretare, era suscettibile di precisarne limiti e portata. In altre parole, la CIG ha costantemente rifiutato di considerare il "dominio riservato" o la "competenza esclusiva", o ancora la *domestic jurisdiction*, una clausola generale a contenuto determinabile a piacimento da ciascuno Stato e dunque un'obiezione sufficiente per sfuggire alla sua giurisdizione ([216]).

ii. Un effetto pratico limitato

136. — Il fatto stesso che la nozione di "*dominio riservato*" sia una "clausola generale" dell'ordinamento internazionale, a contenuto variabile e transitorio, comporta alcune rilevanti conseguenze quanto alla sua pratica operatività.

Cosa significa, ad esempio, l'"ingerenza" negli affari interni di uno Stato, quando si tratta di un *atto di un'organizzazione internazionale* destinato ad avere efficacia nei rapporti con gli Stati membri? Tale obiezione è stata sollevata di frequente anche in seno all'ONU. Ad esempio, può la sola iscrizione di una determinata materia all'ordine del giorno di un'OIG essere considerata un'indebita ingerenza negli affari interni di uno Stato membro? Ciò vale anche se si discute dell'adozione di una raccomandazione?

([215]) Parere consultivo della CPGI, cit., p. 24. Grassetto aggiunto.

([216]) A questo proposito si può citare una giurisprudenza costante della CIG. Si veda il *caso dei trattati di pace* del 1950, in *Rec*. pp. 70-71; il *caso Nottebohm* del 1955, *Rec.* pp. 20-21; il *caso dell'Interhandel tra Stati Uniti e Svizzera* del 1959, in *Rec*. p. 24; ed infine il *caso del diritto di passaggio sul territorio indiano* del 1960, in *Rec*. pp. 32-33. In arg. v. pure B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 194 ss. ove ulteriori riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 91 SESS: 68 USCITA:

Simili obiezioni sono state presentate da numerosi Stati dinanzi agli organi dell'ONU per impedire che tale ente si occupasse di questioni suscettibili di creare imbarazzo. Tuttavia, almeno fino ad oggi, né l'Assemblea Generale, né il Consiglio di Sicurezza dell'ONU hanno mai accettato di considerare l'art. 2, par. 7, della Carta come un limite al loro raggio d'azione o alle materie di discussione (217).

137. Esistenza discutibile di un dominio riservato *per natura*: l'esempio del regime politico. — Esiste ancora un dominio riservato *per natura*? Allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale tanto sul piano universale, quanto su quello regionale, è possibile concludere che l'organizzazione politica di uno Stato fa parte del nocciolo duro delle *sue* competenze esclusive, un aspetto imprescindibile della sua *sovranità interna*.

Tuttavia, esistono alcuni esempi in cui anche questa materia ha formato oggetto di regolazione tramite il diritto internazionale. Così, il Trattato di Stato austriaco del 15 maggio 1955 nel ripristinare lo *status* "indipendente e democratico" di quel Paese, imponeva all'Austria due obblighi precisi quanto alla sua organizzazione politica interna: le quattro potenze occupanti obbligavano l'Austria a mantenere un *regime democratico*, senza che tale espressione venisse definita; inoltre, il governo austriaco doveva costituirsi in base ad *elezioni a suffragio universale* (218).

In modo analogo, quando la situazione della Rhodesia del Sud venne discussa all'ONU in seguito alla dichiarazione unilaterale d'indipendenza del 1965, si stabilì che nessun Paese avrebbe riconosciuto questo Stato finché il regime di *apartheid* non fosse stato abolito e la maggioranza nera avesse goduto dell'elettorato attivo e passivo in base al principio "un elettore, un voto" (*one man, one vote*). Ancora, gli accordi di Zurigo del 17 febbraio 1959 sull'indipendenza di Cipro indicavano le "strutture di base" della nuova Repubblica nei minimi dettagli; i principi costituzionali fondamentali così posti, dunque, non potevano più essere modificati dal nuovo Stato.

In seguito, l'accordo del 6-7 agosto 1987 di Guatemala City tra i Presidenti delle cinque Repubbliche dell'America Centrale sul processo di pace nella regione, imponeva al Nicaragua la democratizzazione della sua società politica su una base pluralista, caratterizzata da una totale libertà di espressione e di stampa, il mantenimento di uno Stato di diritto, il sistema pluralistico dei partiti politici, elezioni libere, libere e corrette, ecc. (219). Tali esigenze dovevano essere riprese dalla "Carta Democratica Interamericana" dell'11 settembre 2001, rendendo la democrazia una condizione necessaria per la partecipazione degli Stati ai *summit* delle Americhe (220).

Del pari, l'*Accordo di Dayton* per la pace in Bosnia-Erzegovina, firmato a Parigi il 14 dicembre 1995, incorpora il testo della Costituzione di quel Paese (allegato 4) e allo stesso tempo stabilisce i principi fondamentali sulle elezioni "democratiche" (allegato 3) e il rispetto dei diritti umani (Allegato 6) (221).

Infine, basti citare, a titolo di esempio, la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (BERS), istituita nel 1991 al fine di assistere gli ex Paesi socialisti dell'Europa centro-orientale nella fase di transizione verso la democrazia: la ricerca e

---

(217) Cfr. B. Conforti, C. Focarelli, *cit.*, p. 194 ss.
(218) Cfr. ad es. N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, cit., p. 62 ss.
(219) Testo in *ILM*, 1987, p. 1168.
(220) Si veda il testo in *ILM*, 2001, p. 1279.
(221) Si veda il testo in *ILM*, 1996, p. 75.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 92 SESS: 68 USCITA:

il rispetto dell'*ideale democratico* diventano qui le *condizioni stesse per l'aiuto* di questa organizzazione internazionale.

138. (*Segue*) L'esempio dei diritti umani. — Analoghe osservazioni valgono anche in materia di *diritti umani*. Il modo in cui uno Stato tratta i propri cittadini, attribuisce o nega loro determinati diritti, rientra nel "dominio riservato" degli Stati? Orbene, la stessa Carta ONU, così come innumerevoli atti internazionali — a cominciare dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 — hanno chiaramente dimostrato che tale materia è ormai divenuta oggetto di importanti norme internazionali: ormai, non si tratta più di una questione affidata al *diritto costituzionale* di un dato Stato bensì si tratta di *diritto internazionale dei diritti umani* e della sua applicazione *all'interno di quello Stato*. Pertanto, se inizialmente la sovranità territoriale dello Stato aveva subìto una compressione con riguardo al trattamento degli stranieri, dalla seconda metà del secolo scorso si è assistito ad una *progressiva ed inesorabile erosione del dominio riservato* dovuta all'affermazione di norme internazionali di tutela dei diritti umani applicabili all'intera comunità statale e senza distinzione tra cittadini, stranieri e apolidi ([222]).

139. (*Segue*) Dominio riservato e sistema economico e sociale di uno Stato. — Allo stesso modo, l'*organizzazione economica e sociale di un Paese* sembra rientrare automaticamente nel proprio dominio riservato poiché ritenuta uno degli elementi costitutivi della sua sovranità interna ([223]). Tuttavia, non di rado capitano casi di Paesi in difficoltà che ricevono la necessaria assistenza da parte di istituzioni monetarie o finanziarie internazionali come il FMI o la BIRS; per tacere delle "condizionalità" previste dal *Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità* (MES) in seno alla UE. In tal caso, quegli stessi Stati si trovano successivamente obbligati ad attuare delle politiche economiche e sociali congiunturali o persino strutturali in quanto l'assistenza necessitata viene condizionata da quelle OIG all'adozione di tali misure. Si può ancora seriamente affermare, in tale contesto, che quei Paesi mantengano un "dominio riservato" in tali ambiti? È lecito dubitarne ([224]).

140. Una questione essenzialmente politica. — Il "dominio riservato" ha carattere *contingente* e, tutto sommato, *illusorio*. Si tratta di una questione eminentemente politica più che tecnico-giuridica: nessun ambito appartenente al "dominio riservato", qualsiasi esso sia, è destinato *per sua natura* a rimanere per sempre al di fuori del campo di applicazione del diritto internazionale.

2. — Le immunità degli Stati stranieri

Bibliografia sommaria: D. Anzilotti, "L'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione. Saggio di critica e di ricostruzione", in *Riv. dir. int*., 1910, p. 473 ss.; A. Weiss, "La compétence ou l'incompétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers", in *RCADI*, 1923-I, v. 1, p. 521-551; G. G. Phillimore, "Immunités des Etats au point de vue de la juridiction ou de l'exécution forcée", in *RCADI*, 1925-III, v. 3, p. 343-412;

([222]) Cfr. ad es. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 209 ss.

([223]) V. al riguardo la già citata Dichiarazione dell'Assemblea Generale ONU del 24 ottobre 1970 relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati (in *Riv. dir. int.*, 1971, p. 280 ss.).

([224]) Per degli esempi, fin dagli anni Settanta, si veda la *Chronique de Droit international économique*, in *AFDI*, 1977, pp. 698-699, 1978, p. 659, 1979, p. 634. Per altri esempi v. J. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, ed. it., Torino, Einaudi, 2018.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 93 SESS: 68 USCITA:

R. Quadri, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941; H. Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunity of Foreign States", in *BYIL*, 1951, p. 220-272; J.F. Lalive, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", in *RCADI*, 1953-III, t. 84, p. 205; G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, Cedam, 1954, p. 187 ss.; M. Panebianco, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed. cit., p. 616 ss.; R. Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972; R. Clerici, "Giurisdizione sugli Stati stranieri e rapporti di lavoro con enti culturali esteri", in *Riv. dir. int.priv.proc.*, 1979, p. 251 ss.; I. Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", in *RCADI*, 1980-II, v. 167, p. 113-284; I. Seidl-Hohenveldern, *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales*, IHEI, Paris, Pedone, 1981; J. A. Grant, "Thinking the unthinkable: attaching a State's assets", *IFLR* oct. 1984, p. 15; P. Trooboff, "Foreign State immunity: emerging consensus on principles", in *RCADI*, 1986, vol. 200, p. 135; *Oppenheim's International Law*, R. Jennings & A. Watts eds., 9ª ed., London, 1992, p. 341-376; L. Radicati di Brozolo, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano, 1992; A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers", in *RCADI*, 1994, v. 247, p. 9 ss.; I. Pingel, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997; M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Paris, Pedone, 1996; P. De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè, 1996; M. Iovane, "Stato straniero (Immunità dall'esecuzione dello)", in *Enc. Giur*., 2001; Trooboff, "State immunity in civil proceedings for serious violations of human rights", *EJIL*, 2007, p. 903; I. Pingel (dir.), *Droit des immunités et exigence du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004; Ronzitti e Venturini (dir.), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Padova, Cedam, 2008; E. Sciso, "Italian Judge's point of view on Foreign States' Immunity", in *Vand. J. Trans. L*., 2011, p. 1201 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, "Il rapporto tra norme di *jus cogens* e la regola sull'immunità degli Stati", *DUDI*, 2012, p. 310 ss.; H. Fox, P. Webb, *The Law of State Immunities*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2013; Pisillo Mazzeschi, "Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)", in *Enc. Dir*., Annali, VII, 2014, p. 735 ss.; R. O'Keefe, C.Tams, A.Tzanakopoulos (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, Oxford, OUP, 2013; J. Ziegler, *Introduction au droit international public*, 3ª ed., cit., p. 289 ss.; C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 865 ss.; A. Cassese, *Diritto internazionale*, 3 ed., cit., p. 133 ss.; *Brownlie's Principles of Public International Law*, J. Crawford (ed.), 9ª ed., Oxford, OUP, 2019, p. 470 ss.; A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3ª ed., cit., p. 443 ss.; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 349 ss.; A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit., p. 117 ss.; N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 149 ss.; R. Luzzatto, I. Queirolo, "Sovranità territoriale, 'jurisdiction' e regole di immunità", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 183-227; M. Shaw, *International Law*, 9ª ed., cit., pp. 601 ss.; I. Caracciolo, U. Leanza, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte speciale*, cit., p. 38 ss.; C. Focarelli, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 386 ss..

141. Considerazioni introduttive: dei privilegi di Stato. — Da secoli, alcuni individui in quanto *organi di Stati esteri*, quali sono gli agenti diplomatici, beneficiano di ampie esenzioni dalla giurisdizione dello Stato territoriale in cui si trovano stabilmente ad operare. Si giustifica tradizionalmente tale eccezione in quanto le persone rientranti in questa particolare categoria di "rappresentanti dello Stato" esercitano un ruolo cruciale nelle relazioni internazionali. Da un punto di vista giuridico, ciò si traduce in norme internazionali sulle *immunità* che possono coprire anche delle attività non strettamente funzionali, cioè a dire che possono comportare anche delle *immunità personali.*

Così, sin da tempi immemorabili, il diritto internazionale generale ha previsto un complesso di norme relativo al trattamento che ciascuno Stato è tenuto ad accordare agli altri Stati ed ai loro organi. Dai principi fondamentali della *sovrana eguaglianza tra gli Stati* e della loro *indipendenza* è logicamente disceso quello dell'*immunità (State Immunity)* di ciascuno Stato e dei suoi organi dalla giurisdizione di uno Stato straniero. Agli obblighi internazionali dello Stato territoriale relativi al trattamento di organi stranieri corrispondono quindi dei diritti soggettivi internazionali dello Stato al quale ciascun organo appartiene.

Si tratta di obblighi concernenti l'*esenzione di uno Stato straniero dalla giurisdizione del giudice interno* di un altro Stato (c.d. *immunità giurisdizionale dello Stato*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 94 SESS: 68 USCITA:

straniero — Immunity from Jurisdiction) (225). Ciò si traduce concretamente, in alcuni *privilegi* processuali che gli Stati si riconoscono reciprocamente allo scopo di proteggere le loro competenze e quindi la sovranità di ciascuno sicché, dal punto di vista dello Stato del foro, si tratta di veri e propri *limiti all'esercizio della propria potestà giurisdizionale.*

E dunque il rapporto di immedesimazione organica fa sì che i medesimi privilegi dello Stato complessivamente considerato si estendano a beneficio di alcuni individui-organo di Stati esteri quali, ad esempio, i Capi di Stato e di Governo e i Ministri degli affari esteri. Se vale l'immunità, ne segue, in linea di principio, che i soggetti di cui sopra non possono essere sottoposti ad alcun procedimento né civile, né penale, né amministrativo, dinanzi ai tribunali del Paese in cui si trovano e, *a fortiori*, la loro persona e i loro beni non possono essere sottoposti al processo esecutivo di diritto comune (226) od altre misure coercitive.

Va, peraltro, osservato subito che *lo Stato può proporre l'eccezione di immunità allorquando è convenuto in giudizio ma non quando ha promosso il giudizio*. Come ha indicato Morelli "[l']immunità giurisdizionale, come speciale trattamento accordato a favore di dati soggetti, esclude soltanto la possibilità che il soggetto, il quale gode della immunità sia convenuto in giudizio e non pure la possibilità che il soggetto stesso si faccia attore in giudizio; essa riguarda la possibilità di essere soggetto passivo dell'azione e non tocca per nulla la possibilità di esserne, invece, soggetto attivo" (227). Ciò viene oggi esplicitato all'art. 8 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni — di cui si dirà dappresso — ai sensi del quale:

> "[u]no Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale in un procedimento davanti a un tribunale di un altro Stato se: *a*) *ha promosso* esso medesimo il procedimento; o *b*) *è intervenuto* nel merito del procedimento o *vi ha partecipato in qualche modo*. Tuttavia, se dimostra al tribunale di aver potuto avere conoscenza di fatti su cui una domanda d'immunità può essere fondata soltanto dopo aver partecipato al procedimento, lo Stato può invocare l'immunità sulla base di tali fatti, a condizione che lo faccia senza indugio" (corsivo aggiunto).

Quale ultima considerazione introduttiva, va osservato che la rilevanza pratica della materia delle immunità degli Stati stranieri è tale che, nel nostro tempo, ha formato oggetto di numerosi ed importanti contenziosi — sia a livello nazionale che internazionale — e pertanto ha formato oggetto di crescente attenzione anche da parte degli avvocati.

---

(225) Cfr. I. Caracciolo, U. Leanza, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte speciale*, cit., p. 33 ss. "se tutti gli Stati sono egualmente sovrani, allora è impossibile, dal punto di vista non solo giuridico ma anche politico, che gli organi giurisdizionali di uno Stato possano giudicare gli atti e i comportamenti di un altro Stato. Ciò infatti si risolverebbe in una contraddizione e nella negazione della sovranità stessa. Questo concetto è espresso in termini chiari nel noto brocardo: par in parem non habet judicium". Cfr. A. Cassese, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 136: "[l'immunità] costituisce il riflesso del principio della separazione dei poteri, in virtù del quale le autorità giudiziarie di uno Stato non possono interferire nella condotta della politica estera del proprio Stato, ai cui organi politici centrali (governo e Parlamento) spetta, attraverso gli strumenti tradizionali di condotta delle relazioni internazionali, e nel rispetto dei principi e delle regole del diritto internazionale, prendere posizione riguardo alle attività poste in essere da Stati stranieri".

(226) Osserva Gioia (*Diritto internazionale*, 5a ed., Milano, 2015, p. 261) che "Dal momento che, fino ad epoca recente, non era nemmeno concepibile l'esercizio della giurisdizione penale nei confronti delle persone giuridiche, la norma riguarda tradizionalmente la giurisdizione civile".

(227) G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, Cedam, 1954, p. 188 s.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 95 SESS: 68 USCITA:

Il sempre più frequente coinvolgimento degli Stati in *attività di carattere commerciale* ([228]) solleva, infatti, delicati problemi di individuazione degli esatti confini della loro sfera d'immunità dalla giurisdizione di cognizione, dalle misure cautelari ed esecutive, sia dinanzi ai giudici nazionali che agli arbitri internazionali. Infatti, la questione dell'immunità di uno Stato (e quindi quella di un Capo di Stato o di Governo) può presentarsi oggi sia dinanzi ai *giudici di un altro Stato*, sia in un *tribunale internazionale*, valendo in pieno solo nel primo caso.

142. La Convenzione ONU del 2 dicembre 2004 e il suo (momentaneo) valore consuetudinario. — La materia *dell'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione e dalle misure cautelari ed esecutive* non gode di un unico regime giuridico internazionale uniforme. Pertanto, l'Assemblea Generale dell'ONU, il 2 dicembre 2004, ha adottato la *Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni* ([229]), la quale deriva, in parte, dai lavori e dalle proposte avanzate dalla CDI dell'ONU che aveva studiato e discusso tale questione per oltre trent'anni. L'Italia ha aderito a detta Convenzione nel 2013 (a seguito di autorizzazione data con L. 14 gennaio 2013, n. 5), ma in mancanza del numero di ratifiche sufficienti, la Convenzione non è ancora internazionalmente in vigore e pertanto non è applicabile, *proprio vigore*, dinanzi ai giudici italiani.

Senonché, è principio consolidato in diritto internazionale che alcune norme di un trattato non ancora in vigore possono già avere forza vincolante se riflettono il diritto internazionale consuetudinario, sia che "codifichino" quest'ultimo, sia che diano luogo a nuove norme consuetudinarie ([230]).

A tal proposito, in tre recenti sentenze, *la Corte EDU ha attribuito valore vincolante ad alcune norme — ad es. all'art. 11 — della predetta Convenzione di New York nella misura in cui si tratti di codificazione di norme consuetudinarie* ([231]).

In precedenza, *a livello regionale*, era stata elaborata una Convenzione di Basilea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972, promossa dal Consiglio d'Europa ([232]), ma tale Convenzione è entrata in vigore solo tra un esiguo numero di Stati e l'Italia non l'ha nemmeno ratificata.

([228]) In argomento v. F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 66 ss.

([229]) La Convenzione di New York, si compone di un preambolo e di trentatré articoli suddivisi in sei parti. La parte prima (articoli 1-4) fissa gli scopi generali della Convenzione e contiene disposizioni relative all'uso dei termini impiegati nel trattato ed all'ambito di applicazione dello stesso. La parte seconda (articoli 5-9) è dedicata ai princìpi generali in materia di immunità dalla giurisdizione e detta le modalità pratiche attraverso le quali operano i suddetti princìpi. La parte terza (articoli 10-17) disciplina le ipotesi in cui l'immunità non può essere invocata dallo Stato convenuto. La parte quarta (articoli 18-21) detta norme in materia di immunità dalle misure di esecuzione e dalle misure cautelari riguardanti beni di proprietà dello Stato straniero o crediti ad esso riferibili. La parte quinta (articoli 22-24) prevede disposizioni di natura procedurale. Infine, la parte sesta contiene clausole finali, tra le quali spicca per importanza quella relativa al sistema di soluzione delle controversie. Alla Convenzione è annesso un allegato contenente un'intesa recante un'interpretazione concordata di alcune disposizioni della Convenzione stessa. L'allegato costituisce parte integrante della Convenzione (articolo 25).

([230]) V. in proposito il caso della *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, *Rec*., 1969, p. 41, § 71.

([231]) Corte EDU, *Cudak c. Lituania* del 23 marzo 2010; *Guadagnino c. Italia e Francia*, del 18 gennaio 2011 e *Sabeh El Leil c. Francia* del 29 giugno 2011 su cui v. *infra*. La CIG, nel caso *Germania c. Italia* di cui alla sentenza del 3 febbraio 2012, su cui si dirà tra breve, in luogo di confermare la natura consuetudinaria tanto della Convenzione di europea del 1972, quanto della Convenzione ONU del 2004, si è limitata ad osservare che, al momento della sua decisione, la prima convenzione non era stata ratificata dall'Italia e la seconda da nessuna delle parti in causa.

([232]) In argomento vedi l'articolo di M.O. WIEDERKER in *AFDI*, 1974, p. 924.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 96 SESS: 68 USCITA:

Anche in relazione a quest'ultimo trattato, va precisato che, pur non essendo in vigore per l'Italia, e quindi non essendo, *proprio vigore*, vincolante per il giudice italiano, nulla toglie che, come osservato a proposito della Convenzione di New York del 2004, anche la Convenzione di Basilea possa essere presa come punto di riferimento per l'individuazione di una norma di diritto consuetudinario, e pertanto, vincolante per l'Italia. Così ha fatto la Cassazione italiana indicando che la predetta Convenzione di Basilea: "assume il carattere di documento quantomeno ricognitivo del diritto consuetudinario internazionale in ordine al progressivo restringimento dell'area di immunità degli Stati" ([233]).

A differenza della Convenzione europea del 1972, che regola i casi in cui uno Stato straniero *non può* invocare l'immunità per giungere all'immunità quale fattispecie residuale, la Convenzione di New York, invertendo l'ordine, enuncia l'immunità quale norma generale per poi indicare le fattispecie tipiche ove è eccezionalmente ammesso l'esercizio della giurisdizione (c.d. *metodo della lista*).

In conclusione, la materia dell'immunità degli Stati esteri viene attualmente regolata, *sia dal diritto internazionale consuetudinario a livello di "grandi principi" sia, soprattutto, dal diritto interno dei singoli Stati a livello di operatività pratica.*

A tale riguardo, va sottolineato che, con riferimento al contenzioso dinanzi al giudice interno, le norme nazionali in materia di immunità degli Stati esteri vanno ricercate, nella maggior parte dei Paesi, nella legislazione e nella giurisprudenza dei giudici interni. Nei principali Paesi di *Civil Law*, la fonte di cognizione è costituita dalla giurisprudenza, mentre i più importanti Paesi di *Common Law* — contrariamente ad un luogo comune in diritto comparato! — hanno da tempo intrapreso uno sforzo di codificazione adottando una specifica legislazione *in subiecta materia*: Stati Uniti (1976), Regno Unito (1978), Canada (1982), Australia (1985) e Singapore (1985) ([234]).

([233]) Cass., SS.UU., 20 ottobre 1995, n. 10932, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 807. In dottrina, milita a favore della medesima tesi — che non ci pare affatto da tutti condivisa — *Oppenheim's International Law*, cit., 343. Secondo noi, qualora oggi il giudice italiano dovesse consultare le due convenzioni in materia di immunità, data la loro parziale difformità, la soluzione preferibile è quella di riferirsi, solo alla Convenzione di New York del 2004 quale punto di riferimento per l'identificazione di norme di diritto internazionale consuetudinario già vigenti nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 10 Cost.. La Convenzione europea del 1972, oltre ad avere vocazione regionale e bassa partecipazione di Stati è stata conclusa in epoca diversa e, come si è detto, non è stata nemmeno ratificata dall'Italia. La Convenzione di New York del 2004, è stata ratificata dall'Italia, è il frutto di lunghi lavori anche di carattere ricognitivo della Commissione di diritto internazionale dell'ONU, ed ha superato il vaglio dell'Assemblea Generale dell'ONU. Pertanto, costituisce un punto di riferimento assai più rappresentativo, capace di riflettere molto meglio lo stato del diritto consuetudinario oggi vigente.

([234]) Nella Relazione al d.d.l. di ratifica della Convenzione di New York si legge infatti che "L'Italia non possiede, al pari di molti altri Stati e a differenza di Stati Uniti, Gran Bretagna, Australia, Canada, Pakistan, Singapore e Sudafrica, una legislazione interna specifica sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni. Nel nostro sistema è vigente solamente la legge 98/2010, che non prevede regole sostanziali sull'immunità, ma si limita a prescrivere la sospensione delle misure esecutive a loro carico (e a carico di organizzazioni internazionali) nelle more di procedimenti davanti a istanze giurisdizionali internazionali. Conseguentemente, la norma sull'immunità dello Stato straniero e dei suoi beni rispetto alla giurisdizione dei tribunali italiani ha avuto sinora natura consuetudinaria, trovando il proprio fondamento in un principio di diritto internazionale generale accolto nell'ordinamento italiano per il tramite dell'articolo 10, comma 1, della Costituzione, disposizione di adattamento automatico alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute...Tenuto conto però della necessità di bilanciare l'obbligo dello Stato del foro di non intralciare o impedire l'esercizio delle funzioni pubbliche dello Stato straniero, con l'obbligo dello Stato straniero di rispettare le leggi dello Stato del foro, la giurisprudenza interna di alcuni Stati, tra cui l'Italia, ha progressivamente ristretto l'ambito di operatività dell'immunità statale, *ab origine* concepita come

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 97 SESS: 68 USCITA:

143. L'immunità dalla giurisdizione di cognizione e da quella cautelare ed esecutiva. — Occorre fare una distinzione fondamentale tra l'immunità dalla *giurisdizione di cognizione*, da una parte, e l'immunità dalla *giurisdizione cautelare* ed *esecutiva (Immunity from Enforcement)*, dall'altra, tenendo presente che la seconda ha ricevuto generalmente un'interpretazione più restrittiva della prima: una cosa è giudicare uno Stato straniero, altra cosa è assoggettare i beni di quest'ultimo al processo esecutivo, e cioè a misure coercitive! È chiaro che il *vulnus* alla sovranità dello Stato è maggiore nel secondo caso rispetto a quanto avviene nel primo.

I.) *L'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero*

144. — Il fondamento dell'istituto giuridico dell'immunità dalla giurisdizione è chiaro: si tratta di preservare l'uguaglianza tra Stati sovrani. Tuttavia, il contenuto preciso della regola dell'immunità e gli effetti della stessa possono variare nello spazio e nel tempo.

i. Un fondamento giuridico chiaro: la sovranità dello Stato

145. La "coppia" sovranità — uguaglianza degli Stati. — Se gli Stati sono sovrani significa che non esiste alcuna autorità superiore ad essi: sono, dunque, posti, in diritto internazionale, su uno stesso piano. Di conseguenza, uno Stato A non può sottoporre un altro Stato B alla sua giurisdizione: se lo Stato B fosse soggetto alle leggi ed ai tribunali dello Stato A, la regola dell'uguaglianza verrebbe violata. Tale norma consuetudinaria si esprime con il noto brocardo *par in parem non habet iudicium* ([235]). In altre parole: tra eguali non ci si giudica. Tale regola si è storicamente affermata nella giurisprudenza interna degli Stati, dando vita ad una norma di diritto internazionale generale, com'è stato riconosciuto anche dalla CIG nella sentenza del 3 febbraio 2012, sul *caso dell'immunità giurisdizionali degli Stati* (*Germania c. Italia*) ([236]) su cui si dirà più avanti.

Così, in una controversia tra il Governo spagnolo e *Lambège e Pujol*, la Corte di Cassazione francese, in una pronuncia del 21 gennaio 1849, osservò che: "L'indipendenza reciproca degli Stati è uno dei principi più universalmente riconosciuti del diritto delle genti...Da tale principio consegue che un Governo non può essere soggetto, per gli impegni che si assume, alla giurisdizione di uno Stato straniero" ([237]).

---

un'immunità di tipo assoluto, ossia priva di eccezioni, e progressivamente intesa quale immunità ristretta o relativa. Tanto che oggi è pacifico che per il diritto internazionale consuetudinario l'immunità dalla giurisdizione civile vige soltanto per gli atti che lo Stato straniero compie jure imperii, esercitando cioè i suoi poteri sovrani, e non anche per gli atti compiuti jure privatorum o jure gestionis, ossia agendo come se fosse un privato".

([235]) O, secondo un altro brocardo, più significativo: *par in parem non habet imperium.*

([236]) CIG, 3 febbraio 2012, *caso dell'immunità giurisdizionali degli Stati*, Germania c. Italia, *Rec.*, 2012, punto 58: "La Corte ritiene che la norma dell'immunità di Stato occupi un posto importante nel diritto internazionale e nelle relazioni internazionali. Essa deriva dal principio dell'uguaglianza sovrana degli Stati, che, come chiarisce l'art. 2, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite, è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico internazionale. Questo principio va considerato insieme al principio secondo il quale ciascuno Stato possiede la sovranità sul proprio territorio e che da tale sovranità scaturisce la giurisdizione dello Stato sugli eventi e sulle persone all'interno di tale territorio. Le eccezioni all'immunità dello Stato rappresentano una deroga al principio dell'uguaglianza sovrana. L'immunità può rappresentare una deroga al principio della sovranità territoriale e alla giurisdizione che ne deriva".

([237]) S. 1849, I, 81; D.P. 1849, I, 5.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 98 SESS: 68 USCITA:

Si tratta di esempi in cui le Corti hanno rilevato un'***immunità assoluta*** di uno Stato straniero dalla giurisdizione di un altro Stato.

ii. Un contenuto incerto

146. Le questioni fondamentali. — Una triplice incertezza pervade l'interprete allorquando volge lo sguardo alla materia dei *limiti dell'immunità* dalla giurisdizione di uno Stato straniero. Tale materia, infatti, richiede una attenta valutazione, sia dei *beneficiari dell'immunità* in questione — **immunità *ratione personae***, ovvero, detta all'inglese *the immunity for what you are* — (a); sia degli *atti* coperti dall'immunità — **immunità *ratione materiae***, ovvero: *the immunity for what you do* — (b). Con il passare del tempo, però, si è assistitito alla progressiva generalizzazione del principio dell'*immunità ristretta* in quei casi in cui gli Stati operino alla stregua di un qualunque operatore privato (c.d. atti *jure gestionis*). La riduzione della sfera delle immunità viene oggi sollecitata anche in quei contenziosi ove viene evocata per sfuggire alle conseguenze della violazione di norme di *jus cogens* (c).

a) *I beneficiari: l'immunità* rationae personae *(immunità personale)*

147. Immunità degli Stati e degli organi di Stati stranieri. — *Le attività poste in essere da un individuo-organo di Stato* nell'esercizio delle proprie funzioni non sono, in linea di principio, attività di quel dato individuo bensì *sono attività dello Stato*. Ed allora, occorre considerare l'immunità dalla giurisdizione come un privilegio del solo *Stato centrale* oppure riguarda anche altri enti pubblici? Si può affermare che tale privilegio si estende ugualmente alle *suddivisioni amministrative e politiche dello Stato, agli enti pubblici ed alle società che tale Stato controlla*?

148. Esclusione degli enti privi di sovranità. — Solo lo Stato-apparato, in quanto titolare di un potere sovrano, beneficia dell'immunità dalla giurisdizione ([238]). Di conseguenza, l'immunità non si estende, *sic et simpliciter*, ad altri enti pubblici — territoriali e non territoriali, centrali o periferici — privi di "sovranità" come, ad esempio, le Città (metropolitane e non), le Regioni, le Agenzie o le Aziende autonome.

Ad **esempio**, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico francese *solo l'Amministrazione centrale dello Stato, inclusa la Banca centrale, beneficia dell'immunità dalla giurisdizione* ([239]). Per contro, le altre articolazioni di uno Stato straniero non beneficiano, in generale, di alcuna immunità dalla giurisdizione ([240]). L'immunità si può estendere, invece, a quegli enti pubblici

---

([238]) Cfr. ad es. R. Luzzatto e I. Queirolo, ("Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità", cit., p. 189: "Laddove... ci si trovi di fronte ad un vero e proprio Stato come definito dal diritto internazionale, l'immunità compete non solo all'apparato centrale, identificato nelle istituzioni esercitanti il potere legislativo, giudiziario ed esecutivo, ma anche a tutte le strutture e gli enti cui è attribuito l'espletamento di funzioni sovrane". V. Altresì F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 9 ed., Torino, Utet, 2020, p. 165 ss.

([239]) Cass. civ. 121 Ch. 19 maggio 1976, *Banque du Japon*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1977, p. 359, con una nota di Batiffol, e in *RGDIP*, 1977, p. 334 con una nota di Rousseau.

([240]) V. Cass. civ., 18 novembre 1986; *Banque Camerounaise de développement c. Société des Etablissements Robber*, in *JCP* 1987. II, 20909 con una nota di Nicod, *Clunet* 1987, p. 632 con una nota di Ph. Kahn. Cfr. Tuttavia Cass. civ. 1, 2 maggio 1990, *Société nationale iranienne du gaz c. Soc. pipeline service et autre*, in *RCDIP*, 1991, p. 140 con una nota P. Bourel.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 99 SESS: 68 USCITA:

nazionali che esercitano particolari funzioni di governo come, ad esempio, le banche centrali straniere.

Così, in Italia, sia pure nel peculiare contesto dei rapporti con la Santa Sede, la Corte di Cassazione ha concluso che l'immunità garantita dall'art. 11 del Trattato lateranense non è invocabile dalla *Pontificia Università Gregoriana*, in quanto quest'ultima non è annoverabile tra gli "enti centrali della Chiesa cattolica" esentati da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano ([241]).

In breve, si riflettono in questa materia le considerazioni a proposito della nozione di Stato nel diritto internazionale, di cui si è già detto, nonché quelle in materia di responsabilità internazionale dello Stato di cui si dirà al Cap. XVI. In tutti questi casi, il diritto internazionale attribuisce rilevanza allo ***Stato-apparato***, ed in particolare all'organizzazione di governo effettiva dello Stato, fatto questo che può anche prescindere dall'esistenza di enti che godano di una personalità giuridica distinta da quella dello Stato in base al diritto interno.

Pertanto, la precitata Convenzione ONU del 2004 ha opportunamente precisato, all'art. 2, par. 1, lett. *b*), che il termine "*Stato*" designa:

> "lo *Stato* e i suoi *diversi organi di governo*, le *componenti di uno Stato federale* o le suddivisioni politiche dello Stato abilitate a compiere atti nell'esercizio dell'autorità sovrana e che agiscono a tale titolo, stabilimenti o organismi statali o altri enti abilitati a compiere e che effettivamente compiono atti nell'esercizio dell'autorità sovrana dello Stato, i *rappresentanti dello Stato che agiscono a tale titolo*" ([242]).

La Convenzione *de qua* lascia ovviamente impregiudicate le immunità di cui beneficia uno Stato per quanto concerne l'esercizio delle funzioni diplomatiche, consolari e speciali; delle sue missioni presso conferenze o OIG, di quelle personali dei Capi di Stato, di quelle concernenti gli aeromobili e gli oggetti spaziali, nonché (art. 16, par. 2) delle navi da guerra e delle navi pubbliche utilizzate esclusivamente per attività pubbliche non commerciali.

Detta Convenzione è però *priva di effetti* in relazione ai *procedimenti penali*. Infatti, non solo tale accordo limita espressamente il suo ambito di applicazione ai procedimenti "civili", ma tale esclusione è ribadita anche nella Ris. n. 53/38 con la quale l'Assemblea generale dell'ONU invita gli Stati a ratificare la Convenzione (punto 2 della risoluzione).

In breve, sembra ancora valida l'osservazione della Corte EDU secondo la quale "il riconoscimento dell'immunità sovrana ad uno Stato nei procedimenti civili persegue il legittimo scopo di rispettare il diritto internazionale al fine di promuovere la cortesia e le buone relazioni tra gli Stati attraverso il rispetto della sovranità di un altro Stato" ([243]).

149. L'approccio dei Paesi di Common Law. — Per quanto riguarda i Paesi di *Common Law*, va notato che questi ammettono, in via generale, che altri enti pubblici,

---

([241]) Sicché la controversia inerente al rapporto di lavoro di un dipendente della detta Università, nella specie un collaboratore di biblioteca, non poteva essere sottratto alla giurisdizione del giudice italiano non potendo considerarsi espressione di una potestà *jure imperii*.

([242]) Corsivo aggiunto. E cfr. gli artt. 27-28 della Convenzione europea del 1972 la cui soluzione è parzialmente difforme.

([243]) Corte EDU, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, punto 54.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 100 SESS: 68 USCITA:

diversi dall'amministrazione centrale dello Stato, beneficino dell'immunità dalla giurisdizione.

È quanto avviene, ad esempio, nella legislazione statunitense. Qui, godono dell'immunità dalla giurisdizione sia lo Stato centrale che le sue suddivisioni politiche territoriali oltre agli enti posseduti o controllati dal governo centrale straniero (siano enti pubblici o imprese nazionali) ([244]). Per quanto riguarda poi l'immunità degli organi di vertice di Stati stranieri, l'approccio sembra tendenzialmente in linea con quello dei Paesi di Civil Law ed anzi un po' più ampio come dimostra l'art. 20 del *UK State Immunity Act 1978.*

150. Sanzioni ONU e perdita del beneficio dell'immunità. — Un'altra particolare fattispecie si verifica allorquando uno Stato è oggetto di *sanzioni* da parte del Consiglio di sicurezza dell'ONU ai sensi del Capo VII della Carta. *In tali circostanze, ci si può chiedere se uno Stato perda, in virtù dello stesso diritto internazionale, la legittimazione ad invocare a suo favore le immunità dalla giurisdizione e dalle misure esecutive che normalmente sono ad esso riconosciute*. Sul punto, alcuni tribunali francesi hanno dato una risposta positiva a tale quesito e con riferimento all'Iraq, in merito alle sanzioni che erano state imposte a quest'ultimo Stato dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU all'epoca della prima guerra del Golfo ([245]). Si tratta, tuttavia, di una questione ancora aperta su cui occorrerà attendere il consolidamento della prassi degli Stati.

Orbene, pur se tali considerazioni generali sono di facile comprensione teorica, si registrano, nella prassi, delle oscillazioni giurisprudenziali comparando la giurisprudenza dei diversi Stati.

151. Possibilità e frequenza delle rinunce all'immunità. — Va da sé che uno Stato straniero ha sempre la possibilità, in virtù della propria sovranità, di *rinunciare all'immunità dalla giurisdizione di cognizione* e di accettare così di essere convenuto dinanzi ai tribunali di un altro Stato. Ma una tale rinuncia non può essere facilmente presunta.

La Convenzione di New York del 2004, nel ribadire il principio dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato estero e dei suoi beni, indica subito che trattasi di una regola derogabile in caso di domanda riconvenzionale o con il consenso dello Stato estero, che può essere espresso non solo in un accordo internazionale, ma anche in un contratto scritto.

A tale riguardo, va notato che una tale prassi è particolarmente diffusa ogni qualvolta uno Stato effettua *operazioni economiche internazionali*. Il dato non deve sorprendere: infatti i contratti economici internazionali (contratti di prestito, forniture di beni e servizi...) contengono sistematicamente una clausola in base alla quale il "partner statale" rinuncia ad invocare ogni sua immunità nei confronti della "parte privata" per tutte le controversie relative all'esecuzione del contratto in questione; si tratta dunque di un "*sine qua non*" a cui si piegano tutti i Paesi, siano essi ad economia capitalista, socialista o in via di sviluppo e qualunque sia la loro concezione in materia di immunità dalla giurisdizione.

([244]) *The Foreign sovereign immunities act* 1976, in *ILM*, 1976, p. 1388, con un commento di G. R. Delaume, in *AJIL*, 1977, p. 399 nonché di C. N. Brower ed altri in *AJIL* 1979, p. 200 ss.

([245]) C. Cass. 15 luglio 1999, *Société Dumez GTM c. Irak* e, sul rinvio, C.A. Paris, 20 febbraio 2002, *Irak c. Société Dumez GTM*, in *RGDIP*, 2003, p. 1008. *Contra* v. però C. cass. 1 Civ., 25 aprile 2006, *Etat irakien c. Société Dumez GTM S.A.*, D. 2006, I.R. 1335.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 101 SESS: 68 USCITA:

Un riflesso di tali principi si trova nella Legge di diritto internazionale privato svizzera (LDIP) all'art. 177, il quale, al par. 2, stabilisce che:

"Uno Stato, un'impresa dominata da uno Stato o un'organizzazione controllata da uno Stato non può, in quanto parte, invocare il proprio diritto per contestare la compromettibilità della causa oggetto del patto di arbitrato o la propria capacità di essere parte nel procedimento arbitrale".

Il che significa, ancora una volta che, se uno Stato rinuncia alla propria immunità dalla giurisdizione accettando una clausola arbitrale nel contratto che lo lega ad un soggetto privato, non potrà più sollevare l'eccezione di inarbitrabilità soggettiva. E data la frequenza con cui si celebrano arbitrati misti (ossia tra Stati e privati stranieri) a Ginevra, l'esempio svizzero appare assai emblematico e moderno.

152. Immunità dei Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri stranieri dinanzi al giudice di uno Stato straniero. — Accanto all'immunità dalla giurisdizione dello Stato e di quella degli *agenti diplomatici e consolari* (di cui abbiamo già parlato), occorre soffermarsi sull'immunità degli organi di vertice degli Stati stranieri quali i *Capi di Stato, i Capi di Governo e i Ministri degli esteri*, come si evince dall'art. 3, par. 2, della Convenzione di New York del 2004 ([246]).

*La qualifica di "**organo dello Stato**" va fatta in base all'ordinamento giuridico dello Stato per cui l'organo agisce e non in base alla* lex fori ([247]) e le immunità personali del Capo di Stato comprendono sia ***l'inviolabilità personale*** (quindi l'esenzione da fermo e arresto di polizia ed ogni altra misura coercitiva), che ***l'immunità dalla giurisdizione penale e civile*** *rispetto a giudici stranieri*, la quale copre anche le ***attività private***, ossia, anche quelle che fuoriescono dalla sfera dell'immunità funzionale. Si riconosce agevolmente che tali privilegi equivalgono a quelli riconosciuti agli agenti diplomatici (in part. al Capo missione) ed infatti, nel territorio di un dato Stato straniero, è logico che l'organo interno di un altro Stato venga tutelato almeno quanto l'organo esterno — l'agente diplomatico — dello stesso Stato ([248]). Si ritiene che lo stesso valga anche per il Capo del Governo e per il Ministro degli affari esteri.

([246]) Testualmente: "La presente Convenzione non pregiudica nemmeno i privilegi e le immunità che il diritto internazionale riconosce *ratione personae* ai capi di Stato".

([247]) Nello stesso senso, N. Ronzitti, il quale segnala che tale qualificazione non è correttamente avvenuta da parte delle Corte Suprema indiana nel ***caso dei "due marò"*** e relativo a due soldati italiani della Marina militare (con qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria) in servizio anti-pirateria sulla nave *Enrica Lexie*, accusati dai giudici indiani di avere ucciso due pescatori indiani scambiati per pirati. I militari vennero arrestati in India ed ivi sono stati illegittimamente trattenuti per anni con l'accusa di omicidio. Un tribunale arbitrale istituito in base all'Annesso VII UNCLOS, ha finalmente statuito il 21 maggio 2020, confermando l'immunità funzionale dei due militari dalla giurisdizione penale indiana ma...riservando all'India un'adeguata riparazione nelle forme della soddisfazione e del risarcimento. Si tratta di una vicenda tragica ma piena di luci e di ombre. Stupisce anche che l'Italia si sia fatta assistere in giudizio arbitrale da una manciata di giuristi italiani insieme a molti e costosi avvocati appartenenti a studi legali inglesi (persino alcuni ex membri del *Foreign Office* del Regno Unito che è il servizio giuridico di uno Stato estero con un passato coloniale in India); non dall'Avvocatura dello Stato o da altri giusinternazionalisti italiani, a cominciare dagli specialisti di diritto del mare. Ed ancor più colpisce il lodo pronunciato dagli arbitri, risultato che, invece di brillare per l'alto livello tecnico del diritto internazionale, risolve in modo equitativo — per non dire approssimativo — tale controversia. In arg. v. per tutti N. Ronzitti, "Il caso della Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India", in *Riv. dir. int.*, 2020, p. 937 ss. ed al sito internet della PCA https://pca-cpa.org/en/cases/117/.

([248]) Esplicito in tal senso l'art. 20 dello *UK State Immunity Act* 1978: "Heads of State. — (1)Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 102 SESS: 68 USCITA:

Senonché, a differenza di quanto avveniva in passato, ove il Monarca e gli organi supremi di uno Stato si recavano molto raramente all'estero — di qui la loro natura di *organi interni* dello Stato a differenza degli agenti diplomatici che svolgevano appunto la funzione di *organi esterni* permanenti dello Stato —, la situazione è radicalmente mutata nel nostro tempo ([249]). Basti pensare ai numerosi *summit* mondiali, quali il G7, divenuto G20, ed ai frequenti viaggi all'estero degli organi di vertice degli Stati per i più vari motivi (ad es. visita ai militari all'estero, funerali di Stato etc.). Così, alcuni organi di vertice statali, appena atterrati in territorio straniero, si sono trovati improvvisamente oggetto di procedimenti penali promossi dinanzi a giudici interni dello Stato territoriale per reati quali i crimini di guerra, contro l'umanità, tortura o genocidio commessi nel Paese di origine.

Per quanto riguarda la giurisprudenza internazionale, basti riferirsi al ***caso del mandato d'arresto dell'11 aprile 2000*** **(caso *Yerodia*)** ([250]). Qui, la CIG sottolineava l'esigenza di rispettare le immunità nel modo più assoluto. Nella fattispecie, la CIG ha infatti concluso che il mandato di arresto emesso da un giudice di uno Stato (sub specie, il Belgio) nei confronti del Ministro degli affari esteri di altro Stato (Congo) era illegittimo in quanto "le funzioni di un Ministro degli affari esteri straniero sono tali che, per l'intera durata del suo incarico, beneficia dell'immunità dalla giurisdizione penale e di una totale inviolabilità all'estero...tale immunità e tale inviolabilità proteggono l'interessato da ogni atto autoritativo compiuto da un altro Stato che ostacoli l'esercizio delle sue funzioni". La CIG ha poi precisato che, durante il mandato, "non è possibile operare distinzioni tra gli atti compiuti da un Ministro degli esteri a titolo ufficiale e quelli compiuti a titolo privato, né tra gli atti compiuti dall'interessato prima di svolgere le funzioni di Ministro e quelli compiuti durante l'esercizio di tali funzioni" ([251]). Ciò, secondo la CIG, vale *anche se quest'ultimo sia sospettato di aver commesso crimini di guerra o contro l'umanità* ([252]).

A conclusione di queste brevi osservazioni va detto che, in linea di principio, l'immunità personale (o *ratione personae*) deve spettare oltre che allo Stato, anche agli individui-organo dello Stato, allorquando si trovino in territorio straniero. Ma mentre **l'*immunità personale*** vale *solo per il periodo della durata della funzione o della carica e termina con la partenza degli agenti diplomatici dal Paese di accreditamento*, **l'*immunità funzionale***, ossia quella stabilita per le attività istituzionali ufficiali, si riferisce allo Stato e quindi, in linea di principio, sopravvive alla cessazione delle funzioni ([253]).

153. Immunità dei Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri stranieri dinanzi a *tribunali internazionali*. — Se gli organi di vertice dello Stato beneficiano dell'immunità dinanzi ai *giudici interni* di un altro Stato, le cose cambiano dinanzi ad

---

apply to — (*a*) a sovereign or other head of State; (*b*) members of his family forming part of his household; and — (*c*) his private servants, as it applies to the head of a diplomatic mission, to members of his family forming part of his household and to his private servants". In arg. v. M. GIULIANO, *Diritto internazionale*, II, cit., p. 449 ss.

([249]) In argomento v. per tutti: A. WATTS, "The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers", in *RCADI*, 1994, v. 247, p. 9 ss.

([250]) CIG, 14 febbraio 2002, *caso del mandato d'arresto dell'11 aprile 2000*, R.D. del Congo c. Belgio, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 376.

([251]) Ivi, punto 55.

([252]) Tale posizione non è però granitica, v. infatti, l'opinione dissidente del giudice Van de Wyngaert (al sito della CIG).

([253]) Nello stesso senso v. M. GIULIANO, *Diritto internazionale*, II, cit., p. 370 s.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 103 SESS: 68 USCITA:

un *tribunale internazionale* (ad es. la CPI) ([254]) giacché qui è solo il diritto internazionale a dare fondamento alle eventuali immunità e privilegi nonché ai loro eventuali limiti, come, ad esempio: l'art. 4 della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 9 dicembre 1949 o gli artt. 1-5 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984. Pertanto, in base all'art. 27 dello Statuto della CPI — con formula analoga all'art. 7, par. 2, dello Statuto del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia e a quella dell'art. 6 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda — possono essere assoggettati alla giurisdizione di tali tribunali internazionali anche un Capo di Stato, di Governo o un Ministro degli esteri in carica. Quanto detto vale anche alla luce dell'art. 89 dello Statuto della CPI: anche se si parla di *autorità nazionali* non si intende affatto far ripiombare il caso a livello delle giurisdizioni nazionali giacché si applica il *diritto internazionale penale* e non il *diritto penale internazionale* di uno Stato dato.

154. I limiti dell'immunità di *ex* Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri stranieri. — *Repetita iuvant!* Se un Capo di Stato, di Governo o un Ministro degli esteri ha cessato la propria carica (ed in Italia con i tanti mutamenti di Governo il caso è tutt'altro che teorico), la "copertura" offerta dall'immunità è analoga a quella che abbiamo già indicato sussistere per gli agenti diplomatici: *l'immunità* ratione personae *cessa al cessare delle funzioni mentre resta intatta l'immunità funzionale*. Ma anche qui occorre fare attenzione: l'immunità *ratione personae*, come abbiamo già segnalato, viene concessa per permettere all'individuo-organo di espletare le funzioni che gli sono state assegnate. Resta, dunque, solo l'immunità funzionale che non si confonde con quella personale. Inoltre, va ribadito che anche l'immunità funzionale non corrisponde ad un diritto soggettivo ed individuale bensì è esclusivamente un diritto soggettivo dello Stato. *Dunque* ***si tratta di un privilegio che può essere revocato*** (ad es. dal nuovo Governo) ([255]).

Le conseguenze pratiche di tale impostazione sono evidenti: il Capo di Stato, o di Governo o il Ministro degli esteri che, durante l'esercizio delle loro funzioni, avessero commesso dei reati contro il patrimonio o dei delitti contro la Pubblica Amministrazione come il peculato, la corruzione, la concussione, l'induzione indebita a dare o promettere utilità, la corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi dell'Unione europea o di funzionari di Stati esteri ecc., possono essere temporaneamente coperti da *immunità personale* ma non risultano coperti da *immunità funzionale* in quanto si collocano in flagrante contraddizione con qualunque tipo di funzione istituzionale. Ecco perché, cessata l'immunità personale — ammesso e non concesso che anche in quei casi valga — tali reati diverranno punibili. Infatti, una volta venuto meno il legame funzionale tra individuo-reo e il proprio Stato, la responsabilità penale individuale è libera da ostacoli processuali.

([254]) V. ad es. E. CIMIOTTA, "Immunità personali dei Capi di Stato dalla giurisdizione della Corte penale internazionale e responsabilità statale per gravi illeciti internazionali", *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1083 ss.

([255]) In argomento cfr. J. VERHOEVEN, "Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat", in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, cit. 1993, p. 359 ss.; L. COLLINS, "Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers", ivi, p. 221 ss.; M. LUGATO, "Il recupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di stato", *Riv. dir. int.*, 1997, p. 104 ss.; E. LUTZ, *Prosecuting Heads of State*, Cambridge, CUP, 2015; R. PEDRETTI, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill-Nijhoff, 2015.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 104 SESS: 68 USCITA:

La prassi internazionale al riguardo sembra confermare questa impostazione. Così, ad esempio, negli Stati Uniti, con riferimento ai beni detenuti dall'ex dittatore delle Filippine ***Marcos***, la Corte d'appello federale ha indicato che:

"No estoppel exists insulating a deposed dictator from accounting. No guarantee has been granted that immunity may be acquired by an ex-chief magistrate invoking the magic words ‹act of state› to cover his or her past performances. (...) Bribetaking, theft, embezzlement, extortion, fraud and conspiracy to do these things are all acts susceptible of concrete proof that need not involve political questions" ([256]).

Analoga sorte ha subito l'ex Capo di Stato di Panama, ***Manuel Noriega***, il quale, il 1° luglio 1999 è stato condannato ad una pena di dieci anni di reclusione ed al pagamento di diversi milioni di Franchi francesi da parte del *Tribunal correctionnel de Paris* ([257]). Ad ulteriore conferma di tale importante tendenza dottrinale e giurisprudenziale, nel 2001 l'IDI ha adottato una *Risoluzione* ([258]) che, tra l'altro, ammette l'uso di misure cautelari:

"[w]hen serious doubt arises as to the legality of the appropriation of a fund or any other asset held by, or on behalf of, the Head of State, nothing in these provisions prevents the State authorities of the territory on which those funds or other assets are located, from taking provisional measures with respect to those funds or assets, as are necessary for the maintenance of control over them while the legality of the appropriation remains insufficiently established".

La materia forma oggetto di approfondito studio da parte della CDI dell'ONU sotto la rubrica "Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction" ([259]).

b) *L'immunità* ratione materiae *(immunità funzionale)*

155. Premessa. — I diversi "approcci" nazionali al riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri tendono oggi ad una sostanziale convergenza, almeno all'interno del gruppo dei Paesi sviluppati. Si possono, infatti, individuare due concezioni piuttosto differenti di immunità dalla giurisdizione statale: una *assoluta* e l'altra *relativa*, o meglio ristretta.

Inoltre, si è sviluppato un acceso dibattito circa la compatibilità tra il regime delle immunità degli Stati stranieri con la consacrazione dell'esistenza di norme internazionali imperative, quali sono quelle di *ius cogens.* Basti riflettere per un istante sul diritto dei singoli di accedere alla giustizia, un diritto umano fondamentale che appare assai poco compatibile con il privilegio dell'esenzione dalla giurisdizione di cui beneficiano gli Stati.

156. La tesi dell'immunità *assoluta* e quella dell'immunità *ristretta*. — La storia recente ha evidenziato, oltre ad una crescente interazione tra gli Stati, anche e soprattutto il sempre maggiore intervento degli Stati nell'economia ed il loro coin-

---

([256]) *Republic of the Philippines v. Marcos*, 862 F.2d 1355, p. 1360 ss.

([257]) Cfr. L. Balmond e P. Weckel, "Chronique des faits internationaux", in *RGDIP*, 1999, p. 958.

([258]) Cfr. IDI, Ris. del 26 agosto 2001, "Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law", *Annuaire IDI 2000-2001*, Paris, 2003, p. 742 ss.

([259]) Cfr. http://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 105 SESS: 68 USCITA:

volgimento in attività di tipo privatistico (v. Cap. I) ([260]). Ciò ha progressivamente sollevato la necessità di individuare regole certe e condivise relative alle immunità dalla giurisdizione e dalle misure esecutive e cautelari degli Stati stranieri, al fine di rafforzare il principio della certezza del diritto, nonché di rinvenire, in particolare nei rapporti tra Stati e persone fisiche e giuridiche, un corretto bilanciamento tra il rispetto dell'eguaglianza sovrana degli Stati ed il rispetto del diritto alla tutela giurisdizionale dei soggetti privati.

Senonché, fino ad un'epoca recente, la prassi degli Stati era assai difforme e la maggioranza della dottrina (oltre alla giurisprudenza) anglo-americana continuava a sostenere il dogma dell'immunità assoluta dello Stato dalle giurisdizioni straniere.

Certo, fino alla fine del XIX secolo, il trattamento degli Stati stranieri era universalmente ispirato al principio di diritto internazionale generale *par in parem non habet iudicium*, nel senso dell'immunità assoluta dalla giurisdizione civile (*Absolute Immunity*). Ma, se la *ratio* delle immunità dello Stato dalle giurisdizioni straniere è la salvaguardia dell'autonomia dello Stato, tale ragione traccia i limiti dell'immunità stessa. Infatti, dallo stesso principio discende necessariamente che gli atti o fatti posti in essere dallo Stato di *carattere privatistico* — e non pubblicistico — soprattutto in materia commerciale, non beneficiano dei privilegi concessi dal diritto internazionale.

Orbene, nonostante tali elementari considerazioni di logica giuridica, fino alla metà del '900, i Paesi di Common Law, quelli ad economia socialista e la maggioranza dei Paesi in via di sviluppo, continuavano a sostenere che l'immunità dalla giurisdizione dello Stato era assoluta e senza eccezioni; essa dunque *copriva tutti gli atti, di qualsiasi tipo essi fossero* ([261]).

Contro quell'approccio "totalizzante", a partire dall'inizio del secolo scorso, altri Paesi (Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Italia, Svizzera, Svezia...) iniziarono ad adottare una diversa prassi, applicando la teoria (e la giurisprudenza) dell'*immunità ristretta o relativa*, in base alla quale — fermo restando il principio generale dell'immunità degli Stati stranieri — questa si applica solo a determinati atti dello Stato straniero: *quelli che esso effettua nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche statali (ossia* jure imperii*)*.

La distinzione tra atti *jure gestionis* e *jure imperii* dello Stato straniero trova la propria origine nella *giurisprudenza italiana e belga* della fine del XIX secolo e dell'inizio del XX secolo ([262]).

Per usare le parole della Corte Costituzionale italiana in una pronuncia del 22 ottobre 2014, e con riferimento a quella giurisprudenza,

---

([260]) Ciò è accaduto anche per i Paesi ex socialisti: l'Unione sovietica aveva costituito un monopolio del commercio estero in capo allo Stato e quindi le imprese occidentali concludevano accordi direttamente con organi di quello Stato.

([261]) Mentre negli Stati Uniti, il mutamento di approccio fu indotto dal Dipartimento di Stato con la *Tate Letter* nel 1952, nel Regno Unito la svolta avvenne in via giurisprudenziale a partire dal caso *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* del 1977.

([262]) Cfr. *ex multis*, Cass. Napoli, 25 febbraio 1886, *Typaldos* in C. Focarelli, *Diritto internazionale*, II, p. 353 ss.; Trib. Firenze, 8 giugno 1906, *Riv. dir. int*. 1907, p. 379; Cass. 13 marzo 1926, *idem*, 1926, 250; App. Napoli, 16 luglio 1926, *idem*, 1927, p. 104; App. Milano, 23 gennaio 1932, *idem* 1932, p. 549; Cass. 18 gennaio 1933, *idem* 1933, p. 241. Per la giurisprudenza belga, *ex multis*, v. Cass. 11 giugno 1903, *Journ. dr. int. privé* 1904, 136; App. Bruxelles 24 giugno 1920, *Pasicrisie belge* 1922, II, 122; App. Bruxelles, 24 maggio 1933, in *JDI*, 1933, p. 1034. In argomento cfr. R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 616 ss.; L. Sbolci, "Immunità giurisdizionale degli Stati stranieri", in *Dig. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 118 ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 269 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 106 SESS: 68 USCITA:

"si è ridotta, ad opera delle giurisdizioni nazionali, la portata della norma del diritto consuetudinario internazionale, nel senso che essa attribuisce l'immunità dalla giurisdizione civile degli altri Stati solo per gli atti ritenuti *jure imperii*. E ciò principalmente allo scopo di escludere la concessione del beneficio dell'immunità almeno quando lo Stato agisce come privato, ipotesi che appariva una iniqua limitazione dei diritti dei contraenti privati" ([263]).

Quella prassi si manifestò anche in materia marittima, all'epoca della conclusione della Convenzione di Bruxelles del 10 aprile 1926, tramite la quale si stabilì che le *navi di Stato adibite al commercio sono sottoposte alle regole del diritto processuale civile comune*. Detto principio venne riconfermato, sia all'art. 9 della Convenzione di Ginevra del 1958 sull'alto mare, che all'art. 32 della UNCLOS sul diritto del mare, in materia di immunità delle navi da guerra e delle altre navi di Stato in servizio non commerciale.

157. Lo sviluppo giurisprudenziale del principio dell'*immunità ristretta* in Italia. — Nell'ordinamento giuridico italiano, la norma sull'immunità dello Stato straniero e dei suoi beni rispetto alla giurisdizione dei tribunali italiani essendo di natura consuetudinaria, trova il proprio fondamento nell'art. 10, c. 1, della Costituzione, una disposizione di adattamento automatico e permanente alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

L'entrata in vigore della Convenzione di New York contribuirà, pertanto, alla certezza dei rapporti giuridici, consentendo di disporre di criteri univoci volti a orientare la giurisprudenza.

In relazione alle considerazioni appena presentate, è giurisprudenza costante in Italia — i precedenti risalgono, come si è detto, sino alla fine del 1800 — che l'immunità dalla giurisdizione venga riconosciuta agli Stati esteri ed ai loro organi solo per attività *jure imperii*, ossia solo in linea con la dottrina dell'*immunità ristretta*. Ma la distinzione tra *acta jure imperii* ed *acta jure gestionis* (ossia di natura meramente *commerciale*), e quindi la dottrina dell'immunità ristretta, non sempre è facile da applicare ai casi concreti.

A tale proposito, ci riferiremo ad alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza:

***i.* Primo esempio: il caso del Cermis**

Con la sentenza n. 530 del 3 agosto 2000, resa in tema di danni cagionati sul territorio nazionale da velivoli da guerra statunitensi durante le esercitazioni (il c.d. "caso del Cermis"), la Corte di Cassazione ha indicato, tra l'altro, che

"[l]a questione sull'immunità della giurisdizione civile degli Stati uniti d'America deve essere risolta sulla base del criterio della cosiddetta *immunità ristretta*, per il quale l'immunità può essere riconosciuta limitatamente alle attività degli Stati esteri che costituisca estrinsecazione immediata e diretta del loro *jure imperii*".

Ne concludeva che "l'attività d'addestramento alla guerra delle proprie forze armate in funzione difensiva realizza un fine pubblico essenziale ed indefettibile dello Stato: la difesa della propria sovranità e della propria integrità territoriale anche con la forza. Dunque, un'attività indefettibilmente ed ontologicamente *jure imperii*".

([263]) Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, punto 3.3.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 107 SESS: 68 USCITA:

ii. **Secondo esempio: i *tango bonds* e l'immunità dell'Argentina**

Un'altra pronuncia recente si riferisce all'emissione di *tango bonds* da parte dell'Argentina ed esamina l'eventuale possibilità di convenire in giudizio, in Italia, lo Stato argentino a causa del mancato rimborso dei portatori italiani di quei titoli obbligazionari.

A tale riguardo la Cassazione ha correttamente individuato la natura privatistica degli atti di emissione e di collocamento sul mercato internazionale dei titoli obbligazionari della Repubblica Argentina. Senonché, pur muovendo da quel presupposto, la Suprema Corte ha rilevato che, per quanto riguarda i successivi provvedimenti di moratoria, adottati dal Governo argentino:

"*Tali provvedimenti* — incidenti sul momento funzionale, del rapporto obbligatorio tra le parti, con un effetto che sarebbe assurdo ritenere limitato ai soli interessi (come deduce parte ricorrente) e che invece, in relazione alla finalità perseguita, deve considerarsi esteso anche alla sorte capitale — *manifestano, evidentemente, la potestà sovrana dello Stato.*

E ciò sia per la loro natura di leggi di bilancio quali la nostra Costituzione sottrae anche a referendum abrogativo, sia, soprattutto, per le già sottolineate *finalità, eminentemente pubbliche*, perseguite, di governo della finanza *in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale.*

4.3. Né rileva in contrario il fatto che dette leggi incidano su diritti patrimoniali di cittadini stranieri, poiché ciò non vale certamente a configurare quella deroga eccezionale alla immunità che, come sopra detto, è prospettabile solo in presenza di atti di esercizio della sovranità che si presentino lesivi di "valori universali della dignità umana". Valori, con i quali le leggi della Repubblica Argentina, su riferite, non si pongono evidentemente in conflitto, ma che tendono, anzi, a salvaguardare" ([264]).

Pertanto, la Suprema Corte ha rilevato il difetto di giurisdizione del giudice italiano a conoscere le controversie promosse da un cittadino italiano, acquirente dei predetti titoli obbligazionari argentini, e a ottenere la condanna della Repubblica Argentina alla restituzione anticipata, in applicazione del principio della decadenza del beneficio del termine, del valore nominale delle obbligazioni da esso detenute.

iii. **Terzo esempio: vendita di armi e pretesa immunità dell'Iraq**

Il 24 novembre 2015, la Corte di Cassazione si è pronunciata in una vicenda relativa ad una controversia tra la società Agusta s.p.a. ed il Ministero della Difesa dell'Iraq. La parte attrice chiedeva, tra l'altro, la risoluzione del contratto di vendita di cinque elicotteri militari, per impossibilità derivante da causa imputabile all'acquirente, oltre al risarcimento dei danni.

Il Governo ed il Ministero della Difesa della Repubblica dell'Iraq e la Rafidain Bank, costituitisi in giudizio in Italia eccepivano la carenza di giurisdizione, invocando l'immunità dello Stato irakeno dalla giurisdizione civile, vertendosi, secondo loro, di un atto *jure imperii*, compiuto nell'esercizio di poteri sovrani. La Cassazione, nel rigettare siffatta qualificazione dell'atto ha indicato quanto segue:

"[n]essuna immunità è dato ravvisare in ordine ad un ordinario contratto di compravendita di armi (elicotteri), espressione dell'ordinaria autonomia negoziale *jure privatorum*; come reso evidente, del resto, non solo dalla forma esteriore contrattuale, ma altresì dalle modalità

([264]) Cass. SS.UU., 27 maggio 2005, ord. n. 11225, in *Foro it.* anno 2005, parte I, col. 3046. Corsivo aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 108 SESS: 68 USCITA:

prescelte dalle parti per comporre eventuali controversie: riconducibili, in base alla clausola n. 17 secondo e comma 3 a normali arbitrati, alternativamente libero e rituale, compatibili solo con controversie su diritti disponibili.

Non è certo sufficiente, per contro, ad attribuire natura di atto sovrano alla compravendita in esame lo scopo di utilizzare gli elicotteri nel contesto di un conflitto internazionale tra Stati: a prescindere dall'accertamento se esso fosse prefigurato, o no, dai contraenti. Né, tanto meno, sono sindacabili, in questa sede, le politiche perseguite da organismi internazionali — e dallo stesso Stato italiano, in conformità — nel teatro di guerra medesimo, per desumerne una qualificazione *jure imperii* del contratto, tale da sottrarlo ad ogni sorta di sindacato giurisdizionale.

In tesi generale, l'acquisto di armi ed attrezzature tecnologicamente sofisticate e di elevata offensività non può che avere un nesso con lo scopo primario della difesa dello Stato (o con una sua iniziativa aggressiva), che certo riveste interesse pubblico e costituisce aspetto saliente della sua sovranità: e tuttavia, non per questo esula dalla disciplina, sostanziale e processuale, ordinaria, ogni volta che tragga origine da un contratto di diritto privato, stipulato con un'impresa commerciale operante nel mercato, in regime di libera offerta ad una platea indifferenziata di utenti ed acquirenti.

Non ha quindi errato la corte territoriale, nè la sua decisione appare infirmata da vizi logici di motivazione, nel ricondurre il contratto in questione ad un negozio di scambio, di diritto privato, devoluto, in caso di controversia, alla cognizione del giudice ordinario civile" ([265]).

iv. Quarto esempio*: immunità dello Stato e rapporti di lavoro*

Le difficoltà applicative della dottrina dell'immunità ristretta appaiono ancor più evidenti con riferimento ai rapporti di lavoro tra gli Stati esteri ed il personale italiano delle loro rappresentanze diplomatiche od anche di altri enti ed istituti di Stati stranieri aventi sede nello Stato italiano.

Nelle controversie in materia di rapporti di lavoro alle dipendenze di ambasciate o rappresentanze di Stati esteri in Italia, il principio dell'immunità dalla giurisdizione del giudice italiano può trovare applicazione — ancora una volta — solo ove la lite riguardi gli atti *jure imperii*, mentre non si estende agli atti *jure gestionis*. La concretizzazione di tale distinzione richiede, però, al giudice italiano la padronanza dei principi a cui si è fatto in precedenza riferimento.

Così, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, si è orientata nel senso che, nei confronti degli enti estranei all'ordinamento italiano in quanto enti di diritto internazionale ed immuni dalla giurisdizione, il giudice italiano resta titolare della potestà giurisdizionale solo per le controversie inerenti a rapporti di lavoro che risultino del tutto *esterni alle funzioni istituzionali e all'organizzazione dell'ente*, costituiti, cioè, nell'esercizio di capacità di diritto privato ([266]); *per gli altri rapporti, il medesimo giudice è carente della potestà giurisdizionale atta ad interferire nell'assetto organizzativo e nelle funzioni proprie degli enti, mentre può emettere provvedimenti di contenuto esclusivamente patrimoniale*. Ed ha precisato ulteriormente che, tra i provvedimenti di natura esclusivamente patrimoniale, non può comprendersi la sentenza di condanna ad un pagamento che debba essere logicamente preceduta da un accerta-

---

([265]) Cass. Civ., SS.UU, 24 novembre 2015 n. 23893, in *Dejure*.
([266]) V. Cass. SS.UU., 7 novembre 2000, n. 1150.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 109 SESS: 68 USCITA:

mento del danno da interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con prestazioni lavorative attinenti ai fini istituzionali dell'ente datore di lavoro ([267]).

Anche in materia di rapporti di lavoro, peraltro, lo Stato straniero o l'ente può rinunciare all'immunità, mediante la stipula di convenzioni e distinguendo "*fra dipendenti a statuto internazionale e dipendenti a statuto locale, i primi inseriti nell'organizzazione propriamente pubblicistica dello Stato straniero ed i secondi assunti per i bisogni locali di mano d'opera e per il soddisfacimento di esigenze materiali, perciò non immuni, bensì assoggettati ai giudici dello Status fori*" ([268]).

158. (*Segue*) L'immunità ristretta e la Corte EDU. — Anche la Corte EDU si è pronunciata in materia di immunità degli Stati e rapporti di lavoro.

Nel 2010, nella **causa *Cudak c. Lituania***, la Corte ha preso atto di una costante evoluzione del diritto internazionale indirizzata a *limitare l'immunità giurisdizionale degli Stati nelle controversie relative all'impiego di personale.* La controversia traeva origine dal ricorso di una cittadina lituana che lamentava il diniego di accesso ad un tribunale a seguito del proprio licenziamento ingiustificato, notificatole dall'ambasciata polacca a Vilnius, per la quale lavorava. Il giudice lituano aveva accordato all'ambasciata l'immunità dalla giurisdizione civile inducendo la vittima a rivolgersi al giudice di Strasburgo. In tale contenzioso, la Grande Camera della Corte EDU ha rigettato un'eccezione preliminare di non esaurimento dei mezzi di ricorso interni presentata dal Governo convenuto, ritenendo che la ricorrente avrebbe incontrato serie difficoltà pratiche nell'introdurre un'azione civile dinanzi ai tribunali polacchi e che i rimedi, cui l'art. 35, par. 1, CEDU si riferisce, erano solo quelli disponibili in Lituania, lo Stato convenuto. *La Corte EDU ha altresì ritenuto che la restrizione imposta ai diritti della ricorrente nel caso di specie non fosse proporzionata al fine legittimo di garantire buone relazioni con Stati esteri: ciò in quanto le mansioni svolte dalla ricorrente non potevano dirsi oggettivamente correlate agli interessi sovrani del Governo polacco* ([269]).

Ad analoghi risultati, la Corte EDU è giunta nel **caso *Guadagnino c. Italia e Francia***, nel 2011. Nella fattispecie, la ricorrente aveva impugnato, da un lato, la ricostruzione della sua carriera presso l'*Ecole française de Rome* e, dall'altro, la legittimità del licenziamento oltre al pagamento delle differenze retributive da parte di quest'ultima. A tale proposito, i giudici italiani avevano rilevato il difetto di giurisdizione e quindi la vicenda era approdata a Strasburgo dinanzi alla Corte EDU la quale osservava che:

"In tali condizioni, la Corte ritiene che, dichiarando il difetto di competenza dei tribunali interni in relazione alle domande della ricorrente, aventi per oggetto la ricostruzione di carriera e la legittimità del licenziamento, l'Italia non abbia mantenuto un rapporto ragionevole di proporzionalità ed abbia travalicato il margine di valutazione riconosciuto agli Stati in caso di

---

([267]) Infatti tale sentenza, una volta passata in giudicato, fa stato sia sull'obbligo di pagare, sia (questione pregiudiziale logica) sull'obbligo di ricevere a tempo indeterminato le prestazioni lavorative. Cfr. Cass., SS.UU. 15 aprile 2005, n. 7791.

([268]) Cass., SS.UU., 19 febbraio 2007, n. 3718. Corsivo aggiunto. Cfr. altresì Cass. SS.UU. 27 gennaio 1977 n. 400; 22 maggio 1991 n. 5794; 12 gennaio 1996 n. 174.

([269]) Grande Camera, 23 marzo 2010, ricorso n. 15869/02, *Cudak c. Lituania*. Corsivo aggiunto. La Corte EDU ha raggiunto opposte conclusioni nel caso *Ndayegamiye-Mporamazina* c. *Svizzera* del 5 febbraio 2019, Ric.n. 65550/13.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 110 SESS: 68 USCITA:

limitazione del diritto di accesso dell'individuo ad un tribunale... (55). La Corte ricorda che le garanzie procedurali sancite dall'art. 6 in relazione all'equità, alla pubblicità ed alla celerità risulterebbero prive di senso, qualora non fosse tutelato il presupposto di tali garanzie, ossia l'accesso ad un tribunale... L'art. 6, § 1, garantisce a ciascuno il diritto a che un tribunale sia chiamato a pronunciarsi su ogni controversia relativa ai suoi diritti e doveri di carattere civile (56). Il diritto di accesso ai tribunali non è tuttavia assoluto: esso può presentare dei limiti implicitamente ammessi, dal momento che la sua stessa natura richiede una regolamentazione da parte dello Stato. Gli Stati contraenti dispongono in materia di un certo margine di valutazione. È tuttavia compito della Corte deliberare in ultima istanza sul rispetto delle esigenze della Convenzione; essa deve pervenire al convincimento che le limitazioni apportate non restringano l'accesso offerto all'individuo in modo o fino ad un punto tale da pregiudicare in maniera sostanziale il diritto stesso. Inoltre, tali limitazioni si conciliano con l'art. 6, § 1, solo quando perseguono un fine legittimo ed in presenza di un rapporto ragionevole e proporzionato tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (66). La Corte deve dapprima verificare se la limitazione perseguisse uno scopo legittimo. Al riguardo, *essa ha già affermato, nell'ambito di cause concernenti il reclutamento ed il licenziamento di personale locale delle ambasciate, che il riconoscimento dell'immunità sovrana ad uno Stato, nelle cause civili promosse dagli interessati, perseguiva lo scopo legittimo di rispettare il diritto internazionale, al fine di agevolare la cortesia e le buone relazioni tra Stati mediante il rispetto della sovranità di un altro Stato*... (67). Poiché i procedimenti in questione riguardano *il licenziamento e la ricostruzione di carriera di un membro del personale locale di un istituto culturale estero*, la *Corte ritiene che la medesima conclusione possa essere applicata al caso di specie, nel quale la restrizione del diritto di accesso della ricorrente risulta perseguire uno scopo legittimo"*.

Per quanto riguarda l'accertamento del *se* la limitazione in questione fosse proporzionata allo scopo perseguito, la Corte EDU così concludeva:

"(69) Poiché *i principi sanciti dall'art. 11 della Convenzione del 2004 sono parte integrante del diritto consuetudinario internazionale, essi impegnano l'Italia, sebbene questo paese non abbia ratificato detta Convenzione*. La Corte ne deve tener conto, nel momento in cui appura se il diritto di accesso ad un tribunale sia stato rispettato... Secondo l'art. 11 della Convenzione del 2004 .... *non si applica la norma dell'immunità degli Stati ai procedimenti concernenti contratti di lavoro tra uno Stato e delle persone fisiche per un lavoro eseguito sul territorio di un altro Stato.*

Tuttavia, sussistono delle eccezioni a tale principio, elencate nello stesso art. 11, secondo le quali l'immunità si applica comunque quando in sostanza siano in gioco il potere pubblico e la sicurezza nazionale dello Stato datore di lavoro; nei confronti di agenti diplomatici e consolari; nei casi in cui l'oggetto della controversia riguardi l'assunzione, il rinnovo del contratto di lavoro o il reintegro di un candidato; quando si tratta di un cittadino dello Stato datore di lavoro; o, infine, se l'impiegato e lo Stato datore di lavoro hanno convenuto diversamente per iscritto" ([270]).

L'Italia, dunque, secondo la Corte EDU, risulta vincolata al rispetto di una convenzione internazionale (quella di New York del 2004) che *non* ha ratificato, in virtù di una norma consuetudinaria esterna alla CEDU. In ogni caso, viene confermata la dottrina dell'immunità ristretta e la prevalenza del diritto di accesso alle corti sull'eccezione di immunità dalla giurisdizione.

Non si tratta di una pronuncia isolata e relativa alla sola Italia. Infatti, il 29 giugno 2011, la Grande Camera della Corte EDU ha applicato la Convenzione ONU del 2004 in un caso riguardante la Francia ed indicando che quest'ultimo Paese ha violato l'art. 6 CEDU a causa di una sentenza della Cassazione (francese) che aveva ammesso

---

([270]) *Guadagnino c. Italia e Francia*. Corsivo aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 111 SESS: 68 USCITA:

l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato straniero in un procedimento originato dal licenziamento di un ragioniere dell'ambasciata senza provare che le mansioni del lavoratore subordinato fossero strettamente connesse con l'attività di governo ([271]).

159. (*Segue*) L'evoluzione in Francia. — Pur muovendo da una concezione assoluta dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero, *anche i giudici francesi si sono da tempo orientati verso la tesi dell'immunità ristretta*. La "grande svolta" si è compiuta tra il 1926 e il 1929 in materia di *statuto della rappresentanza commerciale dell'U.R.S.S.* in Francia. Dapprima la Corte di Parigi ([272]) ed in seguito la Corte di Cassazione ([273]) negarono il beneficio dell'immunità dalla giurisdizione al predetto ente sovietico, indicando che: "tale rappresentanza commerciale manifesta(va) la sua attività commerciale in tutti i campi... tali manifestazioni possono solo essere valutate alla stregua di *atti di commercio, rispetto ai quali il principio della sovranità degli Stati riman(e) totalmente estraneo*". Si ufficializzava, così, la distinzione tra *actes de puissance publique* (cioè *jure imperii*) e *actes commerciaux* (ovvero *jure gestionis*) dello Stato straniero. Per i primi atti ([274]) vale l'immunità dalla giurisdizione, ma non per la seconda categoria di atti ([275]).

Anche qui la giurisprudenza talvolta si riferisce sia ad un *criterio finalista* piuttosto impreciso — *lo scopo del servizio pubblico* perseguito — che ad un *criterio oggettivo* più soddisfacente — *la natura dell'attività* in questione (o l'esercizio di un'attività con le forme del diritto privato). Alcune sentenze recenti sembrano evidenziare una *predominanza del criterio oggettivo*, al pari di quanto avviene in altri Paesi ad economia di mercato (Italia ([276]), Stati Uniti, Gran Bretagna, Canada).

160. (*Segue*) L'evoluzione negli Stati Uniti. — Negli Stati Uniti, il passaggio dalla dottrina dell'immunità assoluta a quella dell'immunità ristretta non è stato il frutto di elaborazione giurisprudenziale, bensì il prodotto dell'azione congiunta del potere esecutivo e del Congresso degli Stati Uniti. Fino a quel momento, infatti, i tribunali americani avevano adottato una concezione assoluta dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero. La prima svolta significativa si ebbe nel 1952, quando il Dipartimento di Stato comunicò alle Corti di essere a favore di una *teoria restrittiva dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero, limitata ai soli atti sovrani, esclusi gli atti commerciali* e che tale sarebbe stata la sua politica in futuro ([277]). Così, nel 1976, si giunse all'adozione del precitato *Foreign Sovereign Immunity Act* ([278]) *(FSIA)*. Applicando il FSIA, anche i giudici statunitensi concedono l'immunità dalla giurisdizione ad uno Stato straniero solo per quanto concerne gli atti sovrani, escludendo quelli commerciali. Anche nel contesto statunitense, tuttavia, permangono problemi interpretativi, in quanto la legislazione americana non precisa in modo chiaro la definizione di ciò che bisogna intendere

---

([271]) Corte EDU, 29 giugno 2011, *Sabeh El leil c. Francia.*

([272]) Sentenza del 19 novembre 1926, *Clunet*, 1927, p. 406.

([273]) Ch. req. Sentenza del 19 febbraio 1929, in *Clunet*, 1929, p. 1043.

([274]) Si veda, ad esempio, *Administration des chemins de fer du gouvernement iranien c. Sté Levant Express Transport*, Cass. Civ. 1 C., 25 febbraio 1969, in *RGDIP*, 1969, p. 883 con nota di C. Rousseau.

([275]) V. D. Carreau, F. Marrella, *Droit International*, 12a ed., Paris, Pedone, 2018, ove riferimenti.

([276]) La Cassazione italiana, nel caso del Cermis ha chiaramente indicato che "ai fini dell'applicazione della regola dell'immunità ristretta, rileva esclusivamente la natura oggettiva dell'attività, del rapporto e della funzione dello Stato estero dedotta in giudizio, ossia l'essere stata posta in essere nell'esercizio ed in attuazione di poteri sovrani, e non assumono valore alcuno i suoi effetti ed i soggetti che ne sono destinatari (v. Cassazione, SS.UU., 6 giugno 1974 n. 1653 — che ha statuito che per la qualificazione come pubblica dell'attività dello Stato straniero rileva unicamente il carattere dell'attività stessa, e precisamente, la sua preordinazione all'attuazione dei fini pubblici dello Stato, ed è radicalmente irrilevante la natura del diritto o dei beni strumentali attraverso i quali la detta attività viene esplicata — nonché, tra le ultime, Cassazione, SS.UU., 20 aprile 1998 n. 4017)".

([277]) Si veda la celebre *Tate letter*, in 26 *Dpt. of State Bull*. 1952, p. 984.

([278]) *http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 112 SESS: 68 USCITA:

per "attività commerciali". Spetta dunque al giudice, con metodo casistico, dare applicazione a quelle norme generali.

È interessante notare — e la questione è attualmente di grande importanza pratica — che il legislatore statunitense ha *espressamente* definito alla stregua di "atti commerciali" — che, come tali, non beneficiano dunque di nessuna immunità — *i prestiti contratti dagli Stati stranieri e dai loro enti pubblici*: così facendo, si sono voluti proteggere i creditori americani contro il *default* finanziario dei debitori "pubblici" stranieri.

161. La generalizzazione dell'immunità ristretta. — In breve, se vogliamo riassumere la concezione attualmente dominante dell'immunità dalla giurisdizione di uno Stato straniero, quantomeno presso i Paesi ad economia di mercato, è possibile affermare che questi sono ormai allineati alla teoria dell'*immunità ristretta* dalla giurisdizione ([279]). Il criterio di distinzione più comunemente accettato resta quello di tipo *oggettivo*: quello della *natura commerciale dell'atto dello Stato straniero.*

Al contrario, i Paesi socialisti (e questa era anche la posizione dell'URSS nel passato) e molti Paesi in via di sviluppo, almeno ufficialmente, restano agguerriti sostenitori della concezione dell'immunità assoluta dello Stato straniero in nome della difesa della loro sovranità. Senonché, quegli stessi Stati rinunciano sistematicamente alla loro immunità nelle relazioni economiche internazionali di modo che si assiste ad un divario totale tra la loro dottrina e la loro prassi.

Per bilanciare ed uniformare tali approcci, la Convenzione di New York del 2004 ha stabilito, all'art. 2, par. 1, lett. (*c*), che l'espressione "*transazione commerciale*" designa opportunamente:

"*i*) ogni *contratto o transazione di natura commerciale per la vendita di beni o la prestazione di servizi*,

ii) ogni contratto di *prestito* o altra transazione di natura finanziaria, compreso ogni obbligo di *garanzia o d'indennizzo* connesso con un simile prestito o una simile transazione,

iii) ogni altro contratto o altra transazione di natura commerciale, industriale o concernente *la fornitura di beni o servizi, esclusi i contratti di lavoro*" (corsivo aggiunto).

Inoltre, al fine di stabilire "se un contratto o una transazione sia una "transazione commerciale" ai sensi del paragrafo 1, lett. *c*), occorre tener conto in primo luogo della *natura* del contratto o della transazione, ma bisogna prendere in considerazione anche il suo *obiettivo* se le parti al contratto o alla transazione l'hanno convenuto o se, nella prassi dello Stato del foro, tale obiettivo è pertinente per determinare la natura non commerciale del contratto o della transazione" ([280]).

Viene dunque ribadito il criterio della *natura dell'atto*, quale criterio di qualificazione primario. In concorso con esso, tuttavia, viene introdotto l'ulteriore criterio della *finalità dell'atto*, il quale rischia di provocare non poche incertezze all'interprete ([281]).

([279]) Questa è anche l'ottica adottata dalla Convenzione Europea del 1972 già citata precedentemente nel testo.

([280]) Corsivo aggiunto.

([281]) Un altro criterio, talvolta invocato, ma raramente utilizzato è quello della finalità dell'atto. Questo criterio appare di difficile applicazione pratica. Com'è stato efficacemente osservato da A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge, 2010, p. 151: "The purchase by a State of uniforms for its army is obviously commercial in nature, but it is done for a public purpose since only States have (real) armies. The main problem with the purpose test is that all acts by a State are necessarily for some public purpose". Per le medesime ragioni,

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 113 SESS: 68 USCITA:

Quanto detto vale per identificare gli atti di diritto privato dello Stato che, come tali, non saranno coperti dall'immunità. Con riferimento ai contratti di lavoro, la giurisprudenza appare allineata con il già richiamato art. 11 della Convenzione di New York del 2004.

II.) ***La sfida del nostro tempo: lo* jus cogens *come limite necessario all'immunità degli Stati dalla giurisdizione***

162. Immunità dello Stato e *jus cogens*. — Più volte nel corso degli ultimi anni, in occasione di contenziosi sia nazionali che internazionali, si è posto il problema dei rapporti fra l'immunità dello Stato straniero e lo *jus cogens*. Uno Stato che abbia commesso dei crimini internazionali di *jus cogens*, può ancora pretendere di beneficiare di una qualsiasi forma di immunità giurisdizionale dinanzi ai tribunali di un altro Stato, ad esempio quello di cittadinanza delle vittime?

La risposta positiva implica, di per sé, la negazione logica del concetto stesso di *jus cogens*. Come si fa ad affermare che esistono delle norme imperative (*jus cogens*), assolutamente inderogabili e vincolanti per tutti, per poi concludere che, se queste norme sono state violate dagli Stati (o dai loro organi), questi ultimi continuano a godere dell'immunità (e dunque di una totale impunità!) dinanzi ad uno o più fori stranieri o addirittura dinanzi al più prestigioso tribunale internazionale, la Corte internazionale di Giustizia? E se la risposta è positiva, come la CIG ha affermato nel 2012 a proposito del caso *Germania c. Italia*, su cui torneremo tra breve, perché mai allora sono stati costituiti dei tribunali internazionali (si pensi al Tribunale speciale per l'ex Jugoslavia, quello per il Ruanda, o, ancora, alla Corte penale internazionale) per punire i crimini internazionali? In base ad una logica giuridica elementare, non si può nascondere il palese contrasto tra lo *jus cogens* e la concessione di immunità giurisdizionali a favore degli Stati che l'hanno violato ([282]). Non è per questa ragione che è stato varato l'art. 27 dello Statuto della CPI/ICC ([283])?

Eppure, sia la giurisprudenza internazionale (a) che quella interna (b) appaiono ancora incerte su tale punto.

a) ***Giurisprudenza internazionale***

163. I casi *Yerodia* e *Al Adsani*. — Per quanto riguarda la giurisprudenza internazionale della CIG, occorre citare, innanzitutto, il *caso del mandato d'arresto dell'11 aprile 2000* (caso *Yerodia*) a cui abbiamo fatto cenno poc'anzi.

---

l'art. 1603 (*d*) del FSIA Americano prevede che il carattere commerciale dell'atto "shall be determined by reference to the nature of the course of conduct rather than by reference to its purpose".

([282]) In argomento cfr. anche, A. Bianchi, "L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international", in *RGDIP*, 2004, p. 63.

([283]) L'art. 27 dello Statuto della CPI, rubricato "Irrilevanza di qualifiche ufficiali", così recita: "Il presente Statuto si applica a tutte le persone senza alcuna distinzione basata sulla loro qualifica ufficiale. In particolare, la qualifica ufficiale di Capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante eletto o di agente di uno Stato **non esenta, in alcun caso, una persona dalla sua responsabilità penale in base al presente Statuto, né costituisce, in sé e per sé, motivo per la riduzione della pena**. - 2. **Le immunità** o le regole di procedura speciali inerenti alla posizione ufficiale di una persona, **sia secondo il diritto nazionale sia internazionale non impediscono alla Corte di esercitare la propria giurisdizione nei confronti di tale persona**" (grassetto aggiunto).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 114 SESS: 68 USCITA:

A propria volta, la Corte EDU, nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito* del 2001 ([284]), decidendo a maggioranza, ha concluso in favore del primato delle immunità degli Stati, nonostante i giudici di minoranza avessero indicato la priorità delle norme di *jus cogens*. E tali conclusioni sono state ulteriormente ribadite dalla medesima Corte nel caso *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia* ([285]) discostandosi dalla giurisprudenza italiana inaugurata col caso *Ferrini* come si dirà dappresso.

b) ***Giurisprudenza interna***

164. I casi *Gheddafi* e *Pinochet*. — Un orientamento favorevole al pieno ed acritico riconoscimento dell'immunità degli Stati è stato seguito, in un primo tempo, anche da alcuni giudici interni, come ad esempio la Corte di Cassazione francese nel caso *Gheddafi* ([286]). Tuttavia, le pronunce più recenti di questa stessa Corte fanno ormai presagire l'evoluzione della propria giurisprudenza in favore dello *jus cogens*, considerando che una norma di *jus cogens* — ossia il divieto di atti di terrorismo — potrebbe "costituire una restrizione legittima all'immunità dalla giurisdizione" dello Stato in causa nell'ipotesi in cui quegli atti fossero attribuibili a quest'ultimo ovvero si trattasse di una sua "responsabilità morale" ([287]).

Un altro precedente emblematico è costituito dal caso *Pinochet*. Qui, si trattava di un procedimento promosso nei confronti del generale ed ex Presidente del Cile, Augusto Pinochet, mentre si trovava a Londra alla fine degli anni '90 per delle cure mediche. Nonostante avesse cessato da tempo le proprie funzioni, Pinochet fu improvvisamente colpito da una richiesta di estradizione verso la Spagna, promossa da un giudice spagnolo, il quale aveva aperto un'inchiesta per le pratiche sistematiche di tortura commesse sotto il governo militare da lui presieduto (1973-1990). La *House of Lords* stabilì, in due distinte sentenze nel novembre 1998 ([288]) e nel marzo 1999 ([289]), che Pinochet *non era coperto da immunità in quanto ex capo di Stato*, sia pure per gli atti di tortura commessi dopo l'entrata in vigore della Convenzione contro la tortura.

([284]) Corte EDU, 21 novembre 2001, caso *Al-Adsani c. Regno Unito*, *http://www.echr.coe.int/*. Tale sentenza afferma che il riconoscimento da parte delle corti inglesi dell'immunità giurisdizionale del Kuwait per atti commessi *jure imperii* non comporta una limitazione sproporzionata del diritto di accesso alla giustizia garantito dall'art. 6, par. 1 CEDU. Secondo la maggioranza dei giudici della Corte europea, infatti, per quanto gli atti *jure imperii* oggetto della domanda giudiziale costituissero crimini internazionali in quanto atti di tortura, ciò non costituiva — in base alle regole di diritto internazionale generale in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione, delle quali occorre tenere conto nel procedere ad un'interpretazione sistematica dell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea — un elemento idoneo a giustificare un'eccezione all'operare dell'immunità giurisdizionale.

([285]) Corte EDU, 14 gennaio 2014, caso *Jones ed altri c. Regno Unito*, *http://www.echr.coe.int/*. Nella fattispecie, i ricorrenti, i sig. Jones, Mitchell, Sampson (morto nel 2012) e Walker, tutti cittadini britannici, si dolevano di non aver potuto portare in giudizio davanti ai tribunali del Regno Unito i funzionari del Regno dell'Arabia Saudita al fine di vederli condannare al risarcimento dei danni loro procurati per averli torturati durante la loro detenzione nelle prigioni di quel Paese. Essi sostenevano di essere stati privati del sonno, colpiti con verghe sulle mani, sul capo e sulle gambe. Jones lamentava di aver subito anche altre pratiche di tortura, come l'essere stato sospeso per le braccia e di essere stato drogato. I tribunali inglesi avevano però rifiutato di ammettere le loro doglianze in quanto avevano ritenuto che l'operato di pubblici ufficiali di uno Stato sovrano fosse comunque coperto dall'immunità di quello Stato.

([286]) Riferimenti in *AJIL*, 2005, p. 245 n. 24.

([287]) Cass. Civ. 1ère 9 marzo 2011, *La réunion aérienne, groupement d'interêt économique et autres c. Jamairiha Arabe populaire et socialiste* — v. anche *supra* Cap. III.

([288]) House of Lords, 25 novembre 1998, in *ILM*, 1998, p. 1302.

([289]) House of Lords, 24 marzo 1999, in *ILM*, 1999, p. 581.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 115 SESS: 68 USCITA:

Senonché, nel gennaio 2000, l'allora segretario agli Interni del Regno Unito, Jack Straw, autorizzò Pinochet a rientrare in Cile per motivi di salute, ponendo dunque fine alla procedura di estradizione. A propria volta, il governo cileno seguì tutte le strade percorribili per ottenere il rilascio di Pinochet, impedirne il processo in Spagna ed assicurarsi che facesse ritorno in Cile, in nome della sovranità nazionale e della riconciliazione nazionale.

Sempre in tale contesto evolutivo, si collocano le sentenze della Corte Suprema greca nel caso *Préfecture de Voiotia* del 4 maggio 2000 ([290]) e, soprattutto, le pronunzie della Corte di cassazione italiana nel già citato caso *Ferrini*, dell'11 marzo 2004. Queste sentenze sono pervenute — a giusto titolo, secondo noi — ad un risultato conforme al diritto internazionale dei diritti umani, sia pure innovando rispetto al diritto internazionale tradizionale. La giurisprudenza italiana, a partire dalla celeberrima pronuncia nel caso *Ferrini*, ha infatti ritenuto che l'immunità non possa più essere invocata quando gli atti commessi dai pubblici ufficiali di uno Stato straniero abbiano violato i principi giuridici internazionali che proteggono i diritti fondamentali dell'uomo.

È opportuno richiamare per sommi capi gli elementi di fatto e di diritto di tale celebre controversia.

165. Il caso *Ferrini*. — Con atto notificato il 23 settembre 1998, il signor Luigi Ferrini conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Arezzo, la Repubblica Federale di Germania, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti per essere stato catturato in provincia di Arezzo, il 4 agosto 1944, da forze militari tedesche e, quindi, deportato in Germania per essere utilizzato presso imprese tedesche quale lavoratore "forzato". Aggiungeva l'attore, che la sua permanenza in un lager di sterminio a Kahla, dove la Reimagh Werke (Reich Marschall Hermann Goring Werke) e la Messerschmitt costruivano aeroplani, missili e altre armi da guerra, si era protratta fino al 20 aprile 1945. La Germania eccepiva il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana e dichiarava di non accettare il contraddittorio sul merito della vicenda.

Il giudice di prime cure, con sentenza del 3 novembre 2000, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sul rilievo che la domanda avanzata dall'attore trovava il suo fondamento in fatti compiuti da uno Stato straniero nell'esercizio della sua sovranità e che, pertanto, la controversia era sottratta alla cognizione dello Stato territoriale in base al principio della c.d. immunità ristretta. La Corte d'appello di Firenze, confermava il giudizio di primo grado e la controversia approdava in Cassazione ove però la Suprema Corte perveniva ad una soluzione opposta.

Secondo la Suprema Corte:

"È ricorrente l'affermazione che i crimini internazionali "minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale" (così, ad es., Corte Cost. di Ungheria 13 ottobre 1993, n. 53). Si tratta, infatti, di delitti che si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o sistematicità (arg. *ex* art. 40, secondo comma, del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato nell'agosto del 2001 dalla Commissione di diritto internazionale dell'ONU), dei *diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario* (Tribunale penale per la ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, *Furundzija*, 153-155; 14 gennaio 2000, *Kupreskic*, 520;

([290]) *AJIL*, 2001, p. 198.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 116 SESS: 68 USCITA:

Corte EDU, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c Regno Unito*, 61) e, quindi, anche su quelle in tema di immunità. Per questo ne è stata sancita *l'imprescrittibilità* (Convenzione ONU, del 26 novembre 1968; Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1974) e si è riconosciuto che ogni Stato può reprimerli, indipendentemente dal luogo in cui sono stati commessi, secondo i principi della *giurisdizione universale* (sentenza *Furundzija*, 155 e 156): in alcuni casi la loro repressione è stata anzi prevista come obbligatoria (cosi, in particolare, l'art. 146 della 4ª Convenzione di Ginevra, relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra). Per la stessa ragione, *non si dubita che il principio della universalità della giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati*. Va poi consolidandosi il convincimento che violazioni così gravi debbano comportare, anche rispetto agli Stati, una reazione qualitativamente diversa (e più severa) di quella stabilita per gli altri illeciti. In linea con tale tendenza, nella sentenza da ultimo ricordata *si afferma gli Stati rimasti estranei all'illecito hanno il dovere di non riconoscere le situazioni determinate dalla sua commissione* (ivi, 155). E, sempre in questa prospettiva, il Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, cit., "vieta" agli Stati di prestare alcun aiuto o assistenza al mantenimento delle situazioni originate dalla violazione e li "obbliga" a concorrere, con mezzi legittimi, alla cessazione dell'attività illecita (art. 41)" ([291]).

Muovendo da tali premesse, la Cassazione concludeva che:

"*il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti* si pone in palese contrasto" con principi appena ricordati, "poiché detto riconoscimento, *lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, essenziale per l'intera Comunità internazionale*, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione obbligatorie. E non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato, come puntualizzato nelle opinioni dissidenti espresse dai giudici di minoranza (otto contro nove) allegate alla sentenza *Al-Adsani*...: quindi, escludendo che, in ipotesi siffatte, lo Stato possa giovarsi dell'immunità della giurisdizione straniera. In questa prospettiva sembra collocarsi la sentenza *Furundzija* (*loc. ult. cit.*), che annovera tra gli effetti della violazione di norme di questo tipo, operanti "a livello interstatale", la possibilità, per le vittime, di "avviare un'azione civile di risarcimento davanti ai Tribunali di uno Stato straniero" ([292]).

La Suprema Corte italiana ha così dimostrato la contraddizione oggi esistente tra il riconoscimento, a vantaggio degli Stati (e dei loro organi), dell'immunità dalla giurisdizione, e la tutela dei diritti umani fondamentali, elevati al rango di norme di *jus cogens*. Ne ha concluso che l'*immunità* degli Stati stranieri, onde non trasformarsi in *impunità*, deve cedere dinanzi alle violazioni di norme di *jus cogens*. Diversamente, le norme di *jus cogens* non sarebbero più dotate di quei caratteri di superiorità ed imperatività nell'ordinamento giuridico internazionale che ne giustificano l'esistenza. Un tale orientamento ha portato ad una controversia internazionale e la Germania è rivolta alla CIG lamentando la violazione della propria immunità da parte dello Stato italiano.

166. La criticabile soluzione della CIG nel caso *Germania c. Italia*. — La CIG, con sentenza del 3 febbraio 2012 ([293]) ha innanzitutto rilevato che, in materia di immunità, una prassi statale particolarmente importante si ricava sia dalle sentenze dei

---

([291]) Cass., SS.UU., 11 marzo 2004, n. 5044, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539 ss., punto 9 della sentenza. Corsivo aggiunto.

([292]) Cit., punto 9.1. Corsivo aggiunto.

([293]) *Riv. dir. int.*, 2012, p. 475.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 117 SESS: 68 USCITA:

tribunali interni, sia dalla legislazione degli Stati, sia ancora, dalle pretese all'immunità avanzate dagli Stati davanti ai tribunali di un altro Stato, sia, infine, dalle prese di posizione degli Stati rispetto ai lavori della CDI in materia di immunità giurisdizionale degli Stati e, successivamente, in relazione all'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni del 2004. Inoltre, ha osservato che l'*opinio juris* in questo contesto si ricava dall'atteggiamento con cui gli Stati rivendicano l'esistenza di un proprio diritto a godere dell'immunità in base al diritto internazionale, dal riconoscimento, da parte degli Stati che concedono l'immunità, che si tratta di un obbligo loro imposto dal diritto internazionale.

In relazione a tali considerazioni, l'Italia metteva in risalto che gli atti che avevano dato luogo alle rimostranze della Germania costituivano delle violazioni gravi dei principi del diritto internazionale applicabili ai conflitti armati, vale a dire *crimini di guerra e contro l'umanità*. Essa sosteneva poi che le norme del diritto internazionale così violate fossero norme imperative (*jus cogens*). In terzo luogo, l'Italia affermava che l'esercizio, da parte dei giudici italiani, della loro competenza giurisdizionale era necessario come ultima istanza poiché i singoli si erano visti rifiutare ogni forma di risarcimento.

La CIG, a propria volta, indicava che:

"l'idea di subordinare, in una certa misura, il diritto all'immunità alla gravità dell'atto illecito in questione pone un problema di logica. L'immunità giurisdizionale permette di sfuggire non soltanto ad un giudizio sfavorevole ma anche al processo stesso. Essa riveste dunque necessariamente un carattere preliminare. Di conseguenza, prima di poter esaminare il merito della questione presentata davanti ai giudici e prima che i fatti siano accertati il giudice nazionale adito deve stabilire se, alla luce del diritto internazionale, uno Stato possa o meno pretendere l'immunità. Nel caso in cui l'immunità fosse dipesa dal fatto che lo Stato aveva realmente commesso una violazione grave del diritto internazionale dei diritti umani o del diritto dei conflitti armati, il giudice nazionale avrebbe dovuto effettuare un esame del merito per stabilire la propria giurisdizione. Se, in compenso, era sufficiente accusare lo Stato di avere commesso degli atti illeciti di questo tipo per privarlo del suo diritto all'immunità, un'adeguata presentazione della richiesta potrebbe di per sé avere come effetto quello di annullare l'immunità".

Così, dopo un'attenta analisi della prassi internazionale, la CIG perveniva alla conclusione secondo la quale:

"allo stato attuale del diritto internazionale consuetudinario, uno Stato non viene privato dell'immunità per la sola ragione che esso è accusato di violazioni gravi del diritto internazionale dei diritti umani o del diritto internazionale dei conflitti armati. Formulando questa conclusione, la Corte tiene a sottolineare che essa si pronuncia unicamente sull'immunità giurisdizionale dello Stato stesso davanti ai giudici di un altro Stato; la questione diretta a stabilire se e, all'occorrenza, in quale misura, l'immunità possa applicarsi nel quadro di procedimenti penali avviati nei confronti di un rappresentante dello Stato non ricorre nella fattispecie" ([294]).

Pertanto, ribadisce la CIG, posto che l'immunità giurisdizionale costituisce un vero e proprio diritto soggettivo dello Stato straniero, la cui sussistenza deve essere verificata dai giudici del foro prima di affrontare nel merito le questioni sollevate nell'ambito dei procedimenti di fronte a sé pendenti, ne segue che risulta in contrasto

([294]) Punto 91.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 118 SESS: 68 USCITA:

con gli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia l'orientamento giurisprudenziale volto a negare l'immunità cui la Germania aveva diritto ai sensi del diritto internazionale generale. Di qui l'ulteriore rilievo secondo il quale, con riferimento al negato accesso alla giustizia dei singoli nei confronti dello Stato:

"[l]a suddetta Corte non vede, nella prassi seguita dagli Stati — da cui scaturisce il diritto internazionale consuetudinario —, alcun elemento che permetta di affermare che il diritto internazionale farebbe dipendere il diritto di uno Stato all'immunità dall'esistenza di altri rimedi efficaci in grado di far ottenere il risarcimento" ([295]).

Seppure, come ritiene la CIG, riconoscere l'immunità non significa riconoscere la liceità di una situazione creata a seguito della violazione di regole cogenti, né a far venire meno un obbligo di riparazione, la Corte ha dovuto raggiungere le medesime conclusioni anche con riferimento alle pronunce italiane che avevano dichiarato esecutive delle sentenze greche in relazione ad attività dei nazisti in quel territorio ([296]).

167. Il seguito del caso *Ferrini*, il rigetto della soluzione della CIG da parte della Corte costituzionale italiana ed il nuovo ricorso della Germania alla CIG. — A seguito della pronuncia della CIG, il legislatore italiano, approvava la L. 14 gennaio 2013, n. 5, con cui, tra l'altro, dava esecuzione alla sentenza della Corte dell'Aja ([297]). Senonché, il Tribunale di Firenze, con tre distinte ordinanze di identico tenore, adottate il 21 gennaio 2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale: 1) della "norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.", della consuetudine internazionale accertata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nella sentenza del 3 febbraio 2012, nella parte in cui nega la giurisdizione, nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte, nello Stato del giudice adito, *jure imperii* dal Terzo *Reich*; 2) dell'art. 1 della L. 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), nella parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto dell'ONU, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *jure imperii* dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano; 3) dell'art. 3 della L. 14 gennaio 2013 n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di

---

([295]) Punto 101.

([296]) V. Cass. Civ., SS.UU., ord. n. 14200-14212 del 29 maggio 2008; Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2008, n. 14199, in *Riv. dir. int*., 2009, p. 594 ss. La Corte di Cassazione, pertanto, dava esecuzione anche ad una pronuncia della Corte Suprema greca che condannava la Germania al risarcimento degli eredi delle vittime del massacro di civili compiuto nel villaggio greco di Distomo durante la seconda guerra mondiale. Ne seguiva l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale su Villa Vigoni, un immobile della Germania sul lago di Como adibito ad attività culturali.

([297]) L. 14 gennaio 2013, n. 5, Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno, in *GURI*, 29 gennaio 2013, n. 24.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 119 SESS: 68 USCITA:

negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *jure* imperii dal Terzo Reich nel territorio italiano, in riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione. Inoltre il Tribunale di Firenze "osserva che la questione oggetto dei giudizi consiste nel valutare se l'ordinamento giuridico entro il quale il giudice italiano è chiamato a decidere le controversie, nel conformarsi alle norme dell'ordinamento giuridico internazionale generalmente riconosciute, imponga al giudice dello Stato dove il crimine internazionale è stato commesso di negare l'accesso al giudizio civile risarcitorio di accertamento e condanna, anche quando sul proprio territorio sia stato leso un diritto fondamentale, mediante un crimine di guerra e contro l'umanità, ancorché ad opera di uno Stato estero nell'esercizio di poteri sovrani". Come si vedrà a suo luogo (*infra*, Cap. XVIII), qui, la Corte Costituzionale ha applicato la teoria dei ***controlimiti*** e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della L. 14 gennaio 2013, n. 5 nonché dell'art. 1 della L. 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), "limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona" ([298]). Su tali questioni, continua un aspro dibattito in dottrina così come la produzione giurisprudenziale ([299]). Successivamente la Cassazione, a Sezioni Unite, ha pronunciato la sentenza n. 20442 del 28 settembre 2020 con cui ha ribadito il principio del diniego dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione ad uno Stato estero, *sub specie* la Germania, nei procedimenti promossi avverso quest'ultimo da vittime di crimini internazionali al fine di ottenere il risarcimento dei danni ([300]).

Il **29 aprile 2022** la Germania ha avviato un **nuovo procedimento contro l'Italia davanti alla CIG**. La Germania sostiene che, nonostante la pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012, i giudici interni italiani hanno continuato ad accogliere ricorsi contro la Germania in violazione della riconosciuta immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva.

La Repubblica federale tedesca ha infine fatto richiesta alla Corte di adozione di misure cautelari, volte soprattutto a proteggere quei beni pubblici minacciati dalle

---

([298]) V. al riguardo Corte Costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giur. Cost*., 2014, p. 388 con nota di B. Conforti, "La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale".

([299]) Cfr. Cass. civile, SS.UU., 28 ottobre 2015, n. 21946, in *Dir. comm. int*., 2016, p. 790,con nota di Porcelluzzi, nonché Cass. SS.UU., 29 luglio 2016, n. 15812, *Gamba*, in *Riv.dir.int*., 2016, p. 1277, ove si rileva che, essendo venuto meno l'obbligo di adeguarsi alla pronuncia della CIG, per effetto della sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale, non è ammissibile "il totale sacrificio imposto a uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili", né può "giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo di una potestà di governo manifestatasi in crimini di guerra e contro l'umanità". Pertanto, sussiste la giurisdizione italiana "a conoscere delle domande risarcitorie proposte dai ricorrenti". V. altresì, Cass. pen., 29 ottobre 2015, n. 43696, in *Riv.dir.int*., 2016, p. 629 ss., ove qualificando l'abbattimento di un elicottero militare appartenente alla *European Community Monitor Mission*, con la conseguente morte dei militari a bordo, da parte di un militare serbo alla stregua di un crimine di guerra, ha negato l'immunità dalla giurisdizione eccepita da quest'ultimo.

([300]) Cfr. il commento di C. Venturini, "Sentenza n. 20442 del 2020: il « contrappunto fugato » della sent. 238/2014 corte cost.", in *SIDIblog* del 18 dicembre 2020.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 120 SESS: 68 USCITA:

misure coercitive. Al momento in cui scriviamo il procedimento è ancora in corso e a poco è servita la misura del **Governo Draghi** di costituire con il D. L. n 36 del 30 aprile 2022 un "fondo ristoro" — finanziato dai contribuenti italiani! — per le famiglie delle vittime italiane dei crimini nazisti togliendo loro la possibilità di intentare nuovi processi contro Berlino oppure estinguendo i processi in corso. Il Tribunale di Roma ha sollevato una questione di legittimità costituzionale di tale normativa.

168. Evoluzione della prassi: il *JASTA* statunitense. — Infine, a testimonianza dell'evoluzione del rapporto tra immunità *jure imperii* e *jus cogens*, in senso sempre più restrittivo (per l'immunità), va indicata la recente legge statunitense *Justice against Sponsors of Terrorism* (JASTA). Qui, si prevede la possibilità per le famiglie delle vittime degli attentati dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle di agire in giudizio negli Stati Uniti presso le Corti federali contro gli Stati coinvolti in tali attentati per ottenere un risarcimento dei danni in sede civile. Insomma, collegando tali questioni al dibattito circa l'eventuale diniego di immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura, ci sembra che, diversamente da quanto ravvisato dalla CIG nel precitato caso *Germania c. Italia* del 2012, la prassi si evolva nel senso di ridurre la portata di tali privilegi di giurisdizione, anche per consentire le azioni risarcitorie da parte delle vittime di gravi violazioni degli obblighi internazionali in materia di diritti umani ([301]).

III.) *L'immunità dello Stato dalla giurisdizione esecutiva di un altro Stato*

169. Un'interferenza sulla sovranità di uno Stato straniero. — L'immunità dalla giurisdizione esecutiva viene concessa nello Stato del foro (Stato A), poiché, come abbiamo già notato, essa neutralizza l'"aggressione" di beni dello Stato estero (Stato B), in quanto misura lesiva della sovranità. Una cosa è giudicare uno Stato straniero, un'altra è effettuare nei confronti dello Stato estero atti di pignoramento successivi all'esito del giudizio di merito. Sicuramente siamo in presenza di un paradosso: non è forse illogico — e certamente iniquo per i soggetti privati — negare l'immunità dalla giurisdizione di cognizione allo Stato straniero, per poi accordargli una completa immunità dalla giurisdizione esecutiva? Il diritto interno della maggior parte degli Stati non sfugge a questa contraddizione ad eccezione della Svizzera, caso notevole, i cui tribunali hanno adottato un approccio globale e razionale delle immunità dello Stato straniero: se i tribunali elvetici stimano che lo Stato straniero non debba beneficiare dell'immunità dalla giurisdizione, allora gli negheranno ugualmente il privilegio dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva ([302]).

Del resto, l'indirizzo seguito dalla Convenzione di New York del 2004 appare in linea con le soluzioni cui già è pervenuta la giurisprudenza italiana (Corte cost., n. 329 del 1992 e Cass., sez. un., n. 5888 del 1997), secondo cui non è lo Stato straniero a essere soggettivamente immune dalla giurisdizione esecutiva, ma *sono i suoi beni a non poter essere oggetto di esecuzione se destinati all'adempimento delle sue funzioni pubbliche.*

170. Dall'"impignorabilità assoluta" ad una "pignorabilità relativa" dei beni dello Stato straniero. La posizione della giurisprudenza italiana. — In origine, i beni

---

([301]) Cfr. S. Vezzani, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", in *Riv. dir. int*., 2014, p. 36 ss.

([302]) V. *NYBIL, op. cit.*, p. 133 ss., in particolare p. 162.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 121 SESS: 68 USCITA:

dello Stato straniero godevano di una presunzione di immunità assoluta dalle procedure esecutive dello Stato del foro. Tuttavia, questa materia ha subito una consistente evoluzione in diversi Paesi ([303]) sicché in epoca recente si è progressivamente affermato un principio di immunità relativa dalla giurisdizione esecutiva.

Un ridimensionamento di tale principio ed una norma legislativa in materia si ebbe già, nel secolo scorso, in Italia, tramite il R.D.L. 30 agosto 1925, n. 1621, convertito nella L. 15 luglio 1926, n. 1263, il quale, *a condizione di reciprocità*, escludeva la possibilità di "procedere al sequestro o pignoramento ed in genere ad atti esecutivi su beni mobili o immobili, navi, crediti, valori ed ogni altra cosa spettante ad uno Stato estero senza l'autorizzazione del Ministro per la Giustizia". Detta norma è rimasta in vigore in Italia sinché la Corte Costituzionale, con sentenza del 15 luglio 1992, ne ha dichiarato l'incostituzionalità ravvisando, tra l'altro, il suo superamento a livello internazionale (ed il conseguente adattamento *ex* art. 10 Cost.) e, soprattutto, *il contrasto con l'art. 24 Cost. che sancisce il diritto individuale alla tutela giurisdizionale dei propri diritti.*

La motivazione della Corte in questo *landmark case* costituisce un'eccellente sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale in Italia in tale materia. Secondo la Corte:

"[L]'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva dello Stato del foro non è un semplice prolungamento dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione. In anni non lontani, al carattere relativo dell'immunità dalla cognizione si opponeva, nella più diffusa convinzione giuridica degli Stati, il carattere (almeno tendenzialmente) assoluto dell'immunità dall'esecuzione. Nell'ultimo trentennio si è determinata progressivamente un'inversione di tendenza, soprattutto nei paesi di cultura europea, per cui non è più oggi riconoscibile una norma internazionale non scritta di divieto assoluto di misure coercitive su beni appartenenti a Stati stranieri.

L'argomento più frequente con cui viene giustificata la restrizione dell'immunità anche in questa materia è di logica pratica, e nella recente giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione si trova così formulato:

"Se non opera l'immunità dalla giurisdizione di cognizione per le attività *jure privatorum*, non deve egualmente operare l'immunità in ordine all'esecuzione forzata della sentenza che ha riconosciuto la pretesa del privato, qualora lo Stato straniero rifiuti di adempiere. Diversamente la sentenza verrebbe a perdere la sua forza, la sua stessa essenza, e inoltre si rivelerebbe pressoché inutile consentire nei confronti degli Stati esteri la giurisdizione di cognizione pure nelle limitate ipotesi in cui è ammessa attualmente" (sez. un. n. 2502 del 1989, *Foro it.*, Rep. 1989, voce Giurisdizione civile, n. 54). L'argomento si adatta anche alle misure cautelari, che hanno la funzione di conservare la garanzia patrimoniale del credito: il rilievo della loro maggiore attitudine, rispetto a quelle di esecuzione, a turbare i rapporti tra gli Stati, suggerisce una rigorosa cautela nel concederle, ma non vale ad escluderle in linea di principio.

L'immunità dall'esecuzione conserva però un ambito normativo più ampio di quello in cui opera l'immunità dalla giurisdizione: per negarla non basta un titolo esecutivo efficace nel territorio dello Stato del foro, oppure, se è chiesta una misura cautelare, la soggezione del rapporto controverso alla cognizione delle corti di questo o di altro Stato, ma occorre altresì che i beni investiti dalla domanda di sequestro o dal procedimento esecutivo non siano destinati all'adempimento di funzioni pubbliche (*jure imperii*) dello Stato estero.

([303]) Per una panoramica cfr. A. REINISCH, "European Court Practice Concerning State Immunity From Enforcement Measures", in *EJIL*, 2006, p. 803; nonché B. CONFORTI, "Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri", in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 558 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 122 SESS: 68 USCITA:

Così intesa, l'immunità ristretta (o funzionale) in materia cautelare ed esecutiva, verso la quale la giurisprudenza italiana si era orientata già nel primo dopoguerra (cfr. Cass., sez. un., 13 marzo 1926, n. 729, id., Rep. 1926, voce Sequestro, n. 9), è stata affermata, per esempio, dalla Corte di cassazione francese a partire dagli *arrêts Englander* dell'11 febbraio 1969 e *Clerget* del 2 novembre 1971, dalla Corte costituzionale della Germania federale con le sentenze 13 dicembre 1977 (in una causa contro la Repubblica delle Filippine) e 12 aprile 1983 (in una causa contro la *National Iranian Oil Company*), dal Tribunale federale svizzero con numerose pronunce (da ultimo, sentenza 19 gennaio 1987, in una causa contro la Repubblica socialista della Romania) e dalla Corte d'appello dell'Aja (sentenza 28 novembre 1968, in causa *N.V. Cabolent c. National Iranian Oil Company*). Al principio dell'immunità ristretta *in executivis* sono improntate anche le recenti legislazioni del Regno unito (*State Immunity Act*, cit.), degli Usa (*Foreign Sovereign Immunities Act* del 21 ottobre 1976) e altre di tipo analogo (Canada, Sud Africa, Pakistan, Singapore e Australia), le quali impostano il limite con criteri e misure diversi dalla distinzione tra beni destinati ad atti *Jure imperii* e beni destinati ad atti *Jure gestionis*. La corte non si nasconde che la distinzione dà luogo a difficoltà applicative, soprattutto nel caso di beni a destinazione promiscua, come i depositi bancari o i conti correnti intestati a un'ambasciata straniera, ma, in mancanza di un intervento legislativo, essa è l'unica disponibile. È opportuno ricordare in proposito che non è generalmente riconosciuto, e in particolare è rifiutato dagli Stati dell'Europa occidentale, compreso il Regno Unito, il limite ulteriore per cui non basterebbe la destinazione del bene aggredito a fini (*lato sensu*) commerciali, ma occorrerebbe inoltre un legame specifico con l'oggetto della domanda, cioè la destinazione specifica del bene all'operazione commerciale da cui deriva il rapporto controverso" ([304]).

La posizione della Cassazione appare sostanzialmente in linea con quella della Corte Costituzionale.

Così, nella pronuncia a Sezioni unite del 13 maggio 1993, nel caso ***Giamahiria Libyan Arab Airlines c. Soc. Imairi***, la Suprema Corte ha rilevato che in base al principio della *immunità ristretta*, consolidatosi nel diritto internazionale consuetudinario, l'esenzione dei beni degli Stati stranieri e degli enti pubblici che operino per il perseguimento dei fini degli Stati stessi, da misure cautelari ed esecutive nell'ordinamento del foro, *è circoscritta ai beni impiegati nell'esercizio delle funzioni sovrane o destinate a scopi pubblici dei medesimi Stati stranieri.* Pertanto, nel caso di specie, la Corte ha escluso l'immunità con riferimento all'esecuzione per rilascio di un immobile condotto in locazione dalla Compagnia aerea libica di bandiera, perché considerato un "bene adoperato per attività imprenditoriale di trasporto di persone e cose" ([305]).

In una ulteriore pronuncia a Sezioni unite, il 12 gennaio 1996, nel **caso *Montefusco c. Gov. Usa***, la Suprema Corte ha invece stabilito il difetto di giurisdizione in ordine all'azione esecutiva promossa mediante pignoramento presso terzi, di somme di denaro su conto corrente intestato ad una organizzazione governativa Usa ed alimentato in prevalenza da fondi governativi, stanziati direttamente dal Congresso statunitense ed utilizzabili per il perseguimento dei propri compiti istituzionali ([306]).

Inoltre, la terza sezione della Cassazione, con sentenza del 29 gennaio 2010, nel caso ***Server Plus Ltd. c. Gov. Iraq***, ha ribadito che la destinazione, in concreto, del bene appartenente ad uno Stato estero all'adempimento delle sue funzioni pubbliche

---

([304]) Corte cost., 15 luglio 1992, n. 329 del 1992, in *Foro it.*, 1993, I, col. 2785.

([305]) Cass. civ., sez. un., 13 maggio 1993, n. 5425, in *Foro it*., 1993, I, 2786, con nota di M. Monnini. Corsivo aggiunto. V. anche Cass. Sez. un., 25 maggio 1989, n. 2502, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 691 ss. a proposito della sussistenza della giurisdizione italiana con riferimento ad un sequestro conservativo di due aeromobili della Lybian Arab Airlines, di proprietà statale ma esercente attività commerciale.

([306]) Cass. civ., sez. un., 12 gennaio 1996, n. 173, in *Giust. civ*., 1996, I, 1671, con nota di Giacalone.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 123 SESS: 68 USCITA:

comporta, in sede esecutiva, l'impignorabilità del bene stesso, impignorabilità che può essere fatta valere anche con l'opposizione all'esecuzione ([307]).

Ritorniamo, a questo punto, sul precitato **caso *Ferrini***, giacché, come si è indicato sopra, *una volta negata l'immunità della Germania, il giudice italiano aveva adottato misure coercitive relativamente ad un bene dello Stato tedesco* adibito a sede di un centro culturale volto alla promozione di scambi culturali tra la Germania e l'Italia (nella specie, Villa Vigoni).

Inoltre, e su un diverso piano, il giudice italiano *aveva persino riconosciuto e dichiarato l'esecutività sul territorio italiano* di alcune *sentenze greche per violazioni del diritto internazionale umanitario commesse in Grecia* dal Reich tedesco, sentenze la cui esecuzione era stata rifiutata in Grecia.

A tale proposito, la CIG nella sua sentenza del 3 febbraio 2012 ha indicato che l'Italia promulgando l'opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta, era tenuta a fare in modo che le decisioni dei suoi giudici e quelle di altre autorità giudiziarie che violavano l'immunità riconosciuta alla Germania dal diritto internazionale fossero rese inefficaci.

Del pari, poiché l'attività di riconoscimento ed esecuzione di sentenze straniere costituisce esercizio di giurisdizione da parte del giudice richiesto — *sub specie* italiano — la CIG ha ritenuto che l'immunità della Germania fosse stata violata anche dall'ipoteca giudiziale iscritta nei confronti della predetta Villa Vigoni, un'ipoteca adottata a mera garanzia del pagamento dei risarcimenti alle vittime italiane e greche ([308]).

Tutto ciò ha prodotto ulteriori conseguenze, in parte ancora in corso nel momento in cui scriviamo.

Da un lato, le ulteriori domande di risarcimento presentate dinanzi ai giudici italiani sono state dichiarate inammissibili o addirittura improponibili ([309]).

Sulla questione è poi intervenuto il legislatore italiano, con L. 14 gennaio 2013, n. 5, tramite la quale si è autorizzata l'adesione e dato esecuzione alla predetta Convenzione di New York del 2004.

All'art. 3 di tale legge, lo ricordiamo, indotta dalla sentenza della CIG si arrivava a precisare che:

"Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al c. 1 ([310]), anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per

---

([307]) Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2010, n. 2041, in *Banca dati il Foro it.*

([308]) CIG, *Germania c. Italia*, cit., punti 121-133.

([309]) Cfr. al riguardo App. Torino, 14 maggio 2012, (*Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 768) per il quale è divenuta improponibile, per effetto della sentenza della CIG secondo la quale l'Italia ha violato il diritto internazionale non riconoscendo l'immunità della Germania nell'ambito delle controversie promosse da propri cittadini deportati in territorio tedesco e ivi costretti a prestare il proprio lavoro o dagli eredi di questi ultimi, la domanda promossa da uno di tali eredi rispetto alla quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno dichiarato la sussistenza della giurisdizione italiana all'esito di un precedente regolamento *ex* art. 41 c.p.c., in quanto, da un lato, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., una tale decisione sulla giurisdizione ha un valore puramente in ipotesi perché fa riferimento ai soli elementi di fatto presenti in giudizio al momento della sua pronuncia e non pregiudica le questioni sulla proponibilità della domanda e, dall'altro, la predetta sentenza della CIG, alla quale non solo lo Stato italiano ma anche il giudice deve conformarsi in base agli artt. 10 e 11 Cost., ha mutato sensibilmente il quadro valutativo di riferimento impedendo l'esame del merito della controversia.

([310]) Che così dispone: "1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 124 SESS: 68 USCITA:

revocazione, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 del c.p.c., anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato c.p.c.".

A tal proposito, le Sezioni unite della Cassazione, con sentenza del 21 gennaio 2014, n. 1136, hanno stabilito — qui si riporta la massima ufficiale — che "[i]n tema di azione risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica Federale di Germania, dal cittadino italiano che lamenti di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista in Italia durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania, l'art. 3, 1º comma, l. 14 gennaio 2013 n. 5, emanata per determinare le modalità di attuazione della sentenza della CIG dell'Aja del 2 febbraio 2012, ha escluso la sussistenza della giurisdizione civile rispetto agli atti compiuti *jure imperii* da uno Stato, nel prevedere la declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice italiano, in qualunque stato e grado del processo (e pur dopo una precedente statuizione della Cassazione, con rinvio al giudice di merito), costituisce norma di adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale, in attuazione dell'art. 11, secondo periodo, Cost. ([311])".

Per porre fine a tale saga giurisprudenziale è, infine, intervenuta la Corte Costituzionale, la quale, con la già richiamata sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 ([312]), ha rilevato l'*incostituzionalità* dell'art. 1 della L. 17 agosto 1957 n. 848, limitatamente

---

internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo".

([311]) Cass., SS.UU., 21 gennaio 2014, n. 1136, in *Il foro it online*.

([312]) Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238. Secondo la Corte cost. "L'immunità dalla giurisdizione degli altri Stati, se ha un senso, logico prima ancora che giuridico, comunque tale da giustificare, sul piano costituzionale, il sacrificio del principio della tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili garantito dalla Costituzione, deve collegarsi — nella sostanza e non solo nella forma — con la funzione sovrana dello Stato straniero, con l'esercizio tipico della sua potestà di governo. Anche in una prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.), il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 ed 11 Cost.) è costituito, come questa Corte ha ripetutamente affermato (con riguardo all'art. 11 Cost.: sentenze n. 284 del 2007, n. 168 del 1991, n. 232 del 1989, n. 170 del 1984, n. 183 del 1973; con riguardo all'art. 10, primo comma, Cost.: sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996 e n. 48 del 1979; anche sentenza n. 349 del 2007), dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale. E ciò è sufficiente ad escludere che atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno. L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano consentita dagli artt. 2 e 24 Cost. protegge la funzione, non anche comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili, come riconosciuto, nel caso in esame, dalla stessa CIG e, dinanzi ad essa, dalla RFG (supra, punto 3.1.), ma ciò nonostante sprovvisti di rimedi giurisdizionali, come pure è attestato nella sentenza della CIG, nella parte ove dichiara di non ignorare "che l'immunità dalla giurisdizione riconosciuta alla Germania conformemente al diritto internazionale può impedire ai cittadini italiani interessati una riparazione giudiziaria" (punto 104), auspicando conseguentemente la riapertura di negoziati. Pertanto, in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, esaltati dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne (sentenza n. 349 del 2007), la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di cui si tratta, ormai risalenti, sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo. Vale, infine, precisare che il diritto al giudice sancito dalla Costituzione italiana, come in tutti gli ordinamenti

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 125 SESS: 68 USCITA:

all'esecuzione data all'art. 94 della Carta ONU nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad *atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona.*

La Corte Costituzionale ha dunque azionato l'arma dei "controlimiti" non senza richiamare quanto la Corte di giustizia UE aveva fatto rispetto alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU nel caso *Kadi* (v. *supra* Cap. III).

171. La Convenzione di New York del 2004 e le misure esecutive. — Per quanto riguarda le misure di coercizione su beni appartenenti a Stati esteri, va osservato che la precitata Convenzione di New York del 2004 — non ancora internazionalmente in vigore — codifica *il principio dell'immunità per i beni destinati a funzioni pubbliche, ma non ammette misure cautelari prima dell'adozione della sentenza, tranne che in casi ben determinati*. La parte quarta di detta Convenzione (artt. 18-21) prevede il non potersi procedere, prima della sentenza, ad alcuna misura di pignoramento o sequestro contro i beni di uno Stato, in relazione ad un procedimento davanti al tribunale di un altro Stato, a meno che lo Stato interessato non vi abbia esplicitamente consentito — tramite un accordo internazionale, ovvero un accordo arbitrale, un contratto scritto, una dichiarazione o una comunicazione al tribunale —, e non abbia riservato alcuni beni all'adempimento della richiesta oggetto della controversia.

Posteriormente alla sentenza non si potrà più procedere ad alcuna azione esecutiva nei confronti dei beni di uno Stato, se non alle condizioni prima richiamate, ed alla condizione aggiuntiva che lo Stato convenuto abbia stabilito non essere i beni interessati specificamente utilizzati o destinati a scopi di servizio pubblico.

Viene comunque esclusa l'assimilazione automatica tra il consenso fornito dallo Stato ai fini dell'esercizio della giurisdizione nei suoi confronti ed il consenso da parte del medesimo Stato a subire misure di carattere esecutivo, per le quali si dovrà reiterare l'esplicitazione del consenso stesso.

Tra i beni ritenuti *essenziali agli scopi di servizio pubblico* perseguiti da uno Stato e quindi non assoggettabili a misure di coercizione, rientrano in generale i conti bancari destinati al funzionamento delle rappresentanze internazionali e diplomatiche di uno Stato, i beni a carattere militare, i beni della Banca centrale, i beni facenti parte del patrimonio culturale dello Stato o di esposizioni a carattere scientifico, culturale o storico.

Rilevanti sono pure le regole in materia di notifiche che, in assenza di un accordo internazionale, possono essere effettuate in via diplomatica o con qualsiasi altro mezzo accettato dallo Stato interessato. Opportuna è pure la disposizione relativa alla sentenza contumaciale, poiché spesso lo Stato estero non si costituisce in giudizio.

172. L'esperienza francese. — Anche in Francia, alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno autorizzato il pignoramento di fondi privati accordando nel contempo una piena

---

democratici, richiede una tutela effettiva dei diritti dei singoli (sull'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti *ex* art. 24 Cost., tra le tante, di recente, sentenze n. 182 del 2014 e n. 119 del 2013; anche sentenze n. 281 del 2010 e n. 77 del 2007).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 126 SESS: 68 USCITA:

immunità dalla giurisdizione esecutiva per i soli fondi pubblici (313). Ciononostante, tale orientamento presenta una certa ambiguità: qui, la parte privata deve fornire la prova dell'origine e della destinazione privata (o pubblica) dei fondi dello Stato straniero al fine di ottenere soddisfazione dei propri interessi. In una successiva pronuncia della Corte di Cassazione nel caso *Eurodif* (314), il Supremo collegio si è espresso in termini più favorevoli per le parti private: qui, si è adottata una concezione più restrittiva dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva dello Stato straniero in Francia, poiché l'immunità viene negata qualora un bene sia stato destinato ad un'attività commerciale dello Stato.

Più recentemente, nella sentenza *Repubblica Democratica del Congo* la Cassazione francese ha enunciato una massima che ben riassume la posizione della giurisprudenza: "secondo i principi del diritto internazionale relativo alle immunità, gli Stati stranieri beneficiano, per principio, *dell'immunità di esecuzione*; ... una soluzione opposta si ha allorché il bene pignorato sia legato non all'esercizio di un'attività inerente la sovranità, bensì ad un'operazione economica, commerciale o civile di diritto privato, che dà luogo alla domanda della parte attrice" (315).

Nel caso di specie, dunque, la Corte ha concluso che, mentre l'immunità non si estendeva agli *alloggi del personale diplomatico*, valeva l'immunità per i *locali destinati alle attività dell'Ambasciata di uno Stato estero*, e a quelli della *residenza dell'ambasciatore* (316).

Il legislatore francese ha poi dovuto precisare l'estensione dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva di cui godono le banche centrali straniere in Francia. In principio, i loro "beni di qualsiasi natura" non potevano essere oggetto di pignoramento tranne nel caso in cui facessero "parte di un patrimonio [relativo] ad un'attività principale di diritto privato" (317). L'intervento legislativo del 2005 — il primo in Francia in questa materia — non ha però semplificato l'onere della prova per la parte attrice (privata): spetta infatti a quest'ultima di dimostrare la fungibilità dei beni che vuole aggredire. Inoltre, il riferimento ad un'"attività principale di diritto privato" non semplifica ancora il compito dei tribunali a causa dell'imprecisione di tale formula.

173. Arbitrato internazionale e rinuncia all'immunità. — Il 6 luglio 2000, in una celebre pronuncia relativa ad un contenzioso post-arbitrale tra una società privata e lo Stato del Qatar, la prima Camera civile della Corte di Cassazione francese ha precisato i limiti della rinuncia all'immunità dalla giurisdizione, da parte di uno Stato estero, per mezzo di una clausola compromissoria di arbitrato amministrato ICC (318).

La Corte ha concluso che l'accettazione di una clausola arbitrale da parte di uno Stato comporta, oltre alla rinuncia alla sua immunità dalla giurisdizione di cognizione anche quella, ben più importante, all'immunità dalla giurisdizione esecutiva (319). *Successivamente, la Cassazione in una nuova causa riguardante la Repubblica Demo-*

---

(313) Sentenza *Englander*, Cass. civ. 11 febbraio 1969, in Ch., 2 novembre 1971, in *Clunet*, 1969, p. 923 con nota di Kahn, nonché in *RGDIP*, 1969, p. 1148 con nota di P. Rousseau. V. anche la sentenza *Clerget*, Cass. Civ. 2 novembre 1971, in *Clunet*, 1972, p. 267 con nota di Pinto.

(314) Cass. civ, 14 marzo 1984, *JCP* II, 2205, con nota di H. Synvet, Cass. civ., 20 marzo 1989, *République Islamique d'Iran et O.I.A.T.E.I. c. Société Framatome et autres*, in *Clunet* 1990, p. 1004, con una nota di Ph. Ouakrat.

(315) In argomento si rinvia per approfondimenti a D. Carreau, F. Marrella, *Droit international*, 12 a ed., Paris, Pedone, 2018.

(316) V. pure la sentenza della CIG, del 11 dicembre 2020, nel caso delle immunità e procedimenti penali, oggetto di un contenzioso tra la Guinea Equatoriale e la Francia.

(317) Articolo 51 della legge n. 2005-842 del 26 luglio 2005, divenuta l'art. L. 153-1 del Codice monetario e finanziario francese.

(318) Data l'importanza di Parigi quale sede di arbitrati internazionali il riferimento è particolarmente opportuno.

(319) Cass. Civ. Fr., 6 luglio 2000, *Sté Creighton limited c. Etat du Quatar*, in *JDI* 2000, p. 1054 con una nota di I. Pingel.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 127 SESS: 68 USCITA:

cratica del Congo, ha affermato che la deroga all'immunità è valida solo se soddisfa "la duplice condizione [di essere] espressa e speciale" (320).

In Italia, si può ritenere che valgano, anche in caso di *exequatur* di un lodo arbitrale, le medesime osservazioni generali presentate sopra sulla giurisdizione esecutiva e quindi che l'*exequatur* sui beni di uno Stato estero sia in linea di principio possibile, salvo che quei beni siano chiaramente destinati all'esercizio di funzioni sovrane dello Stato estero.

La dottrina specialistica italiana, in linea con quella di altri Paesi, ravvisa nella sottoscrizione di una clausola arbitrale da parte di uno Stato addirittura una rinuncia implicita all'immunità dalla giurisdizione esecutiva (321), il chè, allo stato attuale appare, però, non ancora pacifico.

Se si tratta di esecuzione di un lodo arbitrale straniero ai sensi della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, l'esecuzione è facilitata su scala mondiale e a condizioni grosso modo uniformi. Ed infatti, lo *Yearbook of Commercial Arbitration* registra periodicamente la giurisprudenza in materia per tutti gli Stati in cui detta Convenzione è in vigore.

Senonché, com'è stato puntualmente osservato, da altra dottrina, "a ben vedere il problema dell'assoggettamento dei beni di uno Stato straniero attiene alla fase immediatamente successiva a quella dell'ottenimento del riconoscimento e dell'esecuzione della decisione arbitrale e si colloca, pertanto, al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione di New York [1958]" (322). Ne segue dunque che, quanto osservato sopra in materia di immunità, resta valido anche a fattispecie in cui la Convenzione di New York del 1958 si applica, come dimostrano le recenti vicende del caso ***Yukos c. Russia*** (323).

Va persino notato, con riferimento all'arbitrato ICSID, che pur se il lodo ICSID equivale ad una sentenza vincolante e definitiva nello Stato del giudice richiesto, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Washington del 18 marzo 1965, "[l']esecuzione della sentenza [ICSID] è disciplinata dalle norme sull'esecuzione delle sentenze in vigore nello Stato nel territorio del quale l'esecuzione è richiesta". Pertanto, anche in questo speciale contesto e sia pur in un'ottica più restrittiva, lo Stato soccombente potrà comunque eccepire l'immunità dalla giurisdizione esecutiva di cui all'art. 55 della Convenzione di Washington del 1965. Com'è stato rilevato da Redfern e Hunter, "[I]t is surprising that, in a convention that was intended to encourage investment, the State parties did not agree to waive their immunity from execution" (324).

In definitiva, l'ultima parola resta al giudice nazionale e dipenderà dalla saggezza con cui applicherà la teoria dell'immunità ristretta ovvero quella della rinuncia implicita all'immunità da parte dello Stato che ne avrebbe altrimenti beneficiato.

---

(320) Cass. Civ. Fr., Sez. I, 10 gennaio 2018, Appello n°16.22494.

(321) Cfr. G. Bernini, *L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, 1993, p. 259; M. Rubino Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, II, Padova, Cedam, 2010, p. 1297.

(322) P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 243.

(323) Corte distrettuale de L'Aja, 20 aprile 2016 (Olanda), in *Riv. arb*., 2016, pp. 676-686 con nota di Leandro. Successivamente, la Corte d'Appello dell'Aja con sentenza del 18 febbraio 2020 ha, a propria volta, ribaltato il risultato del Giudice di prime cure, resuscitando il lodo arbitrale. La Federazione Russa ha presentato ricorso alla Cassazione olandese e nel momento in cui scriviamo non si è ancora pronunciata.

(324) Cfr. *Redfern&Hunter on International Arbitration*, 6a ed., a cura di N. Blackaby e C. Partasides, Oxford, OUP, 2015, p. 656 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 128 SESS: 68 USCITA:

174. Assenza di immunità dalla giurisdizione esecutiva per gli enti pubblici diversi dallo Stato. — Al contrario, pare che non si possa fare valere alcuna immunità dalla *giurisdizione esecutiva* per gli enti pubblici diversi dall'amministrazione centrale dello Stato, dotati o meno della personalità giuridica ([325]). In una pronuncia isolata la Corte di Cassazione francese ha rifiutato di accordare all'Iraq il beneficio dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva a causa delle "limitazioni apportate alla sovranità [dell'Iraq] dalle sanzioni internazionali (nella fattispecie la risoluzione n. 687 del Consiglio di sicurezza presa a titolo del Capitolo VII dell'ONU)" ([326]).

175. Altri esempi stranieri. — Mentre in molti Paesi di Civil law la materia dell'immunità degli Stati stranieri viene regolata in via giurisprudenziale, al contrario — come abbiamo già notato — nei principali Paesi di Common Law la stessa materia viene regolata attraverso appositi atti legislativi. Sia il legislatore statunitense, sia quello britannico del 1976 e del 1978 *autorizzano delle misure esecutive contro i beni e le attività degli Stati stranieri relativi alle loro attività commerciali facendo salvi soltanto quei beni ed attività che risultino necessari all'esercizio di una pubblica funzione.* Tuttavia, e questa eccezione presenta un'importanza pratica considerevole, *i fondi detenuti dalle banche centrali straniere e per loro conto restano soggetti ad un regime di immunità totale dalla giurisdizione esecutiva in virtù* delle disposizioni di cui alla legge statunitense del 1976.

176. Conclusioni: una rinuncia sistematica alle immunità nei rapporti economici transnazionali. — In conclusione, gli Stati e gli enti pubblici stranieri possono sempre rinunciare alla loro immunità dalla giurisdizione di cognizione e da quella esecutiva. Vista l'importanza di tali atti, è chiaro che una rinuncia di questo tipo non può essere presunta e che deve essere espressa in modo formale ed inequivoco ([327]). Per le medesime ragioni, *è prassi diffusa in materia di accordi economici internazionali tra Stati (o enti pubblici) e privati stranieri* che quei contratti contengano una specifica clausola ai sensi della quale il soggetto pubblico rinuncia espressamente non solamente alla sua immunità dalla giurisdizione di cognizione ma anche a quella dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva. Si tratta di nuovo qui di un *sine qua non* al quale tutti gli Stati si devono adeguare al fine di acquisire risorse nella disponibilità di privati stranieri. Questo dato offerto dalla prassi è ancor più significativo osservando che, nemmeno gli Stati che difendono la teoria dell'immunità assoluta dalla giurisdizione (sia quella di cognizione che quella esecutiva), — in passato gli Stati dell'area sovietica o ancor oggi alcuni Stati in via di sviluppo — si sottraggono alla rinuncia delle immunità in via contrattuale.

§ 8. — *Le alienazioni di sovranità*

177. Un atto di sovranità dello Stato. — Lo Stato può decidere di alienare alcune delle sue competenze. Queste alienazioni sono suscettibili di rivestire forme diverse,

---

([325]) V. Cass. civ. 1° ottobre 1985, *Sonatrach c. Migeon*, in *JCP*, 1986, II, n. 20566 con una nota H. Synvet e le conclusioni dell'Avvocato generale Gulphe, in *RCDIP*, 1986, p. 527 con una nota di B. Audit.

([326]) Cass. 15 luglio 1999, *Société Dumez GTM c. Irak* e, sul rinvio, C.A. Paris, 20 febbraio 2002, *Irak c. Société Dumez GTM, RGDIP* 2003, p. 1008. *Contra* v. però C. cass. 1 Civ., 25 aprile 2006, *Etat irakien c. Société Dumez GTM S.A.*, D. 2006, I.R. 1335.

([327]) V. ad esempio C. App. Parigi, 10 agosto 2000, nella controversia tra l'ambasciata russa e la società *Noga*, in *Clunet*, 2001, p. 116, con una nota di I. Pingel.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 129 SESS: 68 USCITA:

ma presentano sempre un punto in comune: presuppongono, in effetti, *l'accordo formale o tacito dello Stato interessato* che vedrà limitata la sua sovranità. Conviene ricordare il principio fondamentale posto dalla CPGI nel caso *Lotus*, secondo il quale le "limitazioni alla sovranità degli Stati non si presumono". Dette alienazioni possono riguardare la sovranità territoriale (1) ma anche la giurisdizione personale (2) dello Stato.

1. — I limiti temporanei alla sovranità territoriale

178. Premessa. — Esamineremo qui solo alcuni casi di *alienazioni parziali della sovranità territoriale.* Le cessioni parziali di sovranità territoriale si fondano su norme consuetudinarie *(a)*, o su norme di diritto pattizio *(b)*.

a) *Dei limiti consuetudinari*

179. — In virtù di norme consuetudinarie internazionali, esistono due tradizionali limiti alla sovranità territoriale di uno Stato: il primo si esplica nei confronti delle navi straniere presso i propri porti; il secondo riguarda il territorio stesso e concerne la presenza di forze militari straniere sul proprio territorio ([328]).

i. La presenza di navi straniere nei porti

180. Navi private e navi da guerra. — A parte il *diritto di passaggio inoffensivo (Right of Innocent Passage)* di cui godono le navi di tutti gli Stati nei limiti indicati dagli artt. 17-25 della UNCLOS sul diritto del mare, le navi straniere beneficiano di alcune immunità essendo considerate "territorio flottante" dello Stato di cui battono bandiera. Anche qui, si tratta di limitazioni alla sovranità dello Stato costiero relative all'esercizio del potere giurisdizionale (e coercitivo) in relazione anche a fatti avvenuti a bordo di navi straniere (artt. 27-32, UNCLOS).

Un tempo, alcuni scrittori fondavano la libertà di accesso ai porti in tempo di pace su una norma consuetudinaria accessoria a quella più generale della libertà di commercio. Si argomentava che tutti gli Stati hanno un interesse e quindi un diritto alla libertà di accesso e di soggiorno delle loro navi nei porti stranieri, salve temporanee limitazioni dovute a ragioni di sicurezza, salute pubblica od esigenze di difesa dello Stato del porto ([329]).

Più sicuro è fondare tale libertà di accesso su norme di diritto pattizio come ad esempio quelle contenute in Trattati di amicizia, commercio e navigazione o ancora

---

([328]) GIULIANO, *Diritto internazionale*, II, cit., p. 461 ss.

([329]) In arg. v. R. LAUN, "Le régime international des ports", in *RCADI*, 1926, v. 15, p. 1 ss. S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2006. Si parla anche di *porti rifugio* con riferimento ad un porto che adempie essenzialmente alla funzione di offrire un sicuro asilo alle navi, generalmente di piccola mole, sorprese non lontano da terra da fortunale o da avaria. Col cosiddetto pacchetto Erika III è stato regolato a livello UE il piano di sicurezza marittima ed è stato trattato il problema dell'accoglienza in porti rifugio delle navi che hanno necessità di assistenza. Su tali aspetti v. G. TELLARINI, "I luoghi di rifugio nella recente evoluzione della normativa comunitaria e nel processo di adeguamento del diritto interno", in *Scritti per F. Berlingieri*, Genova, 2010, p. 1013 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 130 SESS: 68 USCITA:

nella Convenzione di Ginevra del 9 dicembre 1923 sul regime internazionale dei porti (330).

L'accesso ai porti è generalmente libero per le navi mercantili mentre per le navi da guerra lo Stato territoriale stabilisce le condizioni di accesso e di soggiorno delle navi stesse.

Orbene, se si tratta di ***navi da guerra straniere*** *ed altre navi di Stato in servizio non commerciale che siano contrassegnate e identificabili come navi in servizio di Stato* (331), l'*immunità dalla giurisdizione e da misure esecutive è assoluta*, poiché queste navi sono *una espressione della sovranità di uno Stato estero*.

La norma consuetudinaria ha trovato espressione nella celebre sentenza resa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, nella causa *The Schooner Exchange c. Mc Faddon*, in cui si osservava che è "un principio di diritto (internazionale) pubblico che le navi da guerra di uno Stato, quando entrano nel porto di una Potenza amica disposta a riceverle, devono essere considerate...esenti dalla giurisdizione di tale Potenza". E tale orientamento non è mai stato smentito nella prassi internazionale successiva (332).

Al contrario, *le navi mercantili*, dopo aver goduto per lungo tempo di immunità relative dalla giurisdizione e da misure esecutive nella misura in cui non avessero turbato la tranquillità del porto in cui erano ancorate, sono ora soggette all'ordinamento giuridico dello Stato del porto ed alla sua giurisdizione (333).

ii. L'ammissione e la presenza di un corpo di truppa straniero sul territorio nazionale

181. — Anche l'ammissione nel territorio dello Stato ed il soggiorno di un corpo di truppa straniero produce una potenziale concorrenza tra le pretese giurisdizionali dello Stato territoriale ove i militari sono stanziati e le pretese giurisdizionali dello Stato da cui i militari dipendono.

182. Dal *caso dei disertori di Casablanca* (1909), al recesso francese dalla NATO (1966), alle basi militari straniere in Italia. — Tale questione fu affrontata dalla Corte Permanente di Arbitrato, il 22 maggio 1909, nel caso dei *disertori di Casablanca*, oggetto di una controversia tra Francia e Germania (334).

Nel caso di specie, un funzionario del Consolato tedesco a Casablanca, che allora era presidiata da militari francesi con il consenso del Sultano del Marocco, aveva tentato di imbarcare su una nave tedesca alcuni militari, tra cui tre tedeschi, che

---

(330) Cfr. A. Giannini, "Il regolamento dei traffici marittimi negli accordi commerciali", in *Riv. dir. nav*., 1951, I, p. 99 ss.

(331) Cfr. artt. 29-32, 58, par. 2 e 95-96 UNCLOS, nonché art. 645 cod.nav.it.. In giurisprudenza v. Corte Cost., 15 luglio 1992, n. 329, in *Dir. mar*., 1993, p. 49, che dichiarando l'illegittimità costituzionale della L. 15 luglio 1926, n. 1263 (la quale subordinava l'azione cautelare o esecutiva ad autorizzazione del Ministro di Giustizia) ha riaffermato l'insussistenza dell'immunità solo qualora la nave non sia destinata all'esercizio di funzioni pubbliche da uno Stato estero.

(332) *The Schooner exchange v. Mac Faddon*, 7 Cranch 116, 136 (U.S. 1812). V. pure la Convenzione internazionale di Bruxelles, del 10 aprile 1926, per l'unificazione di alcune regole concernenti le immunità delle navi di Stato (in vigore per l'Italia dall'8 gennaio 1937) e l'art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni (New York, 2 dicembre 2004) non ancora in vigore.

(333) Cfr. R. Quadri, *Le navi private nel diritto internazionale*, Milano, 1939; *Brierly's Law of Nations*, 7 ed., cit., 2012, p. 232 ss., nonché, E. Zamuner, *Le navi private nel diritto internazionale*, Napoli, ES, 2015.

(334) D.P. 1911, II, 177, con nota di Gidel.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 131 SESS: 68 USCITA:

avevano disertato la Legione Straniera. Ma, le autorità militari francesi sventavano tale tentativo ricorrendo all'uso della forza. La Germania sosteneva di potere esercitare la sua *giurisdizione personale* a favore dei legionari di nazionalità tedesca ma la Francia argomentava che la Germania fosse priva di giurisdizione personale nel caso di specie, in quanto i disertori tedeschi erano precedentemente entrati a far parte di un corpo militare francese.

La CPA accolse la tesi della Francia ritenendo che i poteri del Comandante militare sui membri delle forze armate prevalessero su quelli delle Autorità consolari dello Stato di cui i disertori erano cittadini e dunque, in caso di conflitto di autorità, dovesse prevalere quella del primo Stato. Pertanto, gli arbitri ne dedussero che: "[u]n corpo di occupazione esercita, per regola generale, una giurisdizione esclusiva su tutti gli uomini appartenenti a detto corpo di occupazione". Si tratta di un principio consuetudinario dell'ordinamento internazionale sinteticamente denominato la "legge della bandiera" ove lo Stato della bandiera è quello di invio dei corpi di truppa nel territorio dello Stato di soggiorno o di sede.

Così, anche alla luce di tale vicenda, possiamo osservare che, in tempo di pace, la *presenza di truppe straniere sul territorio di un determinato Paese è limitata e condizionata dal consenso dello Stato territoriale.*

A tale riguardo la Corte di Cassazione italiana, in una pronuncia del 24 luglio 2008, in occasione del **caso *Calipari-Lozano*** ([335]), ha indicato che, dopo la seconda guerra mondiale, il principio della legge della bandiera è stato parzialmente superato in favore di quello del riparto di giurisdizione tra lo Stato della bandiera e quello di soggiorno tramite la Convenzione di Londra del 19 giugno 1951. Resta fermo il principio consuetudinario per cui la rinuncia alla giurisdizione dello Stato territoriale vale solo per i fatti interni al contingente militare stesso, al pari dell'esercizio del potere di disciplina del contingente. Per le altre materie e quindi l'esercizio — anche eventualmente concorrente — della giurisdizione civile e penale è invalsa la prassi di stipulare un apposito accordo (detto ***SOFA***, per *Status of Forces Agreement*) tra lo Stato della bandiera e quello territoriale. Il che consente, ad es. in caso di danni causati nello Stato territoriale dal personale militare o civile dello Stato della bandiera, nei confronti di terzi privati, di ottenere il risarcimento dei danni dal primo Stato superando il privilegio dell'immunità dalla giurisdizione.

In breve, oggi il transito, lo stazionamento di truppe militari straniere sul territorio di uno Stato, l'installazione di basi militari vengono regolati da apposite *convenzioni internazionali*. È così, ad esempio, che si sono conclusi appositi accordi tra Paesi occidentali nel quadro di patti militari, come quello del Patto atlantico istitutivo della NATO del 4 aprile 1949. Pertanto, in Italia operano basi militari straniere di Paesi Nato — tramite accordo bilaterale del 23 novembre 1994 l'Italia ha anche concesso all'ONU una base logistica *ex* art. 43, par. 1, Carta ONU — e ben sei basi sono in uso agli Stati Uniti in base ad un accordo bilaterale del 20 ottobre 1954 (il *Bilateral Infrastructure Agreement*) integrato da due accordi tecnici dello stesso anno e da un Protocollo d'intesa del 2 febbraio 1995 ([336]).

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, va qui ricordato che uno dei motivi invocati dal Generale De Gaulle nel 1966, quando annunciò il *recesso della Francia*

([335]) Cass. *Imp. Lozano*, 24 luglio 2008, n. 31171.

([336]) S. MARCHISIO, *Le basi militari nel diritto internazionale*, Milano, 1984; AA.VV. (a cura della Camera dei Deputati), *Le basi militari della NATO e dei Paesi esteri in Italia*, Roma, 1990; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, ~~6~~a ed., Torino, Giappichelli, ~~2017~~, p. ~~133~~ ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 132 SESS: 68 USCITA:

dalla NATO e dunque la partenza delle truppe alleate stazionate in territorio francese, fu specificatamente la preoccupazione "della Francia di recuperare sul suo territorio il pieno esercizio della sovranità, attualmente intaccato dalla presenza permanente di elementi militari alleati" ([337]).

b) ***Dei limiti di diritto pattizio***

183. — Per trattato internazionale, uno Stato può alienare parte della loro sovranità territoriale. Per esempio, può accettare di diventare un *protettorato* di uno Stato straniero; può *cedere delle basi militari*; può *affittare* delle terre, come nel caso della colonia britannica di Hong-Kong (con una locazione di 99 anni, che aveva scadenza il 30 giugno 1997). O, ancora, gli Stati possono costituire delle *servitù internazionali* ([338]) e, *inter alia*, possono accettare di *smilitarizzare* alcune parti del loro territorio, come nel caso di alcune città.

2. — I limiti della giurisdizione personale

184. Limiti convenzionali e consuetudinari. — Le limitazioni alla *giurisdizione personale* dello Stato vengono regolate sia da norme pattizie sia da norme consuetudinarie.

A *titolo convenzionale*, il più celebre esempio storico è quello del regime detto delle *capitolazioni* a cui si è fatto cenno in precedenza. Tramite il regime capitolare, lo Stato territoriale — Cina, Egitto, Tunisia, Turchia — cedeva la giurisdizione sui residenti stranieri, cittadini di Stati terzi, con cui era in vigore quell'apposito accordo ([339]).

Allo stesso modo, possiamo citare i *trattati di tutela delle "minoranze"*, che sono stati conclusi alla fine della prima guerra mondiale: anche in quel caso lo Stato territoriale si è impegnato a limitare l'esercizio della propria giurisdizione personale in favore di alcune categorie di individui che, pur essendo suoi cittadini, beneficiavano in quanto minoranze di una particolare tutela dei loro diritti culturali, linguistici e religiosi.

Infine, basti ricordare le norme in materia dei *privilegi e delle immunità diplomatiche e consolari* riconosciute tradizionalmente in via consuetudinaria e poi codificate tramite le Convenzioni di Vienna del 1961 e del 1963; sicché, per gli Stati diversi da quelli per i quali sono in vigore, quelle norme sono comunque vincolanti in virtù del loro fondamento consuetudinario.

([337]) Vedere il § 3 della lettera inviata dal generale de Gaulle al Presidente Johnson in data 7 marzo 1966.

([338]) In arg. v. R. Monaco, *Diritto internazionale pubblico*, 2a ed., Torino, Utet, 1971, p. 421 e riferimenti ivi cit.

([339]) R. Quadri, *Diritto coloniale*, 4 ed., Padova, Cedam, 1958, p. 50 ss. Ricorda Cassese, (*Diritto internazionale*, cit., p. 35 ss.) che "[L]e capitolazioni servivano a disciplinare le condizioni di residenza degli europei (e dei cittadini statunitensi) sul territorio delle nazioni non europee. In linea generale, tali accordi stabilivano che gli "occidentali" di nazionalità dello Stato contraente: *a*) non potevano essere espulsi dallo Stato territoriale senza il consenso del loro console; *b*) avevano il diritto di praticare pubblicamente il culto cristiano...; *c*) beneficiavano della libertà di scambio e di commercio ed erano esenti da certi dazi di importazione ed esportazione; *d*) non potevano essere oggetto di rappresaglia, soprattutto in caso di insolvenza; *e*) in caso di controversie con altri cittadini europei, erano sottoposti alla giurisdizione del console del convenuto".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 133 SESS: 68 USCITA:

185. Conclusione. — Dalle considerazioni presentate sopra si evince che la sovranità territoriale dello Stato per quanto piena ed originaria è soggetta a diversi limiti di fonte consuetudinaria o pattizia.

L'indagine sin qui effettuata aveva ad oggetto l'esame delle competenze dello Stato quale ente sociale esistente in un dato momento storico. Una valutazione dell'assetto delle competenze si impone ora in senso dinamico onde coglierne appieno tutto il loro significato.

§ 9. — ~~*L'effetto*~~ ratione temporis *delle competenze dello Stato. Successioni e principio di continuità dello Stato*

Bibliografia sommaria: M. Udina, "La succession des Etats quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques", in *RCADI*, 1933-II, t. 44, p. 655; K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Droz, 1954; K. Zemanek, "State Succession after decolonization", *RCADI*, 1965-III, t. 116, p. 181; M. Bedjaoui, "Problèmes recentes de succession d'Etats dans les Etats nouveaux", *RCADI*, 1970-II, v. 130, pp. 455-586; O'Connel, "Recent Problems of State Succession in Relation to New States", *RCADI*, 1970-II, t. 136, p. 95; N. Ronzitti, *La successione internazionale tra Stati*, Milano, 1970; B. Stern, "La succession d'Etats", in *RCADI*, 1996, v. 262, p. 9 ss.; *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., London, 1992, pp. 204-244; A. Del Vecchio (a cura di), *La successione degli Stati nel diritto internazionale*, Milano, 1999; J. Crawford, "State Practice and International Law in Relation to State Succession", *BYIL*, 1999, p. 85 ss.; O. M. Eisemann, M. Koskenniemi, (a cura di), *State succession: Codification tested against the Facts*, La Haye-Boston, 2000; P. Pustorino, *La successione degli Stati nel debito pubblico*, Torino, Giappichelli, 2002; C. Stahn, "The Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia", *AJIL*, 2002, p. 379; T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 85 ss.; E. Sciso, voce "Successione internazionale", in *Diz. di Diritto pubblico*, 2006, VI, p. 5818; S. Rosenne, *Reflections on Automatic Treaty Succession, dans Essay on International Law and Practice*, Leyden, 2007, p. 426; M. Craven, *The Decolonization of International Law: State succession and the Law of Treaties*, Oxford, OUP, 2007; P. Dumberry, "Obsolete and Injust: the Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession", *Nordic JIL*, 2007, p. 153; v. i rapporti di G. Ress all'*IDI* su "Les succession d'Etats en matière de biens et obligations", *Ann. IDI*, 2000, I, p. 119 e *Ann. IDI*, 2001, I, p. 712; R. Monaco, C. Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*, 3ª ed., cit., 2009, p. 515 ss.; *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed. cit., p. 423-444; N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, ~~6~~ 9ª ed., cit., p. ~~99~~ ss.; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 313 ss.; M. Shaw, *International Law*, 9ª ed., cit., p. 834 ss.; A. Gioia, *Diritto internazionale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2022, pp. 133 ss.; U. Leanza, I. Caracciolo, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4ª ed., cit., p. 50 ss.; Quoc Dinh, Dailler, Forteau, Miron, Pellet, *Droit international public*, 9ª ed., cit., p. 764 ss.

186. Mutamenti di governo e continuità dello Stato. — I *mutamenti di governo*, anche rivoluzionari, non inficiano, di regola, gli impegni internazionali assunti da uno Stato (340). Il diritto internazionale, in tal caso, prevede la continuità dello Stato, nonostante il nuovo regime, secondo il brocardo *forma regimis mutata non mutatur ipse civitas.*

Diversi sono, invece, gli effetti nel caso di *mutamenti territoriali* di uno Stato (341). Può accadere, ad esempio, che uno Stato si *dissolva* o sia *annesso* ad un altro Stato.

---

(340) Cfr. A. Aust, *Handbook of International Law*, cit., p. 361: "A State may change its name, constitution or government constitutionally or by a revolution, but will retain its international legal personality and so remain bound by its international obligations".

(341) Per economia espositiva non tratteremo gli eventi accaduti durante la massiccia decolonizzazione tra il 1945 ed il 1980. Per informazioni v. la bibliografia sommaria. Sulle vicende del Regno d'Italia v. la ricostruzione del dibattito tra Santi Romano e Dionisio Anzilotti presentata da S. Marchisio, *Corso di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 202 ss. In arg. cfr. A. Tancredi, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001, e, con riferimento al caso della Crimea, v. Id., "La crisi in Crimea", in *DIDU*, 2014, p. 480.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 134 SESS: 68 USCITA:

L'espressione "successione tra Stati" (***State Succession***) può dunque essere impiegata in una accezione *totale* se si verifica in occasione della estinzione dello Stato sostituito; ovvero si parla di successione *parziale* qualora esso sopravviva. A differenza della successione delle persone fisiche, qui si tocca con mano la successione di persone giuridiche, soggetti giuridici potenzialmente immortali! Viene denominato "Stato successore" (***Successor State***) il nuovo Stato o lo Stato che accresce il proprio territorio, mentre è detto "Stato predecessore" (***Predecessor State***) lo Stato che si estingue ovvero subisce una diminuzione di territorio.

a) ***Successione parziale e totale di uno Stato: tipologia***

187. — Si possono avere mutamenti territoriali parziali a titolo definitivo dovuti *al trasferimento di parte del territorio da uno Stato A ad uno Stato B* come avvenne, ad esempio, tramite la ***cessione*** (***Transfer of Territory***) dell'Alaska dalla Russia agli Stati Uniti od anche allorquando Hong Kong, nel 1997, venne restituito alla Cina, in base ad un accordo stipulato nel 1984. In questi casi, si applica il ***principio della mobilità delle frontiere*** (*moving boundary principle*), secondo il quale *nella porzione di territorio trasferito cessano di applicarsi i trattati in vigore per lo Stato predecessore mentre prendono effetto i trattati dello Stato successore.*

Si parla poi di ***unificazione o fusione*** (***Merger***) propriamente detta allorquando, sempre a *titolo definitivo*, si ha *l'estinzione di due o più Stati preesistenti e la nascita di un nuovo Stato* (si può visualizzare l'evento con la formula *A*+*B*=*C*: è il caso ad es. dell'unificazione, nel 1990, dello Yemen del Nord e del Sud nella Repubblica Yemenita).

Si ha, invece, ***annessione (o incorporazione)*** (***Annexation***), *quando uno Stato incorpora un altro Stato* (es. la Repubblica Democratica Tedesca — esistente fino al 1990 — è stata annessa alla Repubblica Federale di Germania: oggi si ha solo la Germania, anche se, elegantemente, si è parlato di "riunificazione tedesca"). La principale conseguenza è l'estinzione dello Stato annesso che cessa di essere uno Stato ai fini del diritto internazionale; lo Stato incorporante invece mantiene la propria soggettività giuridica internazionale (si può visualizzare l'evento con la formula *A*+*B*=*A*).

Viceversa, si ha ***dissoluzione (o smembramento)*** (***Dissolution***), allorquando *uno Stato si estingue e si formano, in sua vece, due o più nuovi Stati sovrani e indipendenti*. È, ad es., il caso del collasso dell'URSS e la conseguente indipendenza dei quindici Stati che la componevano, e della estinzione della Cecoslovacchia che ha portato alla costituzione della Repubblica Ceca e della Slovacchia. È anche il caso della dissoluzione della ex Jugoslavia, si sono formati dei nuovi Stati (Bosnia-Erzegovina, Croazia, Macedonia, Slovenia) mentre la Serbia (inizialmente con il Montenegro che poi si è ulteriormente distaccato) ha preteso di essere la continuazione del precedente stato federale (si può visualizzare l'evento con la formula *A*→ *b*+*c*).

Si ha, invece, ***secessione (o distacco)*** (***Secession***) quando una *parte del territorio di uno Stato A ottiene l'indipendenza e, con il distacco del territorio, va a formare un nuovo Stato indipendente* (Stato B; ad es. il Montenegro nel 2006, il Sud Sudan nel 2011 o ancora si pensi al Bangladesh che si è formato per secessione dal Pakistan) senza tuttavia provocare l'estinzione dello Stato preesistente.

Infine, si parla di ***Stati risorti*** (*Recovery of sovereignty*) con riferimento ad es. alle tre Repubbliche baltiche che hanno riacquistato la sovranità, sia pure per secessione dall'URSS e, nel 2004, sono divenuti Stati membri UE.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 135 SESS: 68 USCITA:

b) ***Le norme internazionali sulle successioni tra Stati***

188. — I mutamenti territoriali ora descritti, comportando un *mutamento di sovranità su un dato territorio*, vengono regolati dall'istituto della *successione tra Stati* un insieme di norme volto a determinare se e quali rapporti giuridici dello Stato predecessore si trasmettano o meno allo Stato successore.

Domina tale materia, e fino a dove è possibile, ***il principio****, di fonte consuetudinaria*, ***della continuità dello Stato*** — e dunque dei poteri che esso esercita — alla luce del più generale principio della *certezza del diritto* ([342]).

Così, ad esempio, la cessione dell'Alaska o di Hong Kong non ha impedito la continuità degli Stati cedenti: rispettivamente, Russia e Gran Bretagna; o il collasso, nel 1991, dell'Unione sovietica ha consentito alla Russia di configurarsi quale Stato successore, con la conseguente formazione di 14 nuovi Stati, emersi dalle ceneri dell'URSS.

L'IDI, nel 2015, ha adottato un'apposita Risoluzione con cui ha evidenziato che la responsabilità internazionale derivante da un fatto illecito prima della successione tra Stati si trasferisce al nuovo ente salvo che lo Stato predecessore continui ad esistere (art.2) ([343]).

c) ***Successioni degli Stati nei trattati internazionali***

189. — Lo Stato successore subentra nei trattati dello Stato predecessore? La materia — in inglese ***Succession to Treaties*** — è stata disciplinata dalla Convenzione di Vienna del 23 agosto 1978, entrata internazionalmente in vigore il 6 novembre 1996 ma con poche ratifiche (tra cui manca quella dell'Italia). Si tratta di una convenzione parzialmente codificatrice del diritto consuetudinario e che, piuttosto, tenta di indirizzarne lo sviluppo progressivo ([344]).

La materia resta particolarmente complessa e, nella prassi, si preferisce disciplinare tali vicende tramite un apposito accordo internazionale tra il nuovo Stato e le Parti contraenti dello Stato predecessore (artt. 8-9 della Convenzione di Vienna del 1978).

In assenza di siffatto accordo, occorre distinguere i *trattati localizzabili* (i) da quelli *non localizzabili* (ii) e fare capo al principio della mobilità delle frontiere nei trattati (iii):

i) **Trattati localizzabili**

Se si tratta di ***trattati localizzabili (Localized Treaties)***, ossia concernenti diritti di natura territoriale — l'esempio principale è quello dei trattati di delimitazione delle frontiere — ne consegue, secondo le norme consuetudinarie codificate all'art. 11 della predetta Convenzione di Vienna del 1978, che "[u]na successione tra Stati non pregiudica di per sé: *a*) un confine stabilito da un trattato; *b*) gli obblighi e i diritti stabiliti da un trattato e relativi al regime di un confine". La *ratio* di questa norma è

([342]) Per gli Stati Uniti v. *The Sapphire* II, Wall, 164, U.S. 1871 e per la Francia, Cass. com. 2 juillet 1951, *Société belge d'entreprises commerciales c. Banque d'Espagne et autres*, in *Gaz. Pal.* 1952.I.44; in *JCP*, 1951.IV.133.

([343]) IDI, "Succession of States in Matters of international Responsability", Ris. adottata il 28 agosto 2015 nella sessione di Tallinn, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1407.

([344]) In arg. cfr. R. Monaco e Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 524 ss. ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 136 SESS: 68 USCITA:

la stabilità delle relazioni internazionali e dunque lo Stato che subentra ad un altro in un dato territorio, mantiene i confini già stabiliti. Per utilizzare un efficace brocardo latino si può dire che *res transit cum onere suo*. E ciò vale anche per i trattati che istituiscono particolari regimi territoriali quali ad es. quelli che prevedono diritti di passaggio, diritti di pesca o navigazione, vie d'acqua internazionali, etc.

In base a tale principio, la Croazia e la Serbia hanno continuato ad applicare gli accordi conclusi dalla ex Jugoslavia con l'Italia in materia di delimitazione marittima della piattaforma continentale nel mare Adriatico, mentre Croazia e Slovenia sono subentrate nella delimitazione delle acque territoriali nel Golfo di Trieste ([345]).

Si ritiene altresì che tale regola valga anche per i ***trattati in materia di diritti umani*** e a quelli del ***diritto internazionale umanitario*** stante la natura oggettiva e non sinallagmatica di tali trattati e lo scopo di tutela di tutti gli individui presenti su un dato territorio ([346]). Al riguardo, il Comitato dei diritti umani ONU ha indicato nel *General Comment* n. 26 che "[u]na volta che agli individui è accordata la protezione di diritti in conformità al Patto, tale protezione è garantita con il territorio e continua a spettare agli individui, nonostante i cambiamenti nel governo di uno Stato contraente, incluso lo smembramento in più Stati o la successione di Stati" ([347]).

ii) **Trattati non localizzabili**

Per contro, si considerano ***non localizzabili*** e quindi, in linea di principio intrasmissibili, i *trattati di natura politica*. Per quanto si tratti di una nozione particolarmente "liquida", ci si accorda nel ricomprendervi i trattati che stabiliscono alleanze militari e quelli di neutralità. Allo stesso modo vi rientrano i trattati aventi ad oggetto una base militare. In tale fattispecie, si parla di ***principio della tabula rasa*** (***Clean Slate Doctrine***) per rimarcare l'intrasmissibilità (artt. 16-17 della Convenzione di Vienna del 1978) e quindi il principio per cui lo Stato successore che subentra nella sovranità su un dato territorio non è vincolato dagli obblighi internazionali dello Stato predecessore.

Perciò, nel caso di formazione di uno o più Stati (secessione, fusione e smembramento di cui si è detto sopra) applicando il principio della *tabula rasa* si ha che il nuovo Stato non risulta vincolato dai trattati dello Stato predecessore eccetto i trattati sui diritti umani ed i trattati localizzabili.

Nella prassi, si verifica che, mentre il principio della *tabula rasa* si applica ai *trattati bilaterali* conclusi dallo Stato predecessore, salvo novazione; nei *trattati multilaterali aperti*, uno Stato di nuova formazione può, salvo eccezioni, anziché aderire *ex novo* (ed *ex nunc*), procedere ad una c.d. *notificazione di successione* la quale fa retroagire la sua partecipazione al momento dell'acquisto della indipendenza.

iii) **Mobilità delle frontiere**

In base al principio della mobilità delle frontiere dei trattati si ha che quando uno Stato acquisisce un nuovo territorio, estende ad esso automaticamente tutti i propri accordi internazionali. Nel contempo e salva diversa pattuizione, lo Stato che si estingue causa la cessazione del vigore dei propri trattati...*tabula rasa*. Così, al tempo dell'unità d'Italia i trattati del Regno di Sardegna si estesero al resto d'Italia mentre si estinsero quelli dei singoli Stati italiani preunitari. Più recentemente, la riunifica-

---

([345]) V. il caso della delimitazione dei confini internazionali (terrestri e marittimi) tra la Repubblica di Croazia e la Repubblica di Slovenia, Lodo PCA No. 2012-04, 29 giugno 2017.

([346]) A. Cassese, *Diritto internazionale*, 3a ed., cit., 2017, p. 29 ss.

([347]) UN Doc. A/53/40, Annex VII, 8 dicembre 1997, par. 4.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 137 SESS: 68 USCITA:

zione tedesca ha portato la "Germania ovest" ad applicare i propri trattati alla "Germania est", caducando i trattati di quest'ultima.

d) ***Successioni degli Stati nelle OIG***

190. — *Rispetto ad un trattato multilaterale istitutivo di un'OIG, in linea di principio, lo Stato successore non diviene automaticamente membro di una OIG qualora sopravviva lo Stato predecessore*. In tal caso, infatti sarà solo quest'ultimo a mantenere lo statuto di Membro e pertanto lo Stato successore dovrà presentare domanda di ammissione (accessione) *ex novo* all'OIG. La prassi dell'ONU è particolarmente ricca al riguardo, basti menzionare la posizione dell'India e del Pakistan, la questione delle "due Cine" (Cina e Taiwan) o ancora il caso della Russia oppure della Serbia per l'ex Iugoslavia in tempi più recenti (348).

Viceversa, se lo Stato predecessore si estingue, allora i nuovi Stati dovranno formalmente accedere *ex nunc* alle OIG di cui era precedentemente membro lo Stato che si è estinto. Ciò avvenne, ad es., per la Repubblica Ceca e per la Slovacchia dopo la dissoluzione della Cecoslovacchia.

e) ***Successioni degli Stati e debito pubblico***

191. — Alcuni Stati possono poi cedere alla tentazione di rinnegare il principio di continuità per evitare di onorare i loro *debiti pregressi*. Il più celebre esempio fu quello della (ex) Unione Sovietica, la quale ha sempre rifiutato di riconoscersi vincolata dai prestiti contratti dal regime zarista pre-rivoluzionario. Dal 28 marzo 1918, i Governi britannico e francese hanno protestato contro tale rifiuto sostenendo che in virtù di un consolidato principio "uno Stato è responsabile degli atti del suo governo, senza che un cambiamento di autorità intacchi gli obblighi contratti"; e hanno aggiunto che, se non fosse così, "sarebbe la rovina del credito degli Stati sia dal punto di vista politico, sia dal punto di vista finanziario" (349). Questa posizione, alla lunga, ha avuto successo in quanto l'Unione Sovietica ha accettato di indennizzare, nel 1986, i portatori britannici di titoli russi al fine, senza dubbio, di poter beneficiare di nuovo dei servizi finanziari della *City* di Londra (350). Nel 1998, la Russia ha accettato di indennizzare anche i portatori francesi di obbligazioni russe in seguito ad un accordo di compensazione globale (*lump sum agreement*) concluso, in buona e dovuta forma, con la Francia — ciò che ha permesso alla Russia di ritrovare un accesso al mercato dei capitali francesi — sebbene, in questo caso, la percentuale di indennizzo si è rivelata assai modesta, arrivando a coprire solo l'1% del capitale e degli interessi dovuti.

Il principio di continuità dello Stato venne utilizzato anche nei confronti della Cina dinanzi ai tribunali statunitensi nel caso del rimborso dei prestiti emessi dal Governo imperiale cinese nel 1911 (351). Qui, la Cina si oppose a quella argomentazione in ragione del carattere "odioso" di quel debito estero (352). La Cina ebbe

---

(348) V. ad es. B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni unite*, cit.

(349) Testo in *Clunet*, 1918, p. 861.

(350) *AFDI*, 1986, p. 650.

(351) *Jackson et al. v. The People's Republic China*, U.S. District Court, N.D. Alabama, 1er sept. 1982, in *ILM* 1983, p. 75.

(352) V. *ILM* 1983, p. 81.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 138 SESS: 68 USCITA:

soddisfazione nel 1986, allorquando il giudice riconobbe che, all'epoca in cui i titoli erano stati emessi, essa beneficiava di un'immunità assoluta dalla giurisdizione (353).

Una *Convenzione di Vienna dell'8 aprile 1983 sulla successione di Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato* regola alcune di tali spinose questioni ma non è ancora entrata in vigore sicché sembra difficile ritenere che abbia valore quale codificazione del diritto consuetudinario in materia.

L'IDI nel 2001 ha adottato un'apposita Risoluzione, ha indicato che la "successione e la continuità degli Stati sono nozioni giuridiche che non si escludono a vicenda. La continuità di uno Stato significa che la personalità giuridica ai sensi del diritto internazionale permane nonostante i cambiamenti intervenuti nel territorio, nella popolazione, nel regime politico e giuridico." (art. 3) (354). Alla luce di tale premessa ha offerto diverse regole in *subiecta materia*.

Sezione II

Gli enti soggetti dotati di competenze funzionali: le organizzazioni internazionali

Bibliografia sommaria: G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., cit., 1967, p. 228 ss.; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed., cit., p. 516 ss.; E. Lauterpacht, "The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals", in *RCADI*, 1975, v. 152, p. 377 ss.; R. Monaco, "Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales", *RCADI*, 1977-III, vol. 156, p. 79 ss.; G. Biscottini, *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1981; A. Di Blase, *Nazioni Unite e Istituti specializzati: la rilevanza del coordinamento*, Napoli, 1982; A. Comba, *Il neo-liberismo internazionale*, Milano, 1995; R.J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2ª ed., Dordrecht, 1998; C.F. Amerasinghe, *Principles of the institutional law of international organizations*, 2ª ed. Cambridge, CUP, 2005; J. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, Oxford, OUP, 2005; T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 113 ss.; C. Zanghì, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2007; J. Klabbers, *An Introduction to International Institutions Law*, 2ª ed. Cambridge, CUP, 2009; *Bowett's Law of International Institutions*, 6ª ed. di Ph. Sands & P. Klein, London, Sweet & Maxwell, 2009; U. Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2010; ID., M. Fumagalli Meraviglia, *Diritto delle Organizzazioni internazionali. Parte speciale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2011; H. Schermers, N. Blokker, *International institutional law: unity within diversity*, 5ª ed. Leyden, M. Nijhoff, 2011; M. Di Filippo, *Immunità dalla giurisdizione versus diritto di accesso alla giustizia: il caso delle organizzazioni internazionali*, Torino, Giappichelli, 2012; S. Cafaro, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods*, Torino, 2012; P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2012; A. Del Vecchio (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, ES, 2012; E. Lagrange, J.M. Sorel (a cura di), *Droit des organisations internationale*s, Paris, LDGJ, 2013; P. Fois, "Le organizzazioni internazionali e la formazione del diritto internazionale contemporaneo. Il ruolo degli Stati membri", *Riv. dir. int*., 2014, p. 641 ss.; E. Benvenisti, "The Law of Global Governance", in *RCADI*, 2014, v. 368, pp. 47-279; *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., cit., Cap. VII; SIDI, *Il futuro delle organizzazioni internazionali: prospettive giuridiche*, a cura di M. Vellano, Napoli, ES, 2015; A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2 ed., cit., p. 98 ss.; C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 135 ss.; S.M. Carbone, "I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 1-47; J. Cogan, I. Hurd, I. Johnstone (a cura di), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, OUP, 2016; J. Alvarez, *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017; *Oppenheim's International Law: United Nations*, 2 voll., Oxford, O.U.P., 2017; Xu Yi-Chong, X., P. Weller, *The Working World of International Organizations: Authority, Capacity, Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2018; P. Pennetta, S. Cafaro, A. Di Stasi, I. Ingravallo, G. Martino, C. Novi, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, Cedam-WKI, 2018; E. Cimiotta, N. Napoletano (a cura di), *Nazioni Unite e organizzazioni*

---

(353) *Jackson v. P.R.C.*, 794 F 2d 1490; Testo in *ILM* 1986, p. 1466.

(354) IDI, Ris. di Vancouver del 26 agosto 2001, in tema di "State Succession in Matters of Property and Debts".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 139 SESS: 68 USCITA:

regionali tra autonomia e subordinazione, Bologna, Il Mulino, 2019; N. RONZITTI, ~~*Introduzione al diritto*~~ *internazionale*, ~~5~~ª ed., cit., p. ~~34 ss~~.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 327 ss.; D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 2017; M. SHAW, *International Law*, 9ª ed., cit., p. 1133 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4ª ed., cit., p. 77 ss.; F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Pref. di A. GIARDINA, 3 ed., Padova, Cedam, 2023.

192. Terminologia. — La cooperazione tra Stati per il soddisfacimento di interessi comuni può essere attuata in vari modi. Tra questi, a partire dal XIX secolo, si sono venute sviluppando, attraverso, un peculiare processo storico a cui si è fatto cenno nel Cap. I, dapprima le *unioni internazionali amministrative* — si pensi all'Unione postale universale — e poi, soprattutto a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, le ***organizzazioni internazionali*** ([355]). Il vocabolo "organizzazioni internazionali" (*International Organizations*) è di uso generico e non deve sorprendere che i singoli trattati che formano l'atto costitutivo di detti enti utilizzino varie denominazioni in proposito, ad esempio: ***Organizzazione*** (delle NU), ***Consiglio*** (d'Europa), ***Unione*** (Africana), ***Associazione*** (di libero scambio), ***Fondo*** (monetario internazionale), ***Banca*** (internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo), ***Comunità*** (economica europea) divenuta poi Unione (europea) e così via.

Manca, infatti, un atto internazionale che definisca una volta per tutte le organizzazioni internazionali: l'art. 2, c. 1, lett. *i*, della Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul "diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali" indica soltanto che "l'espressione 'organizzazione internazionale' si riferisce ad un'organizzazione intergovernativa" senza definire...quest'ultima. Anche noi, utilizzeremo spesso l'espressione *organizzazioni intergovernative* (*Intergovernmental Organizations)* ed utilizzeremo l'acronimo **OIG** per distinguerle dalle *organizzazioni (internazionali) "non-governative"(Non Governmental Organizations*, dunque ONG*)* le quali sono strutture associative che, però, vengono costituite tramite un atto che si colloca all'interno di un dato ordinamento giuridico nazionale.

193. Nozione. — Se vogliamo definire le OIG possiamo dire che si tratta di *enti che gli Stati creano, in virtù di accordi interstatuali, allo scopo di cooperare, a tempo indeterminato, in forma più intensa e stabile per il perseguimento di determinati fini comuni*. Pertanto, le OIG si caratterizzano per la compresenza di tre elementi: *1)* si tratta di associazioni fra Stati; *2)* dotate di organi propri che *(3)* devono perseguire dei fini di interesse comune degli Stati.

Ed infatti, solo quando la cooperazione tra Stati diviene istituzionale e permanente, il fenomeno associativo che ne deriva può dare luogo alla costituzione di un ***ente diverso dagli Stati che ne sono all'origine***. In tal caso, viene costituito un ente dotato di un apparato istituzionale, di organi propri, nonché di un proprio ordinamento giuridico "interno", in modo che l'ente medesimo esplichi un'attività propria per fini di interesse comune degli Stati membri che lo compongono; un'attività che, però, pur essendo disciplinata dal diritto internazionale, non è più imputabile agli Stati *uti singuli* bensì è imputabile alla OIG.

Sotto questo profilo, le OIG si differenziano da altre forme di **cooperazione intergovernativa *soft*** maggiormente utilizzate in passato come, ad esempio, le *unioni*

([355]) V. a tale riguardo le considerazioni di G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., cit., 1967, p. 228 ss. e R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed., cit., p. 516 ss. ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 140 SESS: 68 USCITA:

semplici di Stati: queste ultime sono, infatti, *prive di organi propri e di personalità giuridica* e possono essere regolate da semplici intese politiche prive di carattere giuridicamente vincolante (si pensi, oggi, ad es. al G7, G8, G20). Le unioni semplici agiscono esclusivamente mediante organi degli Stati membri i quali si limitano a riunirsi periodicamente in una *conferenza intergovernativa* per discutere questioni di interesse comune e, volta per volta, decidono o meno se mettere a disposizione dell'unione i propri organi (che possono assumere allora la forma di organi comuni).

194. Un fenomeno simile a quello delle *persone giuridiche* nell'ordinamento interno. — Nell'ordinamento internazionale, il fenomeno delle OIG fa pensare a quello delle società di capitali nell'ordinamento interno dei singoli Stati. In entrambi i casi, siamo in presenza di una vera rivoluzione giuridica che si realizza tramite l'apparizione di *nuovi soggetti di diritto dotati di una personalità giuridica propria*, *indipendente da quella dei soggetti che li hanno creati*, con tutte le conseguenze che ciò implica specialmente in materia di stipulazione di atti giuridici, di autonomia patrimoniale e di responsabilità.

Mutatis mutandis, i rapporti tra Stati e OIG fanno pensare a quelli tra gli azionisti di una società per azioni e la s.p.a. come ente, o a quelli tra associati ed una associazione dotata di personalità giuridica.

In diritto interno, la dottrina identifica le caratteristiche fondamentali del contratto di società in un contratto plurilaterale associativo a cui, in presenza di date circostanze, l'ordinamento giuridico interno conferisce personalità giuridica ed autonomia patrimoniale perfetta (356).

In diritto internazionale, ci troviamo dinanzi ad enti internazionali istituiti quasi sempre tramite accordi intergovernativi: dei "soggetti derivati", creati dagli Stati, per la realizzazione di fini comuni (357).

Da ciò ne segue che, normalmente, le loro funzioni e quindi le loro competenze saranno *più limitate di quelle di uno Stato.* La CIG, nel suo Parere consultivo dell'11 aprile del 1949 *sulla riparazione dei danni al servizio delle Nazioni Unite*, pervenne alla conclusione secondo la quale

> "l'organizzazione (ONU) è un soggetto internazionale. Ciò non equivale a dire che sia uno Stato, che certamente non è, e, meno ancora, ciò equivale a dire che essa sia un 'super-Stato', qualunque sia il senso che si voglia attribuire a quest'ultima espressione" (358).

Se le conclusioni della CIG valgono per l'ONU, viceversa, si possono concepire — per il momento solo in linea teorica — OIG a vocazione regionale capaci persino di sostituirsi gradualmente e completamente ai loro Stati membri.

Per il momento, l'unico esempio di *Integration Through Law*, è rappresentato dall'evoluzione della CEE in una Unione europea — embrione dei futuri Stati Uniti d'Europa? — caratterizzata, tra l'altro, dal trasferimento della sovranità monetaria degli Stati membri della zona Euro in favore dell'Unione. Qui, si tocca con mano la dimensione sovra-nazionale dell'Unione europea. Ma si tratta di un unico esempio di sovra-nazionalità in diritto internazionale che non può essere certo esteso, *sic et*

---

(356) Cfr. ad es. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, IV, 2 ed., Padova, 2010, p. 5 ss.

(357) In arg. v. tra una letteratura vastissima G. ARANGIO-RUIZ, *La persona internazionale dello Stato*, Torino, 2008.

(358) *Rec.* p. 179.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 141 SESS: 68 USCITA:

simpliciter ad altre OIG. L'espressione "***sovranazionale***", a ben vedere, è stata formalmente utilizzata solo nel trattato istitutivo della CECA del 18 aprile 1951, e persino nell'arco temporale di esistenza di quella OIG ha dato luogo ad un aspro dibattito ([359]).

195. Le OIG come enti *non* territoriali. A differenza degli Stati, le OIG non sono enti territoriali. Non hanno un proprio territorio e, anzi, hanno la propria sede in un territorio altrui. In via eccezionale, può però accadere che siano *chiamate ad amministrare territori a titolo temporaneo*. Così, ad esempio, le Nazioni Unite, tramite l'UNMIK suo organo sussidiario, hanno assicurato per diversi anni l'amministrazione del Kosovo, esercitando a tal fine anche poteri normativi.

In conclusione, il principio classico secondo il quale le OIG non possiedono "sovranità" in quanto non possiedono né una popolazione, né un territorio propri, resta valido ancor oggi.

196. Piano espositivo. — Al fine di comprendere la natura giuridica e le norme applicabili alle OIG occorre, innanzitutto, esaminare il significato della personalità giuridica interna delle OIG, cioè *le loro competenze nell'ordinamento interno degli Stati membri* (§ 1), e poi volgere lo sguardo verso la soggettività di diritto internazionale (§ 2), ossia *l'esercizio delle loro competenze nell'ordinamento internazionale*; infine vedremo che *le loro competenze*, al pari di quelle degli Stati*, sono protette dal diritto internazionale* (§ 3).

§ 1. — *La capacità nell'ordinamento interno:* la personalità giuridica interna *delle organizzazioni internazionali*

197. Delle persone giuridiche nel diritto interno degli Stati membri. — Le Carte istitutive delle OIG prevedono solitamente che gli enti a cui hanno dato vita debbano essere considerate come persone giuridiche nell'ordinamento interno degli Stati membri.

1. — Un fondamento di diritto pattizio

198. Riconoscimento della personalità giuridica tramite le carte istitutive. — Le carte istitutive delle OIG stipulate dopo la fine della seconda guerra mondiale conferiscono loro la personalità giuridica sul territorio di tutti gli Stati membri.

In passato non è stato sempre così. Ad esempio, il Patto della Società delle Nazioni non prevedeva alcuna norma a tale riguardo. All'epoca, tale questione veniva solitamente regolata tramite appositi trattati, o ancora tramite il diritto interno degli Stati membri. Così, per esempio, venne stipulato un apposito accordo internazionale tra la SDN e la Svizzera (Paese in cui la SDN aveva sede) al fine di regolare lo statuto di detta OIG dal punto di vista dell'ordinamento svizzero.

([359]) L'art. 1 della Comunità europea di difesa (CED) del 27 maggio 1952 prevedeva, all'art. 1 una disposizione analoga, ma questo trattato rimase lettera morta. Sulla CECA v. ad es. le riflessioni di R. Monaco, "Le comunità sopranazionali nell'ordinamento internazionale", in *CI*, 1953, p. 341 ss.; G. Sperduti, "La natura giuridica della CECA", ivi, 1957, p. 448; Arangio-Ruiz, *La pretesa "analogia federale" nella Carta delle Nazioni Unite e le sue implicazioni*, cit..

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 142 SESS: 68 USCITA:

199. L'esempio della Carta dell'ONU. — La norma più famosa in tema di riconoscimento della personalità giuridica delle OIG nell'ordinamento interno degli Stati membri è quella di cui all'art. 104 della Carta ONU. Ai sensi di tale articolo:

"L'Organizzazione gode sul territorio di ciascuno dei suoi membri della capacità giuridica che le è necessaria per esercitare le sue funzioni e raggiungere i suoi scopi".

Pur essendo tale norma formulata in termini particolarmente ampi, e suscettibile di interpretazione estensiva tramite la teoria dei "poteri impliciti", tale formulazione si è comunque rivelata di non facile applicazione pratica. Per questi motivi, un'apposita convenzione, l'accordo del 1946 sui privilegi e immunità dell'ONU, ha dovuto apportare le dovute precisazioni. Per le stesse ragioni, una convenzione del 1947 ha precisato i privilegi e le immunità delle "istituzioni specializzate" dell'ONU.

200. Gli accordi di sede. — Inoltre, va osservato che gli "accordi di sede", cioè i trattati conclusi tra una data OIG e lo Stato sul cui territorio essa ha sede, precisano l'estensione e la portata della sua "personalità giuridica interna" nell'ordinamento giuridico dello Stato di sede con importanti norme in materia di immunità e circa lo statuto giuridico dei funzionari dell'organizzazione (si pensi alla questione della loro esenzione fiscale dalle imposte dirette!) ([360]).

2. — Il suo contenuto

201. Una soggettività giuridica "domestica" a carattere funzionale. — La soggettività interna delle OIG ha carattere *funzionale* nel senso che possono e debbono esercitare *i poteri funzionali alla realizzazione delle finalità* che sono state loro affidate dagli Stati membri in ciascun atto istitutivo ([361]).

202. Alcune Carte istitutive di OIG definiscono in modo assai preciso gli ambiti entro i quali tali enti possiedono una personalità giuridica nell'ordinamento interno. Così, per esempio, l'art. IX, sez. II, dell'Accordo di Bretton-Woods, istitutivo del FMI dispone che: "[i]l Fondo godrà della piena personalità giuridica e, in particolare, della capacità: I) di contrarre; - II) di acquistare o alienare beni mobili; - III) di stare in giudizio".

Ritroviamo delle norme analoghe nel Trattato di Roma del 1957, norme riprese successivamente senza modifiche dal Trattato di Lisbona sull'Unione Europea del 2009. Così, in base a quest'ultimo, oggi, si prevede, all'art. 47 TUE, che l'Unione possiede personalità giuridica, mentre l'art. 355 TFUE precisa che: "[i]n ciascuno degli Stati membri, l'Unione ha la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali; essa può in particolare acquistare o alienare beni immobili e mobili e stare in giudizio".

203. La regola generale. — In breve, basta ricordare che tutte le OIG godono della piena *capacità giuridica di diritto interno* nel territorio di ciascuno Stato membro per svolgere le funzioni loro assegnate dalle rispettive carte istitutive.

([360]) In arg. v. F. Durante, E. Spatafora, *Gli accordi di sede. Immunità e privilegi degli enti e dei funzionari internazionali in Italia*, Milano, Giuffrè, 1993.

([361]) CIG, 8 luglio 1996, *Parere sulla legalità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, in *Rec.*, 1996, p. 66.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 143 SESS: 68 USCITA:

Tuttavia, ammettere la "soggettività giuridica interna" di un'OIG non significa riconoscerle automaticamente una capacità di agire nell'ordinamento internazionale. In altre parole, *personalità giuridica interna non significa automaticamente soggettività di diritto internazionale.*

§ 2. — *La soggettività giuridica delle OIG nell'ordinamento internazionale*

204. Una questione fondamentale. — La personalità internazionale delle OIG assume un'importanza fondamentale dal punto di vista sia teorico che pratico.

A livello teorico, significa ammettere definitivamente che *gli Stati non possiedono più il monopolio della soggettività giuridica nell'ordinamento internazionale*. Infatti, non appena si riconosce alle OIG una certa personalità di diritto internazionale, una capacità di agire, ne consegue necessariamente che gli Stati ~~finiranno~~ per confrontarsi con dei "poteri concorrenti" dotati di una volontà e di una soggettività propria.

A livello pratico, la questione è ancor più importante. Ciò significa, in effetti, che se una OIG possiede la soggettività internazionale, essa può agire di sua volontà, senza passare ~~necessariamente~~ attraverso l'intermediazione degli Stati membri. Essa potrà allora concludere trattati, proteggere i suoi funzionari ecc., anche senza il concorso degli Stati e potrà pure essere internazionalmente responsabile dei propri atti commessi in violazione del diritto internazionale.

205. Insufficienza del diritto pattizio. — Va osservato che, in tale materia, il diritto pattizio appare assai scarno di riferimenti. Talvolta la questione non ha trovato soluzione — vedi ad es. la Carta ONU — talaltra, detta questione è stata affrontata solo in modo vago e superficiale.

Così, ad esempio, il Trattato di Parigi del 1951, che istituiva la **CECA**, disponeva all'art. 6, c. 2, che: "[n]elle relazioni internazionali la Comunità ha la capacità giuridica necessaria per esercitare le sue funzioni e conseguire i suoi scopi", il chè equivaleva a riconoscere alla nuova OIG una soggettività a carattere funzionale, ma dai contorni imprecisi.

Ancora più vago risulta l'accordo del 27 maggio 1980, concluso tra gli Stati membri dell'OPEC istitutivo di un "Fondo speciale per lo sviluppo internazionale". In base a tale accordo, la nuova OIG era dotata della "personalità giuridica internazionale"(art. 1.01), senza ulteriori precisazioni al riguardo ([362]).

Un ulteriore esempio è fornito dall'accordo istitutivo del "Fondo comune per i prodotti di base", il cui art. 41 prevede che: "la nuova istituzione avrà la piena soggettività giuridica e, in particolare, la capacità di concludere accordi internazionali con gli Stati e le organizzazioni internazionali, di contattare [...], di ricorrere a procedure giudiziarie" ([363]).

Per contro, la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (**BERS**), istituita nel 1990 e operativa dal 15 aprile 1991, è dotata di uno statuto assai impreciso. La BERS dispone, infatti, della "piena soggettività giuridica" (art. 45), senza ulteriori precisazioni. Parimenti, va ricordato il trattato del 17 dicembre 1994, istitutivo del MERCOSUR tra alcuni Stati dell'America Latina, ove però, all'art. 34, si prevede che possegga la "personalità giuridica internazionale". In materia di diritto UE, l'art. 47 TUE indica in modo assai laconico che "[l'] Unione ha la personalità giuridica".

206. Piano espositivo. — La soggettività di diritto internazionale di cui godono le OIG ha formato oggetto di importanti pronunce dei giudici internazionali (1). Nonostante ciò, essa non è statica e immutabile, ma è di tipo "evolutivo" (2).

([362]) In *ILM*, 1980, p. 879.
([363]) In *ILM*, 1980, p. 896.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 144 SESS: 68 USCITA:

1. — Il riconoscimento della soggettività internazionale delle OIG in via giurisprudenziale

207. Il caso *Bernadotte* (1949). — L'affermazione della soggettività internazionale delle Nazioni Unite, in termini applicabili a tutte le OIG, si deve al parere reso dalla CIG, nel 1949, nel *caso della riparazione per i danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*.

Il caso riguardava il conte svedese Folke Bernadotte, il quale morì tragicamente a Gerusalemme dove si trovava in qualità di mediatore ONU tra gli israeliani ed i palestinesi. Bernadotte venne ucciso da un gruppo di estremisti ebraici nel 1948 insieme ad un suo collaboratore, il colonnello francese André Serót. Il Segretario Generale della Nazioni Unite considerò responsabile il Governo israeliano per non aver varato le misure idonee necessarie per prevenire i due attentati. Pertanto, l'Assemblea Generale dell'ONU richiese un parere alla CIG. In particolare, veniva chiesto se nel caso di specie l'ONU avesse la qualità per presentare un *international claim* nei confronti del Governo ritenuto responsabile dei danni cagionati ad un agente al servizio delle Nazioni Unite. La Corte, nell'esercizio della funzione consultiva riconosciuta dall'art. 96 della Carta delle Nazioni unite, rispose in senso affermativo. Una questione preliminare al riconoscimento della capacità di presentare un reclamo internazionale nei confronti di Israele (in quel tempo non era uno Stato membro dell'ONU) era proprio l'accertamento del possesso di una *personalità internazionale* da parte dell'ONU.

Per l'accertamento della personalità di un ente internazionale come l'ONU, secondo la CIG, pur se nella Carta istitutiva nulla viene previsto, occorre, per un verso, esaminare i caratteri generali dell'ONU e, per altro verso, determinare se nel costituire quell'ente e nell'attribuirgli determinate funzioni, gli Stati membri lo avevano inteso come organizzazione da loro autonoma.

La Corte fece riferimento sia alla struttura interna dell'Organizzazione (e alle competenze dei suoi organi), sia alla prassi dell'organizzazione, rilevando che l'ONU aveva concluso degli accordi internazionali con alcuni degli Stati membri. La Corte sottolineava l'importanza delle missioni dell'ONU, in particolare quelle relative al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Pertanto, secondo la CIG:

"l'organizzazione è stata intesa ad esercitare e a godere, e di fatto sta esercitando e godendo, di funzioni e diritti che si possono spiegare sul presupposto del possesso di una larga misura di personalità internazionale e della capacità di agire sul piano internazionale" (p. 179).

In altre parole, "si deve riconoscere che i suoi membri, assegnandole certe funzioni con i doveri e le responsabilità che le accompagnano, l'hanno rivestita della competenza necessaria per permetterle di svolgere effettivamente tali funzioni".

Va sottolineato che tale "soggettività internazionale" *non è soltanto opponibile agli Stati membri ONU, ma anche nei confronti di Stati non membri*, nella misura in cui quell'OIG — nella fattispecie l'ONU — possieda una "personalità internazionale obiettiva" (p. 185).

208. Una soluzione suscettibile di generalizzazione. — Il ragionamento di cui sopra vale anche, *mutatis mutandis*, per le altre OIG a vocazione universale o regionale. Così, alla luce dell'analisi condotta dalla CIG, si deduce agevolmente che un'OIG possiede tutte le competenze necessarie per svolgere le proprie funzioni previste dalla Carta istitutiva.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 145 SESS: 68 USCITA:

2. — Delle competenze specializzate

209. Differenze con gli Stati. — Esiste una fondamentale differenza tra le OIG e gli Stati. *Tutte le competenze delle OIG sono, di regola, delimitate, specifiche e, soprattutto, sono* ***competenze di attribuzione*** ([364]).

D'altronde, la terminologia ufficiale ben evidenzia tale fenomeno: come dimenticare, in effetti, che le istituzioni che fanno parte della "famiglia dell'ONU" sono qualificate come "specializzate"? In termini di competenze, i rapporti tra gli Stati e le OIG fanno pensare, *mutatis mutandis*, a quelli che esistono tra lo Stato e gli altri enti pubblici nel diritto amministrativo.

210. Tipologia di organizzazioni internazionali. — Nei limiti di questo volume, non è possibile trattare specificamente tutte le OIG. Senonché, appare possibile delineare una tipologia delle OIG utile a comprenderne meglio l'ambito di operatività.

È innanzitutto possibile distinguere le OIG in base **all'estensione delle loro *competenze***. Accanto all'ONU che è l'unica OIG a possedere *competenze molto ampie a livello globale* si collocano altre OIG *con competenze specializzate ratione materiae* nei campi economico, sociale, culturale, educativo, sanitario e così via. Tali OIG, pur restando enti distinti dall'ONU, si relazionano a quest'ultima organizzazione tramite appositi *accordi di collegamento* divenendo perciò degli "**istituti specializzati**" dell'ONU. Si tratta, ad esempio, dell'Organizzazione internazionale del Lavoro (OIL/ILO), dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS/WHO), l'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO), dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO), l'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale (ICAO), l'Organizzazione Marittima Mondiale (IMO), il Fondo monetario internazionale (FMI), la Banca Mondiale ed altre ancora. In quanto possiedono delle competenze meno estese rispetto a quelle dell'ONU, la CIG, nel caso *Bernadotte*, ha caratterizzato l'ONU alla stregua di un'"organizzazione internazionale di massimo livello".

Dalle considerazioni appena presentate, colpisce la posizione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC/WTO), un'organizzazione a competenze specializzate che, tuttavia, non risulta collegata all'ONU e dunque, a differenza del FMI e della Banca Mondiale, non ne costituisce ancora un'agenzia specializzata (pur se un accordo di reciproca collaborazione vige con l'ONU).

È possibile inoltre distinguere, innanzitutto, le OIG in funzione ~~dello~~ **spazio geografico** ~~in cui operano, distinguendo~~ tra **OIG a *vocazione universale*** o semplicemente ***regionale***. Esempi delle prime sono le OIG appena menzionate sopra in quanto la *membership* è, in linea di principio, aperta a tutti gli Stati (previa procedura di ammissione).

Esistono, però, anche ***OIG a vocazione regionale***, ossia degli enti che sviluppano una più intensa *cooperazione* tra Stati (ad es. l'UE, l'Unione Africana, l'Organizzazione degli Stati Americani, la Lega Araba) in base ad *affinità geografiche e culturali*. Così, ad esempio, la Cina non può divenire uno Stato membro dell'Unione europea o l'Italia non può chiedere l'ammissione all'Organizzazione degli Stati americani e così via.

([364]) Persino nel modello più avanzato di OIG, quello della UE, gli Stati membri hanno chiaramente indicato all'art. 5, par. 2, TUE che "In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obbiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri". In arg. cfr. ad es. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 6a ed., Bari, Cacucci, 2020, p. 75 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 146 SESS: 68 USCITA:

Infine, oltre alle classiche esigenze di cooperazione fra Stati, una OIG può avere per oggetto addirittura l'***integrazione*** **tra Stati membri.** Sotto questo profilo si vede che i modelli ~~sono~~ di integrazione sono vari: dall'unione doganale (oggi assai frequente) al modello, unico al mondo, dell'Unione europea ove la CEE si è sviluppata persino in senso *sovranazionale* acquisendo progressivamente competenze sempre più ampie ed inedite nell'esperienza giuridica internazionale.

3. — L'interpretazione dei trattati istitutivi di OIG ed i loro "poteri impliciti"

211. Metodo di interpretazione teleologica. — Abbiamo già segnalato un peculiare metodo di interpretazione che è stato frequentemente utilizzato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, per rafforzare i poteri del Governo federale nei confronti degli Stati federati. Il metodo della Corte Suprema degli Stati Uniti è stato quello di considerare il Governo federale ed i suoi organi in possesso di tutti i poteri inerenti ai compiti che gli erano stati affidati dai Padri della Costituzione del 1787. Questo metodo di interpretazione si è diffuso a livello internazionale, come dimostra chiaramente la giurisprudenza ora consolidata, *inter alia*, tanto della CIG *(a)* quanto della Corte di giustizia UE *(b)*.

a) *Un uso frequente da parte della CIG*

212. Il metodo tradizionale. — La teoria costituzionalistica dei poteri impliciti applicata alle competenze di un'OIG è stata utilizzata dalla prima Corte internazionale dell'Aja, la CPGI, sin dagli albori della sua attività.

La CPGI, infatti, dovette ricorrere a tale metodo ermeneutico per valutare la competenza dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) ([365]) e quella della Commissione europea del Danubio ([366]).

Tale tecnica interpretativa di un trattato multilaterale istitutivo di un'organizzazione internazionale è stata ~~frequentemente~~ utilizzata anche dalla CIG. Infatti, la CIG, applicando la teoria dei poteri impliciti nel precitato caso *Bernadotte* del 1949, ha affermato che:

> "[s]econdo il diritto internazionale, si deve ritenere che l'organizzazione [l'ONU, *n.d.r.*] abbia quei poteri che, anche se non espressamente previsti nella Carta, le sono conferiti come conseguenza necessaria, in quanto essenziali per lo svolgimento dei suoi compiti" ([367]).

La CIG, ha fatto spesso riferimento al criterio teleologico per delimitare sia la sfera di competenze delle OIG, sia la portata dei loro atti unilaterali. A tale riguardo basti ricordare il parere consultivo dell'11 luglio 1950 sullo *statuto dell'Africa del Sud-Ovest* (pp. 132-137); parere consultivo del 13 luglio 1954 *sugli effetti delle sentenze del Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite* (pp. 158, 162, 165, 167, 170); parere consultivo del 21 giugno 1971, *sulle conseguenze giuridiche degli Stati della presenza continua dell'Africa del Sud in Namibia nonostante la risoluzione 276 (1970)* (pp. 49-54).

([365]) Parere consultivo n. 13 del 23 luglio 1926, serie B, p. 18.
([366]) Parere consultivo n. 14 del dicembre 1927, serie B, p. 64.
([367]) In *Rec.*, p. 182.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 147 SESS: 68 USCITA:

b) ***I limiti "costituzionali" di una OIG***

213. Nozione.— Il solo limite per una OIG nell'esercizio delle proprie competenze risiede nel rispetto delle disposizioni della sua Carta istitutiva. Se l'OIG non può andare *oltre* le sue competenze, con il rischio di commettere un "abuso di potere", niente però può impedirle di rimanere "*al di qua*" delle competenze previste dalla propria carta istitutiva (368).

214. L'esempio del bisticcio tra l'ONU e la Banca Mondiale. — Un esempio particolarmente significativo è dato dal contrasto che durò diversi anni, dal 1961 al 1967, tra la BIRS e l'ONU, riguardo alcuni prestiti della Banca Mondiale al Sud Africa e al Portogallo, nonostante le numerose dichiarazioni dell'ONU relative alla concessione dell'indipendenza alle colonie portoghesi dell'Africa e alla condanna del regime ~~dell'~~*apartheid* in Sud Africa. E nonostante le numerose risoluzioni dell'ONU che incitavano tutte le OIG, compresa la Banca Mondiale, a non erogare prestiti a quei due Stati a causa della loro politica coloniale o di discriminazione razziale. La Banca Mondiale disattese quelle raccomandazioni dell'ONU e concesse, nel 1966, dei prestiti a quei due Paesi, sostenendo che era tenuta a farlo in base alla sua Carta istitutiva — gli Accordi di Bretton-Woods del 1944 — la quale le imponeva: 1) di accordare prestiti in base a considerazioni esclusivamente *economiche* e 2) di *non ingerirsi negli affari interni degli Stati membri*.

Questa vicenda mostra chiaramente la duplice funzione della Carta istitutiva di un'OIG: da un lato, tale atto delimita il suo "oggetto sociale", la sua attività; dall'altro lato, quel medesimo strumento garantisce la sua autonomia, nell'esercizio delle competenze che le sono state attribuite. D'altra parte, nel caso di specie, l'ONU non è mai riuscita ad imporre il proprio punto di vista alla Banca Mondiale, benché quest'ultima facesse parte delle istituzioni specializzate dell'ONU in base ad una apposita convenzione stipulata in virtù degli artt. 57 e 63 della Carta ONU.

Un conflitto analogo insorse, nel 1982, tra l'ONU e il FMI riguardo alcuni prestiti che quest'ultimo continuava a concedere al Sud Africa; anche in questo caso il FMI fece prevalere l'esigenza di rispettare *in toto* la sua Carta istitutiva, la quale garantiva la propria autonomia operativa (369).

215. L'esempio del caso *Tadić*. — Il criterio teleologico di cui si è detto sopra incontra dei limiti allorquando il risultato dell'interpretazione "evolutiva" sfocia nella creazione di ~~nuovi diritti od obblighi~~, che vanno chiaramente al di là del quadro dei poteri previsti dalla Carta istitutiva di una OIG. In altre parole, la Carta istitutiva di una OIG costituisce un "limite costituzionale" all'estensione delle competenze dell'organizzazione stessa. Tuttavia, va notato che per una OIG come l'ONU, il limite costituito dalla Carta stessa appare assai tenue dato l'ampio ambito di competenza che ad essa viene attribuito. Così, nel precitato caso *Tadić*, il Tribunale penale internazio-

---

(368) E si osservi che, qualora l'OIG non agisca per il soddisfacimento delle finalità per le quali è stata costituita, la parte lesa può impugnare l'atto dell'OIG per sviamento di potere (détournement de pouvoir): il principio venne formulato in questo senso all'art. 33 del Trattato CECA, ma è suscettibile di applicazione a tutte le OIG.

(369) In *AFDI*, *Cronique de droit international économique*, 1982, p. 780. V. F. Marrella, A. Vettorel, « Banca mondiale e diritti umani: il ruolo dell'Inspection Panel", in *Éthique globale, Bonne gouvernance et Droit international économique* a cura di L. Manderieux e M. Vellano, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 39-55

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 148 SESS: 68 USCITA:

nale per l'ex Yugoslavia non ebbe troppe difficoltà a concludere — nonostante le immancabili perplessità della dottrina più dogmatica — che il Consiglio di Sicurezza dell'ONU, agendo in base al Capo VII, avesse la competenza di istituire un tribunale *ad hoc* per giudicare gli autori di gravi crimini internazionali commessi nella ex Jugoslavia. E non sorprende che la medesima soluzione venne poi adottata dal Tribunale penale internazionale per il Rwanda (370).

c) *Un riconoscimento formale dei "poteri impliciti" nel diritto dell'Unione europea*

216. Una consacrazione tramite il diritto pattizio. — La teoria dei poteri impliciti gioca un ruolo ancor più importante nel diritto UE.

Ad essa, fa formale riferimento l'art. 352 TFUE, che così recita:

> "[s]e un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate" (371).

E va notato altresì che questa norma relativa ai poteri impliciti degli organi dell'UE in caso di silenzio da parte della Carta istitutiva, è stata più volte utilizzata dalla Corte di giustizia UE (372) ed anche dal Consiglio secondo la procedura prevista da quell'articolo. Così è avvenuto specialmente in materia di politica monetaria, ambientale, di ricerca e sviluppo o di aiuto alle regioni svantaggiate (373).

4. — Le competenze comuni delle OIG

217. Lista esemplificativa. — Il possesso della soggettività internazionale abilita una OIG ad esercitare alcune funzioni internazionali, le quali possono essere qui elencate, in via generale ed in modo non esaustivo, come segue:

a) tutte le OIG hanno, in linea di principio, il potere di concludere ***accordi internazionali*** *con Stati e con altre OIG* — per il proprio funzionamento e nei settori di propria competenza — o ancora dei *contratti con soggetti privati.* Le OIG hanno, come gli Stati, un ***diritto di legazione attiva e passiva***: esse possono ricevere (accreditare) i rappresentanti ufficiali di Stati o di altre OIG, nonché, dal canto loro, possono inviare i propri rappresentanti presso gli Stati od altre OIG.

b) Tutte le OIG hanno il ***diritto di presentare reclami a livello internazionale*** al fine di ottenere la riparazione dei danni causati dagli Stati membri o da Stati terzi e relativi ai beni dell'organizzazione e ai suoi agenti. Si tratta di uno dei risultati concreti del caso *Bernadotte*, più volte citato. A tale proposito, si ricordi che la CIG ha riconosciuto

---

(370) V. il caso 96-15, sentenza del 18 gennaio 1997, *Prosecutor v. Kanyabashi*.

(371) G. Olmi, "La place de l'article 235 CEE dans le système des attributions de la compétence de la Communauté", in *Mélanges F. Dehousse*, Paris, 1979, vol. 2.279.

(372) V. per esempio il parere n. I.59 della Corte del 17 dicembre 1959 in applicazione dell'articolo 95 della CECA, in *Rec.* 1958, 59, p. 553. In arg. v. *inter multos*, R. Baratta, "Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità", in *DUE*, 2010, p. 517 ss.

(373) R. Kovar, "Les compétences implicites: jurisprudence de la Cour et pratique communautaire", in *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, di P. Demaret, Colloque 1986, Collège d'Europe, n. 45, senza data di pubblicazione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 149 SESS: 68 USCITA:

all'ONU il diritto di presentare un reclamo internazionale nei confronti di *qualsiasi Stato*, anche di uno Stato non membro dell'ONU come all'epoca era Israele.

c) Tutte le OIG beneficiano del *principio di* ***"protezione delle funzioni dell'OIG".*** Si tratta di un'altra massima tratta dal caso *Bernadotte.* Nella fattispecie, la Corte aveva riconosciuto il diritto dell'ONU di proteggere i propri agenti in via diplomatica e di ottenere riparazione in seguito all'omicidio del Conte Bernadotte durante lo svolgimento delle sue funzioni di mediatore delle Nazioni Unite in Palestina. Il diritto di protezione delle funzioni delle OIG si manifesta sotto un triplice profilo: 1) l'obbligo di accordare determinati ***privilegi ed immunità*** **a ciascuna OIG**; 2) l'obbligo di accordare determinati ***privilegi ed immunità ai funzionari*** di ciascuna OIG; 3) ***l'obbligo di non interferire*** con l'esercizio delle attività proprie dei funzionari delle OIG (374).

d) Tutte le OIG possono ***comparire*** **dinanzi ai tribunali internazionali** in qualità di attore o convenuto. Esse possono sottoporre le loro controversie ad arbitrato internazionale o a tribunali specializzati. Si noti soltanto che le OIG della famiglia dell'ONU non hanno il diritto di sottoporre controversie che insorgono tra loro o con Stati membri, alla CIG. Possono solamente richiedere alla CIG un parere consultivo.

e) Tutte le OIG hanno facoltà di **invocare la *responsabilità internazionale* di *altre organizzazioni* o *degli Stati***, in caso di compimento di fatti illeciti. Viceversa, insorge la responsabilità internazionale delle OIG in caso di compimento di fatti illeciti nei confronti di uno Stato o di un'altra OIG. Va apprezzato anche in questo quadro, il potere della *Corte Penale internazionale* (*et similia*) di far valere la **responsabilità internazionale degli individui** che hanno commesso crimini internazionali (*infra* Cap. XVI).

f) *Gli* ***Stati membri di una OIG non rispondono delle obbligazioni di una OIG***. L'analogia con il diritto societario nazionale dei singoli Stati appare qui evidente, come ha messo in luce la *Camera dei Lords* britannica in una sentenza ove non è stata riconosciuta la responsabilità degli Stati membri del *Consiglio Internazionale dello Stagno*, un ente che era stato citato a giudizio dai propri creditori poiché non era più in grado di onorare i propri debiti (375).

g) Infine, appare evidente che, a differenza degli Stati, ***le OIG non dispongono, in linea di principio, dei mezzi necessari per attuare, da sole, delle misure coercitive***. In caso di inadempimento di uno Stato membro possono però comminare apposite sanzioni, sanzioni privative di *status* o del diritto di partecipare alla vita della OIG che vanno dalla sospensione del diritto di voto sino, nei casi più gravi, all'espulsione (376).

---

(374) Il che, osserva A. Cassese (*Diritto internazionale*, cit., p. 143) non significa — come erroneamente ha ritenuto la CIG — che "quando un individuo opera per conto di un'organizzazione internazionale, quest'ultima può agire in protezione diplomatica del proprio funzionario per i danni subiti da quest'ultimo come individuo".

(375) V. la sentenza della *House of Lords* britannica del 26 ottobre 1989 nel caso del *Consiglio internazionale dello stagno*, in *ILM*, 1990, p. 670. In argomento cfr. P.M. Eisemann, "Epilogue de la crise du Conseil International de l'Étain", in *AFDI* 1990, p. 678 e ss.; F. Amerasinghe, "Liability to Third parties of Member States of International Organizations: practice, principle and judicial precedent", in *AJIL*, 1991 p. 259; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

(376) Cfr, Ch. Leben, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, nonché G. Ziccardi Capaldo, *Diritto globale: il nuovo diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010, parte IV.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 150 SESS: 68 USCITA:

È quanto si è recentemente verificato a causa dell'aggressione russa all'Ucraina, ciò che ha comportato l'espulsione (o il recesso anticipato) della Russia dal Consiglio d'Europa mentre, a "effetto valanga" altre OIG hanno sospeso la partecipazione della Russia quale reazione all'illecito internazionale di quest'ultima (377).

218. L'estensione a titolo eccezionale di alcune competenze territoriali. — Un'organizzazione internazionale può anche essere titolare di "competenze territoriali parziali". Fu il caso della Società delle Nazioni a proposito della Città libera di Danzica o della Saar. Fu anche il caso dell'ONU a cui fu affidata, per un certo periodo, una missione di amministrazione diretta della Nuova Guinea occidentale.

Allo stesso modo, e sempre in via eccezionale, a un'OIG possono essere affidate delle *competenze personali (personal jurisdiction)*, non dissimili da quelle esercitate dagli Stati. Così, sempre nel caso della Nuova Guinea occidentale, l'ONU fu autorizzata a fornire dei documenti di viaggio agli abitanti (passaporti) e ad esercitare la sua protezione diplomatica a loro favore durante il periodo transitorio in cui le era stata affidata la missione di amministrare il territorio in questione, prima della decisione, da parte dei suoi abitanti, circa lo Stato di afferenza (378). Sempre a titolo eccezionale, è possibile citare le funzioni rientranti tradizionalmente nel campo dell'*imperium* statale conferiti all'ONU nell'ambito dell'accordo di Parigi dell'ottobre 1991, concluso in occasione della Conferenza internazionale sulla Cambogia. Così, *l'Autorità provvisoria delle Nazioni Unite in Cambogia* (o UNTAC) realizzata dal Consiglio di Sicurezza nel febbraio 1992, doveva, nei diciotto mesi seguenti, sia riportare la pace nel Paese sia organizzare libere elezioni nel mese di maggio del 1993. In particolare, l'UNTAC doveva procedere al disarmo dei belligeranti, mantenere l'ordine, rimpatriare i rifugiati e i profughi e assicurare la neutralità dell'amministrazione provvisoria cambogiana in attesa delle elezioni e dell'elaborazione di una nuova costituzione. Tanto vale dire che l'ONU, attraverso l'UNTAC, era stata incaricata — senza dubbio a titolo provvisorio — di esercitare molte delle funzioni governative essenziali di uno degli Stati membri (379).

Più di recente si è verificato lo stesso fenomeno a ***Timor Est*** (380) e in ***Kosovo.*** Qui, infatti, dal 1999, l'ONU ha amministrato direttamente questo territorio (facente parte dell'ex Jugoslavia) fino ad esercitarvi le essenziali prerogative statali (381).

Sempre in via eccezionale, un'OIG può essere persino incaricata a titolo esclusivo di amministrare uno "spazio internazionale": è il caso dell'***Autorità internazionale dei fondi marini*** istituita dalla UNCLOS tramite l'art. 156 (382).

---

(377) In arg. cfr. L. Borlini, « L'espulsione della Federazione russa dal Consiglio d'Europa e le conseguenze giuridiche della cessazione della qualità di membro », in *Riv.dir.int*., 2023, p. 37 ss. e M. Buscemi, « Outcasting the Aggressor: The Deployment of the Sanction of "Non-participation" », in *AJIL*, 2022, p. 764 ss.

(378) Riguardo queste competenze molto particolari dell'ONU sulla Nuova Guinea occidentale, v. Fr. Montconduit, "L'accord du 15 août 1962 entre la République d'Indonésie et le Royaume des Pays-Bas relatif à la Nouvelle Guinée occidentale, (Irian occidentale)", in *AFDI*, 1962, p. 491.

(379) P. Ipsoart, "L'autorité provisoire des Nations Unies au Cambodge", in *AFDI*, 1993, p. 157.

(380) G. Cahin, "L'action internationale au Timor", in *AFDI*, 2000, p. 139.

(381) E. Lagrange, "La mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo, nouvel essai d'administration directe d'un territoire", E. Milano, *Formazione dello Stato e processi di State-Building nel diritto internazionale, Kosovo 1999-2013*, Napoli, ES, 2013 — *AFDI*, 1999, p. 335; A. Tancredi, "Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione d'indipendenza del Kosovo", in *Riv. dir. int*., 2010, 994 ss.

(382) T. Treves, "Les fonds marins au-délà de la juridiction nationale — l'autorité internationale des fonds marins", in R.J. Dupuy, *Manuel sur les organisations internationales*, cit., p. 776.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 151 SESS: 68 USCITA:

§ 3. — *La protezione delle competenze delle OIG*

219. La protezione organica. — La protezione di una OIG si compie utilizzando strumenti classici del diritto internazionale. In effetti, per esercitare le proprie funzioni, le OIG possono, innanzitutto, invocare la responsabilità internazionale degli Stati o delle altre OIG che hanno causato loro un pregiudizio; esse possono anche ricorrere a tutti i mezzi di risoluzione delle controversie a cui possono accedere. Infatti, le OIG godono, nell'esercizio delle loro competenze, di una certa autonomia operativa (1), e, al pari degli Stati, godono di privilegi e immunità (2).

1. — L'autonomia delle OIG nell'esercizio delle loro funzioni

220. Una duplice garanzia. — Le OIG, nell'esercizio delle loro competenze nell'ordinamento interno o internazionale, godono di una duplice "garanzia", a carattere sia personale che sostanziale. *Personale*, perché i loro agenti e funzionari devono essere indipendenti. *Sostanziale*, nel senso che ogni OIG ha la piena capacità d'agire nel quadro delle funzioni che le sono state attribuite.

221. L'indipendenza dei funzionari delle OIG. Obbligo di lealtà. — Il rapporto tra l'OIG ed i suoi funzionari tende ad assumere alcune caratteristiche simili a quelle del rapporto di pubblico impiego nel diritto interno. Si tratta, infatti, di un "rapporto di funzione" per mezzo del quale ciascun individuo è chiamato a svolgere in concreto una determinata funzione internazionale affidata dagli Stati membri all'OIG ove l'individuo opera.

I funzionari internazionali hanno, tuttavia, un *obbligo di lealtà esclusiva nei confronti delle OIG presso cui operano*. Pertanto, dal canto loro, gli Stati devono rispettare l'indipendenza degli agenti o funzionari internazionali, anche qualora questi possiedano la loro cittadinanza: non devono impartire loro degli ordini o, più in generale, non devono cercare di influenzarli nell'esercizio delle loro funzioni. A titolo di esempio, si possono citare l'art. 100 della Carta ONU in cui, al comma 1, si precisa che "[n]ell'adempimento dei loro doveri il Segretario Generale ed il personale non solleciteranno né riceveranno istruzioni da alcun Governo o da alcun'altra autorità estranea all'Organizzazione. Essi dovranno astenersi da qualunque azione che possa compromettere la loro posizione di funzionari internazionali responsabili solo di fronte all'Organizzazione". Inoltre, il comma 2, precisa che:

> "[c]iascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a rispettare il carattere esclusivamente internazionale delle funzioni del Segretario Generale e del personale e a non cercare di influenzarli nell'adempimento delle loro mansioni".

Disposizioni analoghe sono reperibili negli statuti di tutte le OIG e si concretizzano in un divieto imposto agli Stati membri di esercitare pressioni sui funzionari delle OIG in relazione all'esercizio delle loro funzioni: si tratta di *una garanzia* dell'autonomia delle OIG nell'esercizio delle loro funzioni. Gli esempi di violazione di tale divieto, purtroppo, non sono pochi, a partire dalla famosa "caccia alle streghe" scatenata negli Stati Uniti negli anni '50 dal senatore Mc Carthy che si estese agli agenti al servizio dell'ONU e di altre OIG aventi la cittadinanza statunitense ([383]).

([383]) V., in generale, M. BEDJAOUI, *Fonction publique internationale et influences nationales*, Paris, Pedone, 1958 e per un aggiornamento, D. RUZIÉ, "La protection des agents internationaux", in *Les agents internationaux, Colloque SFDI*, Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 1985.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 152 SESS: 68 USCITA:

2. — Privilegi ed immunità delle OIG

Bibliografia sommaria: J.F. LALIVE, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", in *RCADI*, 1953-III, t. 84, p. 205; J. DUFFAR, "Contribution à l'étude des privilèges et immunités des Organisations internationales", Paris, LGDJ, 1982; C. DOMINICÉ, "L'immunité de juridictions et d'éxecution des organisations internationales", RCADI, 1984-IV, p. 145 ss.; ID., "Le nature et l'étendue de l'immunité des organisations", in *Festschrift, I. Seidl-Hohenveldern*, a cura di BOCKSTIEGEL, Cologne, 1988, p. 11 ss.; DE BELLIS, *Le immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, 1992; J. KLABBERS, *Introduction*, cit., cap. 8; G. SCHERMERS, M. BLOKKER, *International Institutional Law*, cit., p. 380 ss.; A. REINISCH, *International Organizations*, cit., p. 127 ss.; C. F. AMERASINGHE, *Principles*, cap. 10; E. GAILLARD e I. PINGEL, "L'immunité de juridiction des organisations internationales: restreindre ou contourner", in *Mélanges Philippe Kahn*, cit., p. 205; DORIGO, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione contenziosa ed esecutiva nel diritto internazionale*, Torino, 2008; A. REINISCH (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, 2013; N. BLOKKER, N. SCHRIJVER (eds.), *Immunity of International Organizations*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.

222. Un fondamento di diritto pattizio. — Le OIG ed il loro personale beneficiano di alcuni privilegi ed immunità che, tuttavia, *non hanno un fondamento consuetudinario*. Questi privilegi e immunità vengono puntualmente regolati da appositi accordi internazionali relativi al trattamento delle OIG e, come tali, costituiscono un ulteriore limite alla sovranità territoriale degli Stati. Il consenso prestato da uno Stato allo stabilimento nel proprio territorio della sede di una OIG comporta un obbligo generale di tollerare che detto ente vi svolga le proprie funzioni ma ciò non comporta degli obblighi specifici di concedere gli stessi privilegi e le stesse immunità di cui beneficiano gli altri Stati ed i loro agenti diplomatici o consolari (*supra* § 126) (384).

A titolo di esempio, si può citare l'art. 105, par. 1, della Carta ONU, il quale così recita:

> "L'Organizzazione gode, nel territorio di ciascuno dei suoi Membri, dei privilegi e delle immunità necessari per il conseguimento dei suoi fini".

Chiaramente, tali disposizioni risultano insufficienti e hanno dovuto essere precisate in alcune convenzioni multilaterali, per esempio quelle del 1946 e del 1947, già citate, concernenti i privilegi e le immunità dell'ONU e delle istituzioni specializzate. Nella prassi, i privilegi e le immunità di ciascuna OIG vengono pattuiti in alcune convenzioni bilaterali come gli ***accordi di sede*** conclusi con il Paese ospitante.

A tale riguardo, va osservato che la giurisprudenza italiana ha, da tempo, accolto i suddetti principi e, nel riconoscere la soggettività delle OIG, ha persino concluso che, in base a tale qualità, spetti loro l'immunità — ma si tratta di una pronuncia isolata sul piano comparatistico — "indipendentemente da una norma convenzionale che la riconosca" e dunque su base consuetudinaria (385).

Senonché*, la stessa Cassazione ha poi* ~~*corretto*~~ *il proprio orientamento non ravvisando più il fondamento consuetudinario* e *quindi confermando il principio secondo il quale, in materia di immunità e privilegi delle OIG, occorre fare capo solo agli strumenti di diritto pattizio* (386).

Anche qui, come già si è osservato per gli Stati, permangono alcune incertezze circa l'esatta estensione dell'immunità, intesa come privilegio dell'esenzione dalla

---

(384) Cfr. Cass. SS.UU., 18 marzo 1999, n. 149, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2000, p. 472.

(385) Cfr. Cass. SS.UU., 3 febbraio 1986, n. 667 e 8 giugno 1994, n. 5565, in R. SAPIENZA, *Casi e materiali di diritto internazionale*, 2a ed., Torino, Giappichelli, 2002, p. 151 ss.

(386) Cass., SS.UU., 28 ottobre 2005, n. 20995.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 153 SESS: 68 USCITA:

giurisdizione nazionale, in ordine a particolari e delicate materie come, ad esempio, quella dei *rapporti di lavoro*. Le sentenze, comunque, non mancano e l'avvocato dell'ex dipendente di una OIG dovrà ricercarle con attenzione nei repertori del foro presso il quale vuole tentare di radicare la giurisdizione nazionale.

Ciò detto, ci si limiterà, anche su questo tema, ad alcune brevi osservazioni di carattere istituzionale.

223. Un carattere funzionale. — I privilegi e le immunità di funzione delle OIG sono di tipo "funzionale", ossia sono accordati al *solo fine di proteggere l'esercizio delle funzioni proprie dell'ente, e non nell'interesse proprio del funzionario* ([387]).

Ciò significa che sono meno ampi di quelli degli Stati poiché le OIG hanno solo una competenza limitata e funzionale.

Così, ad esempio, nel 2012, la Corte Suprema dello Stato di New York, ha negato l'immunità personale all'allora Direttore del Fondo Monetario Internazionale, Dominique Strauss-Kahn, un cittadino francese protagonista di una scabrosa vicenda giudiziaria iniziata con l'accusa di stupro da parte di una cameriera di un Hotel ([388]).

Per quanto riguarda **i funzionari ed agenti delle delegazioni della UE**, a parte le loro immunità e privilegi negli Stati membri UE, non trattandosi di "diplomatici" in senso stretto, la loro posizione negli Stati terzi — non vengono affatto denominati "Ambasciatori" o "Consoli" — dipende solo dalle norme di diritto pattizio che figurano nell'"*establishing agreement*" che viene concluso tra l'Unione e lo Stato territoriale che ospita la delegazione ([389]) (ad es. negli USA o nel Regno Unito dopo la *Brexit*).

224. L'estensione dei privilegi e delle immunità funzionali. — Sul piano qualitativo, i privilegi di cui godono le OIG nei territori dei loro Stati membri sono simili a quelli degli Stati nel senso che concernono le *immunità dalla giurisdizione di cognizione* e le *immunità dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva dello Stato del foro* ([390]).

Sin dal principio, si è parlato di un'immunità *assoluta* dalla giurisdizione per le OIG, salvo rinuncia espressa da parte loro riguardo ad una determinata fattispecie concreta. In ciò, si è sempre vista una garanzia fondamentale dell'indipendenza delle OIG rispetto allo Stato territoriale.

Pertanto, le OIG appaiono trattate meglio degli Stati, giacché solo gli atti *jure imperii* di questi ultimi beneficiano delle immunità nei confronti del giudice interno

---

([387]) Osserva CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 282 che "[a]llo stato attuale può ritenersi che un obbligo di protezione del funzionario sussista nei confronti dell'organizzazione ma che questa possa agire sul piano internazionale nei confronti dello Stato territoriale solo per il risarcimento dei danni ad essa arrecati (c.d. protezione funzionale) e non di quelli arrecati all'individuo in quanto tale ed ai suoi beni. Ciò perché per questi ultimi danni è normalmente lo Stato nazionale che agisce in protezione diplomatica". In arg. v. GIULIANO, *Diritto internazionale*, II, cit., p. 467 ss. e, più recentemente, S. VEZZANI, "Questioni vecchie e nuove in tema di protezione degli organi", in *Riv. dir. int*., 2009, pp. 717-770.

([388]) New York, *Diallo v. Strauss Kahn*, 1° maggio 2012, n. 307065/11.

([389]) C. CURTI GIALDINO, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, 5 ed., cit., p. 638 ss.

([390]) Per un esempio riguardante l'Unione dell'Europa Occidentale — UEO — v. la sentenza della prima camera civile della Corte di Cassazione (fr.) del 14 novembre 1995 in *JDI*, 1997, p. 141, con una nota di C. BYK.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 154 SESS: 68 USCITA:

dei singoli Stati (391). Per contro, la regola dell'immunità assoluta dalla giurisdizione non viene fatta valere quando ne va dell'interesse dell'istituzione in causa: così, ad es., alcune organizzazioni finanziarie internazionali come la BIRS o le banche regionali di sviluppo rinunciano all'immunità e si sottopongono al diritto statale comune quando emettono dei valori mobiliari, anche allo scopo di non spaventare i loro potenziali clienti nel mercato mobiliare.

L'immunità dalla *giurisdizione esecutiva* delle OIG appare, ancora una volta, più ampia di quella degli Stati. In principio, i loro beni e i loro *assets* non possono essere aggrediti dai creditori privati nemmeno in seguito a controversie insorte a proposito delle loro attività commerciali — salva rinuncia di tali privilegi da parte delle OIG (392).

225. Verso l'immunità *relativa*? Un *revirement* nella giurisprudenza statunitense. — Un rilevante mutamento di tendenza in questa materia viene evidenziato da una recente pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti (393). Qui, la Corte Suprema ha cercato di allineare il regime delle immunità di tali enti con il regime più limitato e restrittivo applicabile ai "Sovrani stranieri" ai sensi del *Foreign Sovereign Immunities Act*. Si tratta pertanto di un *revirement* della sua passata giurisprudenza: d'ora in avanti, negli Stati Uniti, le OIG non godono più dell'immunità *assoluta*, ma solo di un'immunità ***relativa***.

Tale soluzione rischia di indebolire l'attività delle OIG negli Stati Uniti, in particolare quella "commerciale" inclusa quella finanziaria, aprendo la strada a nuovi e diversi contenziosi con i privati dinanzi a tribunali interni particolarmente costosi. Resta da vedere se la sentenza *de qua* rimarrà un precedente isolato in altri Paesi o se invece "farà scuola".

Infine, le immunità ed i privilegi dei funzionari internazionali sono concesse esclusivamente nell'interesse della OIG a cui appartengono. Pertanto, l'OIG può rinunciare anche a tale tipo di immunità in relazione a specifici casi concreti (394).

226. Immunità/impunità delle OIG e responsabilità per le violazioni dei diritti umani. — Un'altra rilevante questione attiene ai rapporti tra le immunità delle OIG e le violazioni dei diritti umani. Su tale punto ritorneremo a suo luogo (Cap. XVI). Qui, basti citare il dibattito non ancora sopito circa le azioni legali dei famigliari del ***massacro di Srebrenica***. Dopo il Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia

---

(391) Per un esempio specifico, cfr. I. Seidl-Hohenveldren, « L'immunité de juridiction des communautés européennes », *RMC*, 1990, p. 475; C. Schimdt, « Le protocole sur les privilèges et les immunités des Communautées européennes », *CDE*, 1991, p. 67. V. pure, in Francia, a proposito dell'Unione latina, Cass., I civ., 28 ottobre 2003, la quale insiste sulla specificità delle immunità proprie degli Stati stranieri in rapporto di quelle di cui beneficiano le OIG, *D*.2003, *IR*. 3010 e *Gaz. Pal*., 16-17 aprile 2004, p. 8, con nota di I. Pingel.

(392) Basti osservare, ad esempio, che nessuna misura a carattere esecutivo può essere esercitata sui beni e *assets* dell'UE senza espressa autorizzazione della Corte di giustizia di Lussemburgo (v. l'art. I del Protocollo sui privilegi e immunità delle Comunità).

(393) Corte Suprema USA, sentenza del 27 febbraio 2019, *Jam v. International Finance Corp*, 139 S.Ct. 759. Per un commento, cfr. C. Keitner, S. Dodson, *AJIL*, 2019, p. 805 ss.

(394) Va osservato in proposito che, mentre gli agenti diplomatici degli Stati godono di un'immunità dalla giurisdizione ampia e relativa ad atti e fatti da essi compiuti anche a titolo personale, nulla di tutto ciò accade per i funzionari di OIG in quanto la loro immunità è rigorosamente circoscritta ai soli atti e fatti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 155 SESS: 68 USCITA:

e la CIG ([395]), anche la Corte EDU si è dovuta pronunciare su tale questione delineando un quadro complesso in materia di rapporti tra le immunità delle OIG e le violazioni di diritti umani ascrivibili al livello dello *jus cogens*. Così, nella pronuncia resa nel caso *Associazione Madri di Srebrenica c. Paesi Bassi*, dell'11 giugno 2013 ([396]), la terza sezione della Corte EDU ha esaminato la questione della conformità all'art. 6 CEDU, con riferimento al diritto individuale di accesso alla giustizia, del riconoscimento, da parte dei Paesi Bassi, dell'immunità dalla giurisdizione dell'ONU ritenuta responsabile di non avere prevenuto il crimine di genocidio a Srebrenica. La Corte EDU ha ritenuto che il riconoscimento dell'immunità alle Nazioni Unite non fosse in contrasto con l'art. 6, suscitando aspre critiche da parte dei tanti attivisti dei diritti umani giacché pronunciandosi, ancora una volta, a favore dell'*immunità* ha contribuito, volente o nolente, a giustificare l'*impunità* delle tante violazioni dei diritti umani.

Sezione III

I soggetti a capacità giuridica limitata (individui, società multinazionali ed organizzazioni non governative)

Bibliografia sommaria: I. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", in *RCADI*, 1929-V, t. 30, p. 191; P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public", in *Mélanges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, p. 532; G. Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950 e Id., "L'individu et le droit international", in *RCADI*, 1956-II, t. 90, p. 733 ss.; G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951; H. Lauterpacht, *Human Rights in International Law*, London, 1951; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 95 ss.; F. von der Heyte, "L'individu et les tribunaux internationaux", in *RCADI*, 1962-III, t. 107, p. 297; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7ª ed., Padova, 1967, p. 110 ss.; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5ª ed., 1968, p. 398 ss.; A. Cassese, voce "individuo", in *Enc. dir*., 1971, p. 190 ss.; Kopelmanas, "L'application du droit international aux sociétés multinationales", *RCADI*, 1976, v. 150, p. 114 ss.; J. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", in *RCADI*, 1983-I, t. 179, p. 145; P.M. Dupuy, "L'individu et le droit international", in *Arch. Phil. Droit*, 1987, p. 119; A. Cassese, "Les individus" in M. Bedjaoui, *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone-Unesco, 1991, I, p. 119; *Oppenheim's International Law*, cit., cap. 8; R. Higgings, *Problems and Process*, Oxford, 1994, p. 48 ss; G. Arangio-Ruiz, M. Tau Arangio-Ruiz, voce "Soggettività nel diritto internazionale", in *Dig. Disc. pubb.*, v. XVI, 1999, p. 299 ss.; K.J. Partsch, "Individuals in International Law", in *Encyclopedia of International Law*, v. III, Amsterdam, Elsevier, 1999, p. 957; E. Roucounas, "Facteurs privés et droit international public", in *RCADI*, 2002, vol. 299, p. 23; R. Pisillo Mazzeschi, "The marginal role of the individual in the ILC's Articles on State Responsibility", *IYIL*, 2004, p. 39 ss.; J.M. Sorel, "L'émergence de la personne humaine en droit international: l'exemple de la Cour internationale de Justice", in *Mélanges Arangio-Ruiz*, III, 2004, p. 2169; SFDI, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005; A. Carrillo Salcedo, "Algunas reflexiones sobre la sujectividad internacional de el individuo y el proceso de humanizaciòn del derecho internacional", *Mélanges Cançado Trinidade*, I, 2005, p. 277; A.

([395]) CIG, *caso dell'Applicazione della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*, Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro, *Rec*., 2007, p. 18 ss.

([396]) V., il sito della Corte EDU http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home. In argomento v. I. Papa, "Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'Associazione Madri di Srebrenica", *DUDI*, 2014, p. 27 ss., nonché F. Andreoli, "Immunità delle Nazioni Unite e protezione equivalente: l'affare associazione madri di srebrenica", *Riv. dir. int.*, 2014, p. 443 ss. I ricorrenti hanno invocato la natura esclusivamente funzionale dell'immunità giurisdizionale di cui godono le OIG; la natura cogente delle norme primarie violata (*jus cogens*) e la conseguente prevalenza di tali norme sulle norme processuali in materia di immunità giurisdizionale delle organizzazioni; ed, infine, l'assenza di adeguati meccanismi di soluzione alternativa delle controversie in seno all'organizzazione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 156 SESS: 68 USCITA:

CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens: l'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008; F. MARRELLA, "L'individu en droit international économique", in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle. En hommage aux Professeurs D. Carreau et P. Juillard*, a cura di J.M. SOREL, Paris, Pedone, 2009, p. 191; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2013; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., cit., p. 24 ss.; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2 ed., cit., p. 85 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 180 ss.; S.M. CARBONE, "I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 1-47; ~~N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 41 ss.;~~ E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 341 ss.; M. SHAW, *International Law*, 9ª ed., cit., p. 179 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 207 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4ª ed., cit., p. 111 ss.

227. Premessa generale. — Prima di esaminare la soggettività, sicuramente limitata e sussidiaria rispetto a quella degli Stati, dei "nuovi soggetti" dell'ordinamento giuridico internazionale che sono, oltre alle organizzazioni intergovernative anche le persone fisiche e giuridiche e le organizzazioni internazionali non governative, conviene presentare alcune osservazioni di carattere generale al fine di evidenziarne le conseguenze operative.

Una parte importante della dottrina ([397]), pur ammettendo che "non vi è una completa identificazione tra soggetti di diritto internazionale ed enti che partecipano alla vita di relazione internazionale" ha ammesso con la massima cautela una progressiva estensione della cerchia tradizionale dei soggetti del diritto internazionale.

A noi però pare che la riduzione del diritto internazionale al solo "diritto internazionale pubblico", praticata dalla quasi totalità della dottrina contemporanea, sia completamente artificiale e riduttiva del fenomeno studiato: la vita di relazione internazionale oggi è solo in parte quella degli Stati. E ciò che conta è spiegare la realtà empirica del nostro tempo giacché, da secoli, il mestiere del giusinternazionalista si è diversificato da quello del teologo.

Oggi, a ben vedere (Cap. I), è possibile pervenire a soluzioni convergenti e favorevoli all'ammissione di soggetti dell'ordinamento internazionale contemporaneo ulteriori e diversi dagli Stati (*non State actors of International Law*), pur mantenendo che gli Stati restino i primi protagonisti della vita di relazione internazionale.

In effetti, sia utilizzando un approccio "normativista" formale, ossia considerando il formale conferimento di situazioni giuridiche ad un ente-soggetto, sia in un'ottica "realista", ossia riferendosi al concreto esercizio di situazioni giuridiche e di poteri, è possibile identificare i soggetti del diritto internazionale per comprendervi gli Stati, le OIG e i soggetti privati (ONG, persone fisiche e giuridiche).

Il *diritto internazionale contemporaneo* è composto non più solo da rapporti di natura *interstatale* (tradizionalmente afferenti al "diritto internazionale pubblico" e di cui gli Stati restano i protagonisti) ma anche da rapporti di carattere *transnazionale* confluendo entrambe le categorie di rapporti nell'*unico e vasto ordinamento giuridico internazionale* che, appunto, è quello *della vita di relazione internazionale del nostro tempo*.

La nozione di *soggettività giuridica*, com'è noto dalla tecnica generale del di-

---

([397]) Così ad es. N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, ~~6~~ ed., cit., p. 13 ed anche G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 95-96 e 142-143.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 157 SESS: 68 USCITA:

ritto ([398]), è *tridimensionale* in quanto ciascun ordinamento giuridico comporta per i suoi soggetti la capacità di essere titolare di situazioni giuridiche ***attive*** (avere dei diritti) o ***passive*** (obblighi) e può comprendere anche una capacità ***processuale*** ossia il potere di presentare un reclamo con accesso diretto ad un meccanismo giurisdizionale ([399]). E, come si vede nel diritto interno dei singoli Stati, ciascun soggetto di diritto può avere una o più delle suddette capacità.

Orbene, proprio lo sviluppo dell'ordinamento giuridico interstatale anche in senso *transnazionale* consente oggi di cogliere alcuni importanti mutamenti della struttura e delle funzioni del diritto internazionale contemporaneo, mutamenti che vanno colti con riferimento alle sue ***norme*** (di cui abbiamo già detto diffusamente nella Parte II), oltre che, appunto, ai ***soggetti*** e poi, come vedremo, si riverberano anche in materia di ***responsabilità internazionale*** (Cap. XVI) e di ***mezzi pacifici di soluzione delle controversie internazionali*** (Parte IV, Tit. II).

228. Fine umano di qualsiasi potere. — Il diritto internazionale dell'epoca precedente alla nascita dello Stato moderno, era già orientato, almeno in parte, alla *tutela di alcuni diritti minimi a favore degli stranieri*. Questa preoccupazione corrispondeva alla concezione di una società internazionale di tipo "atomistico", composta essenzialmente da individui (v. *supra*, Cap. I) ([400]). Senonché, l'affermazione e lo sviluppo dello Stato moderno ha comportato una mutazione nella struttura della "società internazionale", modificandone anche le funzioni. Poi, dalla fine della seconda guerra mondiale, ossia a partire dalla seconda metà del Novecento, si è assistito ad una progressiva "resurrezione" dell'*individuo* come *soggetto dell'ordinamento internazionale*, anche senza il tramite del proprio Stato di appartenenza (e dell'ordinamento di quest'ultimo) ed a prescindere dalle teorie giusnaturalistiche che, per secoli, avevano illuminato la dottrina internazionalistica del Medioevo e dell'epoca rinascimentale, come vedremo d'appresso.

229. Lo "schermo statale" di un tempo. — All'epoca del diritto internazionale tradizionale, epoca che corrispondeva ad una *concezione organica* della società internazionale — ovvero di una Comunità internazionale composta esclusivamente da Stati sovrani, denominati significativamente "***Potenze***" — le "preoccupazioni" umane, cioè quelle relative agli individui, tendevano a passare facilmente in secondo piano.

([398]) Cfr. ad es. S. Rosenne, *The perplexities of Modern International Law*, Boston/Leiden, 2004, p. 264 ss. e cfr., *inter multos*, G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951.

([399]) Nel diritto moderno dei singoli Stati, la qualità di "soggetto di diritto" di ogni essere umano è il risultato di un lungo processo storico e comunque viene attribuita dall'ordinamento giuridico di ogni singolo Stato. Come ha indicato limpidamente Perassi (*Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 43 s.) "Ogni ordinamento giuridico determina chi siano i propri soggetti. Sono 'persone' rispetto ad un determinato ordinamento quegli enti a cui esso attribuisce tale qualifica. La personalità non è, quindi, un attributo naturale: nessuno nasce 'persona'...Ogni ordinamento giuridico nel determinare i propri soggetti si comporta secondo la società di cui è la sovrastruttura".

([400]) V. ad es., L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVII siècle et la doctrine moderne", in *RCADI*, v. 18, 1927, pp. 259-442 nonché Id., "Le développement historique du droit international: de l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée", ivi, v. 41, 1932, pp. 501-601. Le teorie giusnaturalistiche attribuiscono all'individuo in quanto tale una serie di diritti fondamentali e innati, i quali sono anteriori al costituirsi dell'ordinamento nazionale (v. in Italia, art. 2 Cost: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo") e persino di quello internazionale avendo un valore assoluto. Questo dibattito oggi è alla base di molti ragionamenti (e discussioni) sui diritti umani e lo *ius cogens*.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 158 SESS: 68 USCITA:

Gli individui, ossia ciascuno di noi, fino agli inizi del '900 erano in balia del proprio Stato. Come osservava ANTONIO CASSESE, "[i]l diritto internazionale non interveniva infatti a scoperchiare il velo della sovranità e considerava il trattamento che uno Stato riservava ai suoi sudditi come materia rientrante negli affari interni" ([401]).

In tale contesto, gli individui venivano considerati non dei "***soggetti***", bensì solamente degli "***oggetti***" o, al massimo dei "beneficiari" del diritto internazionale ([402]). Non erano, giuridicamente, dei *centri di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive* discendenti direttamente da norme internazionali; né, in quanto "sudditi", erano destinatari diretti di norme internazionali. Senonché, già DIONISIO ANZILOTTI, col suo consueto rigore ma in modo premonitore, aveva indicato che se, da un lato, occorreva fare attenzione a non farsi fuorviare dall'"opinione antiquata", di matrice *giusnaturalistica*, secondo la quale "l'uomo sarebbe soggetto del diritto internazionale come membro dell'umanità" ([403]), era pur vero che "*sebbene le norme di diritto internazionale siano poste dagli Stati e si dirigano di regola agli Stati, non è escluso che in certi casi si dirigano anche agli individui e li facciano così, a certi riguardi, subietti di diritti e di doveri internazionali*" ([404]).

Ed infatti, già a quel tempo, l'abolizione della schiavitù e della tratta degli schiavi, l'emergere dei primi diritti sociali, oggetto di trattati internazionali promossi dall'Or-

---

([401]) A. CASSESE, *Diritto internazionale*, ~~3~~ ed., cit., p. ~~209~~.

([402]) Secondo la dottrina classica, negazionista di ogni soggettività dell'individuo sul piano del diritto internazionale "pubblico", gli argomenti teorici decisivi erano in sintesi i seguenti: *a*) tutti i rapporti di diritto internazionale sono solo rapporti tra Stati; *b*) l'individuo non è mai il titolare di un diritto di azione nei confronti dello Stato convenuto; *c*) il procedimento che l'individuo può promuovere è diretto all'accertamento di un suo diritto soggettivo verso lo Stato ma *d*) non si tratta di un diritto soggettivo internazionale bensì di un diritto soggettivo creato *dall'ordinamento interno* dello *Stato convenuto* in esecuzione di obblighi internazionali. Tale impostazione formale, secondo la dottrina maggioritaria, spiegava anche la struttura ed il funzionamento della ***Corte internazionale delle Prede*** (che ammetteva la possibilità di ricorso da parte di soggetti privati) o l'art. 2 della Convenzione del 20 dicembre 1907 che istitutiva di una ***Corte di Giustizia centro-americana***, nonché i ***Tribunali Arbitrali Misti*** (TAM) che, istituiti dopo la prima guerra mondiale, erano competenti a statuire, *inter alia*, sulle controversie tra privati e Stati ex nemici. V. al riguardo R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed., cit., p. 398 ss. Il contesto viene illustrato da P. FEDOZZI, nella sua Parte generale al *Trattato di diritto internazionale* diretto assieme a S. ROMANO del 1933: "La dottrina la quale ha affermato come un dogma il principio che il diritto internazionale non conosce altri soggetti che gli Stati, si è particolarmente rivolta contro la pretesa personalità internazionale degli individui, che è apparsa come un puro portato del diritto naturale nella sua applicazione alla vita giuridica internazionale. Tale derivazione, infatti, si manifesta nettamente negli scrittori, che più ampiamente hanno sostenuto quella personalità, quali l'Heffler, F. De Martens, il Kaufmann e il nostro Fiore. Per essi dalla natura umana derivano immediatamente dei diritti che sono assoluti, immanenti, inviolabili e che, appunto, per tale loro qualità, devono potersi far valere non soltanto in confronto dello Stato a cui l'individuo è soggetto, ma in confronto di tutti gli Stati, rientrando perciò nel quadro del diritto internazionale" (p. 174).

([403]) D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, rist. 1964, p. 120 s. L'Autore indicava, a p. 112, con il suo esemplare rigore e realismo rispetto alla propria epoca storica, che "[d]estinatari delle norme internazionali sono, di regola, gruppi sociali: ciò vuol dire che le norme considerano il gruppo unitariamente, anziché nei suoi componenti, fanno del gruppo una *unità di riferimento*, in modo che la potestà accordata, il dovere imposto non sono potestà e dovere dei singoli individui, ma della collettività, anche se, formalmente, sarebbe possibile di scindere la subbiettività dell'ente in un complesso di diritti ed obblighi individuali. Non sembra, invero, che per intendere la personalità internazionali delle aggregazioni umane vi sia molto da aggiungere all'insegnamento romano, secondo cui l'*universitas* è semplicemente unità di attribuzione giuridica: 'Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent'".

([404]) Ivi, p. 121.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 159 SESS: 68 USCITA:

ganizzazione internazionale del lavoro ([405]), la repressione della pirateria marittima costituivano i primi segni di un fenomeno che avrebbe presto interessato settori molto più vasti del diritto internazionale. Gli individui traevano altresì — ed oggi continuano a trarre — particolare profitto dalle *convenzioni internazionali di stabilimento* (su cui v. *infra*), dai trattati commerciali conclusi tra gli Stati, o ancora dagli accordi relativi al regolamento delle controversie internazionali. Solo che *gli individui, in linea di principio, non venivano considerati come "soggetti" di diritto internazionale*: erano privi sia di una vera e propria soggettività giuridica nell'ordinamento internazionale sia, soprattutto, di poteri di azione dinanzi ad organismi internazionali per la tutela dei propri diritti. *In altre parole, lo schermo dello Stato era onnipresente.*

230. Il Parere consultivo della CPGI del 3 marzo 1928 sulla Competenza dei tribunali di Danzica. — Il punto di partenza di una rivalutazione del ruolo dell'individuo nell'ordinamento internazionale fu il *Parere consultivo della CPGI* del 3 marzo 1928 sulla *Competenza dei tribunali di Danzica* ([406]). La Corte, in effetti, attraverso tale parere, ha rimosso *l'ostacolo intellettuale secondo il quale gli individui non possono essere dei soggetti di diritto internazionale*. Secondo la CPGI, nulla impedisce, almeno sul piano logico, che l'individuo possa diventare un soggetto di diritto internazionale, per lo meno con una limitata capacità giuridica.

I fatti, in estrema sintesi, erano i seguenti: al termine della prima guerra mondiale, a seguito del Trattato di Versailles del 1919, la Polonia aveva concluso un trattato internazionale con la *Città libera di Danzica* tramite il quale si disponeva, tra l'altro, che le ferrovie di Danzica sarebbero state amministrate dalla Polonia. Un accordo internazionale di applicazione del precedente trattato stipulato tra le stesse Parti, del 22 ottobre 1921, stabiliva che i ferrovieri di Danzica passavano al servizio della Polonia. Successivamente, nel 1925, alcuni ferrovieri di Danzica adivano il tribunale di Danzica e presentavano un reclamo pecuniario contro la Polonia.

Poteva il personale ferroviario di Danzica far valere *direttamente*, dinanzi ai giudici della Città libera di Danzica, i diritti soggettivi regolati dai due predetti accordi internazionali (ed in particolare l'accordo del 1921), chiedendo, di conseguenza, il risarcimento dei danni causati dall'amministrazione ferroviaria che li aveva assunti?

La Polonia contestava ogni competenza di tale tribunale e si rifiutava di riconoscere e di eseguire ogni eventuale sentenza dei giudici di Danzica su tale vertenza.

Pertanto, uno dei principali problemi giuridici sul quale la CPGI si dovette pronunciare era proprio quello di accertare se un *trattato internazionale potesse conferire direttamente dei diritti a degli individui* senza che vi fosse una "trasformazione" ovvero una "incorporazione" delle sue norme nell'ordinamento giuridico nazionale.

([405]) Sarebbe da ingenui o comunque riduttivo credere che l'abolizione della schiavitù o l'istituzione dell'OIL siano state dettate da un improvviso e diffuso sentimento di "bontà umana" promosso dai filosofi o dai teologi del tempo. Piuttosto, come ricorda A. CASSESE, (*Diritto internazionale*, 3 ed., cit., p. 210) "Anche i trattati sull'abolizione della schiavitù e i trattati stipulati in seno all'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) per la tutela dei lavoratori rispondevano a logiche in fondo diverse da quelle della necessità di garantire i diritti della persona umana in quanto tale. In buona sostanza, essi erano dettati dalla necessità di tutelare specifici interessi economici degli Stati, giacché intendevano evitare che la pratica della schiavitù e, in linea più generale, scarsi *standard* di tutela del lavoro garantissero a determinati Stati un basso costo del lavoro e dunque un ingiusto vantaggio comparato in materia di produzione di beni, con conseguente più elevata competitività nel commercio internazionale".

([406]) CPGI, 3 marzo 1928, Ser. *B*, n. 15, p. 26.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 160 SESS: 68 USCITA:

Nulla da fare, secondo la Polonia. Valeva la tesi tradizionale: il personale ferroviario di Danzica non poteva essere titolare dei diritti previsti dal trattato; il trattato sanciva dei diritti e degli obblighi *solo tra le Parti contraenti*, cioè *tra la città libera di Danzica e la Polonia*, pertanto e conclusivamente, da un lato, i funzionari delle ferrovie di Danzica potevano avvalersi solo del diritto polacco (comprensivo delle norme polacche di adattamento ai predetti accordi internazionali); dall'altro lato, l'eventuale violazione dei due accordi internazionali faceva eventualmente insorgere solo la sua responsabilità internazionale nei confronti della città di Danzica e nulla di più. Come si vede, gli argomenti giuridici della Polonia erano perfettamente in linea con la posizione tradizionale della dottrina dell'epoca.

Nel proprio parere, la CPGI esordiva col riaffermare, in linea di principio, la soluzione "classica":

> "[s]econdo un principio di diritto internazionale ben stabilito, un *Beamtenabkommen*, essendo un trattato internazionale, non può, come tale, creare direttamente dei diritti e degli obblighi per gli individui" ([407]).

Senonché, subito dopo, la medesima Corte presieduta dal giudice italiano, Dionisio Anzilotti, aggiungeva lapidariamente che:

"*non si può tuttavia negare* che lo scopo effettivo di un trattato internazionale, secondo l'intenzione delle Parti contraenti, può essere l'adozione da parte delle Parti, di determinate regole che *creano diritti ed obblighi per gli individui*, di cui *deve essere garantita l'attuazione da parte dei giudici statali*" ([408]).

Muovendo da tali principi, *nel caso di specie ne seguiva che gli accordi internazionali (ed in particolare quello del 1921) vigenti tra la Polonia e la Città di Danzica erano fonte di diritti ed obblighi per il personale delle ferrovie di Danzica* e dunque questi ultimi potevano far valere i propri diritti dinanzi ai tribunali di Danzica. Ne seguiva altresì che lo stesso giudice di Danzica aveva la giurisdizione per decidere tali cause e che la Polonia avrebbe dovuto riconoscere ed eseguire le sue sentenze in tale vicenda.

Le conseguenze di tali conclusioni della CPGI si sono rivelate di importanza teorica fondamentale: in effetti, nel 1928, si prendeva atto che *gli Stati (ed oggi le OIG) non sono i beneficiari esclusivi dei diritti e degli obblighi internazionali*; entrambi non hanno il monopolio della soggettività internazionale. Pertanto, gli individui possono "fare concorrenza" agli altri soggetti di diritto internazionale, per lo meno a titolo parziale o sussidiario. Certo, da diversi decenni e nella maggior parte dei casi, gli individui non possono agire nell'ordinamento interstatale senza *passare attraverso uno Stato* o un'organizzazione internazionale ([409]). Ma la storia ha subito un'accelerazione senza precedenti dal dopoguerra ad oggi evidenziando come la situazione giuridica dell'individuo si sia progressivamente sviluppata ed estesa: da una rara ed eventuale *capacità giuridica*, si è progressivamente ammessa una speciale *capacità processuale di agire direttamente* in un meccanismo internazionale di soluzione delle controversie finanche, nel nostro tempo, a una capacità di agire creando diritti ed obblighi sul piano *transnazionale*, al di fuori del piano interstatale e di quello del diritto interno di un singolo Stato.

([407]) *Rec.*, p. 17.

([408]) *Rec.*, p. 18. Corsivo aggiunto.

([409]) V. per tutti A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit., nonché R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani*, cit., p. 16 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 161 SESS: 68 USCITA:

231. Un'evoluzione storica sempre più marcata a favore della soggettività internazionale dell'individuo. — *Lo schermo statale* tra l'ordinamento internazionale e gli individui-persone fisiche iniziò a sgretolarsi, negli anni che seguirono il predetto Parere della Corte, senza che questa evoluzione si sia pienamente compiuta nel nostro tempo.

Tale evoluzione va colta sia sul piano qualitativo, sia sul piano quantitativo.

Da un punto di vista quantitativo, gli individui, le *persone fisiche*, furono i primi a beneficiare di una certa soggettività internazionale che si è successivamente estesa alle persone giuridiche, società e associazioni.

Da un punto di vista qualitativo, la tendenza contemporanea è quella di riconoscere agli individui un numero crescente di diritti nell'ordinamento giuridico internazionale, e, allo stesso tempo, di accordare loro dei mezzi processuali per farli valere su scala internazionale.

Recentemente, la CIG ha espressamente riconosciuto che una norma particolare (l'articolo 36, par. 1) della CVRC "crea dei *diritti individuali* che, a norma del primo articolo del Protocollo a firma opzionale, possono essere invocati dinanzi alla Corte da parte dello Stato di cui la persona detenuta ha la nazionalità" ([410]).

Stando così le cose, occorre esaminare il contenuto della soggettività internazionale dell'individuo (§ 1), poi delle società (§ 2) ed infine delle associazioni (o ONG) (§ 3).

§ 1. — *L'individuo nell'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo*

232. Piano espositivo. — Storicamente, il diritto internazionale si è occupato della posizione di alcuni individui in posizione *particolarmente vulnerabile* (1). Successivamente, la tendenza dominante è stata quella di ampliare la protezione interstatale *dell'individuo in quanto tale*; sul piano internazionale-regionale, dalla seconda metà del secolo scorso, sono stati riconosciuti all'individuo specifici poteri di azione per far valere i propri diritti fondamentali direttamente *contro uno Stato* e persino dinanzi a corti internazionali permanenti (2).

1. — La protezione dell'individuo

233. Diversi livelli di protezione. — Dapprima, si sono protetti gli individui che si trovano in una situazione o posizione *particolarmente vulnerabile* ***(a)***, nonché alcune *categorie di individui* particolarmente svantaggiati ***(b).*** Successivamente, tramite il crescente sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso ha arricchito e "rivoluzionato" il diritto internazionale (fino a quel tempo concepito come un diritto a carattere interstatale) ***(c)***, è pacifico oggi che l'individuo, solo in quanto *essere umano*, venga al posto al centro della tutela offerta dai trattati pur se tale tutela diviene più intensa su scala internazionale-regionale che sul piano universale.

([410]) CIG, *La Grand*, 27 giugno 2001, in *Rec*. p. 466, spec. p. 494, corsivo aggiunto; nonché *Avena e altri cittadini messicani*, 30 marzo 2004, in *Rec*. p. 12, spec. p. 36.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 162 SESS: 68 USCITA:

a) *La protezione dell'individuo privo di cittadinanza*

234. Due situazioni. — Iniziamo con il considerare due situazioni diverse: quella degli individui che hanno perso la loro cittadinanza, cioè gli *apolidi* ***(i)***, e quella degli individui che, sebbene possiedano una cittadinanza, non hanno più interesse ad avvalersene in quanto sono fuggiti dal proprio Paese perché oggetto di discriminazione politica, razziale o religiosa. Si tratta in quest'ultimo caso dei *rifugiati* ***(ii)***. A tali considerazioni si ricollegano anche alcune delle scelte normative del legislatore italiano in materia di immigrazione ***(iii).***

i. Gli apolidi

235. L'individuo privo di cittadinanza. — Si ha apolidia (*statelessness*), allorquando un individuo non ha o non ha più una cittadinanza. Questa condizione può prodursi *a causa della mancanza di coordinamento e d'integrazione tra le norme interne dei vari Stati in tema di cittadinanza.*

Un individuo, Tizio, può acquistare lo *status* di *apolide* alla nascita: **ad esempio**, allorquando nasce da cittadini stranieri in uno Stato A in cui vige lo *jus sanguinis* e, nel contempo, i suoi genitori sono cittadini di uno Stato B in cui vige lo *ius soli*. In tal caso lo Stato A considererà Tizio privo della cittadinanza (dello Stato A), ma lo stesso avverrà anche per lo Stato B, non essendo nato sul proprio territorio nazionale. Altre volte, un individuo può *perdere la propria cittadinanza* in presenza di una normativa nazionale che preveda tale effetto in seguito al *matrimonio con uno straniero* e laddove l'ordinamento dell'altro coniuge non preveda l'immediata attribuzione della propria cittadinanza.

Certo, in pratica la situazione di apolidia può essere dovuta a circostanze puramente accidentali, come negli esempi sopra riportati, ma talvolta è dovuta all'azione deliberata di uno Stato che può sfociare in una vera e propria forma di persecuzione a danno di individui o gruppi e basata su motivi politici, etnici o religiosi.

È quanto si è verificato a causa di *misure di denazionalizzazione collettive* adottate in passato da alcuni Stati, come per esempio il decreto dell'URSS del 15 dicembre 1921 che "denazionalizzava" i "Russi bianchi", o ancora la legge tedesca del 14 luglio 1933, adottata dalla Germania nazista, tramite la quale veniva revocata la cittadinanza a tutti i tedeschi di ~~religione~~ ebraica che si erano rifugiati all'estero.

Infine, accade che certi regimi dittatoriali adottino particolari misure che portano alla revoca della cittadinanza di certe persone, in generale degli "oppositori politici": è così, per citare l'esempio più eclatante a suo tempo, che Solženitsyn fu privato della cittadinanza sovietica durante "l'era Brežnev" prima di recuperarla sotto "l'era Gorbaciov".

Il problema degli apolidi è dunque simile a quello dei rifugiati ma va tenuto distinto in ragione delle *diverse circostanze* che determinano quello *status* e giustificano le possibili forme di tutela.

In base al diritto internazionale generale, la situazione dell'*apolide* appare assai *sfavorevole.*

Nessuno Stato ha, di regola, la potestà di esercitare la *protezione diplomatica* a favore di un apolide, fermo restando che ogni Stato resta libero di accordargli il trattamento previsto dal proprio diritto interno. Del pari, nessuno Stato ha l'obbligo di accordare il *minimum standard* di trattamento per quanto concerne i beni e gli investimenti dell'apolide nel proprio territorio.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 163 SESS: 68 USCITA:

Pertanto, al fine di evitare o quantomeno di limitare questo tipo di situazioni, la Comunità internazionale ha finora operato in due direzioni principali.

Da una parte, si è voluto *limitare il diritto dello Stato di procedere a delle misure di denazionalizzazione*. È quanto indicato, ad esempio, all'art. 15 della *Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948*, in base al quale "[o]gni individuo ha diritto ad una cittadinanza. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza".

Dall'altra, si è cercato di promuovere il riconoscimento di *un minimo di diritti* agli apolidi presenti nello Stato ospite. Ciò è avvenuto sia a livello di diritto pattizio che a livello di diritto nazionale.

Sotto il primo profilo va menzionata la Convenzione sullo *status degli apolidi* del 28 settembre 1954, in vigore per 86 Stati tra cui l'Italia (411) e la Convenzione ONU sulla *riduzione dei casi di apolidia*, fatta a New York il 30 agosto 1961 ed in vigore per l'Italia (412).

A livello nazionale, va considerato **l'art. 19 della L. n. 218 del 1995**, di riforma del diritto internazionale privato, laddove si dispone che "nei casi in cui le disposizioni della presente legge richiamano la legge nazionale di una persona, se questa è apolide o rifugiata si applica la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza. Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale" (413).

ii. I rifugiati

236. La mancanza *di fatto* del legame di cittadinanza. — Nel caso dei *rifugiati (**Refugees**)*, si tratta di individui che *possiedono una cittadinanza* ma, di fatto, *non possono più avvalersene*, poiché per loro è impossibile, senza notevoli rischi, ritornare nel loro Paese (414).

I primi sforzi per proteggere i rifugiati sono assai risalenti, a causa dell'estensione del fenomeno dopo la prima guerra mondiale. Nel secolo scorso, si pervenne alla Convenzione del 28 ottobre 1933, in base alla quale le Parti contraenti si impegnarono a tutelare i rifugiati russi ed armeni presenti sul proprio territorio. Nel 1946, fu creata l'*Organizzazione internazionale dei rifugiati*, la quale venne sostituita, nel 1952, **dall'*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati*** (**UNHCR**). Poi, il 28 luglio 1951, fu conclusa la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati al fine, *inter alia*, di migliorare gli standard di trattamento disposti dalla predetta Convenzione del 1933. La Convenzione di Ginevra è in vigore dal 22 aprile 1954 tra 146 Stati inclusa

---

(411) La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 1° febbraio 1962, n. 306, in *GURI* del 7 giugno 1962, n. 142.

(412) La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 29 settembre 2015, n. 162.

(413) In dottrina, *inter multos*, cfr. A. Marazzi, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 1958; B. Nascimbene, *Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze*, in *Antologia di scritti inediti*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2020, p. 161 ss.

(414) V. D. Alland, "Le dispositif international du droit d'asile" in *SFDI*, Paris, Pedone, 1996; M. Bettati, *L'asile politique en question*, Paris, PUF, 1985, p. 205 e B. Nascimbene, *op. cit.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 164 SESS: 68 USCITA:

l'Italia ([415]) ed è stata successivamente modificata tramite il Protocollo di New York del 31 gennaio 1967 ([416]).

In base all'art. 1, lett. A, c. 2, della **Convenzione di Ginevra del 1951**, il ***rifugiato*** è ogni persona che "*temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di tale timore, avvalersi della protezione di detto Stato; oppure chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole ritornarvi per il timore di cui sopra*".

Pertanto, non è un "rifugiato" il c.d. ***migrante economico***, ossia chi si sposta in un altro Paese in cerca di lavoro, e ciò anche in presenza di una grave crisi economica e finanziaria nel suo Stato di cittadinanza.

Infine, con riferimento alla prassi più recente, va notata l'introduzione di una speciale figura di *persecuzione* tramite la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa, sulla violenza contro le donne e la violenza domestica del 2011, la quale ha recentemente introdotto per gli Stati contraenti un obbligo di adottare "le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che la violenza contro le donne basata sul genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, A (2) della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e come una forma di grave pregiudizio che dia luogo a una protezione complementare sussidiaria" ([417]).

237. Un'assimilazione agli *stranieri non privilegiati.* — Lo scopo principale della Convenzione di Ginevra del 1951 è quello di concedere ai rifugiati *alcuni diritti* dei cittadini dello Stato territoriale (per esempio, in materia di libertà di religione, diritto al lavoro ed accesso al sistema educativo) e, per il resto, accordare ai rifugiati uno *status* uguale a quello degli stranieri come tali, ma non degli "stranieri privilegiati" ([418]).

Lo statuto di rifugiato appare dunque più vantaggioso di quello dell'apolide.

Senonché, dato l'aumento esponenziale delle richieste di ***protezione internazionale*** in Italia ed alcuni altri Stati membri UE a causa dell'incontenibile fenomeno migratorio di questi ultimi anni, e fermo restando il riparto di competenze tra UE e Stati membri, è stata varata una Dir. n. 2011/95/UE del 13 dicembre 2011 "recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta". L'Italia ne ha dato attuazione tramite il D.Lgs. 21

([415]) È stata resa esecutiva in Italia tramite L. 24 luglio 1954, n. 722 (in *GURI*, 27 agosto 1954, n. 196). È entrata in vigore per l'Italia il 13 febbraio 1955.

([416]) Anch'esso reso esecutivo in Italia con L. 14 febbraio 1970, n. 95 (in *GURI*, 28 marzo 1970, n. 79). È entrato in vigore per l'Italia il 26 gennaio 1972.

([417]) Art. 60 della Convenzione di Istanbul del 2011. La Convenzione è entrata in vigore il 1° agosto 2014. Corsivo aggiunto. Per un commento v. S. De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano, Mimesis, 2016.

([418]) Intendiamo gli stranieri "privilegiati" dalla vigenza di un trattato internazionale che fissa un determinato *standard* di trattamento a loro favore.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 165 SESS: 68 USCITA:

febbraio 2014 n. 18, ma la tragedia dei migranti clandestini via mare, che è un fallimento clamoroso della politica della UE, resta un problema aperto ([419]).

iii. I migranti e la disciplina italiana dell'immigrazione

238. La regolazione italiana dell'immigrazione. Al pari di ogni altro Stato del mondo, anche l'Italia ha una normativa in materia di immigrazione. L'Italia è stata, per diversi lustri, terra di emigrazione (si pensi all'emigrazione italiana nelle Americhe del Nord e del Sud già nel 1800). Fino alla metà degli anni '80 del secolo scorso, l'ingresso ed il soggiorno di stranieri in Italia era regolata da leggi risalenti al periodo fascista pur se l'art. 10, c. 2, Cost. dispone che: "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali".

La prima legge italiana *in subiecta materia* del nostro tempo fu la L. n. 943/1986, ma tali disposizioni riguardavano essenzialmente il tema, solo parziale, del lavoro degli stranieri, senza offrire una disciplina organica dell'intera materia. Così, la prima legge organica in materia di immigrazione si ebbe nel 1990 con la c.d. *legge Martelli*, la quale introdusse il sistema della *programmazione dei flussi d'ingresso dei migranti* mediante un sistema di previsione di quote massime introducendo altresì interventi di tipo sociale a favore degli immigrati regolari. Tale disciplina venne rivista nel 1998, tramite la L. n. 40/1998, la c.d. Legge *Turco — Napolitano*, con la previsione di una delega per regolare in modo organico l'intera materia**.** Così, tramite il D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, si è giunti al ***Testo unico sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero (TUI)***. il quale ha riordinato la materia in tutte le sue componenti e, nonostante le numerose modifiche intervenute negli anni, è ancora in vigore. Tra le principali modifiche vanno ricordate quelle apportate dalla L. n. 189/2002 (c.d. *Legge Bossi-Fini*) e quelle disposte dal D.L. n. 113 del 2018 che hanno modificato alcune norme del TUI, pur non alterandone l'impianto complessivo. Il 18 dicembre 2020 è stato convertito in legge il D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 che è intervenuto nuovamente in materia di immigrazione in materia di conversione dei permessi di soggiorno; misure per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; procedura di esame delle richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato; sanzioni nel caso di violazione dei divieti o delle limitazioni di transito e sosta delle navi nel mare territoriale.

In estrema sintesi, oggi il TUI regola le **tre questioni principali in materia di immigrazione**: *a)* la gestione nel suo complesso del fenomeno migratorio (con la definizione delle regole di ingresso e la programmazione dei flussi migratori, di soggiorno, di controllo, di stabilizzazione dei migranti); *b)* il contrasto all'immigrazione clandestina e *c)* il diritto all'integrazione *dei migranti regolari*, che riguarda l'estensione, in misura più o meno ampia, ad essi dei diritti propri dei cittadini italiani (diritti civili, sociali, politici).

Quanto al primo punto, va ricordato che in Italia l'immigrazione dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea è regolata secondo il *principio della programmazione dei flussi*: ogni anno il Governo (tramite il c.d. ***Decreto flussi***)

([419]) V. Per tutti L. SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare. Profili di diritto interno, europeo ed internazionale*, op.cit.; SIDI, *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, ES, 2018 nonché ~~E. Sciso (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa*, Torino, Giappichelli, 2020~~, ove approfondimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 166 SESS: 68 USCITA:

stabilisce il numero di stranieri che possono entrare nel nostro Paese per motivi di lavoro. Chi rientra in tali misure è dunque un **immigrato regolare** ([420]).

Viceversa, *l'ingresso e il soggiorno illegale nel territorio nazionale* è considerato un **reato** punibile con una ammenda o con l'espulsione. Apposite norme riguardano la repressione del **reato di *favoreggiamento all'immigrazione clandestina*** ([421]), il *respingimento alla frontiera*, l'espulsione come misura di sicurezza per stranieri condannati per gravi reati, l'espulsione come sanzione sostitutiva. La principale misura contro l'immigrato illegale è quella dell'***espulsione amministrativa***: può essere eseguita con l'accompagnamento alla frontiera da parte delle forze dell'ordine, disposto dal Prefetto in determinati casi (rischio di fuga, presentazione di domanda di permesso di soggiorno fraudolente ecc.). Qualora non ricorrano tali gravi circostanze, lo straniero, può chiedere al Prefetto, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria, anche attraverso programmi di rimpatrio volontario ed assistito.

Quando l'espulsione non può essere immediata, gli stranieri devono essere trattenuti presso appositi ***Centri di permanenza per i rimpatri*** (CPR) istituiti dal D.L. 13/2017 in sostituzione dei *Centri di identificazione ed espulsione* (i CIE, che a loro volta avevano sostituito i centri di permanenza temporanea ed assistenza — CPTA), per il tempo strettamente necessario alla loro identificazione ed espulsione. Nei CPE lo straniero deve essere trattenuto con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità (art. 14, c. 2, D.Lgs. 286/1998). Il trattenimento è disposto con provvedimento del Questore per un periodo di 30 giorni, prorogabile fino ad un massimo di 90 giorni. In casi particolari il periodo di trattenimento può essere prolungato di altri 45 giorni.

In ogni caso, agli stranieri presenti sul territorio italiano o sotto la sua giurisdizione sono garantiti i **diritti umani** previsti dai trattati vigenti in Italia ed i diritti fondamentali fissati nella nostra Costituzione.

Per quanto riguarda in particolare il *diritto alla salute*, viene garantita una ampia assistenza sanitaria a tutti gli stranieri, compresi coloro che non sono in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno. Agli ***stranieri regolarmente soggiornanti* in Italia**, il TUI garantisce, *inter alia*, tramite apposite norme (artt. 28-33) il diritto all'unità familiare e al ricongiungimento familiare e di tutela dei minori, compreso il diritto allo studio (artt. 38, 39 e 39-bis). Altre norme prevedono servizi abitativi e di assistenza sociale per stranieri (artt. 40-41). L'art. 41 del TUI estende a favore degli stranieri in possesso del ***permesso di soggiorno*** (di durata non inferiore a un anno) o del permesso di soggiorno di lungo periodo anche l'accesso ai servizi socio-assistenziali organizzati sul territorio.

In presenza di determinate condizioni, viene prevista altresì la *concessione agli stranieri* della ***cittadinanza italiana*** (per naturalizzazione, per nascita o per matrimonio), concepita quale massimo strumento di integrazione e di possibilità di godimento

---

([420]) Esiste anche il *permesso di soggiorno a fini investigativi* che viene rilasciato in favore degli stranieri che prestino la loro collaborazione all'autorità giudiziaria o agli organi di polizia in relazione a delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico.

([421]) Il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina è punito con la *reclusione* fino a quindici anni. Le pene sono poi aumentate in presenza di *circostanze aggravanti*, quali l'avviamento alla prostituzione. Va inoltre ricordata, in proposito, la ridefinizione dei reati di riduzione in schiavitù e di tratta di persone operata dalla L. n. 228/2003.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 167 SESS: 68 USCITA:

dei diritti garantiti dal nostro ordinamento. In particolare, l'acquisizione della cittadinanza *per naturalizzazione* presuppone la permanenza regolare e continuativa nel territorio nazionale per almeno *dieci anni* ed è subordinata alla decisione, in larga parte discrezionale, della Pubblica Amministrazione.

Va inoltre ricordata la *Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale* elaborata in seno al Consiglio d'Europa (e resa esecutiva in Italia tramite L. n. 203/1994 ed in vigore dal 1° maggio 1997) con cui si riconoscono agli stranieri, alle stesse condizioni previste per i cittadini, le libertà di espressione, di riunione e di associazione, ivi compresa quella di costituire sindacati e affiliarsi ad essi, ferme restando le eventuali limitazioni per ragioni attinenti alla sicurezza dello Stato, alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Non si è data esecuzione, tuttavia, al Capitolo C di detta Convenzione che impegna gli Stati contraenti a concedere agli stranieri residenti non unionali il *diritto di elettorato attivo e passivo* alle *elezioni locali*, a differenza di quanto è consentito ai cittadini degli altri Stati membri UE.

In materia di ***diritti civili ed economici*** *dello straniero*, va ricordata infine l'applicazione **dell'art. 16** delle preleggi al Codice civile italiano ([422]), norma che non è stata affatto implicitamente abrogata come ha ritenuto, clamorosamente ed erroneamente, parte della dottrina, bensì continua ad applicarsi, sia pure con un ambito di applicazione più ristretto che in passato, agli stranieri extraunionali, persone fisiche (o giuridiche), non regolarmente soggiornanti in Italia ([423]). In linea con tali norme che costituiscono espressione della più generale norma consuetudinaria (di cui abbiamo detto in precedenza) secondo la quale, in assenza di trattati operanti come *lex specialis*, *ogni Stato è libero di ammettere o di non ammettere gli stranieri nel proprio territorio*, vanno comprese pure le recenti norme italiane di "**filtraggio degli investimenti stranieri**" emanate al fine di salvaguardare gli assetti delle *imprese operanti in ambiti ritenuti strategici e di interesse nazionale* ([424]).

239. (segue) Gli accordi internazionali in materia di *riammissione* dei clandestini. — Per il contrasto all'immigrazione clandestina il Governo italiano ha concluso appositi trattati bilaterali. Si tratta di *accordi di riammissione degli stranieri irregolari*, previsti dal TUI e volti al rimpatrio dei *migranti irregolari*, con la cooperazione delle Autorità del Paese di loro cittadinanza. Tali trattati internazionali hanno ampia

---

([422]) Ai sensi del quale: "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere".

([423]) Si rinvia a F. MARRELLA, ~~*Manuale di diritto*~~ *del commercio internazionale*, cit., p. ~~759~~ ss. ove riferimenti. In senso conforme cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, ~~6~~ ed., cit., p. ~~373~~ ss. e B. NASCIMBENE, "Reciprocità e trattamento dello straniero", in *Antologia di scritti*, cit., p. 129 ss.

([424]) D.L. 15 marzo 2012 n. 21 (convertito con modificazioni dalla L. n. 56 dell'11 maggio 2012) che ha disciplinato la materia dei poteri speciali esercitabili dal Governo nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché in alcuni ambiti ritenuti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni. Tali norme sono state integrate tramite il D.L. 25 marzo 2019, n. 22 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 41 del 20 maggio 2019), che ha introdotto apposite norme circa l'esercizio dei poteri speciali inerenti le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G. Ad ulteriore completamento di tale quadro normativo, il D.L. 21 settembre 2019, n. 105 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 133 del 18 novembre 2019) ha esteso l'ambito operativo delle norme in tema di poteri speciali esercitabili dal Governo nei settori strategici, coordinandolo con l'attuazione del Regolamento (UE) 2019/452 in materia di controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea. Per un commento a tali normative v. G. NAPOLITANO, *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, Il Mulino 2019.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 168 SESS: 68 USCITA:

portata e prevedono anche intese di cooperazione di polizia e quote riservate per gli stranieri provenienti dai Paesi a più alta densità migratoria.

b) ***La protezione di alcuni gruppi sociali***

i. **La tutela delle minoranze nazionali**

240. Una tutela espressamente prevista nei Trattati di pace al termine della prima guerra mondiale. — La protezione delle minoranze nazionali divenne un obbiettivo della Comunità internazionale solo alla fine della prima guerra mondiale (pur senza tradursi in apposite norme del Patto della Società delle Nazioni) ([425]). Nei trattati di pace relativi alla fine della prima guerra mondiale vennero inserite apposite clausole volte a proteggere *talune minoranze nazionali che si trovavano all'interno di un determinato Stato*, soprattutto negli Stati di nuova formazione a causa della modifica delle frontiere per effetto della Grande guerra. Al fine di assicurare tale protezione, inclusa quella della loro identità culturale, si accordava un particolare trattamento alle minoranze garantendo loro alcuni diritti, quali ad esempio la libertà individuale, l'uso della propria lingua, la libertà di religione, la concessione di diritti civili e politici, dei particolari diritti in materia culturale ([426]).

Così, i trattati di pace conclusi tra gli Stati alleati, la Polonia, la Cecoslovacchia, la Grecia, da una parte, e dall'altra l'Ungheria, la Bulgaria e la Turchia, ponevano a carico degli Stati contraenti la tutela di determinati diritti delle minoranze in ambito *culturale e religioso.* Delle convenzioni speciali relative al territorio del Memel o dell'Alta Slesia polacca contenevano disposizioni analoghe.

241. I poteri di azione degli individui esercitabili dinanzi ad organismi internazionali. — Agli individui appartenenti alle minoranze cui si è in precedenza accennato venne concesso un *diritto di petizione* al Consiglio della Società delle Nazioni. Inoltre, le disposizioni dei Trattati di pace (v. ad es. l'art. 304 ss. del Trattato di Versailles del 1919) istituivano dei tribunali speciali, i ***Tribunali Arbitrali Misti*** (TAM) competenti a statuire, tra l'altro, sulle controversie *tra privati e Stati ex nemici* ed ove gli individui potevano presentare un *reclamo*. Ciò avveniva pur se, in linea con le soluzioni tradizionali ([427]), gli Stati contraenti avevano sempre la possibilità di denunciare le

---

([425]) In argomento, anche per un esame delle precedenti esperienze v. M. Toscano, *Le minoranze di razza, lingua, di religione nel diritto internazionale*, Torino, 1931; F. Capotorti, "I diritti dei membri di minoranze: verso una dichiarazione delle Nazioni Unite", in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 30 ss.; C. Zanghì, "Tutela delle minoranze e autoderminazione dei popoli", in *Riv. dir. int. dir. uomo*, 1993, p. 43 ss.; Ronzitti, "Il trattato tra Italia e Croazia sulle minoranze", in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 684 ss.

([426]) V. ad es. CPGI, parere *sulle minoranze greche in Albania*, Ser. A/B, n. 64, p. 17: "L'idea riposta alla base dei trattati per la tutela delle minoranze è quella di assicurare a dei gruppi sociali presenti nel territorio di uno Stato la cui popolazione è di razza, lingua e religione diversa, la possibilità di una esistenza pacifica e di una collaborazione cordiale con la popolazione di quello Stato, pur mantenendo i caratteri propri".

([427]) In argomento v., *inter multos*, G. Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 411 ss. nonché R. Blühdorn, "Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux arbitraux mixtes", in *RCADI*, v. 41, 1932, pp. 137-244. Secondo l'impostazione classica dell'epoca, la dottrina negava che l'individuo avesse diritti soggettivi internazionali ricorrendo all'argomento artificioso per cui i TAM non erano organi internazionali, bensì degli *organi comuni* degli Stati tra i quali erano istituiti. Ne seguiva che l'individuo non era titolare di un diritto internazionale di azione nei confronti dello Stato convenuto. In base a quella tesi argomentativa,

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 169 SESS: 68 USCITA:

eventuali violazioni del trattato di pace in questione al Consiglio della Società delle Nazioni o alla CPGI.

In questo modo vennero istituiti 39 TAM tra la Germania, l'Austria, l'Ungheria, la Bulgaria, e la Turchia da una parte, e le potenze alleate dall'altra. Ben 30.000 casi vennero deferiti al tribunale tedesco-polacco, 20.000 al tribunale franco tedesco, e 13.000 al tribunale tedesco e americano ([428]).

242. Un passo indietro dopo la seconda guerra mondiale. — Nei trattati di pace conclusi a seguito della seconda guerra mondiale non venne, invece, istituito nessun meccanismo analogo. Ma più recentemente, con la dissoluzione della Iugoslavia e dell'Unione sovietica, la questione della tutela delle minoranze è riemersa con forza dalle proprie ceneri.

Talvolta, le norme a tutela di una data minoranza hanno formato oggetto di appositi accordi bilaterali tra lo Stato di appartenenza della minoranza e lo Stato territoriale ([429]).

Senonché, a parte i trattati di tutela dei diritti umani nei quali si reperisce quasi sempre qualche norma in materia di tutela delle minoranze, va osservato che solo il Consiglio d'Europa ha voluto continuare la "tradizione" di protezione delle *minoranze nazionali* cui si è fatto cenno in precedenza, promuovendo l'adozione di una *specifica* Convenzione-quadro del 1° febbraio 1995. Questa convenzione, è entrata in vigore nel 1998 tra 39 Stati tra cui l'Italia ([430]). Si tratta, però, di uno strumento poco incisivo. Astenendosi dal definire cosa si debba intendere con l'espressione "minoranze nazionali", la Convenzione accorda alle minoranze alcuni diritti (diritto alla salvaguardia dell'identità culturale, diritto al beneficio delle libertà pubbliche fondamentali, interdizione delle politiche d'assimilazione forzata o di manipolazioni demografiche...). *Per non essere usata come strumento di destabilizzazione degli Stati, la Convenzione precisa che fa salva l'integrità territoriale e l'indipendenza politica degli Stati che ne sono parte*. Ma il riconoscimento giuridico formale delle "minoranze nazionali" non finisce con l'affermare, a loro vantaggio, un diritto all'autodeterminazione e dunque al possibile smembramento dello Stato territoriale?

ii. La protezione degli abitanti il cui territorio era posto sotto mandato (SDN) o sotto amministrazione fiduciaria (ONU)

243. La situazione dei territori coloniali. — Per definire la situazione di alcuni territori coloniali appartenenti alle Potenze nemiche, dopo la prima ed anche la seconda guerra mondiale, venne istituito un regime internazionale: rispettivamente, il ***mandato*** sotto gli auspici della Società delle Nazioni e l'***amministrazione fiduciaria*** (*trusteeship*) nel sistema dell'ONU ([431]). Pertanto, la CIG ebbe l'occasione di esami-

---

l'individuo disponeva solo di un diritto soggettivo creato da uno o più ordinamenti statali in esecuzione di norme internazionali.

([428]) Citato in P. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, 1948, p. 95. V. anche P. CALAMANDREI, "Il TAM Italo-Germanico", in *Studi sul processo civile*, II, Padova, Cedam, 1930, p. 145; BALDONI, "Gli organi ed istituti nelle unioni internazionali", in *Riv. dir.int*., 1931, p. 381.

([429]) Per quanto riguarda l'Italia, i diritti della minoranza di lingua tedesca del Sud Tirolo sono regolati da un apposito accordo tra l'Italia e l'Austria del 5 settembre 1946.

([430]) V. J. FOURRÉ, "La convention-cadre pour la protection des minorités nationales", in *LPA*, 1995, n. 125.11.

([431]) In arg. v. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 436 ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 170 SESS: 68 USCITA:

nare, a più riprese, lo statuto del *Sud-Ovest africano* (oggi Namibia), il cui territorio era stato affidato dalla SDN al Sudafrica, a titolo di mandato, dopo la prima guerra mondiale.

Nel ***Parere del 1950 relativo allo statuto internazionale del Sud-Ovest africano***, la Corte affermava che: "[i]l mandato è stato istituito nell'interesse della popolazione di quel territorio e dell'umanità in generale, come un'istituzione internazionale alla quale era stato assegnato uno scopo internazionale: una sacra missione di civilizzazione" (432).

Lo Stato che esercitava l'amministrazione fiduciaria doveva, pertanto, *promuovere il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali* in base a quanto espressamente indicato all'art. 76 della Carta ONU. Così, a causa della violazione di tali obblighi, l'ONU pose fine, nel 1970, al mandato del Sudafrica sul Sud-Ovest africano.

Infine, gli *abitanti dei territori sotto tutela disponevano di alcuni poteri di azione per la tutela dei diritti ad essi internazionalmente riconosciuti*. Essi godevano del diritto di petizione davanti agli organi internazionali dell'ONU. A propria volta, il Consiglio di amministrazione fiduciaria ONU poteva inviare delle missioni al fine di esaminare direttamente la condizione degli abitanti sul territorio.

In altre parole, gli abitanti di quei territori potevano provocare l'attività di un dato organo internazionale senza l'intermediazione dello Stato che amministrava quei territori.

iii. La tutela internazionale dei lavoratori

244. L'OIL. — Va ora sottolineato il ruolo dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), costituita al termine della prima guerra mondiale tramite il Trattato di Versailles dell'11 aprile 1919, come ente autonomo della Società delle Nazioni (433). Ha sede a Ginevra e dispone di alcuni uffici regionali.

Ai sensi dell'Atto costitutivo (Parte XIII del Trattato di Versailles, Preambolo e art. 427), più volte modificato e denominato *Costituzione*, e della *Dichiarazione di Filadelfia*, adottata nel 1944 alla 26ª Sessione della Conferenza Generale, l'OIL ha come fini quelli di: proteggere la dignità dei lavoratori, migliorare le condizioni di lavoro ed elevare il tenore di vita dei lavoratori e i loro diritti, incoraggiare l'occupazione, migliorare la protezione sociale e sindacale, contribuendo alla lotta contro le ingiustizie sociali (434).

---

(432) CIG, *Rec*. 1950, p. 132: "Le Mandat a été créé, dans l'intérêt des habitants du Territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international: une mission sacrée de civilisation".

(433) Su cui v. G. Gaja, voce *OIL*, in *Enc. Dir.*, 1981, p. 336 ss. e spec. F. Maupain, "L'OIT, la justice sociale et la mondialisation", in *RCADI*, t. 287, 2000, p. 209 ss. Ampie informazioni al sito *http://www.ilo.org*. Altre informazioni in A. Zanobetti, *Diritto internazionale del lavoro*, ~~Milano, 2011~~; A. Perulli, V. Brino, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, 3a ed, Torino, Giappichelli, 2023.

(434) V. il *Preambolo* della Costituzione dell'OIL, parole scritte col sangue di tante lotte sociali che molti politici oggi dovrebbero rileggere a voce alta: "Considerando che una pace universale e durevole può essere fondata soltanto sulla giustizia sociale; Considerando che vi sono condizioni di lavoro che implicano per un gran numero di persone ingiustizia, miseria e privazioni, generando tale malcontento da mettere in pericolo la pace e l'armonia del mondo, e che urge prendere provvedimenti per migliorare simili condizioni: come, per esempio, il regolamento delle ore di lavoro, la fissazione della durata massima della giornata e della settimana di lavoro, il reclutamento della mano d'opera, la lotta contro la disoccupazione, la garanzia di un salario sufficiente ad assicurare convenienti condizioni di vita, la protezione dei lavoratori contro le

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 171 SESS: 68 USCITA:

Non essendo possibile esaminare in modo approfondito in questa sede i caratteri e le attività di questa peculiare organizzazione internazionale, sopravvissuta (assieme ad Unidroit) alla cessazione della SdN dopo la seconda guerra mondiale e primo ente a porsi in collegamento con l'ONU, ci limiteremo ad evidenziare tre fondamentali caratteristiche.

Innanzitutto, per la prima volta, i ***lavoratori vengono associati all'elaborazione delle norme internazionali del lavoro***. Infatti, le delegazioni nazionali dell'OIL sono composte su *base tripartita*, cioè devono comprendere, oltre ai rappresentanti degli Stati, dei rappresentanti dei datori di lavoro, e dei rappresentanti dei lavoratori, cioè, in pratica, i sindacati.

In secondo luogo, l'attività svolta dall'OIL è rilevante per la **definizione di standard internazionali in materia di diritti sociali**: le convenzioni internazionali del lavoro negoziate e concluse presso l'OIL precisano i diritti umani economici e sociali, oltre ad individuare degli *standard* sociali comuni. Così, ad esempio, alcune convenzioni vietano il lavoro forzato, altre la discriminazione nel lavoro, pongono norme minime di sicurezza sociale, il diritto al lavoro, alla libertà sindacale ecc. ([435]). Ovviamente, nonostante una terminologia confusoria (per cui tra le competenze dell'OIL vi è quella di "redigere" od "adottare" le convenzioni internazionali in materia di lavoro), va osservato che *non vi è alcun potere regolatorio vincolante dell'OIL*: infatti, in diritto positivo, *l'OIL non è una delle Parti contraenti di tali trattati*. Il dato tecnico è invece quello per cui **le convenzioni "adottate" dall'OIL sono e restano dei normali *trattati tra Stati*** che vengono resi esecutivi mediante i normali procedimenti internazionali (ratifica, ecc. v. Cap. IV) ed interni e la cui negoziazione è solo "occasionata" dall'impulso dell'OIL, così come avviene normalmente in altre OIG.

In terzo luogo, l'OIL è dotata di ***peculiari meccanismi di controllo internazionale*** che, pur restando tributari dell'approccio "tradizionale" interstatale, hanno ispirato altri meccanismi di controllo operanti in materia di diritti umani (v. *infra* Cap. XIX).

Così, ad esempio, ai sensi degli artt. 22 e ss. della Costituzione OIL, gli Stati membri sono tenuti ad inviare agli organismi di controllo della medesima organizzazione dei ***rapporti periodici*** concernenti le misure adottate per applicare le Convenzioni internazionali del lavoro che hanno ratificato ovvero che illustrano i motivi che impediscono la ratifica. Tali rapporti formano oggetto di esame annuale da parte di un apposito Comitato di esperti.

Ogni Stato può depositare una ***denuncia*** contro un altro Stato membro circa le violazioni delle norme internazionali sul lavoro; queste denunce possono condurre

---

malattie generali o professionali e contro gli infortuni del lavoro, la protezione dei fanciulli, degli adolescenti e delle donne, le pensioni di vecchiaia e d'invalidità, la difesa degli interessi dei lavoratori occupati all'estero, il riconoscimento del principio « a lavoro eguale, retribuzione eguale », il riconoscimento del principio della libertà sindacale, l'organizzazione dell'insegnamento professionale e tecnico, e altri provvedimenti analoghi; Considerando che la mancata adozione, da parte di uno Stato qualsiasi, di un regime di lavoro veramente umano ostacola gli sforzi degli altri, che desiderano migliorare la sorte dei lavoratori nei propri paesi; Le Alte Parti Contraenti, mosse da sentimenti di giustizia e di umanità, e dal desiderio di assicurare una pace mondiale durevole, nell'intento di raggiungere i fini enunciati nel preambolo, approvano la presente Costituzione dell'Organizzazione internazionale del Lavoro".

([435]) La lista delle Convenzioni e i relativi strumenti di ratifica si reperiscono al sito http://*www.ilo.org/rome/ilo-italia/convenzioni-ratificate/lang--it/index.htm.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 172 SESS: 68 USCITA:

all'istituzione di apposite Commissioni di inchiesta internazionale per accertare se uno Stato che abbia ratificato una convenzione OIL l'abbia effettivamente osservata (436).

Qui, tuttavia, ***l'individuo-lavoratore non è abilitato ad esperire uti singuli*** **un ricorso internazionale diretto presso l'OIL** per far valere i diritti convenzionalmente riconosciuti. Invece, la peculiare struttura tripartita di tale OIG consente ad una associazione di lavoratori (e, specularmente, di datori di lavoro) di attirare l'attenzione dell'OIL riguardo a situazioni individuali o collettive "anormali" in alcuni Stati membri dell'OIL (437).

2. — La tutela internazionale dei diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite

Bibliografia sommaria: G. Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950; R. Cassin, "La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme", in *RCADI*, t. 79, 1951-II, pp. 237-367; Id., "Les droits de l'homme", in *RCADI*, 1974, vol. 140, pp. 321-331; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984; SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Parigi, Pedone, 1998; A. Pellet, "Human rightism and International law", in *ItalianYIL*, 2000, p. 1 e ss.; F. Pocar, I. Viarengo, *Il Patto internazionale sui diritti civili e politici*, Milano, Giuffrè, 2004; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2005; Th. Meron, *The Humanisation of International Law*, Boston, Brill, 2006; H. Steiner, P. Alston, R. Goodman, *International human rights in context. Law, politics and morality*, 3ª ed. Oxford, OUP, 2007; J. H. Knox, "Orizontal human rights law", *AJIL*, 2008, p. 1-47; M. Kamminga, M. Scheinin, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, OUP, 2009; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 10 ed, Parigi, PUF, 2011; SIDI, *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S. Rossi, Napoli, ES, 2011; SIDI, *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, a cura di A. Di Stefano e R. Sapienza, Napoli, ES, 2012; S. Zappalà, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2013; C. Focarelli, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013; T, Scovazzi (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, III, Milano, Giuffrè, 2013; C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2014; Pisillo Mazzeschi, "La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionale", in *DUDI*, 2014, p. 275 ss.; U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, Cacucci, 2015; L. Pineschi (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2015; L. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016; A. Saccucci, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, ES, 2018; O. De Schutter, *International Human Rights Law*, 3 ed., Cambridge, CUP, 2019; G. Cataldi, *I diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite*, Napoli, ES, 2019; C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2019; P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, 2 ed., Bari, Cacucci, 2020; S. Tonolo, G. Pascale (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2020; R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, Giappichelli, rist. 2020; A Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, Cedam-WKI, 2020; U. Leanza, I. Caracciolo, *Diritto internazionale. Parte speciale*, 4 ed., cit., p. 111 ss.

245. Una preoccupazione costante. — Da tempi immemorabili e ben prima della creazione dello Stato moderno, la tutela dei diritti umani ha suscitato un vasto dibattito filosofico, per lo meno in Occidente (438).

All'epoca della società internazionale "tradizionale", gli Stati vigilavano sempre sulle situazioni "estreme", ossia su quelle circostanze per cui i loro cittadini, o anche

---

(436) V. l'art. 26 Cost. OIL: consideration. Adequate notice of the date on which the matter will be considered shall be given to the government in question".

(437) V. ad es. art. 24 Cost. OIL.

(438) V. *infra* Cap. I. In argomento cfr. Y. Onuma, "A Transcivilizational Perspective on International Law", in *RCADI*, v. 342, 2009, p. 370 ss. ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 173 SESS: 68 USCITA:

alcuni stranieri, subivano trattamenti disumani fino a rischiare lo sterminio. Così, il diritto internazionale consuetudinario aveva ammesso la legittimità di interventi militari, detti "di umanità", tramite i quali uno Stato proteggeva i suoi cittadini o anche dei cittadini di altri Stati a rischio di sopravvivenza ([439]). In tale contesto, la *colonizzazione* si trovava ampiamente giustificata.

Oggi, la protezione dei diritti umani forma oggetto di una vasta ed apposita disciplina di diritto internazionale pattizio. Si tratta di un insieme di norme internazionali che, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, si sono sviluppate — sia pure in modo disuguale — sia a livello universale che a livello internazionale-regionale ([440]).

a. Il sistema universale di protezione dei diritti umani

246. La Carta dell'ONU (1945) e i diritti umani. — La Carta dell'ONU fa espresso riferimento ai diritti umani all'art. 1, par. 3, nonché agli artt. 13; 55; 62; 68 e 76 e pertanto, in questa materia, l'ONU svolge un'intensa attività.

In base all'art. 1, par. 3, tra i fini delle Nazioni Unite si prevede quello di "[c]onseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione".

Successivamente, all'art. 55 si afferma che: "[a]l fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodecisione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno: [...] — *c*) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione".

Così, il Consiglio economico e sociale dell'ONU istituì, nel 1946, la *Commissione per i diritti umani* (poi sostituita nel 2006 dal *Consiglio dei diritti umani*) per la promozione ed il controllo del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali da parte

---

([439]) Ad esempio i cristiani maroniti libanesi vennero "protetti" tramite un intervento armato francese nel 1860. V. *infra* Cap. XX.

([440]) Secondo A. Cassese e P. Gaeta, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 144 ss. "È possibile individuare quattro fasi distinte. La *prima fase*, che va dall'adozione della Carta [ONU] sino alla fine degli anni '50, fu caratterizzata dal predominio dei Paesi occidentali. A livello regionale tale approccio portò all'adozione, nel 1950, da parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, della Convenzione europea dei diritti umani, che rappresentò un passo fondamentale nell'evoluzione della protezione internazionale della dignità umana. La *seconda fase*, coincide con il consolidamento, nel 1955, del gruppo socialista (che assunse la guida degli Stati del terzo mondo) ed è caratterizzata dalla necessità per gli Stati occidentali di venire a patti con gli altri due gruppi. Questa situazione favorì il raggiungimento di una serie di compromessi importanti, come quelli che portarono all'adozione, da parte dell'Assemblea Generale, dei due Patti sui diritti umani del 1966. La *terza fase*, iniziata intorno al 1974 e conclusa intorno al 1990, vide la prevalenza dei Paesi in via di sviluppo. Questo periodo ha conosciuto una nuova dottrina dei diritti umani che alla fine ha ottenuto risultati notevoli e che mirava a soppiantare o almeno ad attenuare, per quanto possibile, le precedenti prese di posizione dell'AG. La *fase attuale*, nata a seguito della fine della guerra fredda, ha come caratteristica principale la scomparsa di quella diversificazione degli Stati nei tre gruppi precedentemente considerati. La nuova fase, infatti, si apre con un generale ed ampio consenso fra gli Stati sulla necessità di considerare il rispetto dei diritti umani come una *condicio sine qua* non per una piena legittimazione internazionale, vale a dire per una vera partecipazione alla vita delle relazioni internazionali".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 174 SESS: 68 USCITA:

degli Stati membri. Ma all'indomani della seconda guerra mondiale, non esisteva un "catalogo internazionale" dei diritti umani; al contrario, l'opinione dominante era nel senso che si trattasse di una materia riservata al diritto (costituzionale) interno dei singoli Stati e, come tale, rientrante nel c.d. *dominio riservato* degli Stati di cui all'art. 2, par. 7, della Carta ([441]).

247. La Dichiarazione Universale dei diritti umani. — Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale dell'ONU ha proclamato la ***Dichiarazione Universale dei diritti umani***, una risoluzione a carattere giuridicamente non vincolante ([442]), un atto di *soft law*, ma che, per la sua solennità, ha gettato le fondamenta e le direttive di sviluppo di tutto il diritto internazionale dei diritti umani contemporaneo ([443]). Con detta Dichiarazione si affermava definitivamente il principio secondo il quale *l'individuo non è più tutelato in quanto cittadino di uno Stato*, bensì **è protetto in quanto persona umana e basta**, la cui dignità va garantita in ogni luogo, anche nel proprio Stato di appartenenza. Come illustrò René Cassin, il contenuto della Dichiarazione può essere visualizzato attraverso l'immagine di un tempio.

248. Verso un *international bill of human rights*. — Il passo successivo fu quello di trasformare in diritto internazionale vincolante, *hard law*, i diritti così solennemente proclamati. Si iniziò con il varo della Convenzione di New York, del 9 dicembre 1948, per la prevenzione e la **repressione del delitto di genocidio**, entrata in vigore per l'Italia dal 2 settembre 1952, mentre si spegnevano le luci sul Tribunale Militare di Norimberga e sulla notte dell'umanità squarciata dalle atrocità dello sterminio nazista durante la seconda guerra mondiale.

Ma era già il periodo della guerra fredda e della contrapposizione tra Stati occidentali e Stati dell'area sovietica. Ne seguì una frammentazione normativa. Il 19 dicembre 1966 si giunse così alla conclusione, sotto gli auspici dell'ONU, di due distinti ***Patti internazionali: uno sui diritti civili e politici*** *e l'altro sui* ***diritti economici, sociali e culturali*** ([444]). Questi trattati sono entrati internazionalmente in vigore, rispettivamente, il 23 marzo 1976 ed il 3 gennaio 1976 ed oggi sono vincolanti rispettivamente per 173 e 171 Stati (al 20 gennaio 2021), tra cui l'Italia.

Oggi, la Dichiarazione Universale dei diritti umani, il Patto internazionale sui diritti civili e politici (*ICCPR* secondo l'acronimo inglese) e i due Protocolli opzionali, così come il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (*ICESCR* secondo l'acronimo inglese) col relativo Protocollo opzionale, formano insieme la

---

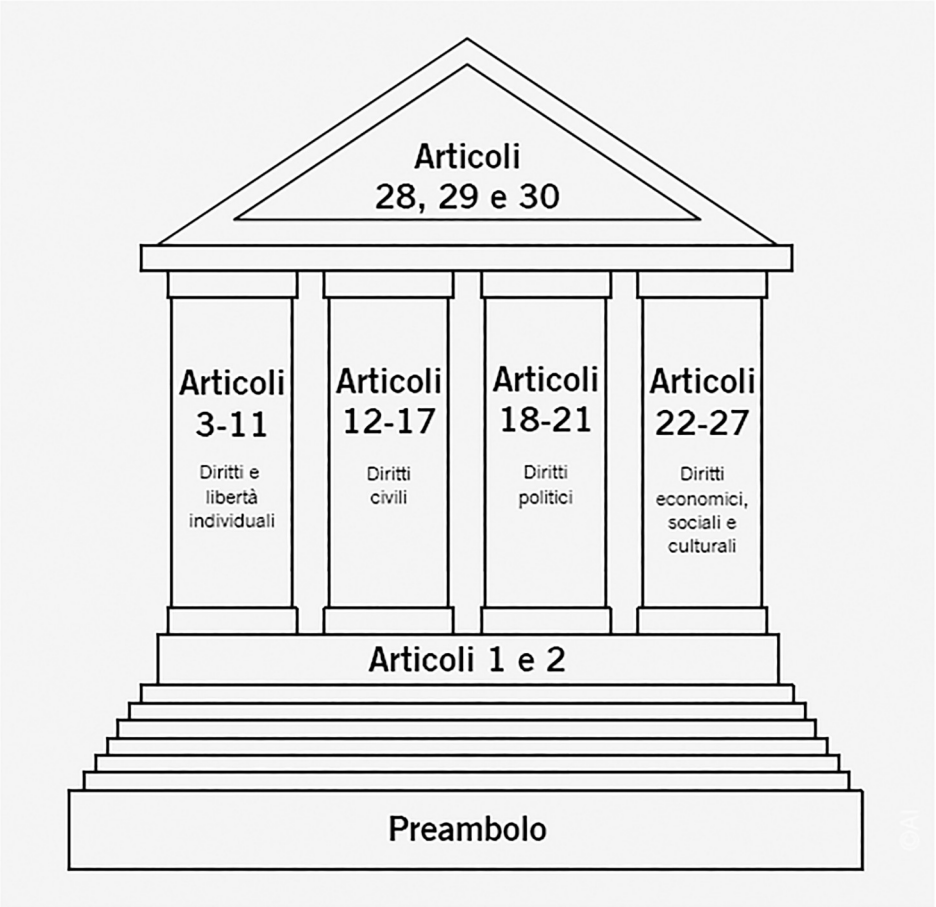
([441]) In arg. cfr. G. Arangio-Ruiz, "Le domain reservé", cit., *RCADI*, 1990/IV, p. 1 ss.

([442]) Dei 58 Stati che facevano allora parte delle Nazioni Unite, vi furono 48 voti favorevoli, 8 astensioni (Unione Sovietica, Polonia, Cecoslovacchia, Jugoslavia, Ucraina, Bielorussia, Sudafrica, Arabia Saudita) e 2 furono i Paesi che non parteciparono al voto (Honduras e Yemen). L'Italia, divenne Stato membro dell'ONU nel 1955.

([443]) Secondo A. Cassese (*Diritto internazionale*, 3a ed., cit., 2017, p. 202) "L'ONU, promuovendo tenacemente ed instancabilmente il rispetto dei diritti umani ha introdotto un nuovo *ethos* nella società internazionale. Essa ha gradualmente messo in atto una sorta di rivoluzione copernicana: mentre prima l'intero sistema internazionale aveva come cardine la sovranità dello Stato, oggi sono gli individui a costituire il perno di questa comunità".

([444]) Per ironia della sorte il Patto sui diritti economici, sociali e culturali fortemente appoggiato dai Paesi socialisti entrò in vigore prima di quello sui diritti civili e politici su cui si focalizzavano i Paesi occidentali. In nessuno dei due Patti figura però il diritto di proprietà.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 175 SESS: 68 USCITA:



La facciata del tempio di Cassin

"Carta internazionale dei diritti umani", un vero e proprio ***International Bill of Human Rights*** ([445]).

Accanto a questo "trittico" di atti internazionali, sono stati successivamente varati diversi altri *strumenti a portata universale ma con obiettivi settoriali* tra cui:

➢ la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di **discriminazione razziale (apartheid)** (New York, 21 dicembre 1965), in vigore per l'Italia dal 4 febbraio 1976;

➢ la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di **discriminazione nei confronti delle donne** (New York, 18 dicembre 1979), in vigore per l'Italia dal 10 luglio 1985;

➢ la Convenzione **contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani, o degradanti** (New York, 10 dicembre 1984), in vigore per l'Italia dall'11

([445]) V. R. Cassin, "La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme", in *RCADI*, 1951-II, v. 79, p. 237, e H. Steiner, "International protection of human rights", in Evans (ed.), *International Law*, Oxford, OUP, 3a ed., 2010, p. 784 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 176 SESS: 68 USCITA:

febbraio 1989, con un Protocollo facoltativo del 18 dicembre 2002 (in vigore per l'Italia dal 3 maggio 2013);

➢ la Convenzione sui **diritti del fanciullo** (New York, 20 novembre 1989), in vigore per l'Italia dal 5 ottobre 1991 con un Protocollo facoltativo sul coinvolgimento dei fanciulli nei **conflitti armati** del 25 maggio 2000 (in vigore per l'Italia dal 9 luglio 2002), un Protocollo facoltativo sulla vendita di fanciulli, sulla **prostituzione minorile e sulla pedopornografia** del 25 maggio 2000 (in vigore per l'Italia dal 9 agosto 2002), nonché con un ulteriore Protocollo facoltativo che stabilisce una procedura di presentazione delle comunicazioni del 19 dicembre 2011 (in vigore per l'Italia dal 4 maggio 2016);

➢ la Convenzione internazionale sulla protezione dei **diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie** (1990) (non in vigore per l'Italia);

➢ la Convenzione relativa ai **diritti delle persone con disabilità** (2006) (in vigore per l'Italia dal 15 maggio 2009);

➢ la Convenzione internazionale per la **protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata** (2006) (in vigore per l'Italia dall'8 ottobre 2015) ([446]).

249. L'azione di promozione e "gestione" dei trattati da parte di organi ed istituti specializzati dell'ONU. — Il principale organo di discussione ed eventualmente di adozione di convenzioni di questa natura o di dichiarazioni solenni resta **l'Assemblea Generale dell'ONU**. A propria volta, il ***Consiglio economico e sociale dell'ONU*** **(ECOSOC)** può "fare raccomandazioni al fine di promuovere il rispetto e l'osservanza dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti" ([447]). A tale scopo, può istituire organi sussidiari appropriati (commissioni tecniche o regionali, comitati permanenti o *ad hoc*, gruppi di esperti ecc.) come, per esempio il *Comitato dei diritti economici, sociali e culturali* istituito tramite la risoluzione n. 1985/17 del 28 maggio 1985 e che, proprio in quanto è composto da esperti indipendenti, funge da organo di controllo del precitato Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Anche l'**UNESCO** svolge tradizionalmente un'attività di promozione della tutela internazionale dei diritti umani così come viene indicato nel Preambolo della sua Carta e con riferimento alla educazione ai diritti umani e alla pace ([448]). E per i *diritti sociali*, particolare rilievo assume l'attività dell'**OIL/ILO** che, come abbiamo detto, è all'origine di numerosi atti in materia ed ha promosso diverse rilevanti convenzioni internazionali.

Nel 1993, è stato istituito l'***Ufficio dell'Alto Commissario ONU per i diritti umani*** **(OHCHR)**, per promuovere ed intensificare la cooperazione internazionale in tale materia, oltre che per coordinare le attività delle Nazioni Unite in materia di Diritti umani ([449]).

([446]) Per una lista completa, vedi il sito *http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm.*

([447]) Articolo 62.2 della Carta. In arg. v. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani*, cit., p. 138 ss.; P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, 2 ed., cit., p. 77 ss.

([448]) Basti pensare alla Convenzione UNESCO del 14 maggio 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato; la Convenzione del 14 dicembre 1960 sulla lotta contro la discriminazione nell'istruzione; la Convenzione del 20 ottobre 2005 sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali o ancora la Convenzione UNESCO del 2 novembre 2001 sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo.

([449]) Per l'attuazione del suo ampio mandato, l'OHCHR impiega uno staff di circa 850 persone, dislocate in 11 uffici a livello nazionale, 7 uffici regionali e sub-regionali e, infine, unità per i diritti umani in 17 missioni di mantenimento della pace.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 177 SESS: 68 USCITA:

L'OHCHR fornisce il necessario supporto logistico ed amministrativo alle strutture delle Nazioni Unite che si occupano della difesa dei diritti umani come, appunto, il *Consiglio per i Diritti Umani* e gli altri organismi di controllo (***Treaty Bodies***) istituiti dai trattati internazionali in tale materia.

250. Il controllo internazionale del rispetto dei diritti umani. — Per molto tempo, il livello di protezione dei diritti umani offerto dal diritto delle Nazioni Unite è apparso agli occhi di molti osservatori piuttosto debole e controverso. Non si trattava di un settore rientrante nel "dominio riservato", cioè della "competenza nazionale essenziale" degli Stati, ai sensi dell'articolo 2, par. 7, della Carta ONU? Persino la *qualità normativa* dei trattati in materia è stata spesso oggetto di critica: le norme internazionali di protezione, oltre a non essere sinallagmatiche e quindi non potendo contare sulla *reciprocità* di applicazione tra Stati, non sono state formulate in modo da potere essere sempre invocate direttamente e inequivocabilmente dagli individui. In altre parole, non si tratta di norme automaticamente *self-executing.*

Tale dibattito non si è mai sopito, ma allo stesso tempo sarebbe ipocrita non cogliere la straordinaria novità di cui il diritto internazionale dei diritti umani è ancor oggi portatore. È infatti doveroso constatare che, nel nostro tempo, si è sviluppato, a livello globale, *un sistema di controllo internazionale* dell'applicazione dei diritti umani che non esisteva in passato e che ha come caratteristica comune il fatto di svolgersi tramite l'attività di meccanismi non giurisdizionali dell'ONU: i *treaty bodies* istituiti da specifici trattati in materia.

b. I meccanismi di controllo che operano a livello universale

251. Il Consiglio di sicurezza e la CIG. — Anche se il *Consiglio* di *sicurezza dell'ONU* non possiede una specifica competenza in materia, alla luce della Carta, ha spesso fatto riferimento a delle violazioni gravi e sistematiche [*gross and sistematic violations*] dei diritti umani nell'esercizio delle sue funzioni, in qualità di garante della pace e della sicurezza internazionale: ad esempio riconoscendo l'esistenza di un nesso tra i conflitti internazionali e le violazioni dei diritti umani. A tal proposito si ritrovano numerosi esempi nella prassi con particolare riferimento alle operazioni di mantenimento della pace ([450]), così come nella nuova e controversa dottrina della "responsabilità di proteggere" a cui abbiamo già fatto riferimento ([451]).

A propria volta, la CIG pur risolvendo solo controversie tra Stati ([452]), si è trovata, talvolta, a doversi pronunciare, nell'esercizio della propria competenza consultiva o contenziosa, su questioni relative ai diritti umani ([453]). Per limitarsi alla giurisprudenza più recente basti riferirsi al caso *La Grand* (Germania c. Stati Uniti) o al caso *Avena* (Messico c. Stati Uniti), mentre la pronuncia del 3 febbraio 2012, sul caso dell'*immunità giurisdizionali degli Stati* (*Germania c. Italia*) costituisce senz'altro un'occasione mancata.

252. Il Consiglio dei diritti umani dell'ONU. — Tuttavia, il principale organo dell'ONU in materia di diritti umani resta il *Consiglio dei diritti umani* (***Human Rights***

([450]) UNMIK, UNMIL MINURCAT, UNMIS, MINUT, MONUC e UNOCI.

([451]) V. Cap. III e XX di questo volume.

([452]) Come si vedrà in seguito al Cap. XXIV.

([453]) V. E. Decaux, "La Cour international de Justice et les droits de l'homme", in *Studi Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 2004, p. 921.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 178 SESS: 68 USCITA:

***Council*).** Si tratta di un organo sussidiario dell'Assemblea Generale dell'ONU. Venne istituito nella primavera del 2006 tramite la Ris. n. 251/60, votata a larghissima maggioranza all'Assemblea Generale dell'ONU (454) anche per sostituire la vetusta, e criticata, Commissione dei diritti umani dell'ONU (istituita dall'ECOSOC nel 1946).

Il Consiglio dei diritti umani, *un organo di Stati* (e non di individui), si riunisce a Ginevra ed è composto da 47 Stati membri eletti per tre anni nell'Assemblea Generale ONU (455) ed eleggibili per un massimo di due mandati consecutivi. Ai sensi della predetta risoluzione, il Consiglio dei diritti umani ha vocazione:

a) "A promuovere l'educazione e la formazione nel campo dei diritti umani, come i servizi consultivi, l'assistenza tecnica, e il potenziamento delle capacità che saranno portate in consultazione in accordo con gli stati membri;

b) Ad essere un luogo di dialogo sulle tematiche relative a tutti i diritti umani;

c) Presentare delle Raccomandazioni all'Assemblea generale al fine di continuare a sviluppare il diritto internazionale dei diritti umani;

d) Ad incoraggiare il rispetto integrale delle obbligazioni sottoscritte dagli Stati nel campo di diritti umani e della realizzazione degli obiettivi fissati e il rispetto degli impegni relativi alla promozione e alla difesa dei diritti umani decisi nelle conferenze e nelle riunioni a capo delle Nazioni Unite;

e) A procedere ad un esame periodico universale, tenendo conto delle informazioni oggettive e attendibili, del rispetto per ogni Stato, degli obblighi e degli impegni in materia di diritti umani in modo da garantire l'universalità della propria azione e l'uguaglianza di trattamento di ogni Stato; volendo istituire una cooperazione tra Stati fondata su un dialogo al quale un dato Paese sia pienamente associato e che tiene conto delle necessità di quest'ultimo in termini di rinforzo delle proprie capacità, questo esame completerà l'opera degli organi convenzionali senza fare un doppio lavoro; il Consiglio deciderà le modalità dell'esame periodico universale e del tempo che sarà necessario, nell'anno che seguirà lo svolgimento della prima sessione;

f) A contribuire, a favore del dialogo e della cooperazione, a prevenire le violazioni dei diritti umani e a intervenire rapidamente in caso d'urgenza nell'ambito dei diritti umani;

g) Ad assumere il ruolo e le responsabilità della Commissione dei diritti umani nei confronti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, come deciso dall'Assemblea generale nella risoluzione 48/141 del 20 dicembre 1993;

h) Ad operare in stretta collaborazione con i governi, le organizzazioni regionali, gli organismi nazionali di difesa dei diritti umani e con la società civile nel campo dei diritti umani;

i) Ad elaborare raccomandazioni riguardo alla promozione e alla difesa dei diritti umani;

j) A presentare un rapporto annuale all'Assemblea generale" (456).

253. (*Segue*) La *Universal Periodic Review.* — Così, a partire dal 2008, il Consiglio dei diritti umani ha iniziato ad operare e ad utilizzare il nuovo meccanismo di ***esame periodico universale*** (*Universal Periodic Review*) che permette di esaminare la situazione dei diritti umani in ciascuno dei 193 Stati membri dell'ONU. Detto esame viene effettuato a Ginevra da tre Stati relatori (c.d. *troika*) estratti a sorte e si effettua sulla base di informazioni che provengono dallo Stato, dalla società civile e

---

(454) Vi furono 170 voti a favore; 3 astenuti (Venezuela, Iran e Bielorussia); 4 contrari (USA, Israele, Isole Marshall e Palau).

(455) L'Assemblea generale ONU, con la maggioranza dei due terzi presenti e votanti, può sospendere il diritto di appartenenza ad un membro del Consiglio che commetta rilevanti e sistematiche violazioni dei diritti umani.

(456) Ris. 60/251 del 15 marzo 2006, A/RES/60/251.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 179 SESS: 68 USCITA:

dagli esperti (ONG — organizzazioni non governative — ma anche istituzioni nazionali dei diritti umani) ([457]).

254. (*Segue*) Le *procedure speciali* e gli altri meccanismi di controllo. — Il Consiglio dei diritti umani ha utilizzato il meccanismo delle *procedure speciali* (***Special Procedures***) che già era stato impiegato — a dire il vero con scarsi risultati — dalla Commissione dei diritti umani ONU. Si tratta di meccanismi istituiti per studiare, monitorare e relazionare circa la particolare situazione di un Paese o determinate questioni interessanti più Stati attraverso esperti indipendenti che vengono designati a tali effetti. Grazie al supporto logistico dell'ufficio dell'Alto Commissario ONU per i diritti umani, questi esperti presentano i loro rapporti al Consiglio dei diritti umani, al quale presentano le loro constatazioni e, su domanda del Consiglio, le loro raccomandazioni ([458]).

La risoluzione n. 5/1 del Consiglio dei diritti umani del 18 giugno 2007, ricalcando lo schema della procedura 1503 (dei tempi passati quando c'era la Commissione dei diritti umani), ha istituito un meccanismo che consente anche alle ONG di portare all'attenzione del Consiglio casi di violazioni gravi e ripetute dei diritti umani o delle libertà fondamentali, suffragate da prove attendibili e commesse ovunque nel mondo e in qualunque circostanza.

In tali situazioni, il Consiglio, a maggioranza, può istituire delle commissioni internazionali di inchiesta sui diritti umani e gruppi di esperti.

Così, **ad esempio**, è avvenuto per il conflitto nella **Striscia di Gaza**, a seguito della quale il Consiglio ha adottato delle risoluzioni di condanna dell'uso della forza sproporzionato da parte delle truppe di occupazione israeliane contro i civili palestinesi ed inviando anche una nuova commissione d'inchiesta, per fare seguito alle proteste del Governo israeliano. "Politicizzando" ingiustamente, l'operato di tali commissioni di inchiesta, composte quasi sempre da giusinternazionalisti di fama mondiale, il 19 giugno 2018, il Presidente Trump ha bollato tali attività come..."antiisraeliane" e, paradossalmente, ha ottenuto il recesso degli Stati Uniti dal Consiglio dei diritti umani dell'ONU. Spetterà ora al Presidente Biden rivedere anche questa decisione.

Le ***comunicazioni***, prima di essere eventualmente portate a conoscenza del Consiglio, sono esaminate da due gruppi di lavoro, uno sulle comunicazioni (*Working Group on Communications*); l'altro sulle situazioni (*Working Group on Situations*). Successivamente, il Consiglio può decidere di: *a*) sospendere l'esame della situazione; *b*) continuare a tenere la situazione sotto controllo, chiedendo allo Stato interessato di fornire informazioni; *c*) continuare a tenere la situazione sotto controllo, nominando un esperto indipendente altamente qualificato per monitorare la situazione e riferire al Consiglio; *d*) rendere la procedura pubblica; *e*) raccomandare all'Alto Commissariato per i Diritti Umani di fornire allo Stato interessato assistenza tecnica.

Quei meccanismi sono destinati a completare, ma non a sostituire, le procedure e gli organismi istituiti in virtù dei trattati relativi ai diritti umani.

([457]) Osserva A. CASSESE (*Le sfide attuali del diritto internazionale*, cit., p. 159) che "[P]er valutare a fondo l'efficacia di questi meccanismi di controllo, è necessario considerare, da un lato, che essi operano in un settore nel quale gli Stati, sebbene abbiano assunto obblighi internazionali, non sono disposti a sottoporsi a un controllo giudiziario internazionale; dall'altro lato, che questo settore concerne questioni molto delicate politicamente, che possono avere implicazioni internazionali a livello economico, diplomatico e commerciale. Di conseguenza, gli organi internazionali di controllo devono procedere con estrema cautela per paura che gli Stati si rifiutino di cooperare, impedendo così a tali meccanismi di funzionare".

([458]) *http://www2.ohchr.org/french/bodies/chr/complaints.htm.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 180 SESS: 68 USCITA:

c. Gli organi di controllo istituiti dai singoli trattati sui diritti umani (c.d. Treaty Bodies)

255. I Comitati e le loro funzioni di controllo. — La maggior parte dei trattati internazionali sui diritti umani a carattere universale elaborati in seno all'ONU dispone di un proprio meccanismo di controllo ([459]). Ciascun organo (denominato generalmente "Comitato"/*Committee*) è composto da ***individui*** che vi siedono in qualità di ***esperti indipendenti*** ed hanno il compito di assicurare le funzioni di controllo che ciascun trattato prevede ([460]).

Si tratta del:

— Comitato dei diritti umani;
— Comitato dei diritti economici, sociali e culturali;
— Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale;
— Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne;
— Comitato contro la tortura;
— Comitato dei diritti del fanciullo;
— Comitato dei lavoratori migranti;
— Comitato dei diritti delle persone con disabilità;
— Comitato contro le sparizioni forzate.

Al fine di svolgere le loro funzioni di controllo internazionale, questi Comitati dispongono di almeno cinque tipi di strumenti operativi:

i) i ***rapporti periodici*** sulla situazione dei diritti umani negli Stati contraenti di un dato trattato (e si tratta di rapporti presentati direttamente dagli Stati);

ii) le ***comunicazioni individuali*** (quando e nei limiti in cui queste sono previste, tramite trattato o protocollo *ad hoc*);

iii) le ***comunicazioni di uno Stato*** tramite la quale pretende che un altro Stato parte esegua gli obblighi previsti da un dato trattato;

iv) l'***inchiesta*** attivata *ex officio* da un Comitato;

v) le ***osservazioni generali*** (c.d. *General Comments*).

i) *I rapporti periodici degli Stati*

256. — Le convenzioni delle Nazioni Unite relative ai diritti umani prevedono l'obbligo in capo agli Stati di presentare dei *rapporti periodici* al Comitato incaricato del controllo dell'applicazione di un dato trattato. Qui, ogni Stato deve illustrare le misure che ha adottato per l'attuazione dei diritti umani previste da ciascun trattato in vigore ([461]). Ciascun rapporto viene successivamente esaminato, criticamente, in presenza di una delegazione dello Stato in questione ed anche tenendo conto dei rapporti presentati da soggetti non statali, come le organizzazioni non governative le quali sono molto attive in materia di diritti umani. Il "dialogo costruttivo" (***constructive dialogue***) così instaurato, termina con le *osservazioni finali (**Final Observations**)* del Comitato. Queste ultime mettono in evidenza i più rilevanti sviluppi — positivi e

---

([459]) A tale riguardo si parla di *Treaty Bodies.*

([460]) Consultare il sito internet *http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx.*

([461]) Per l'Italia, il ***Comitato Interministeriale per i Diritti Umani*** provvede alla redazione di tutti i documenti utili in ambito ONU: rapporti periodici, risposte sollecitate da comunicazioni individuali, documenti di lavoro che hanno ad oggetto temi particolarmente rilevanti per il nostro Paese, materiali utili per la predisposizione dei rapporti annuali prodotti dalle Procedure Speciali.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 181 SESS: 68 USCITA:

negativi — circa l'attuazione di quei diritti e formulano delle raccomandazioni ai fini di una migliore attuazione.

Non si tratta, dunque, di ~~una procedura giurisdizionale~~ (462), bensì di meccanismi di natura diplomatica (463). *Lo scopo ricercato è quello di esercitare una pressione politica* sugli Stati in modo da descrivere la situazione in materia di diritti umani *e stabilire un dialogo critico ma costruttivo* con il Comitato di controllo istituito dal trattato in questione (464). In quest'ottica, la natura giuridica delle osservazioni finali appartiene al genere delle *raccomandazioni*, le quali, non essendo giuridicamente vincolanti, sono nell'insieme seguite e attuate dalla maggioranza degli Stati, preoccupati di avere un cattivo "human rights record" agli occhi dell'opinione pubblica internazionale.

ii) *Le comunicazioni individuali*

257. — A volte, *gli individui* che ritengono che i loro diritti internazionalmente protetti siano stati violati da uno Stato, possono rivolgersi al Comitato competente dell'ONU. Ma per poterlo fare, occorre che lo Stato "in causa" abbia espressamente accettato la procedura di *comunicazione individuale* e siano soddisfatti alcuni requisiti di procedibilità, compresi quelli inerenti l'esaurimento dei mezzi di ricorso interno (465). Perciò, il Comitato dei diritti umani dell'ONU, che è l'organo di controllo del Patto relativo ai diritti civili e politici, non potrà esaminare un caso che sia già oggetto di esame in un'altra procedura internazionale.

Nel caso in cui una *comunicazione individuale* sia stata dichiarata ricevibile, il Comitato chiederà allo Stato in questione di fornirgli delle spiegazioni sulla presunta violazione e di indicare se abbia preso delle misure per rimediare. Lo Stato dispone di un periodo di sei mesi per elaborare una risposta, e il ricorrente ha il diritto di commentarla. Quindi, il Comitato formula le proprie ***conclusioni***, le quali vengono comunicate allo Stato in questione, così come al ricorrente e vengono rese pubbliche.

Senonché, in virtù del Protocollo opzionale, le conclusioni formulate dal Comitato *non sono giuridicamente vincolanti per lo Stato* in questione. Da un punto di vista giuridico, infatti, si tratta, ancora una volta, di ***raccomandazioni internazionali***, seppure tali atti godano di autorevolezza, tant'è che la maggior parte degli Stati vi si adegua spontaneamente (466).

Inoltre, non va dimenticato che, in prospettiva storica, la procedura di comunicazione individuale presenta un aspetto "rivoluzionario", in quanto mette in contatto diretto l'individuo e il Comitato di controllo di un trattato di tutela dei diritti umani; un altro aspetto che ben caratterizza l'evoluzione in senso "transnazionale" del diritto internazionale contemporaneo (467). E si tratta di una prassi che si è ampiamente sviluppata sin dal 1970.

---

(462) V. *infra* il Cap. XXIV.

(463) V. *infra* il Cap. XXII.

(464) V. in proposito ad esempio l'art. 40 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966.

(465) E si noti, a tale riguardo, che in ossequio al linguaggio diplomatico, non si tratta di "denunce" bensì di "comunicazioni", come accade anche nel sistema africano di protezione internazionale dei diritti umani, mentre si parla di "petizioni" nel sistema interamericano.

(466) V. M. Nowak, *Commentary on the U.N. International Covenant on Civil and Political Rights*, 3 ed., a cura di W. Schabas, Kehl am Rhein, Engel, 2019.

(467) V. Cap. I.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 182 SESS: 68 USCITA:

Se il modello più sviluppato è quello del Patto relativo ai diritti civili e politici, oggi altri otto Comitati possono ricevere delle comunicazioni individuali (***individual complaints or communications***) come viene evidenziato nello schema qui sotto:

	Organo di controllo/*Treaty Body*	**Comunicazioni presentate da individui/ *communications or complaints***	**In vigore per l'Italia**
1.	Comitato dei diritti umani del Patto relativo ai diritti civili e politici/*Human Rights Committee* (**HRC**)	SI ([468])	SI (15 settembre 1978)
2.	Comitato contro la tortura/*CAT Committee*	SI ([469])	SI (10 ottobre 1989)
3.	Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale/ ***CERD Committee***	SI ([470])	SI (5 maggio 1978)
4.	Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne/ ***CEDAW Committee***	SI ([471])	SI (22 settembre 2000)
5.	Comitato dei diritti dei disabili/ ***CRPD Committee***	SI ([472])	SI (15 maggio 2009)
6.	Comitato sulle sparizioni forzate/ ***CED Committee***	SI ([473])	NO
7.	Comitato per i lavoratori migranti/***CMW Committee***	SI ([474])	NO
8.	Comitato per i diritti economici, sociali e culturali/***CESCR Committee***	SI ([475])	SI (20 febbraio 2015)
9.	Comitato per i diritti del fanciullo/***CRC Committee***	SI ([476])	SI (4 febbraio 2016)

(Situazione a maggio 2023)

([468]) V. il primo Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966.

([469]) V. l'art. 22 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti, del 10 dicembre 1984.

([470]) V. l'art. 14 della Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965.

([471]) V. il Protocollo opzionale del 6 ottobre 1999 alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979.

([472]) V. il Protocollo opzionale alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006.

([473]) V. l'art. 31 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 10 dicembre 2016.

([474]) V. l'art. 77 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 18 dicembre 1990.

([475]) V. il Protocollo facoltativo del 10 dicembre 2008 al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966. In argomento v. F. Seatzu, M. Odello, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Law, Process and Practice*, New York, Routledge, 2013.

([476]) Protocollo facoltativo del 19 dicembre 2011 alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 183 SESS: 68 USCITA:

iii) ***Le comunicazioni di uno Stato nei confronti di un altro Stato***

258. — Alcuni trattati prevedono che uno Stato contraente possa presentare una *comunicazione* al Comitato di controllo *nei confronti di un altro Stato contraente* tramite la quale evidenzia la mancata esecuzione degli obblighi previsti dal trattato di protezione dei diritti umani in questione, purché sussista una Dichiarazione unilaterale di accettazione della competenza del medesimo Comitato.

Nonostante questo meccanismo di controllo sia rimasto ~~praticamente~~ lettera morta, gli organi di controllo che possono ricevere una tale comunicazione sono il Comitato contro la tortura (v. art. 21 della Convenzione contro la tortura o altre pene o trattamenti inumani o degradanti) il Comitato per i diritti del fanciullo e il comitato dei lavoratori migranti (v. art. 74 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia).

Un meccanismo parzialmente diverso è previsto dagli artt. 11-13 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (CERD) così come dagli artt. 41-43 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR). Qui, la *comunicazione* di uno Stato contro un altro Stato può trasformarsi in un contenzioso interstatale avente per oggetto la violazione del trattato in questione.

A tale proposito, occorre notare che gli altri trattati prevedono diverse procedure di risoluzione delle controversie che vanno dai negoziati all'arbitrato tra Stati ma che prescindono dalle *comunicazioni* di cui sopra. È il caso dell'art. 29 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW), come l'art. 30 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (CAT). Qui, se entro sei mesi dalla domanda d'arbitrato, le Parti non raggiungono un accordo, "una qualunque delle parti può deferire la controversia alla Corte internazionale di giustizia, con una richiesta conformemente allo Statuto della Corte".

iv) ***L'inchiesta attivata*** **ex officio** ***dal Comitato***

259. — A volte può essere aperta un'*inchiesta internazionale su iniziativa del Comitato* competente nel momento in cui sia in possesso di informazioni affidabili secondo le quali uno Stato membro violi in maniera sistematica di diritti convenzionalmente riconosciuti e protetti. La procedura d'inchiesta è allora confidenziale.

I Comitati che dispongono di tale potere d'inchiesta sono, per ora, il Comitato contro la tortura (art. 20) e quello per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (artt. 8-9 del Protocollo opzionale) nonché quello per i diritti del fanciullo. Tuttavia, è anzitutto necessario che lo Stato in causa abbia riconosciuto la competenza del Comitato, cosa che non avviene così facilmente, come testimonia l'art. 28 della Convenzione contro la tortura (che ammette la possibilità di formulare una "dichiarazione", al momento della firma o della ratifica, che esclude, appunto, il ricorso alla procedura d'inchiesta) o ancora l'art. 10 del Protocollo facoltativo della Convenzione per l'eliminazione della discriminazione contro le donne.

v) ***I "General Comments" dei Comitati***

260. — Infine, non va sottovalutato il contributo dei "Treaty Bodies" allo sviluppo progressivo del diritto internazionale per mezzo delle loro ***osservazioni***

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 184 SESS: 68 USCITA:

generali ("*General Comments*"). Si tratta, da parte loro, di procedere ogni volta ad un'interpretazione formale e "ufficiale" di alcune disposizioni relative ai diritti umani contenute all'interno di una particolare convenzione e concernenti delle questioni tematiche specifiche o, ancora, dei metodi di lavoro ([477]). Spesso mal viste dagli Stati e dai loro Ministeri degli Affari Esteri, le interpretazioni dei comitati hanno avuto per oggetto delle questioni fondamentali del diritto dei trattati come quelle relative alla validità delle riserve ai trattati in materia dei diritti umani ([478]) o, ancora, in materia di estinzione dei trattati ([479]).

3. — La tutela internazionale dei diritti umani al livello internazionale-regionale

Bibliografia sommaria: V. la bibliografia generale citata supra il § 234, nonché L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2015; G. Pascale, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli, Jovene, 2018; C. Zanghì, L. Panella, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 4 ed., Torino, Giappichelli, 2019; G. Asta, *La funzione consultiva delle corti regionali dei diritti umani*, Napoli, ES, 2019; R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, Giappichelli, rist. 2020; S. Tonolo, G. Pascale, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2020. Per una panoramica completa ed aggiornamenti v. lo *European Journal of Human Rights/Journal européen des droits de l'homme* dir. da O. de Schutter nonché lo *European Yearbook on Human Rights*, a cura di W. Benedek e M. Nowak, Vienna, a partire dal 2011. V. pure la rivista elettronica *Ordine internazionale e diritti umani* (OIDU) e quella cartacea *Diritti umani e diritto internazionale* (Il Mulino).

261. I sistemi regionali di tutela internazionale dei diritti umani (Europa, America e Africa). — I sistemi regionali di tutela dei diritti umani si basano su trattati internazionali vincolanti in materia di diritti umani al fine di offrire una più incisiva tutela per gli individui rispetto ai meccanismi internazionali a vocazione universale e nonostante il timore che tali "sistemi regionali" pongano l'accento sulle particolarità del nucleo di Paesi che li compongono e pertanto finiscano con l'indebolire l'universalità dei diritti umani.

Prima di illustrare brevemente il sistema di tutela dei diritti umani vigente in Europa, va segnalato che non si tratta del solo continente ad aver istituito un sistema regionale di protezione dei diritti umani, anche se esso rimane il più noto e quello più effettivo del mondo. Il modello è quello di fissare i diritti umani in un trattato internazionale a vocazione regionale e poi dotare tale trattato di una Corte permanente che eserciti le necessarie funzioni di controllo della sua applicazione nonché risolva le controversie tra Stati (in ordine al trattato) oppure e questa è la novità strutturale per l'ordinamento internazionale, anche tra Stati e privati. Ritorneremo su questo aspetto che è quello dell'accesso dell'individuo a una Corte permanente internazionale nel Cap. XXIV.

In questa sede, basti osservare che nel continente americano è stata adottata, il 22 novembre 1969, una ***Convenzione americana sui diritti umani***, trattato che è entrato internazionalmente in vigore il 18 luglio 1978 ([480]) ed ha istituito una *Commissione interamericana dei diritti umani* unitamente ad una *Corte interamericana dei diritti*

([477]) V. la lista al sito http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx.

([478]) V. ad esempio il *General Comment* n. 24 del 1994 del Comitato dei diritti umani.

([479]) V., dello stesso Comitato, il *General Comment* n. 26 del 1997 che preconizza la "perennità" degli obblighi derivanti dal PIDPC del 1966.

([480]) V. *ILM*, 1970, p. 673, e 1979, p. 1189.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 185 SESS: 68 USCITA:

umani la quale ha contribuito in grande misura a consolidare tale materia attraverso una copiosa giurisprudenza ([481]).

Per quanto il continente africano l'attività di tutela dei diritti umani viene affidata al sistema africano di protezione dei diritti dell'uomo e dei popoli che è stato istituito nell'ambito dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA), poi sostituita, nel 2000, dall'Unione africana (d'ora innanzi UA) ([482]).

Nel 1981, gli Stati membri dell'OUA hanno adottato la ***Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli***, riconoscendo la centralità dei diritti fondamentali e della loro necessaria protezione a livello nazionale e internazionale. Con questo documento, oltre a porre un catalogo di diritti fondamentali attribuiti agli individui e ai popoli, è stata istituita la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e successivamente tramite il Protocollo di Ouagadougou del 1998, entrato in vigore nel 2004, la ***Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli***.

Ciò detto, tornando al **contesto internazionale-regionale europeo**, sembra indispensabile richiamare, sia pure per sommi capi, dapprima il ruolo dell'OSCE *(a)* e poi quello del Consiglio d'Europa *(b)*, per poi tentare di trarre alcune conclusioni più generali sul ruolo dell'individuo in diritto internazionale *(c)*.

a) *La protezione dei diritti umani nel quadro della Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (CSCE), divenuta OSCE.*

262. Un controllo politico. — I Paesi partecipanti alla conferenza sulla sicurezza di Helsinki del 1975, riaffermarono il loro "rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, compresa la libertà di pensiero, coscienza, credo o religione" (VII). Allo stesso tempo, i partecipanti e i firmatari dell'Atto finale di Helsinki intesero costituire, tramite la Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (CSCE), un *forum* di cooperazione in *campo umanitario e in altri campi*, come la diffusione di strumenti d'informazione ed altri, volti a favorire un processo di distensione internazionale.

Peculiare a tale ente è il fondamento giuridico cui si è già fatto cenno ([483]) ed il suo *modus operandi*: l'applicazione delle disposizioni dell'Atto finale di Helsinki viene controllata dalle conferenze successive degli Stati che ne fanno parte e che quindi ne assicurano un *follow-up* periodico. L'ibridazione tra meccanismi politici e giuridici, tipici di questo ente, consentono qui più che altrove di sviluppare un *dialogo costruttivo* tra Paesi che un tempo erano divisi in fronti contrapposti. Così, ad esempio, i principi posti ad Helsinki in materia di diritti umani sono — al pari di quelli dell'ONU — suscettibili di formare oggetto di diverse "letture" a seconda del Paese ed in funzione del proprio sistema economico e sociale: pertanto le Conferenze di Belgrado (1978) e di Madrid (1980) si caratterizzarono per una forte divergenza di vedute tra Paesi dell'"Est" e Paesi dell'"Ovest" dell'epoca. Eppure ciò non significa che l'*acquis* di Helsinki sia stato poco rilevante. Molti osservatori hanno infatti notato

---

([481]) V. il testo dello statuto della Corte in *ILM*, 1980, p. 634.

([482]) V. M. Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocol y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011; G. Pascale, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli, Jovene, 2018.

([483]) Va ricordato che l'atto finale di Helsinki costituisce un esempio notevole di "impegno non vincolante" tra Stati (c. supra Cap. VI).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 186 SESS: 68 USCITA:

che i "principi di Helsinki" hanno avuto un sicuro impatto sull'atteggiamento dei governi dei Paesi "socialisti" nei confronti dei loro "dissidenti" e che una politica "repressiva" era diventata più difficile da perseguire che in precedenza. Come negare, ad esempio, che la creazione del sindacato "Solidarnosch" in Polonia nel 1980 fu facilitata dai "principi di Helsinki"? Ancora, la costituzione del gruppo detto della "Carta 77" in Cecoslovacchia per l'applicazione dei principi di Helsinki giocò un ruolo importante all'interno della "rivoluzione di velluto" del 1989 che doveva segnare la caduta del regime comunista a vantaggio dell'instaurazione di un nuovo ordine democratico.

In breve, considerando i risultati conseguiti in passato tramite il processo di Helsinki in materia di diritti umani, si può cogliere agevolmente l'importanza odierna che continua ad assumere quel "processo" ed in particolare la sua istituzionalizzazione tramite l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE). Ed infatti, alla fine della guerra fredda, con il mutare delle priorità strategiche in tema di sicurezza internazionale, la CSCE è stata trasformata in una Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE).

Attualmente fanno parte dell'OSCE ben 56 Stati, tutti gli Stati europei, alcune Repubbliche ex sovietiche, gli Stati Uniti ed il Canada.

Oggi, l'OSCE svolge un ruolo importante circa la prevenzione dei conflitti, il monitoraggio delle situazioni di crisi e la ricostruzione post-bellica. Da un processo inizialmente solo "politico" e giuridicamente non vincolante si sono ottenuti risultati giuridici di indubbio rilievo, ulteriore dimostrazione che occorre comprendere il diritto internazionale non solo in senso statico ed astratto ma, soprattutto, nella sua dinamica e concreta — anche informale — attuazione: *International Law as a process*, secondo la celebre espressione di Rosalyn Higgins.

b) *La protezione dei diritti umani nel quadro del Consiglio d'Europa: la CEDU*

Bibliografia sommaria: M. Sørensen, *Le Conseil de l'Europe*, in *RCADI*, 1952-II, p. 121 ss.; G. Cohen-Jonathan, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989; V. Starace, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (a cura di), *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1995; M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, ES, 2001; S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001; F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe: vers un espace juridique européen*, Strasbourg, ed. Conseil de l'Europe, 2005; G. Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2ª ed., Napoli, 2008; *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012; W. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, OUP, 2015; U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, Cacucci, 2015; V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2016; A. Di Stasi, *Introduzione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, 2 ed., Cedam-WKI, 2018; J. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 8 éd., LGDJ, 2019; E. A. Rossi, *Corpi intermedi e diritti "metaindividuali" nel sistema CEDU*, pref. di L. Mari, ES, Napoli, 2020; R. Sabato, "L impatto del protocollo n. 15 sulla Convenzione europea dei diritti umani: riflessioni a valle della ratifica italiana (e della mancata ratifica del protocollo n. 16)", in *Osservatorio costituzionale*, 2021, pp. 92-113.

263. Uno spazio giuridico dotato di un controllo giurisdizionale internazionale. — Il ***Consiglio d'Europa.*** — da non confondere con l'*Unione europea* (ed in particolare col *Consiglio* e col *Consiglio europeo* che sono organi della UE !) — è un'organizzazione internazionale permanente costituita inizialmente dagli Stati dell'Europa occidentale per "realizzare un'unione più stretta tra i suoi Membri al fine di salvaguardare

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 187 SESS: 68 USCITA:

e promuovere gli ideali e i principi che solo il loro patrimonio comune e di favorire il progresso economico e sociale" (484). Le finalità, la struttura ed il suo funzionamento sono disciplinati dal suo Statuto, firmato il 5 maggio 1949, all'indomani della Seconda guerra mondiale (485). Lo Statuto ha natura di trattato internazionale ed è stato integrato diverse volte.

Il Consiglio d'Europa ha sede a **Strasburgo**, in Francia e costituisce la *principale OIG di difesa dei diritti umani del continente europeo*; oggi include ben 46 Stati membri (la Russia non ne fa più parte dal 16 marzo 2022 a seguito del conflitto militare con l'Ucraina e della sua esclusione ex art. 8 dello Statuto del CoE), tra cui tutti i 27 Stati dell'Unione europea, il Regno Unito e la Turchia, creando così uno spazio giuridico comune per circa 800 milioni di cittadini (486). Detta OIG promuove, tra l'altro, la libertà di espressione e dei media, la libertà di riunione, l'uguaglianza e la protezione delle minoranze, aiuta gli Stati membri a combattere la corruzione ed il terrorismo. Invita altresì gli Stati ad intraprendere le *riforme costituzionali* necessarie e, all'uopo, possiede un gruppo di alto livello di esperti, conosciuto come la ***Commissione di Venezia***, giacché svolge i propri lavori periodicamente nella città lagunare italiana.

Il Consiglio d'Europa promuove i diritti umani attraverso apposite convenzioni internazionali e monitora il progresso degli Stati membri in questi ambiti presentando raccomandazioni tramite degli organi di controllo specializzati ed indipendenti.

I principali organi di tale OIG sono il Comitato dei Ministri, l'Assemblea Consultiva ed il Segretario generale.

Ai sensi degli artt. 13-21 dello Statuto, il ***Comitato dei Ministri*** è il principale organo decisionale: un organo di Stati, di cui fanno parte tutti gli Stati membri. Ciascuno di essi è rappresentato dal proprio Ministro degli Esteri o da un supplente. Nel Comitato, ogni Stato ha diritto a un voto e regole speciali stabiliscono il *quorum* per la validità delle deliberazioni dell'organo *de quo* (art. 20). Non si tratta, tuttavia, di un organo dotato di poteri coercitivi: i suoi atti hanno natura di raccomandazioni internazionali (487).

L'***Assemblea Parlamentare*** è costituita di rappresentanti eletti da ciascun Parlamento di ogni Stato membro. Non si tratta, però, di un organo di Stati bensì di un organo di individui, questi ultimi, infatti, agiscono in una capacità autonoma. Nonostante l'Assemblea sia definita all'art. 22 quale "organo deliberante", essa non ha potere decisorio se non per questioni interne di minore importanza. Può, invece, presentare apposite raccomandazioni al Consiglio dei Ministri e, comunque, costituisce un foro per il dibattito di questioni di interesse generale. L'Assemblea elegge il Segretario Generale, il Commissario per i diritti umani e i giudici alla Corte europea dei diritti umani.

---

(484) Art. 1 dello Statuto.

(485) Lo Statuto consta di un Preambolo e di 42 articoli raggruppati in dieci capitoli: Cap. I (art. 1), scopi del Consiglio; Cap. II (artt. 2-9), composizione; cap. III (artt. 10-12), disposizioni generali; cap. IV (artt. 13-21), Comitato dei Ministri; Cap. V (artt. 22-35), Assemblea consultiva; cap. VI (artt. 36-37), Segretariato; Cap. VII (artt. 38-39); finanziamento; Cap. VIII (art. 40), privilegi e immunità; Cap. IX (art. 41), emendamenti; Cap. X (art. 42), disposizioni finali.

(486) Il Consiglio d'Europa lavora in stretta cooperazione con l'Unione europea, l'OSCE ed altri Paesi partner. In esso lavorano 2200 persone. Il bilancio totale è di circa 400 milioni di euro ed è finanziato principalmente dagli Stati membri. Ampie informazioni al sito internet: *http://www.coe.int.*

(487) Cfr. *Bowett's Law of International Institutions*, cit., p. 164: "it is readily apparent that the Committee of Ministers cannot take decisions binding upon governments; its only power it to recommend matters to governments, so that it is in no sense an executive organ".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 188 SESS: 68 USCITA:

Il ***Segretario Generale*** e il Vice Segretario Generale, sono nominati dall'Assemblea Consultiva, su proposta del Consiglio dei Ministri. Il Segretario Generale nomina gli altri funzionari, secondo il regolamento amministrativo e dirige i servizi amministrativi.

Dalle brevi osservazioni che precedono, si desume agevolmente che il Consiglio d'Europa dispone di poteri assai limitati nei confronti degli Stati membri. Una sua importante funzione è stata quella di costituire un centro in cui esponenti dei governi e dei parlamenti dei vari Stati discutono questioni di interesse generale, un tempo di interesse europeo. Tuttavia, un'altra funzione di importanza fondamentale è stata quella di promuovere diversi accordi internazionali da sottoporre all'adozione degli Stati membri.

In tal modo gli Stati Membri del Consiglio d'Europa si sono assoggettati ai *controlli*, ai *rapporti*, alle *raccomandazioni* del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea parlamentare, ma soprattutto alle *decisioni* e alle *sanzioni* della **Corte europea dei diritti dell'uomo** (Corte EDU), alla quale possono far ricorso **gli individui** che ritengano lesi i diritti loro riconosciuti dalla CEDU, dopo averne inutilmente invocato il rispetto da parte dei giudici dei singoli Stati. Viene così superato il tradizionale sistema del diritto internazionale pubblico, i cui soggetti sono soltanto gli Stati, non le persone.

264. La CEDU. — In tale contesto è stata elaborata la ***Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali****, firmata a Roma il 4 novembre 1950* (d'ora in avanti CEDU) ([488]), un vero e proprio *Bill of Rights* moderno dell'Europa che, da un punto di vista storico, ha costituito la prima "concretizzazione" di *hard law* dei principi di *soft law* contenuti nella *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948. La CEDU presenta delle caratteristiche uniche che sono state ben evidenziate dalla stessa Corte EDU nel caso dell'*Irlanda* c. *Regno Unito* del 18 gennaio 1978:

> "a differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione Europea fuoriesce dal quadro della semplice reciprocità tra Stati contraenti... Essa crea degli obblighi oggettivi... che beneficiano di una garanzia collettiva" ([489]).

La CEDU garantisce alcuni diritti specificatamente enumerati e la loro interpretazione è demandata alla Corte EDU ([490]). La struttura della CEDU è abbastanza logica: in una prima parte vengono elencati i *diritti umani* tutelati da tale strumento (artt. 1-18) poi, nella seconda parte, vengono fissate alcune *norme di procedura* dinanzi alla Corte EDU (artt. 19-51 e su cui v. *infra*, Cap. XXIV) e in una terza parte si trovano le clausole finali della CEDU in quanto trattato.

Tra i diritti umani specificamente tutelati dalla CEDU si trovano: il **diritto alla vita** (art. 2), **la proibizione della tortura e di pene inumane o degradanti** (art. 3), il **diritto alla libertà e alla sicurezza delle persone** (art. 5), il **diritto al rispetto della vita privata e familiare** (art. 8); il **diritto a un equo processo** (art. 6); la **libertà di pensiero, di coscienza e di religione** (art. 9); la **libertà di espressione** (art. 10); la **libertà di**

([488]) La CEDU è entrata in vigore il 3 settembre 1953. L'Italia ha depositato il proprio strumento di ratifica il 26 ottobre 1955 a seguito della L. 4 agosto 1955, n. 848.

([489]) Ser. A n. 25.

([490]) V. gli articoli dal 2 al 14 della CEDU.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 189 SESS: 68 USCITA:

riunione e di associazione (art. 11); il **diritto al matrimonio** (art. 12); il **divieto di discriminazione nel godimento di tali diritti** (art. 14), con particolare riferimento alle differenze di trattamento fondate sul sesso, sulla razza, sul colore, sulla lingua, sulla religione e sulle opinioni politiche, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

265. (*segue*) I 16 Protocolli alla CEDU. — *La CEDU è stata completata da ben 16 Protocolli addizionali opzionali* che estendono la tutela convenzionale ad es. al ***diritto di proprietà*** (Protocollo addizionale alla CEDU del 20 marzo 1952), ovvero vietano *la pena detentiva per inadempimento delle obbligazioni contrattuali* e *l'espulsione collettiva di stranieri*, mentre viene sancita la *libertà di circolazione sul territorio di uno Stato* (Prot. n. 4 del 16 settembre 1963). Altri Protocolli hanno, invece, inciso sul meccanismo giurisdizionale di tutela. In passato, la CEDU prevedeva dei *meccanismi di protezione sofisticati* con la costituzione di una *Commissione dei diritti umani* e, come ultima risorsa, di una *Corte* con sede a Strasburgo. La Commissione, in caso di denuncia riguardante un'eventuale violazione dei diritti umani all'interno di uno Stato membro, giocava anzitutto il ruolo di "filtro"; potevano rivolgersi ad essa i governi o, nel caso in cui questi ultimi l'avessero accettata, gli stessi individui lesi. Spettava poi alla Commissione istruire il caso e decidere se portarlo dinanzi alla Corte europea dei diritti umani.

Con l'adozione del **Protocollo n. 11**, è stata realizzata una riforma generale del sistema europeo di tutela dei diritti umani ([491]). La Commissione dei diritti umani è stata eliminata a favore di un rafforzamento della Corte EDU la quale, a partire dal 3 novembre 1998, è divenuta competente per tutte le controversie relative all'applicazione del trattato siano esse a lei deferite dagli Stati o da singoli individui. Pertanto, la Corte EDU, da oltre vent'anni, può decidere ricorsi ad essa presentati direttamente dagli individui una volta soddisfatte le condizioni di ricevibilità fissate nel suo Statuto.

Il **Protocollo n. 14** alla Convenzione adottato il 13 maggio 2004, ed entrato in vigore il 1° giugno 2010, ha snellito il funzionamento del sistema giurisdizionale con l'introduzione di nuove formazioni giudiziarie per i casi più semplici, il riconoscimento di un nuovo criterio di ammissibilità (occorre un "pregiudizio importante") e, soprattutto, il rafforzamento dei poteri del Comitato dei ministri relativamente al controllo dell'esecuzione delle sentenze della Corte (nuovo art. 46).

Il **Protocollo n. 15** prevede una serie di modifiche alla CEDU finalizzate a rendere più efficiente il funzionamento della Corte. Detto atto introduce nella CEDU, tra l'altro, alcune nuove regole procedurali quali la riduzione del termine per adire la Corte da *sei* a *quattro* mesi (art. 4); la soppressione del diritto di opposizione delle parti alle proposte di trasferimento della competenza alla Camera allargata (art. 3); la fissazione a *65 anni* del limite d'età per l'esercizio della funzione di giudice della Corte EDU (art. 2); l'introduzione di un ulteriore requisito di ammissibilità, in forza del quale si richiede che il ricorrente abbia subìto uno *svantaggio significativo* (art. 5), rafforzando altresì il ruolo del "margine di apprezzamento" discrezionale degli Stati. Il 21 aprile 2021, l'Italia ha ratificato detto Protocollo la cui entrata in vigore è avvenuta il 1° agosto 2021.

([491]) V. R. Abraham, "La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Le Protocole n. 11 a la Convention", in *AFDI*, 1994, p. 619; J.F. Flauss, in *AJDA*, 1995, p. 124.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 190 SESS: 68 USCITA:

Il **Protocollo n. 16** consente alle Corti di ciascuno Stato di richiedere *Pareri consultivi* alla Corte EDU su questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e libertà definiti nella CEDU o nei suoi Protocolli. Si tratta di un meccanismo comparabile con quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Ad oggi (maggio 2023) detto Protocollo non è però ancora in vigore per l'Italia.

Va notato che, in alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa, si è riconosciuto ***effetto diretto*** alle norme della CEDU. Ciò è avvenuto, ad esempio, in Francia, mentre in Italia, stante la visione dualistica dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, non è formalmente consentito al giudice interno di disapplicare la norma interna confliggente con una norma CEDU.

A causa della pandemia da **Covid-19**, molti degli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno notificato una dichiarazione ai sensi dell'articolo 15 CEDU per derogare temporaneamente agli obblighi previsti dalla CEDU.

c) *L'accesso diretto dell'individuo alla funzione giurisdizionale internazionale*

266. Un diritto di accesso alle Corti internazionali raramente concesso dagli Stati. — Se all'individuo vengono riconosciuti dei diritti fondati sul diritto internazionale, può farli valere davanti a dei giudici internazionali? Questa è una domanda di somma importanza; come dicono gli avvocati inglesi: *Remedies precede rights!*

Occorre qui riconoscere che *l'individuo non possiede automaticamente una capacità generale, piena ed autonoma, di stare in giudizio sul piano internazionale* ([492]). In altre parole, il suo ***locus standi*** *in un processo internazionale* deve essere espressamente concesso dagli Stati (ma è davvero così diverso al livello del diritto interno dinanzi ai giudici di uno Stato?) giacché la "naturale" capacità di stare in giudizio nell'ordinamento internazionale rimane, pur se non esclusivamente, *un monopolio degli Stati* (in questo senso si veda il vetusto modello dell'art. 34, par. 1, dello Statuto della CIG).

Pertanto, i *rischi di diniego di giustizia* per l'individuo nell'ordinamento internazionale restano elevati. Senonché, come abbiamo visto nel diritto internazionale contemporaneo l'accesso alla giurisdizione internazionale — intesa in senso lato — per l'individuo (e le imprese) nel contenzioso "misto" con gli Stati o con le OIG è divenuto una realtà davanti ai nostri occhi che non può più essere negata. Oggi l'individuo ha nuove e concrete possibilità di attivare dei meccanismi internazionali di inchiesta, controllo o giurisdizionali, sia in materia di diritti umani, sia in materia di tutela degli investimenti diretti esteri. Dei diritti analoghi sono stati progressivamente esteri alle imprese multinazionali.

([492]) Cfr., ad es., nel secolo scorso, le penetranti osservazioni critiche di R. Quadri (*Diritto internazionale pubblico*, cit., 1968, p. 411): "La personalità giuridica internazionale dell'individuo è poi affermata dalla dottrina in rapporto a tutte le ipotesi nelle quali un Trattato internazionale o lo Statuto di un ente internazionale dia agli individui la possibilità di iniziativa (o di essere parte, come si dice) nel processo internazionale. Se la CIG è aperta agli Stati, si hanno ipotesi nelle quali fu previsto l'accesso dell'individuo ad istanze internazionali arbitrali o giurisdizionali... A nostro avviso, nelle ipotesi fatte, è evidente l'impossibilità di parlare di una personalità internazionale dell'individuo. Ad es. nel caso dei *Tribunali Arbitrali Misti (TAM)*, l'individuo poteva agire dinanzi all'organo internazionale, ma la sentenza produceva gli effetti solo fra gli Stati fra i quali i TAMi erano istituiti... Per l'individuo la sentenza aveva valore giuridico solo se ed in quanto avesse acquistato efficacia di cosa giudicata ed esecutiva nell'ordinamento interno".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 191 SESS: 68 USCITA:

§ 2. — *Le imprese transnazionali (o "società multinazionali") nell'ordinamento internazionale*

Bibliografia sommaria: H. G. Angelo, "Multinational Corporate Enterprises: Some Legal and Policy Aspects of a Modern Social-Economic Phenomenon", in *RCADI*, 1968, t. 125, p. 443-625; I. Seidl Hohenveldern, "The impact of Public International Law on Conflict of Law Rules on Corporations", in *RCADI*, 1968, t. 123, p. 1-116; D. Vagts, "The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law", *Harvard L. Rev*., 1970, pp. 739-792; B. Goldman, P. Franceskakis, *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1977; L. Mari, *Le imprese internazionali*, Milano, Giuffrè, 1983; I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, Cambridge, Grotius, 1987; D. Corapi, "Imprese multinazionali", in *Dig. comm*., Torino, 1992, VII, p. 249; P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993; G. Sacerdoti, "Multinazionali (imprese)", in *Dig. comm*., Torino, 1994, X, p. 119; M. Kamminga, S. Zia-Zarifi (ed.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Brill, 2000; P. Grossi, "Globalizzazione, diritto, scienza giuridica", in *Foro it.*, 2002, V, col. 151; V. Lowe, "Corporations as International Actors and International Law Makers", *Italian YIL*, 2004, p. 23; J. Bakan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, Free Press, 2004 (a cui è seguito persino un film); F. Garcimartin Alferez, "Cross Border Listed Companies", in *RCADI*, 2007, t. 328, p. 9-174; M. Winkler, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2008; H. Gherari e Y. Kerbrat (dir.), *L'entreprise dans la societé internationale*, Paris, Pedone, 2010; F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2012; A. Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2012; M.B. Deli, M.R. Mauro, F. Pernazza, F. Traisci (a cura di), *Imprese e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, ES, Napoli 2012; G. Sacerdoti, "Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali", in *Dir. comm. int*., 2013, p. 109 ss.; SFDI, *L'entreprise et le droit international*, Paris, Pedone, 2016; D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 2017;; F. Marrella, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435; M. Castellaneta, F. Vessia (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, ESI, Napoli, 2019; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2021; F. Marrella, ~~*Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2 ed.,~~ Padova, Cedam, 2023.

267. Nozione. — Particolare rilevanza hanno, per il diritto internazionale contemporaneo, le imprese multinazionali *rectius* transnazionali. Il tema, negli ultimi decenni è strettamente collegato a quello della globalizzazione, giacché dalla fine della seconda guerra mondiale, con l'instaurazione del c.d. *ordine economico internazionale*, gli Stati hanno concluso appositi trattati ed istituito apposite OIG volti a garantire la libertà di commercio ed una cospicua circolazione (e protezione) degli investimenti diretti esteri ([493]). Ciò ha consentito lo sviluppo di imprese transnazionali su scala globale sviluppando un volume di attività senza precedenti.

Per avere un'idea immediata e concreta della questione, basti citare una dichiarazione del CEO della multinazionale *Asea Brown Boveri*:

> "definisco la globalizzazione come la libertà per il mio gruppo societario di investire dove vuole, per la durata che desidera, per produrre ciò che vuole, approvvigionandosi e vendendo dove vuole; tutto ciò sopportando il minimo di vincoli ed obblighi di diritto del lavoro ed altre convenzioni sociali" ([494]).

([493]) In argomento, v. D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6a ed., Paris, Dalloz, 2017, p. 1 ss., nonché F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2 ed., Padova, Cedam, 2020, ove riferimenti. Si parla di ***Home State*** per indicare lo *Stato di origine* dell'impresa transnazionale (solitamente ove ha sede la società capogruppo) e di ***Host State*** per indicare lo *Stato territoriale* in cui una data società del gruppo è stata costituita o comunque opera.

([494]) Cit. in F. Marrella, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", in *RCADI*, vol. 385, 2017, p. 52.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 192 SESS: 68 USCITA:

Non stupisce dunque che le imprese (talvolta denominate anche "società") "multinazionali" o "transnazionali" siano da tempo oggetto dell'attenzione dei giuristi, degli economisti e dei politologi. In diritto internazionale, tali imprese sono state definite nella Risoluzione IDI adottata nel 1977, su proposta del *Rapporteur* BERTHOLD GOLDMAN, alla stregua di

"Imprese costituite da un centro decisionale situato in un Paese e in centri di attività, indipendentemente dalla loro personalità giuridica, situati in uno o più altri Paesi" ([495])

Ed ancora l'IDI, nella sessione di Lisbona del 1995, affinerà ulteriormente la predetta definizione su impulso del *Rapporteur* ANDREAS LOWENFELD, indicando che:

"A multinational enterprise is a group of companies operating under common ownership or control, whose members are incorporated under the laws of more than one State. Generally, the members of the group of companies operate under common or related trade marks or trade names and produce or distribute common or related products or services, but the absence of such integrated activity does not, by itself, deprive a group of companies of the character of a multinational enterprise. A multinational enterprise may, but need not, appear to the public to be linked to a State in which the parent company has its headquarters; and the multinational enterprise may be operated under a hierarchical or under a decentralized system of management. While some holding of shares of companies forming part of the multinational enterprise by non-members is not excluded, an essential characteristic of a multinational enterprise is that shares of companies that are members of the group are not dispersed, and that management of the companies constituting the multinational enterprise is exercised by the parent company, whether through controlling shareholding, direct or indirect, or by other means".

Tali nozioni si combinano con quella, concettualmente più raffinata, presentata da FRANCESCO GALGANO il quale ha osservato che, rispetto alle globalizzazioni economiche dei tre secoli precedenti, la "vera novità del nostro tempo risiede, piuttosto, nell'espansione planetaria dell'attività produttiva" ([496]). Ed infatti, muovendosi all'interno dell'"ordine economico internazionale" del dopoguerra, le grandi imprese hanno da tempo superato il classico modello economico per cui ad una produzione nazionale si accompagnava l'esportazione del prodotto finito all'estero. La novità degli ultimi decenni è dunque quella della **delocalizzazione delle singole fasi dell'impresa in altri Paesi**: le imprese, cioè, collocano alcune unità di produzione all'estero, *direttamente* nei principali mercati di consumo e, secondo "criteri di convenienza", hanno da tempo ubicato altre diverse e cruciali fasi dell'impresa in Paesi opportunamente scelti al fine di trarre il massimo vantaggio sia dalla diversa allocazione dei fattori produttivi sia, soprattutto, dai (minori od inesistenti) vincoli ed obblighi derivanti dalla **diversa normativa nazionale in materia di lavoro, ambiente e fiscalità**.

Pertanto, le imprese di cui qui si parla sono "**imprese di gruppo**" ove "un medesimo capitale alimenta le singole società [del gruppo], ossia quello della *holding* di vertice, la quale ha direttamente o attraverso *sub-holding*, sottoscritto o acquistato la totalità o la maggioranza delle loro azioni; un medesimo capitale viene remunerato dall'attività delle singole società, giacché gli utili realizzati da queste, affluiscono direttamente o pel tramite delle *sub-holding*, alle *holding* di vertice; un medesimo

---

([495]) V. la Risoluzione di Oslo dell'IDI sulle "imprese multinazionali" del 7 settembre 1977, *Rapporteur* B. GOLDMAN, anch'essa citata e commentata di F. MARRELLA, *op. cit.*.

([496]) F. GALGANO, "Direzione e coordinamento di società", in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 14 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 193 SESS: 68 USCITA:

centro decisionale, la *holding* di vertice, dirige l'intero gruppo, avendo direttamente o indirettamente la totalità o la maggioranza delle azioni di ciascuna società e, quindi, la totalità o la maggioranza dei voti in ciascuna di esse" ([497]).

Così, progressivamente, le imprese transnazionali hanno acquisito un grande peso economico. Queste ultime, grazie alla loro potenza economica, sono giunte a parlare "da pari a pari" con gli Stati, finanche ad imporre la propria volontà agli Stati più deboli. Esse sono riuscite ad erodere le vecchie strutture giuridiche ereditate dal diritto nazionale e dal diritto internazionale tradizionale i quali hanno regolato per lungo tempo solo le società commerciali *uti singuli* (con la parziale eccezione delle *compagnie coloniali* ([498])) ed in favore della loro responsabilità limitata. Così, paradossalmente, ogni singola società del gruppo è, di fronte ai terzi ed allo Stato territoriale, un soggetto giuridico di diritto interno *distinto* da ogni altra società del medesimo gruppo e sarà responsabile dei debiti assunti o delle violazioni dei diritti umani in proprio, mentre la *holding* resterà un soggetto "terzo"...libero da ogni male e da ogni responsabilità.

Solo un'apposita disciplina dei *gruppi societari* permette di cogliere l'unità dell'impresa di gruppo e di giungere ad una più realistica allocazione delle responsabilità e, negli ultimi anni, alcuni Paesi, inclusa l'Italia hanno varato apposite norme in materia.

Ma è ancor più ovvio che, senza una disciplina *a livello internazionale*, anche le singole normative nazionali (soprattutto quelle degli Stati piccoli) si rivelano delle armi spuntate rispetto a ciascuna potente rete transnazionale dell'impresa di gruppo e quindi occorre — per quanto gli Stati continuino a mostrare grande reticenza — un apposito trattato internazionale in materia avente ad oggetto la regolazione degli aspetti civilistici, fiscali, contabili, ambientali e sociali dei gruppi societari transnazionali.

In conclusione, da un lato, si continuano a concepire e a regolare le società commerciali in modo ***atomistico*** contentandosi di considerarle *uti singuli*, come "oggetto" di pochissimi strumenti di *hard law* di diritto internazionale (anche in d.i.pr.) ed abbondando con la *soft law* (1).

Dall'altro lato, la realtà empirica ha da tempo dimostrato che, successivamente agli individui, le imprese transnazionali hanno progressivamente acquisito, in diritto internazionale, una **limitata *soggettività internazionale***.

([497]) F. GALGANO, "Direzione e coordinamento di società", cit., p. 19 ss.

([498]) Cfr. ad es. P. FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale e parte generale, Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 184: "le compagnie coloniali come tali non sono mai soggetti del diritto internazionale, per quanto esplichino un'attività che diviene rilevante per il diritto internazionale. Ma per l'esattezza della loro configurazione giuridica, bisogna nettamente distinguere le due ipotesi sopra prospettate in linea di fatto, cioè l'ipotesi in cui la compagnia sia autorizzata dallo Stato e l'altra in cui quest'autorizzazione manchi completamente. Nel primo caso la compagnia non è che un organo dello Stato... Questa realtà si è imposta anche a tutti i vecchi trattatisti, nonostante che essi avessero davanti agli occhi principalmente la Compagnia delle Indie, i cui straordinari poteri in materia internazionale potevano facilmente trarre in inganno... Nella seconda ipotesi invece l'attività colonizzatrice della compagnia si pone come un servizio privato di pubblica funzione, che diventa rilevante per lo Stato soltanto quando esso lo assume come proprio e così lo rende valido per i rapporti internazionali." In arg. v. altresì R. QUADRI, voce "Compagnie coloniali", in *Enc. Dir.*, VII, p. 1010 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 194 SESS: 68 USCITA:

1. — Le imprese transnazionali come *oggetto* del diritto internazionale

268. Il problema del controllo internazionale delle imprese multinazionali. — Sul piano del **diritto interno**, la materia della regolazione dell'attività d'impresa con riferimento ai vincoli a carattere imperativo è oggetto del **diritto antitrust** a cui si affiancano altre ed apposite norme in materia **tributaria, penale** e di **lavoro**.

Sul piano del **diritto internazionale**, nonostante i tanti lavori in corso, restano attuali le perplessità di GIORGIO SACERDOTI il quale osserva che "[g]li Stati si dimostrano d'altra parte o non desiderosi (*unwilling*) o non in grado di raggiungere un efficace cooperazione in materia per la disciplina dell'attività d'impresa e le condizioni di mercato, tramite i tradizionali strumenti degli *(a)* accordi internazionali vincolanti e *(b)* l'attribuzione di competenze regolatorie a OIG. Ciò persino spesso tra Paesi relativamente omogenei (OCSE, rapporti transatlantici) dove pure la cooperazione è tradizionalmente maggiore" ([499]).

Eppure, il diritto UE bene dimostra il "salto di qualità" dell'efficacia regolatoria quando si passa da una regolazione meramente nazionale ad un'altra a raggio "continentale" che coglie molto meglio le ramificazioni dell'impresa transnazionale. Le numerose decisioni della Commissione e sentenze della Corte di Giustizia confermano la necessità di una "big regulation" in materia. Non bastano di certo poche e scarne e norme oggi in vigore in materia di lotta alla corruzione di cui alla UNCAC (la Convenzione ONU delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003). Al pari di quanto si ritrova nel diritto interno di qualche Stato ~~occorre~~ fissare a livello internazionale norme civilistiche, fiscali, lavoristiche, ambientali e penali.

269. (*segue*) Alcuni progetti di portata universale. — A livello universale, in seno all'ONU si è tentato per molto tempo — a partire dagli anni '70 del secolo scorso — di elaborare un "codice di condotta delle imprese multinazionali" ([500]). Cosi, il **Consiglio Economico e Sociale** dell'ONU (ECOSOC), su richiesta del Segretario Generale, istituì nel 1974 una **Commissione sulle società transnazionali** ed un apposito Centro di ricerca. Detta Commissione elaborò un *progetto di Codice di condotta delle società transnazionali*, che però non superò mai il vaglio dell'approvazione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Successivamente, nel 2003, la Sottocommissione per i diritti umani dell'ONU ha adottato le "Norms on the responsibilities of trasnational corporations and other business enterprises" con particolare riferimento alla promozione e alla tutela dei diritti umani. Ma, anche in questo caso, la Commissione ONU dei diritti umani, composta da rappresentanti degli Stati, ne ha ribadito il carattere non vincolante delle norme.

A tale categoria di strumenti si aggiunsero poi le ***Guidelines* della Banca Mondiale sugli investimenti stranieri** ([501]). L'OIL, dal canto suo, si è fatta promotrice di una *Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale*

([499]) G. SACERDOTI, "Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali", in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 109.

([500]) Su cui v. A. DI BLASE, "Il progetto NU di codice di condotta per le società multinazionali", in GIARDINA, TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 421 s.; F. GALGANO, *I gruppi di società*, cit., p. 1 s. e la traduzione italiana del progetto di codice di condotta riportata in appendice.

([501]) Su cui v. A. GIARDINA, "Le guidelines della Banca Mondiale sugli investimenti stranieri", in A. GIARDINA, G. TOSATO, *cit.*, p. 459 s.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 195 SESS: 68 USCITA:

del 30 dicembre 1977, da ultimo emendata nel 2017 ([502]). Ma anche in questo caso, il tentativo di fissare a livello intergovernativo gli aspetti fondamentali dei rapporti di lavoro transnazionali e delle relazioni industriali in seno alle imprese transnazionali, non si è tradotto in uno strumento effettivamente vincolante ([503]). Infatti, al di là delle dichiarazioni di facciata, a causa delle profonde divergenze tra gli Stati membri, tali strumenti continuano a ribadire l'idea che *solo gli Stati sono i destinatari diretti degli obblighi di diritto internazionale nel campo dei diritti umani* (inclusi i diritti sociali ed ambientali) *evitando con cautela di fondare qualunque responsabilità internazionale delle multinazionali in senso tecnico giuridico*.

Pertanto, dopo cinquant'anni di dibattiti, non è stato possibile pervenire ad alcuno strumento giuridico a carattere vincolante (un trattato tra Stati). Nel contempo, la produzione di strumenti di *soft law* continua ad eclissare qualunque strumento di regolazione internazionale di *hard law*.

270. (*segue*) Il *Global Compact*. — Un primo esempio di tali strumenti di *soft law* è il *Global Compact*. Nel 1999, presso il *World Economic Forum* di Davos, il Segretario Generale delle Nazioni Unite — a quel tempo — Kofi Annan, si è rivolto non agli Stati bensì, per la prima volta, direttamente ai leader dell'economia mondiale presenti all'incontro chiedendo loro di sottoscrivere con le Nazioni Unite un "Patto Globale", al fine di affrontare in una logica di collaborazione gli aspetti più critici della globalizzazione. Si tratta quindi di un'iniziativa volontaria volta a conseguire l'adesione di ciascuna impresa a dieci principi fondamentali ([504]) che promuovono i valori della sostenibilità nel lungo periodo attraverso azioni politiche, pratiche aziendali, comportamenti sociali e civili che siano responsabili e tengano conto anche delle future generazioni. Pertanto, essendo finalizzato a perseguire un modello di economia globale sostenibile, tale "Patto" richiede alle imprese un maggiore rispetto dei diritti umani e del lavoro, della salvaguardia dell'ambiente e della lotta alla corruzione. Il *Global Compact* delle Nazioni Unite ha avuto una larga diffusione — oltre che aspre critiche da parte degli attivisti sui diritti umani — ed è, tuttora, l'iniziativa di "cittadinanza d'impresa" più diffusa giacché, da allora, vi hanno aderito oltre 18.000

([502]) Cfr. *http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/index.htm.* In argomento A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999, p. 266 ss.; F. MORGENSTERN, "Déclaration tripartite dell'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Nouveau problèmes, nouvelles méthodes", in *JDI*, 1983, p. 61 s.

([503]) SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 472.

([504]) Aderendo al "Patto" ciascuna impresa si impegna a condividere, sostenere e attuare, all'interno della propria sfera di influenza, tali principi: A) in materia di diritti umani: — 1. ciascuna impresa deve sostenere e rispettare le norme internazionali in materia di diritti umani; — 2. ciascuna impresa deve assicurarsi di non essere corresponsabile nelle violazioni dei diritti umani; B) in materia di lavoro: — 3. ciascuna impresa deve sostenere la libertà di associazione e il riconoscimento dei diritti di contrattazione collettiva; — 4. ciascuna impresa sostiene l'eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato e obbligatorio; — 5. ciascuna impresa sostiene l'abolizione del lavoro minorile; — 6. ciascuna impresa sostiene l'eliminazione delle discriminazioni in materia di lavoro e occupazione; C) in materia di ambiente: — 7. ciascuna impresa applica il principio di prevenzione nelle sfide ambientali; — 8. ciascuna impresa intraprende delle iniziative per la promozione della responsabilità ambientale; — 9. ciascuna impresa incoraggia lo sviluppo e la diffusione di tecnologie ecocompatibili; D) in materia anti-corruzione: — 10. ciascuna impresa deve lottare contro la corruzione in tutte le sue forme.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 196 SESS: 68 USCITA:

imprese provenienti da 161 Paesi nel mondo ([505]). La sanzione per le imprese che non rispettano i dieci Principi del Global Compact è il *de-listing*, ossia la radiazione dalla lista delle imprese "virtuose" visualizzabile su internet.

271. (*segue*) I *Principi guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani* del 2011. — L'altra iniziativa che ha avuto ampia diffusione ed accettazione è quella che ha portato all'elaborazione dei *Principi Guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani* (***UN Guiding Principles on Business and Human Rights***) del 24 marzo 2011, i quali sono stati adottati all'unanimità dal *Consiglio per i diritti umani* dell'ONU.

Detti principi si articolano su *tre pilastri*: **1)** l'obbligo dello Stato di tutelare i diritti umani contro gli abusi commessi (anche) dalle imprese; **2)** la "responsabilità" delle imprese di rispettare i diritti umani e **3)** l'obbligo di garantire una maggiore accessibilità a rimedi efficaci, di carattere giurisdizionale e non, per le vittime degli abusi. Tali Principi Guida costituiscono oggi lo standard di riferimento generalmente accettato (tanto dagli Stati, quanto dalle imprese) e prevedono un processo di recepimento a livello degli ordinamenti nazionali (e la creazione di un piano di azione nazionale impresa e diritti umani, come ha fatto l'Italia, il 1° dicembre 2016, al fine di gestire le relative politiche ad esso collegate ([506])), nonché, in particolare, la trasformazione della RSI (c.d. responsabilità sociale d'impresa — ***Corporate Social Responsibility***) in un insieme di strumenti di prevenzione e minimizzazione del rischio di violazioni di diritti umani (c.d. *due diligence*) ([507]).

A tali Principi ONU fa eco anche il recente **Commento generale n. 24** del **Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali nel contesto delle attività delle imprese**, varato il **10 agosto 2017**, ma che si focalizza sugli obblighi internazionali degli Stati in materia di tutela dei diritti umani e di enforcement anche nei confronti delle imprese transnazionali sul loro territorio ([508]).

272. (*segue*) Verso un trattato sulle imprese transnazionali? — Nel contempo, all'ONU, un'ulteriore commissione di studio, su impulso del Sud Africa e della Bolivia, sta elaborando un progetto di trattato volto a regolare la responsabilità delle imprese transnazionali per la violazione dei diritti umani tramite strumenti di *hard law*. Il **16 luglio 2019** il **progetto di accordo** è stato pubblicato e pone alcuni interrogativi fondamentali. Innanzitutto, si tratta di un accordo di natura esclusivamente interstatale: così, la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani, viene riportata all'intermediazione degli Stati. Si è rinunciato a soluzioni più innovative — ed adeguate al nostro tempo — come quella di affermare l'applicabilità diretta dei singoli diritti umani tutelati a livello internazionale ed affidando ai giudici nazionali la realizzazione effettiva di tali diritti, nonché, *inter alia*, radicando la giurisdizione dello Stato di origine dell'impresa transnazionale come già accade in materia di corruzione.

([505]) Ulteriori ragguagli in F. Marrella, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435, nonché al sito https://www.unglobalcompact.org/.

([506]) *https://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49118_f_PANBHRITAFINALE15122016.pdf*

([507]) Per approfondimenti si rinvia a F. Marrella, "Lex mercatoria e diritto del lavoro", in *Riv. giur. lav. e prev. soc*., 2015, p. 691 ss., nonché Id., "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435 e riferimenti ivi cit. V. pure *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, a cura di M. Castellaneta e F. Vessia, Napoli, ESI, 2020.

([508]) V. il sito https://digitallibrary.un.org/record/1304491.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 197 SESS: 68 USCITA:

Nel momento in cui scriviamo il trattato *de quo* rimane allo stato di progetto e non è possibile prevedere se e quando, siffatto trattato, sarà concluso.

273. Realizzazioni su scala internazionale-regionale. — Esistono, per contro, alcune realizzazioni regionali che si sono sviluppate in due direzioni diverse.

In primis, alcune OIG come l'**OCSE** hanno varato un "codice di buona condotta". L'OCSE ha così elaborato, tra il 1976 e il 1979, delle "linee guida" rivolte sia agli Stati membri che alle imprese multinazionali ([509]). Ma anche tali linee guida, pur se sono state più volte emendate (l'ultima modifica è del ~~2011~~), sono rimaste uno strumento giuridico a carattere non vincolante seppure, in questo caso, si è affidato ai PCN (**punti di contatto nazionale**/*National Contact Point*) il compito di assicurare la diffusione e la corretta attuazione alle Linee Guida, sia rispondendo alle domande degli interessati, sia attraverso iniziative di vario genere che facilitino il confronto, il dialogo e la collaborazione fra istituzioni (ivi inclusi i PCN di altri Paesi) del mondo economico e della "società civile" ([510]).

Per contro, ed è la seconda e ben più efficace direzione di sviluppo, in seno ad alcune OIG sono state elaborate apposite norme aventi per oggetto non lo statuto delle imprese multinazionali, bensì l'*abuso di posizione dominante* di queste ultime. È così che i celebri artt. 101 e 102 TFUE vietano le pratiche commerciali restrittive e gli abusi di posizione dominante.

274. Due casi particolari: le multinazionali andine e la *Societas europea.* — Va osservato che i Paesi del gruppo Andino (ossia Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela) hanno realizzato nel 1971 (poi modificandolo nel 1987) un vero e proprio statuto dell'impresa multinazionale costituita tra i cittadini degli Stati di questa regione del mondo. Le norme che presiedono alla sua costituzione, al suo funzionamento e alla risoluzione delle eventuali controversie, hanno acquisito un fondamento internazionale. Le imprese multinazionali andine sono così diventate soggetti di un diritto internazionale-regionale specifico.

Dall'altra parte dell'Atlantico, tramite un diverso approccio, l'Unione Europea è giunta nel 2001 ad adottare un Regolamento relativo allo statuto della società europea (*Societas europea*, d'ora in avanti SE). Quest'ultima, paragonata alle multinazionali andine, non è un vero e proprio nuovo soggetto di diritto ma possiede uno statuto ibrido, internazionale — *rectius* unionista — ed interno. La SE, infatti, deve riporre la sede legale in uno degli Stati membri ed anche se viene in larga parte regolata dal diritto dell'Unione europea, resterà comunque soggetta — sia pure in misura residuale — alla legislazione degli Stati membri in cui ha costituito una filiale. Ma anche in questo caso siamo di fronte ad un fatto nuovo: la presa d'atto ufficiale dell'esistenza e dell'importante ruolo svolto dalle "multinazionali UE".

275. Le sfide più recenti: "Sovranità digitale" e regolazione delle GAFAM. — Da qualche tempo, il tema della c.d. "sovranità digitale" è al centro del dibattito europeo. Da una parte si tratta ancora una volta di un problema di "*giurisdizione*" ossia della

---

([509]) In arg. cfr. A. Fatouros, "Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales: perspectives actuelles et possibilitées futures", in *Etudes P. Lalive*, p. 231 e ss.; F. Pagani, "La revisione delle linee guida per le multinazionali dell'Ocse", in *Dir. comm. int*., 2000, p. 967 ss.

([510]) In Italia il PCN è stato istituito tramite la L. n° 273/2002 (art. 39) e con un successivo decreto ministeriale. È collocato all'interno del Ministero dello Sviluppo Economico, v. il sito: *http://pcnitalia.mise.gov.it/it/.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 198 SESS: 68 USCITA:

capacità di imporre e di far rispettare le proprie regole, in linea con i propri valori, ai grandi attori privati globali; dall'altra, ci si riferisce alla capacità di costruire *una autonomia tecnologica e industriale* che risulta fondamentale dal punto di vista strategico. Il 15 dicembre 2020, la Commissione Europea, su impulso della Germania, ha presentato ai co-legislatori europei il ***Digital Services Act*** un pacchetto di norme con cui la UE intende regolare il mercato unico digitale, a tutela dei propri interessi economici e dei diritti fondamentali dei cittadini. Il varo di tali norme che si affiancheranno a quelle del **GDPR**, il *Regolamento generale per la protezione dei dati personali* ([511]), dovrà seguire un tortuoso *iter* legislativo ma cionondimeno si tratta di una questione vitale per l'Unione europea al fine di ridurre la propria dipendenza dalle grandi piattaforme Internet statunitensi e sempre di più cinesi.

L'altro "campo di battaglia" degli Stati rispetto ai poteri privati transnazionali è quello delle **norme antitrust**. Non esistono ancora delle norme antitrust ad ambito di applicazione globale che possano fare capo ad un'Autorità antitrust mondiale.

Piuttosto, il nuovo assetto dell'economia digitale impone almeno di aggiornare le norme statali e quelle a livello UE in materia antitrust, in quanto l'indagine empirica circa l'economia di mercato insegna da tempo che non esistono i "mercati perfetti" bensì numerosi tentativi di abusi e "market failures" sicché sono necessarie apposite regole di condotta proprio per tutelare il mercato e la libera concorrenza tra imprese ([512]). L'accresciuta importanza strategica dei servizi e delle ***piattaforme digitali***, in particolare di alcune di esse (ovvero Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, dette anche **Gafam**) rendono di estrema urgenza i tempi della regolazione e di una nuova cooperazione internazionale.

E ciò vale anche in **materia tributaria** ove il raggio globale di tali imprese "Tech Giants" ha già consentito loro delle inaudite manovre di elusione fiscale transnazionale (***cross border tax avoidance***) che hanno portato a profitti siderali ma che hanno sottratto altrettante risorse all'Erario di ciascuno Stato ove esse operano. Nel corso del G20 tenutosi a Venezia il 9 ed il 10 luglio 2021, i Ministri ed i Governatori delle Banche centrali hanno elaborato un accordo di massima sulla *Global Minimum Tax* che impone, a partire dal 2023, una tassazione minima del 15% sulle grandi multinazionali.

Le ulteriori recenti vicende legate alla produzione dei vaccini per combattere il **Covid 19** hanno evidenziato, sempre in questo contesto, anche il problema della "sicurezza sanitaria" dei singoli Stati e di una necessaria regolazione delle imprese transnazionali farmaceutiche che producono il vaccino (c.d. *Big Pharma*).

2. — Le società come *soggetto* di diritto internazionale

276. Un ruolo multiforme e crescente. — Le imprese multinazionali — *rectius* transnazionali — esercitate tramite gruppi di società ciascuna avente una nazionalità diversa si sono affermate come soggetti di diritto internazionale a carattere non statuale, trovandosi all'origine di un certo numero di regole internazionali il cui

---

([511]) Reg. (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale per la protezione dei dati personali o secondo l'acronimo inglese GDPR).

([512]) Su cui v. le limpide pagine di G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust*, op. cit..

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 199 SESS: 68 USCITA:

rispetto si è progressivamente imposto agli altri attori della società internazionale, a cominciare dagli Stati.

Abbiamo precedentemente osservato che il "*potere bancario privato internazionale*" si colloca all'origine della creazione di mercati come quello delle "euro-valute" e delle "euro-obbligazioni" e ha persino dato origine in tali settori a regole consuetudinarie o a principi generali di diritto aventi efficacia obbligatoria per tutti coloro che partecipano a tali mercati, siano essi a titolo di mutuanti o di mutuatari ed a prescindere dal loro statuto (Stato, OIG o soggetti privati).

Inoltre, come abbiamo già in precedenza osservato, le *imprese multinazionali hanno concluso specifici accordi internazionali con gli Stati* (è il caso dei contratti petroliferi dell'inizio degli anni '70 conclusi a Teheran, a Tripoli come a New York, tra il "Cartello" delle più importanti società multinazionali del settore, le sette sorelle, con i Paesi produttori di petrolio). Altri accordi sono stati conclusi tra società al fine di regolare determinate attività internazionali in materia di trasporto (basti pensare alle "conferenze marittime", in materia di trasporto marittimo, o ancora alle "conferenze di traffico" della IATA, l'associazione dei vettori aerei).

Tale ruolo peculiare che le società hanno assunto nel diritto internazionale e che quindi giustifica oggi la loro posizione di "soggetti" del diritto internazionale è dovuto ad una serie di ragioni. Innanzitutto le società commerciali hanno potuto imporsi come soggetti di diritto internazionale a causa delle numerose lacune dell'ordinamento internazionale nei ***settori professionali*** in cui operano. Inoltre, le imprese multinazionali hanno beneficiato dell'astensione più o meno cosciente degli Stati i quali non hanno voluto — o forse non hanno potuto — regolare importanti settori della vita di relazione internazionale lasciandoli al "potere internazionale economico privato".

Peraltro, *appare evidente che il riconoscimento di una sia pur limitata personalità giuridica internazionale delle imprese transnazionali consentirebbe di pretendere direttamente, a livello internazionale, il rispetto, da parte di queste ultime, di alcune norme fondamentali a cominciare dalle norme di tutela dei diritti umani e quelle circa i diritti sociali ed ambientali*.

L'adeguamento del diritto internazionale alla realtà internazionale del nostro tempo è vieppiù necessaria in quanto la potenza economica di alcune imprese transnazionali è superiore a quella di molti Stati (si pensi ai micro-Stati e a molti Paesi in via di sviluppo).

Non stupisce infatti che, da tempo, oltre al diritto del commercio internazionale, il moderno diritto internazionale dei diritti umani sia divenuto la cornice di riferimento privilegiata di coloro che sostengono la soggettività internazionale delle imprese transnazionali, con buona pace della dottrina giusinternazionalistica più dogmatica ed astratta ([513]).

Gli specialisti del diritto internazionale dei diritti umani muovono dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la quale, pur essendo un atto di *soft law*, stabilisce che, oltre agli Stati, tutti gli organi della società sono tenuti a promuovere e riconoscere i diritti dell'uomo. L'importanza di tale assunto si comprende non appena si consideri che alcune multinazionali svolgono le proprie attività in regioni del

---

([513]) Cfr. ad. es. A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, OUP, 2006; nonché V. CHETAIL, "The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward", in *Mèlanges P.M. Dupuy*, a cura di D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, Nijhoff, Leiden, 2014, p. 105 ss. e riferimenti ivi cit.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 200 SESS: 68 USCITA:

mondo amministrate da governi deboli e repressivi, che a volte non sono in grado o non intendono impedire le violazioni dei diritti dell'uomo da parte delle imprese. Se poi si aggiunge anche la questione della corruzione, dilagante in molti Paesi, ben si comprende di cosa stiamo parlando.

Oggi, il crescente livello di accettazione della normativa e degli *standard* internazionali sui diritti umani a livello meta-statuale ed in particolare presso la "società civile", ha reso inevitabile che le imprese adottino delle misure appropriate per evitare la loro "responsabilità" internazionale in materia di diritti umani.

Se, da un lato, è indubbio che le imprese sono la principale fonte di crescita economica e di creazione di occupazione in ciascuno Stato, dall'altro lato, si sono registrate numerose prassi che possono incidere negativamente sul rispetto dei diritti umani. Le imprese possono violare i diritti umani, ad esempio, attraverso le proprie modalità di reclutamento del personale, o attraverso l'impatto che i loro processi produttivi hanno sui lavoratori, le comunità locali, i popoli indigeni e l'ambiente. Le imprese possono anche essere coinvolte in veri e propri abusi attraverso la loro complicità con governi o autorità politiche repressive. Ecco perché i *Principi Guida sulle imprese e i diritti umani dell'ONU* del 2011 hanno trovato un'ampia accettazione a tutti i livelli.

277. Una tutela formalmente minore rispetto a quella degli individui, ma in realtà maggiore grazie ad apposite soluzioni contrattuali. — Da un punto di vista meramente formale, in diritto internazionale, le società appaiono meno tutelate degli individui. In effetti, le più importanti convenzioni internazionali di tutela dei diritti umani (ad es. la CEDU ed i Patti dell'ONU del 1966) garantiscono una serie di diritti fondamentali della persona umana quali ad esempio il diritto alla vita, alla libertà o alla sicurezza.

Senonché, nella prassi contemporanea, anche le persone giuridiche — ed in particolare le società commerciali dotate di personalità giuridica — possono beneficiare della tutela internazionale dei diritti umani. Così ha deciso la Corte EDU in materia di tutela della proprietà, di diritto alla libertà di espressione o di diritto ad un equo processo. Pertanto, in caso di violazione di tali diritti, anche le imprese, oggi, possono lamentare la violazione della CEDU dinanzi alla Corte EDU ([514]). D'altra parte, nei trattati che hanno oggetto più specificamente economico, come il Trattato di Roma del 1957, ed oggi il TFUE, le società commerciali beneficiano di un diritto di accesso, diretto ed indiretto, alla Corte di giustizia, praticamente uguale a quello riconosciuto agli individui.

Infine, nella prassi degli affari internazionali, va notato che, in virtù della loro potenza economica, le società di capitali riescono sempre più spesso ad imporre agli Stati delle *clausole arbitrali* tramite le quali ottengono la deroga alla giurisdizione statale in favore di un collegio arbitrale internazionale dinanzi al quale gli Stati e le società si collocano su un piano di sostanziale parità ([515]).

Perciò, *de facto*, le società sono divenute degli attori e dei soggetti importanti dell'ordinamento internazionale, sebbene il loro statuto giuridico resti controverso in dottrina. Una controversia dogmatica che fa sorridere i giuristi d'impresa e gli avvocati

---

([514]) In argomento v. F. MARRELLA "Protection internationale des droits de l'homme et activites de societes transnationales", in *RCADI*, *op. cit.*, ove riferimenti.

([515]) E v. in proposito la Risoluzione IDI, adottata alla sessione dell'Aja il 31 agosto 2019 in tema di "Equality of Parties before International Investment Tribunals", Relatore speciale C. MCLACHLAN.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 201 SESS: 68 USCITA:

d'affari negli studi legali internazionali ai quali basta la possibilità, universalmente riconosciuta, di negoziare i loro contratti internazionali con gli Stati e di imporre a questi ultimi apposite clausole arbitrali combinate con quelle di rinuncia all'immunità dalla giurisdizione e dall'esecuzione.

§ 3. — *Le associazioni private nell'ordinamento internazionale: le organizzazioni non governative (ONG)*

Bibliografia sommaria: A. Bleckmann, "Non-governmental organizations", in *Int. Encycl. of Comp. Law*, vol. XVII, ch. 25. III; T. Gastan, *Le rôle des O.N.G. aux Nations unies*, in *Assoc. Inter*. n. 4, 1982, p. 254; V. Sauerwein, *Les relations entre les O.N.G. et l'O.N.U.*, in *Assoc. Inter*. n. 3, 1982, p. 198; R. Ranjeva, "Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", in *RCADI*, v. 270, 1997, pp. 9-105; D. Thürer, "The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State", in R. Hofmann (ed), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 37-58; A.M. Slaughter, « International law and international relations », in *RCADI*, v. 285, 2000, pp. 9-250; A. Clapham, *Non State actors and human rights*, Oxford, OUP, 2005; A. K. Lindblom, *NGOs in International Law*, Cambridge, 2005; S. Charnovitz, "Nongovermental Organizations and International Law", *AJIL*, 2006, p. 348; T. Treves, "Etats et organisations non gouvernementales", in *Mélanges J. Salmon*, Bruxelles, 2007, p. 659; D. Shelton, "The ICJ and Non Governmental Organizations", *ICLQ*, 2007, 139; M. Iovane, "La participation de la société civile", in *RGDIP*, 2008, p. 465 ss.; I. Soumy, *L'accès des organisations non gouvernementales aux juridictions internationales*, Brussels, Bruylant, 2008; S. Hobe, voce « Non Governmental Organizations », in *MPEPIL*, 2012; E. Tramontana, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, Padova, Cedam, 2013; D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 2017; A. Cassese, *Diritto internazionale*, 3 ed., cit., p. 227 ss.; F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 4 ed., cit., 2023.

278. Una situazione paradossale. — Abbiamo già segnalato l'importanza, nel nostro tempo, del fenomeno associativo privato nel contesto transnazionale (v. Cap. I).

Si tratta generalmente di associazioni tra privati senza fini di lucro che perseguono un fine di interesse generale (umanitario, cooperazione allo sviluppo, religioso, politico, scientifico, sociale) che trascende l'ambito di un solo Stato, cercando di intervenire sulle grandi questioni internazionali (sia a livello di dibattito, sia sul campo) ed interagendo con gli Stati, con le OIG e con le altre ONG in vario modo. La tesi secondo la quale alcune norme internazionali aventi ad oggetto le ONG ha comportato l'acquisizione da parte di esse di una soggettività giuridica internazionale funzionale, non risulta attualmente accolta dalla dottrina. Ma quella vetusta impostazione dogmatico-dottrinale circa lo statuto giuridico internazionale delle ONG porta a risultati paradossali e ben lontani dalla realtà. Se la personalità giuridica (interna) delle ONG dipende dall'ordinamento giuridico di ciascuno Stato (1), il diritto internazionale contemporaneo può riconoscere loro una soggettività funzionale (2) ed è pacifico che attribuisca loro uno statuto consultivo (3). Tutto ciò non ha impedito alle ONG di collocarsi all'origine di norme transnazionali a portata universale (4).

1. — Una personalità giuridica di diritto interno

279. Un parallelo con le imprese multinazionali. — Per esistere giuridicamente, ogni ONG deve essere costituita secondo il diritto di un dato Stato. Da questo punto di vista, si hanno problemi simili a quelli ben noti in materia di costituzione di società o di altro ente di natura privatistica dotato della personalità giuridica di diritto interno. Ne segue però che il riconoscimento della loro personalità giuridica in un dato Stato

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 202 SESS: 68 USCITA:

vale solo per *quello Stato* e non per gli altri Stati della Comunità internazionale. Queste elementari considerazioni valgono anche qualora si tratti di associazioni "miste", in cui gli associati sono sia dei soggetti privati che altri Stati od enti pubblici.

2. — Una soggettività giuridica "funzionale" di diritto internazionale

280. Sviluppo di un *diritto internazionale professionale.* — Circa la personalità giuridica internazionale delle ONG, la continua reticenza della dottrina giusinternazionalistica contemporanea (i politologi le ammettono da tempo nelle analisi di sistema internazionale) che fatica a concepire soggetti di diritto internazionale diversi dallo Stato, si riverbera in modo esponenziale in materia di ONG. Certo, minori discussioni comporta il caso del **Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR)**, la quale è un'associazione di diritto svizzero le cui funzioni sono formalmente riconosciute dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 precedentemente citate. Tali convenzioni prevedono e regolano esplicitamente determinati diritti in favore del CICR quali, ad esempio, quello di visitare i prigionieri di guerra ed i civili internati, di soccorrerli, di fornire informazioni sulla loro situazione e di adottare ogni misura utile ad assistere le vittime dei conflitti armati. Pertanto, il CICR è stato investito *per trattato* di un diritto a svolgere le proprie attività di carattere umanitario e di funzioni attinenti al suo particolare ruolo. In poche parole, il CICR possiede uno *statuto internazionale* ibrido, di carattere sia "pubblico" che "privato", uno statuto regolato sia dal diritto internazionale che dal diritto interno svizzero ([516]). Ma si tratta di un'eccezione che conferma la regola.

Le altre ONG, infatti, svolgono *de facto* la propria attività transnazionale senza beneficiare di alcun trattato che ne fissa lo statuto e i privilegi e spesso, nella vita di relazione internazionale, si trovano persino in posizioni antagonistiche rispetto agli Stati. Ciònonostante, si tratta di enti dotati di un notevole ***soft power* internazionale**, superiore a quello di molti Stati.

Così, in materia di **diritti umani**, il ruolo delle ONG è acquisito da tempo nella prassi e la mancanza di un generale riconoscimento della personalità giuridica internazionale, ancorché funzionale e limitata, di tali enti è un elemento che, potenziato su scala globale dai c.d. *social media*, si pone in forte contrasto con l'attenzione suscitata dall'imponente presenza di queste entità sulla scena internazionale. Questi enti, oltre a promuovere e diffondere l'informazione, la conoscenza ed il rispetto dei diritti umani a tutti i livelli (si pensi ad *Amnesty International* e al ***caso Regeni***), hanno svolto e svolgono un ruolo fondamentale a sostegno dei *meccanismi di protezione internazionale dei diritti umani* ([517]). Collaborano con i *Relatori speciali* e con le *Procedure speciali* delle OIG, con i vari *Comitati di controllo* istituiti presso le Nazioni Unite in relazioni ai vari trattati sui diritti umani. Redigono i c.d. *shadow reports* che contribuiscono, spesso in contrasto con i rapporti periodici presentati dagli Stati, al monitoraggio effettivo sulla situazione dei diritti umani.

([516]) V. P. Reuter, "La personnalitè juridique internationale du Comitè International de la Croix Rouge", in *Le developpement de l'ordre juridique international*, Paris, Economica, 1996, p. 205 e ss. V. altresì P. Bertoli, « The legal status of nongovernmental organisations in private international law », in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2004, p. 103 ss.

([517]) V. la bibliografia citata sopra nonché E. Rossi, « Il contributo delle OIG al rispetto della Convenzione americana dei diritti umani », in *OIDU*, 2018, p. 596 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 203 SESS: 68 USCITA:

Nel contesto del Consiglio d'Europa, le ONG hanno persino acquisito un *locus standi* processuale-internazionale: l'art. 34 della CEDU stabilisce che:

"La Corte può essere investita di una domanda fatta pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti Contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli".

281. Le ONG e il diritto internazionale economico. — In altri contesti, le ONG svolgono il ruolo di ***amicus curiae*** nei **procedimenti di risoluzione delle controversie internazionali economiche** gestiti dagli organi dell'OMC/WTO (art. 13:1 dell'Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie) ([518]) o ancora nei procedimenti arbitrali internazionali in materia di investimenti come accade, ad esempio, ai sensi dell'art. 37, par. 2, del Regolamento di arbitrato dell'**ICSID**, così come emendato nel 2006. Né si deve sottacere il ruolo di numerose ONG nell'attuazione di progetti dell'UNICEF, della FAO, dell'UNHCR, e così via.

Ad ulteriore conferma, basti il rilievo secondo il quale alcune ONG possiedono, oggi, una straordinaria rilevanza tecnico-professionale transnazionale. In queste materie, sempre più spesso, *gli Stati "delegano" di fatto alle ONG determinate funzioni*. È il caso, ad esempio, della **International Air Transport Association** (**IATA)**, un'associazione privata di diritto canadese, che detiene il potere — v. Cap. IX — di determinare il prezzo dei biglietti aerei e dei servizi a bordo degli aeromobili. E ciò avviene nonostante la presenza di un'apposita organizzazione intergovernativa, l'ICAO. Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi, basti pensare alle regole internazionali emanate dall'associazione internazionale degli albergatori, o, ancor più importante, agli INCOTERMS ed alle regole in materia di *credito documentario* elaborate dalla **Camera di Commercio Internazionale** (**ICC**).

282. La creazione e la gestione di internet. — Nella stessa direzione, si pensi alla creazione ed alla gestione dello **spazio digitale mondiale**. Dal 2000, la rete **Internet**, quarta dimensione della nostra esistenza e degli Stati, è frutto di un modello di regolazione totalmente decentrato e di fatto privo dell'intervento pubblico. Ma la gestione e la regolazione di Internet non sono nelle mani di una IGO come l'*Unione internazionale delle telecomunicazioni* (ITU) bensì di un'associazione privata senza scopo di lucro, la **ICANN** (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Fondata in California nel 1998, la ICANN decide, tra le altre cose, a chi spetta un "nome di dominio". La sua autorità si estende, direttamente o indirettamente, a tutti gli utenti di Internet in qualsiasi parte del mondo. In questo contesto, il ruolo tradizionale degli Stati — e quello dell'Unione europea — è ridotto a un intervento minimo consistente, essenzialmente, nell'adattare il diritto interno alle specificità di Internet.

283. Sviluppo di un *diritto internazionale professionale.* — L'esistenza di un *diritto professionale internazionale* non deve sorprendere in quanto anche nell'ordinamento interno esistono specifici ordinamenti propri a determinate professioni (avvocati, revisori, medici, etc.) e persino in materia arbitrale, le regole dell'IBA (**International Bar Association**) costituiscono uno standard di riferimento globale universal-

([518]) D. Carreau e P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, p. 44 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 204 SESS: 68 USCITA:

mente riconosciuto. Si pensi, ad esempio, alle IBA Rules on the *Taking of Evidence in International Arbitration* e alle *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*. Analoghe considerazioni valgono in materia di diritto contabile. Qui, la "grammatica della globalizzazione" viene dettata da un'altra ONG, l'**International Accounting Standards Board (IASB)** un'associazione privata con sede a Londra, costituita nell'aprile 2001 e con la funzione di sviluppare i *principi contabili internazionali* (*International Accounting Standards — IAS*) per la redazione del bilancio delle imprese. Per l'Italia vi aderisce il Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili. La UE, vi partecipa come osservatore e poi traduce tali norme in appositi Regolamenti e Direttive contabili vincolanti per gli Stati membri e per le imprese.

E come se non bastasse, si rivolga lo sguardo alle ***ONG sportive***. Il **Comitato Olimpico Internazionale** (C.I.O.) è una ONG che si colloca al vertice di un sistema a cui sono affiliati tutti i ***Comitati olimpici nazionali*** dei vari Paesi (in Italia vi è il **C.O.N.I**.), i quali organizzano e promuovono lo sport nel territorio di riferimento ([519]). Al C.I.O sono affiliate, altresì, le ***Federazioni sportive internazionali***, che regolano ed organizzano le singole discipline sportive, mentre a livello nazionale le diverse ***Federazioni sportive nazionali*** sono affiliate ai Comitati olimpici nazionali. Ad un livello intermedio, si collocano i Comitati olimpici continentali a cui sono, a propria volta, affiliate le Confederazioni continentali (ad esempio, per il calcio, la U.E.F.A.). Orbene, *le federazioni sportive internazionali creano e gestiscono le regole comuni a cui sono soggetti tutti i praticanti di un dato sport, ovunque essi si trovino.* E il "circuito" giuridico-transnazionale si chiude non appena si noti che apposite regole precludono ai tesserati di adire il giudice statale comune per la tutela dei propri diritti in materia sportiva, con la previsione persino di sanzioni disciplinari in caso di trasgressione ([520]).

3. — Lo statuto consultivo di alcune ONG

284. Un ruolo consultivo presso le OIG. — Spesso, viene riconosciuto alle ONG uno *statuto consultivo* presso le OIG ([521]). L'**art. 71 della Carta delle Nazioni Unite** è chiaro a tale riguardo. Siamo dunque in presenza di un incontestato "embrione" di statuto internazionale, pur se lo scopo non è quello di riconoscere alle ONG una soggettività internazionale completa, bensì quello di assegnare loro determinate funzioni, spesso di ausilio rispetto ai lavori di una OIG. Le ONG, infatti, possono inviare documenti e studi, ricevere i documenti degli organi di una OIG, partecipare alle sedute e ai lavori preparatori, essere invitate in qualità di osservatori anche in fase decisionale.

Come si è annunciato, la principale base giuridica di riferimento è l'art. 71 della

---

([519]) F. Latty, *La lex sportiva*, *op.cit.*, e E. Greppi, M. Vellano, *Diritto internazionale dello sport*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2010.

([520]) Oltre all'ONU si pensi al Consiglio d'Europa, all'Unione africana o all'OCSE.

([521]) Cfr. I. Virtuoso, "Il sistema extragiudiziale di risoluzione delle controversie sportive", in *Diritto.it*, del 16 aprile 2019, nonché S. Custureri, "Arbitrato sportivo internazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: in margine al caso 'Mutu e Pechstein c. Svizzera', nota a CEDU sez. III 2 ottobre 2018 (Mutu et Pechstein vs svizzera), in *Dir. comm. int*., 2019, pp. 622-630.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 205 SESS: 68 USCITA:

Carta dell'ONU ([522]) che ha innovato la materia in quanto nulla di tutto ciò esisteva ai tempi della Società delle Nazioni.

285. Le ONG come "gruppi di pressione" su scala internazionale. — Infine, va notato che le ONG costituiscono dei formidabili "gruppi di pressione" in seno ad OIG quali la UE, presso gli organismi internazionali di tutela dei diritti umani, o ancora la Banca mondiale e le banche regionali di sviluppo.

Per tali motivi, oltre che per ragioni di realismo, sarebbe utile armonizzare il loro ruolo su scala internazionale concedendo alle ONG una soggettività internazionale limitata ma ben definita per fissarne, oltre che i *diritti soggettivi internazionali, anche gli obblighi e le responsabilità*. Ciò anche perché negli ultimi tempi si sono manifestate alcune criticità che hanno minato la credibilità delle ONG, a cominciare da quelle operanti per i diritti umani. Si è visto che non esistono solo le ONG animate da principi nobili (la maggioranza) e si è capito che in qualche caso vi possono essere anche ONG colluse coi servizi segreti o comunque manipolate da un Governo (si parla di GONGOs, ossia di ONG finanziate e controllate da Governi), per tacere di quelle che collaborano con associazioni criminali in materia finanziaria o addirittura facilitano il traffico illecito e lo sfruttamento dei migranti ([523]). Insomma, oggi si pone anche un problema di ***legitimacy*** delle ONG (chi rappresentano e perché? Chi è la "società civile"? Parlano in nome di chi ed in base a quale processo democratico?) e, soprattutto, della loro ***accountability*** (chi le finanzia? A chi rispondono?) unitamente ad esigenze di maggiore *trasparenza* amministrativa, corretto utilizzo delle risorse e maggiore "democrazia interna".

Il Consiglio d'Europa con un'apposita convenzione, del 24 aprile 1986, elaborata dopo vent'anni di studi ([524]) ha offerto un parziale contributo alla regolazione delle ONG. Ma il risultato è stato modesto, giacché ci si limita a ribadire lo *status quo*: qui le ONG possiedono la capacità giuridica che a loro viene riconosciuta dall'ordinamento giuridico interno in cui sono state costituite. Nulla si dice espressamente sulla loro capacità internazionale. La Convenzione è entrata in vigore il 1° gennaio 1991 ma ha conosciuto uno scarso successo con riguardo al numero delle ratifiche che ne sono seguite.

4. — La funzione normativa globale delle ONG (rinvio)

286. — Sebbene il diritto internazionale "tradizionale" trascurasse — e, grazie alla dogmatica racchiusa nella manualistica contemporanea, ancora trascuri — in larghissima misura le ONG, abbiamo già osservato a suo luogo (v. Cap. IX a cui rinviamo) che, nel nostro tempo, le ONG, in quanto attori "transnazionali", *svolgono un ruolo crescente ed essenziale nell'elaborazione di regole giuridiche globali* destinate ad essere applicate tanto nell'ordinamento giuridico internazionale, quanto negli ordinamenti interni degli Stati. Tali regole, come abbiamo visto, *non* trovano la propria fonte nello Stato o nella comunità degli Stati, bensì nell'attività delle stesse

---

([522]) Attualmente a più di 3000 ONG è stato concesso uno statuto di osservatore presso il Consiglio economico e sociale dell'ONU.

([523]) In arg. cfr. D. Raiser, C. Kelly, "Linking NGO Accountability and the Legitimacy of Global Governance", in *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, p. 1011 ss.

([524]) In argomento v. M. O. Wiederkehr, "La Convention europeenne sur la reconnaissance de la personnalitè juridique des organisations non-gouvernementales", del 24 aprile 1986, in *AFDI*, 1987, p. 749.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 206 SESS: 68 USCITA:

ONG e nella capacità di queste ultime di emanare direttamente regole e standard di portata globale.

Un esempio tra i molti è quello delle **federazioni sportive internazionali** che, in caso di violazione delle loro regole a-statuali, possono comminare specifiche sanzioni finanziarie e disciplinari, a seguito di un controllo di legalità effettuato dai giudici dello Stato in cui esse hanno sede o, più frequentemente, presso il Tribunale arbitrale internazionale dello Sport (**CAS** per *Court of Arbitration for Sport*) che ha sede a Losanna e gestisce contenziosi su scala planetaria.

Capitolo XVI

LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA VIOLAZIONE DI UN OBBLIGO GIURIDICO INTERNAZIONALE: LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE

Bibliografia sommaria: v. i vari rapporti alla Commissione di Diritto Internazionale ONU (d'ora in avanti CDI), preparati da diversi Relatori speciali. V., altresì, R. Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale*, Napoli, 1979-1986. R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, Giuffrè, 1989; V. altresì: *SFDI*, *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Parigi, Pedone 1991; *Oppenheim's International Law*, 9th ed., cit., 1992, pp. 499-511 e 528-554; E. Jimenez de Arechaga, A. Tanzi, "La responsabilité des Etats", in M. Bedjaoui (dir.), *Droit international. Bilan et perspectives*, Parigi, Pedone, Unesco, 1991, p. 367; G. Abi Saab, "De la sanction en droit international, essai de clarification", in *Mélanges Skubiszewski*, 1996, p. 61-79; M. Pedrazzi, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, Milano, Giuffrè, 1996; M. Castellaneta, "La responsabilità internazionale degli Stati per danni all'ambiente causati nel corso dei conflitti armati", *Riv. dir. int*., 2008, p. 632 ss.; M. Ragazzi (Ed.), *International responsibility today, Essays in memory of O. Schachter*, Leiden, M. Nijhoff, 2005 con, in particolare, i contributi di R. Higgins (p. 271) e S. Rosenne (p. 297); J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, CUP, 2003; T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 473 ss.; Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità alla prova dei fatti*, Milano, Giuffrè, 2006; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, OUP, 2006; R. Pisillo Mazzeschi, "Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme" in *RCADI*, 2009, p. 175 ss. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010; J. Crawford, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, CUP, 2013; *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., cit., p. 539 ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, X ed., cit., p. 387 ss.; M. Herdegen, *Völkerrecht*, 13ª ed., Munich, 2014, p. 435-454; P. Pustorino, voce *Responsabilità internazionale degli Stati*, in *Enc. dir., Annali*, Vol. VII, 2014; C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 1927 ss.; J. Ziegler, *Introduction au droit international public*, 3ª ed., cit., p. 126 ss.; F. Marrella, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435; A. Saccucci, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, ES, 2018; A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 409 ss.; L. Fumagalli, "Illecito e responsabilità", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 279 ss.; M. Shaw, *International Law*, 9ª ed., cit., p. 677 ss.; A. Cassese, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 369 ss.; B. Conforti, M. Iovane, XII ed., cit., p. 417 ss.; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 429 ss.; U. Leanza, I. Caracciolo, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4ª ed., cit., p. 297 ss.; M. Arcari, "La responsabilità internazionale", in T. Scovazzi (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, II, 3 ed., cit., p. 181 ss.; N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, 7ª ed., cit., p. 417 ss.

1. La specificità del "contesto" internazionale. — Spetta a ciascun soggetto del diritto internazionale — Stati, OIG, enti internazionalizzati, ONG e soggetti privati — rispettare le norme del diritto internazionale scritto o non scritto. Ciò è particolarmente evidente per gli Stati, dato che, spesso, viene data pubblicità, anche mediatica, alle violazioni commesse proprio da questi ultimi (1).

Tuttavia, va ricordato che l'ordinamento internazionale, il *milieu* internazionale, è assai diverso da quello interno. Sul piano dell'attuazione delle norme di diritto internazionale, infatti, il ricorso al giudice o all'arbitro, — *la funzione di accertamento giudiziario* — rimane, in generale, *facoltativa.* Com'è stato efficacemente osservato,

(1) G. De Lacharriére, *La politique juridique exterieure*, cit., pp. 112-114.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 208 SESS: 68 USCITA:

"nella Comunità internazionale i soggetti dell'ordinamento tendono ad accertare autonomamente il diritto (autoaccertamento) e comunque non esistono tribunali che abbiano competenza obbligatoria", cioè Corti presso cui possa essere automaticamente convenuto uno Stato ([2]).

Ugualmente, la "sanzione" delle norme giuridiche è meno organizzata (e meno sviluppata) nell'ordinamento internazionale rispetto a quanto si verifica nell'ordinamento interno degli Stati, in particolare per quanto concerne gli aspetti della attuazione coattiva.

Del resto, le norme di diritto internazionale non presentano un grado di chiarezza e di precisione pari a quello delle norme di diritto interno, ciò che può complicare ulteriormente la loro applicazione. Ed infatti, come ha sottolineato un attento osservatore della prassi degli Stati, questi ultimi — contrariamente agli individui — ricorrono volentieri ad espressioni ambigue al fine di limitare la portata dei loro obblighi internazionali ([3]).

2. La natura delle norme sulla responsabilità internazionale e la loro codificazione. — È principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico che i soggetti debbano rispondere dell'inadempimento di un obbligo giuridico. Del pari, "***ogni atto internazionalmente illecito di uno Stato comporta la sua responsabilità internazionale***".

Pertanto, con l'espressione ***responsabilità internazionale*** si indica il complesso dei rapporti giuridici che derivano dalla violazione da parte di uno Stato di un obbligo posto a suo carico dal diritto internazionale.

Il discorso giuridico sulla responsabilità internazionale, così com'è stato impostato dal principale Relatore speciale della CDI in materia, ROBERTO AGO, distingue la ***norma primaria*** (*primary rule*), ossia il particolare obbligo internazionale che è stato violato dalla condotta, in concreto, di uno Stato, dalle ***norme secondarie*** *(secondary rules)*, ossia da quelle diverse norme internazionali che prevedono e regolano le conseguenze giuridiche di una norma primaria.

A tali conseguenze, ossia al *nuovo* e *diverso rapporto giuridico* che si connette a quello contemplato dalla norma (primaria) violata si riferiscono le norme sulla responsabilità internazionale degli Stati trattata nel **Progetto di Articoli della Commissione del Diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato del 2001** (d'ora in avanti Articoli CDI). Nel 2001, la CDI ha trasmesso il Progetto di articoli all'Assemblea Generale, la quale, con Ris. n. A/RES/56/83 del 12 dicembre 2001, si è limitata a prendere nota degli articoli sulla responsabilità internazionale segnalandoli all'attenzione dei Governi ([4]). Non essendosi manifestata la necessità di procedere alla stipula di un'apposita convenzione internazionale in materia di responsabilità (come invece era accaduto in materia di diritto dei trattati con la Convenzione di Vienna del 1969, *supra* Cap. IV), oggi invece che di "Progetto di articoli" è meglio parlare di "Articoli" *tout court*, giacché pur trattandosi di un atto di codificazione di *soft law*, ad essi si è già abbondantemente riferita la giurisprudenza internazionale. Gli Articoli della CDI si

---

([2]) In tal senso N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, cit., p.9 s.. V. anche, ad es., B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 7.

([3]) G. DE LACHARRIÉRE, *ibid.*, p. 89 e ss.

([4]) In arg. cfr. S. VILLALPANDO, "Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione *light*", in SIDI, *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, ES, 2019, p. 259-278.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 209 SESS: 68 USCITA:

sono perciò conquistati una propria legittimità tramite la prassi internazionale e costituiscono oggi la principale fonte di cognizione delle norme del diritto internazionale generale in tema di responsabilità degli Stati.

L'**art. 56** degli Articoli CDI precisa che le norme ivi indicate non hanno lo scopo di codificare l'intera materia bensì solo ***alcuni aspetti***; per gli altri aspetti occorre attingere direttamente dal diritto internazionale consuetudinario. È appena il caso di ricordare che, stante il principio del primato del diritto internazionale (*supra* Cap. II), non può attribuirsi alcun rilievo al diritto interno dello Stato nella qualificazione di un certo comportamento come internazionalmente illecito.

Ai sensi dell'**art. 55** degli Articoli CDI, i predetti "articoli non si applicano quando e nella misura in cui le condizioni per l'esistenza di un atto internazionalmente illecito o il contenuto o la messa in opera della responsabilità internazionale di uno Stato sono disciplinati da norme speciali di diritto internazionale". Pertanto, le regole indicate agli Articoli CDI sono derogate dalle corrispondenti norme dei trattati, norme che, laddove esistano, prevalgono sugli Articoli CDI.

Si pensi, **ad esempio**, all'art. IV della Convenzione sulla responsabilità internazionale per i danni causati da oggetti spaziali del 29 marzo 1972, o ancora all'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC/WTO del 15 aprile 1994.

Infine, gli Articoli CDI non derogano in alcun modo alla Carta dell'ONU ai sensi e per gli effetti dell'art. 103 della Carta.

Alla luce di tali premesse, valgano tre osservazioni generali:

3. ***Prima osservazione***: la responsabilità è connaturata all'esistenza stessa del diritto, e questo è vero sia sul piano del diritto interno che su quello del diritto internazionale. La CIG lo ha espressamente indicato nel *caso della Barcelona Traction* del 1970: **"[l]a responsabilità è il corollario necessario del diritto**" ([5]).

4. ***Seconda osservazione***: **il diritto della responsabilità internazionale è storicamente situato**. In un ordinamento giuridico privo di un potere legislativo e giurisdizionale accentrato, com'è ancor oggi l'ordinamento internazionale, le norme sulla responsabilità internazionale si sono lentamente forgiate nei secoli attraverso la prassi e la giurisprudenza — *in primis* arbitrale — riflettendo l'evoluzione e la *struttura della società internazionale dell'epoca*, un'epoca in cui, per lungo tempo, si considerava quale unico soggetto del diritto internazionale solo lo Stato (v. *supra* Cap. I). Essendo regolata da norme di diritto internazionale consuetudinario, la responsabilità internazionale degli Stati è divenuta, sin dal 1955, oggetto di approfonditi studi presso la CDI dell'ONU e di ampi dibattiti. Infatti, gli Articoli CDI sono un progetto di codificazione di norme ***sulla responsabilità dello Stato per fatto illecito*** (testualmente: *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*). Dette regole CDI, approvate in seconda lettura il 10 agosto 2001, hanno ricevuto l'avallo dell'Assemblea Generale dell'ONU ([6]) ma non si sono mai tradotte in una convenzione internazionale di codificazione (come, ad es., è avvenuto in materia di

([5]) *Rec*., 1970, p. 34.

([6]) L'Assemblea Generale ONU tramite la ris. n. 56/83 del 12 dicembre 2001 ha "preso nota" degli articoli del progetto ed a "raccomandarli all'attenzione dei Governi".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 210 SESS: 68 USCITA:

trattati tramite la precitata Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969). Pertanto, a vent'anni di distanza, non siamo più di fronte ad un mero "Progetto", bensì a *norme di soft law ricognitive* (seppure non *in toto*) del *diritto internazionale consuetudinario.* Per tale ragione, preferiamo indicarle in modo abbreviato come "Articoli CDI" e, ancor più importante, tali regole costituiscono ormai un punto di riferimento autorevole ed indispensabile a cui la giurisprudenza, soprattutto arbitrale, sempre più spesso si riferisce spontaneamente ([7]~~7~~).

Senonché, come abbiamo più volte indicato, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, la struttura della *societas internazionale* si è diversificata. È così gradualmente maturata la necessità di codificare anche le norme sulla responsabilità di altri enti che partecipano alla vita di relazione internazionale.

Nel 2011, la CDI ha adottato, in seconda lettura, un ***Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali*** (d'ora in avanti, *breviter*, **Articoli OIG CDI**) che è il risultato di altri e più recenti lavori della CDI iniziati nel 2002 con la nomina del Relatore speciale, prof. Giorgio Gaja. Si tratta anche qui di un atto di *soft law* ma di peso giuridico specifico per il momento inferiore agli Articoli CDI sulla responsabilità degli Stati. Infatti, la *pars* specifica delle regole sulla responsabilità delle OIG deriva dalle principali norme di *diritto pattizio* in materia le quali, *ex natura rerum*, non poggiano ancora su una sicura base consuetudinaria. Ciò non toglie che tali ultime norme possiedano un importante valore pedagogico e forniscano già un utile punto di riferimento per le controversie nascenti in tale materia ([8]).

5. ***Terza osservazione*: *nel nostro tempo, si ~~ha~~ un'espansione della responsabilità internazionale per effetto di norme diverse e di diversa ampiezza a carico di tutti i soggetti della vita di relazione internazionale***. La nostra presentazione del diritto internazionale contemporaneo, a differenza di quanto fa il resto della ~~dottrina e soprattutto della~~ manualistica contemporanea, ha per oggetto la *societas internazionale* e il *suo* diritto andando al di là dell'analisi del mero carattere interstatale (o, "internazionale pubblico") delle sue norme per adottare la più ampia prospettiva che richiede la realtà empirica e fenomenologica odierna (Cap. I).

Così, coerentemente con quanto indicato a proposito della *struttura* del diritto internazionale contemporaneo, delle varie *categorie di norme* internazionali e dei *soggetti della vita di relazione internazionale*, i conti tornano anche in materia di *responsabilità internazionale* nonché in materia di *accesso ai meccanismi di soluzione delle controversie internazionali oltre che nazionali* (Capp. XXIV e XXV).

([7]) ~~(7)~~ Cfr. J. Crawford, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, CUP, 2013. Nell'abbondante contenzioso arbitrale in materia di investimenti esteri il riferimento agli Articoli CDI costituisce un dato costante. In giurisprudenza internazionale, v. ad es. CIG, 26 febbraio 2007, *caso del genocidio di Srebrenica del 1995*, Bosnia-Erzegovina c. Serbia-Montenegro, punto 401: "In mancanza di una *lex specialis*, le norme relative all'attribuzione di un comportamento internazionalmente illecito ad uno Stato sono indipendenti dalla natura dell'atto illecito di cui trattasi. Un genocidio è considerato imputabile ad un dato Stato se e nella misura in cui gli atti materiali costitutivi di genocidio, commessi da organi o da persone diverse dai propri agenti sono stati commessi, in tutto o in parte, secondo le istruzioni o sotto la direzione o il controllo effettivo di tale Stato. Così oggi si presenta il diritto internazionale consuetudinario in tale materia, come risulta dagli articoli della CDI sulla responsabilità dello Stato". Nostra traduzione.

([8]) In argomento cfr. J. Alvarez, "Revisiting the ILC's Draft Rules on International Organization Responsibility", in *ASIL Proceedings*, 2011, p. 345; G. Hafner, "Is the Topic of Responsibility of International Organizations Ripe for Codification? Some Critical Remarks", in *Studi Simma*, Oxford, OUP, 2011, p. 700 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 211 SESS: 68 USCITA:

Ed infatti, oltre alla codificazione di norme sulla responsabilità internazionale di enti-soggetti non statali, come le OIG, oggi si sviluppa progressivamente anche una responsabilità internazionale dei **soggetti privati**. Ciò è in parte già avvenuto tramite il *diritto internazionale penale* che, pur fondandosi su un trattato tra Stati, ~~accerta~~ la responsabilità internazionale penale di individui, ma altri e concreti sviluppi si registrano in *diritto internazionale umanitario*, nel *diritto marittimo*, nel *diritto internazionale degli investimenti* (si pensi ad es. alle *denial of benefits clauses* dei BITs ed alle domande riconvenzionali degli Stati contro i privati in sede di contenzioso arbitrale). Al novero dei soggetti privati del diritto internazionale come le **imprese transnazionali** si rivolgono oggi, oltre al c.d**. *Global Compact* dell'ONU**, le *Linee guida ONU su imprese e diritti umani (**UN Guiding Principles on Business and Human Rights**)* del 2011 che, adottate *all'unanimità* dal **Consiglio dei diritti umani dell'ONU**, marcano l'evoluzione dell'ordinamento internazionale e del suo diritto in direzione di una maggiore partecipazione e soggettività giuridica di tali attori non statali, come da noi più volte indicato. Non stupisce, dunque, che oltre a trattare della classica responsabilità internazionale degli Stati (c.d. primo pilastro), i Principi ONU fissano il quadro, altrettanto fondamentale (secondo pilastro) per la Comunità internazionale, di una "responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani" anch'essa qualificata come "internazionale" pur se *non a carattere interstatuale*. Ed è proprio su un quadro più vasto di quello classico internazionale-interstatale, ossia nel quadro internazionale-transnazionale (nel senso da noi indicato, su cui v. Cap. I) che si coglie in pieno la funzione della "responsabilità di proteggere" i diritti umani ***a carico delle imprese transnazionali***, unitamente alle particolari norme e processi di controllo transnazionali come i codici di condotta (Cap. IX), gli HRIA (*Human Rights Impact Assessments*), il controllo transnazionale tramite enti di certificazione, il ruolo della "società civile" e delle ONG, e così via.

6. Piano espositivo. — Alla luce delle considerazioni di cui sopra, l'ordinamento internazionale collega al verificarsi di un illecito il sorgere di una particolare situazione giuridica, denominata con il termine di *responsabilità internazionale* **(Sez. I)**. Nonostante la responsabilità internazionale derivi da regole e procedimenti intimamente collegati allo statuto dei diversi soggetti del diritto internazionale, *esistono dei principi di base comuni* a qualunque regime di responsabilità.

Deve, infatti, sempre trattarsi di una violazione del diritto internazionale, imputabile ad un soggetto di diritto internazionale, che ha causato un pregiudizio ad un altro soggetto di diritto internazionale, la vittima, e che fa sorgere, di conseguenza, un obbligo di riparazione in forma adeguata.

Va altresì rilevato che nell'ordinamento giuridico internazionale (al pari di quanto accade nell'ordinamento interno degli Stati), esistono delle circostanze per le quali un atto, che sarebbe di per sé illecito, non ha tale carattere o lo perde **(Sez. II)**.

Sezione I

Gli elementi costitutivi dell'illecito internazionale

7. Premessa. — *Si ha responsabilità internazionale solo quando è stata violata in concreto una norma di diritto internazionale*. A tale proposito, l'art. 2 degli Articoli

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 212 SESS: 68 USCITA:

CDI indica **due condizioni necessarie e sufficienti** perché sussista la responsabilità internazionale di un dato Stato:

"Sussiste un atto internazionalmente illecito di uno Stato quando un comportamento consistente in un'azione o in un'omissione:

a) può essere attribuito allo Stato alla stregua del diritto internazionale; e

b) costituisce una violazione di un obbligo internazionale dello Stato.

Ne segue che, per il sorgere della responsabilità internazionale di un dato Stato occorre, innanzitutto, un **elemento soggettivo**, ossia che la condotta rilevante che ha prodotto la violazione di un obbligo internazionale *possa essere attribuita allo Stato* (1).

La seconda condizione per stabilire l'esistenza di un illecito internazionale, è — **elemento oggettivo** — che la condotta dello Stato rappresenti la violazione di un proprio obbligo internazionale in vigore nel momento in cui tale comportamento è stato adottato. Si tratta, in altre parole, dell'*antigiuridicità* del comportamento attribuibile allo Stato (2).

In altri casi — sia pure ancora abbastanza rari — la responsabilità può essere, al contrario, estesa in funzione del "rischio" di pregiudizio altrui (3).

§ 1. — *L'elemento soggettivo dell'illecito internazionale: l'imputabilità ad un soggetto di diritto internazionale (***Rules of attribution***)*

8. Organi centrali dello Stato. — Sussiste la responsabilità internazionale di uno Stato, enuncia **l'art. 2 degli Articoli CDI**, se il comportamento "consistente in un'azione o in un'omissione" può essere attribuito allo Stato alla stregua del diritto internazionale (e non del diritto interno).

La violazione di un obbligo internazionale di uno Stato deriva innanzitutto dalla condotta delle persone o degli enti che rivestano la posizione di ***organo dello Stato (organ of the State)*** ai sensi del suo *diritto interno*: si tratta innanzitutto dell'organo legislativo, esecutivo e giudiziario.

Come ben avevano osservato gli arbitri nel caso *El Triunfo* dell'8 maggio 1902 "non può esserci alcun dubbio sul fatto che uno Stato sia responsabile degli atti commessi dai suoi dirigenti facenti parte dell'ordine legislativo, esecutivo o giudiziario, a condizione che [tali atti] siano stati commessi nell'espletamento delle loro funzioni ufficiali" (9).

Più recentemente, la CIG ha confermato tale principio indicando che "il comportamento di *qualsiasi organo dello Stato* deve essere ricondotto a un'azione di quello Stato" (10). Anche diversi collegi arbitrali ICSID hanno approfondito questa materia ed hanno specificato vari aspetti della responsabilità dello Stato a causa degli atti compiuti dai propri agenti ed organi (11).

1. — L'attribuzione della condotta allo Stato

9. Diversità degli organi dello Stato e legame rilevante. — La responsabilità internazionale dello Stato può insorgere anche per gli atti dei propri enti sub-statali

---

(9) *Claim of the Savador Commercial Company*, in *RSA*, vol. XV, p. 477.

(10) CIG, Parere consultivo del 29 aprile 1999, *Controversia relativa all'immunità di un relatore speciale della Commissione dei Diritti dell'uomo*, punto 62. Corsivo aggiunto.

(11) In argomento cfr. R. Dolzer, C. Schreuer, U. Kriebaum, *Principles of International Investment Law*, 3 ed., Oxford, OUP, Parte VI, 2022.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 213 SESS: 68 USCITA:

(ad es. i Comuni, le Regioni, i *Länder*, i Cantoni, gli Stati all'interno di una struttura di tipo federale). Tali enti territoriali, per quanto possano essere dotati ai sensi del *diritto interno* di una soggettività giuridica diversa da quella dello Stato, sono dal punto di vista del *diritto internazionale* tutt'uno con lo Stato in quanto soggetto giuridico internazionale.

Così, **ad esempio**, nel **caso *LaGrand*** (12) è stata attribuita allo *Stato federale* — dunque agli Stati Uniti d'America complessivamente considerati — la condotta del *Governatore dell'Arizona*, nonostante il Governo federale si giustificasse adducendo l'assenza in sua mano di strumenti normativi idonei ad impedire la condotta del Governatore dello Stato federato. Inoltre, nella controversia fra Stati Uniti e Italia circa il **caso *ELSI*** (13), era pacifico che la requisizione operata dal *Sindaco di Palermo*, che aveva dato origine alla controversia, fosse attribuita *all'Italia* come soggetto giuridico internazionale anche se, dal punto di vista del diritto interno italiano, lo Stato ed il Comune di Palermo sono enti giuridicamente distinti.

Ma non è sempre facile determinare concretamente quale sia un "organo" o un'"emanazione" dello Stato al fine dell'attribuzione di una responsabilità internazionale a quest'ultimo. Pertanto, vengono spesso utilizzati tre criteri alternativi identificati agli artt. 4, 5 e 8 degli Articoli CDI del 2001.

Il primo criterio, quello "*strutturale*", serve a determinare se l'autore dell'illecito possegga o meno una personalità giuridica propria, indipendente dallo Stato. Diversamente, giusta **l'art. 4 degli Articoli CDI**:

"1. Il comportamento di un organo dello Stato sarà considerato come un atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale, sia che tale organo eserciti funzioni *legislative, esecutive, giudiziarie* o altre, qualsiasi posizione abbia nell'organizzazione dello Stato e quale che sia la sua natura come organo del governo centrale o di un'unità territoriale dello Stato.

2. Un organo comprende qualsiasi persona o ente che rivesta tale posizione secondo il diritto interno dello Stato" (14).

---

(12) CIG, ordinanza del 3 marzo 1999 sulle misure provvisorie e sentenza del 27 giugno 2001, caso *Germania c. Stati Uniti*.

(13) CIG, sentenza del 20 luglio 1992, caso *Stati Uniti c. Italia*.

(14) Corsivo aggiunto. V. pure il lodo *ad hoc*, del 26 marzo 2021, nell'affare *Zhongshan Fucheng v. Nigeria* ove gli arbitri hanno ribadito che "all organs of the State including those which have an independent existence in domestic law, are to be treated as part of the State. This is customary international law, and is clear in the light of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("ARSIWA") adopted by the International Law Commission in August 2001" nonché il lodo *Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan,* ICSID Case No. ARB/12/6 (arbitri J. Lew, Presidente, con L. Boisson de Chazournes e B. Hanotiau), del 4 maggio 2021, punto 742-744: "The Tribunal recalls that, under international law, the State is treated as a unity...The unity of the State in international law is the reason why all conduct of any State organ is attributable to the State under ILC Article 4... Thus, the conduct of central and local State organs will be attributable to the State, as will be the conduct of legislative, judicial or executive organs...Moreover, for purposes of attribution under ILC Article 4, it is irrelevant if the State organ's conduct is sovereign or commercial in nature. While the nature of the conduct can be determinative for a liability analysis, for purposes of attribution under ILC Article 4, a State organ's commercial conduct will also be deemed an act of the State". E v. i punti 745-746 ove gli arbitri correttamente rilevano che "Importantly, the fact that an entity is not specifically classified as a State organ under domestic law, while relevant, is not outcome-determinative for the attribution inquiry under ILC Article 4, which is carried out pursuant to international law. Equally, the fact that an entity may have separate legal personality is not per se an impediment to that entity qualifying as a State organ. In order to determine whether an entity that is not expressly classified as a State organ in domestic law can be considered a State organ in international law, the status and functions of that entity within the apparatus of the State must be examined. The Tribunal agrees with Claimants that, among the factors that determine

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 214 SESS: 68 USCITA:

a) ***La responsabilità internazionale dello Stato per gli atti del potere legislativo***

10. Condotta degli organi legislativi. — Uno Stato può compiere atti internazionalmente illeciti mediante i propri organi legislativi: si pensi a delle leggi che violano alcuni impegni dello Stato precedentemente assunti tramite un trattato internazionale (o addirittura più trattati internazionali) o a provvedimenti legislativi che prevedano nazionalizzazioni senza indennizzo a beneficio degli stranieri, o peggio espropriazioni e confische. In materia economica non di rado accade che dopo l'entrata in vigore di un trattato di commercio, uno Stato adotti per legge nuove misure tariffarie (ad es. superdazi) o non tariffarie, ossia norme discriminatorie che colpiscono i beni stranieri tramite misure fiscali (ad es. IVA). Gli esempi di tali comportamenti abbondano nella prassi dell'OMC/WTO e a tale prassi rinviamo. In materia di investimenti diretti esteri, può accadere che, nonostante la vigenza di un BIT o comunque di un trattato economico con un capo dedicato agli investimenti, lo Stato ospite dell'investimento adotti — ad es. a seguito di un mutamento di Governo — delle misure legislative discriminatorie, di espropriazione anche indiretta che si pongano in contraddizione con gli obblighi internazionali precedentemente assunti. Qui, basti riferirsi alla sempre più abbondante giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti per dimostrarlo ([15]). Ed altri e numerosi esempi si trovano nell'intero settore del diritto internazionale dei diritti umani.

11. Spesso, per giustificare una data legislazione interna contraria al diritto internazionale, alcuni Stati hanno fatto valere che *tali leggi erano state applicate senza discriminazione nei confronti dei cittadini o degli stranieri, e che quindi, per tale motivo, l'illecito cessava*.

Una giurisprudenza internazionale costante ha negato la validità di tale tesi argomentativa ribadendone l'illiceità ed indicando che la sua applicazione non discriminatoria nei confronti dei cittadini e degli stranieri non costituisce affatto una causa di esclusione dell'illecito internazionale. La CPGI lo ha ricordato molteplici volte ed in particolare nel *caso di certi interessi tedeschi nell'Alta Slesia polacca* ([16]) o, ancora, nel *caso dell'Università Peter Pazmany* del 15 dicembre 1933 ([17]).

12. *La giurisprudenza arbitrale è orientata nello stesso senso*. A questo titolo possiamo citare la *sentenza Ador* (*caso della tassa sui benefici di guerra*) tra Francia e Spagna del 5 giugno 1922 nella quale il giudice affermò che la Francia non aveva il diritto di applicare agli immigrati spagnoli, residenti in Francia, delle imposte straor-

---

whether an entity can be deemed a State organ in international law, one must take into account: (*i*) whether the entity carries out an overwhelming governmental purpose; (*ii*) whether the entity relies on other State organs for making and implementing decisions; (*iii*) whether the entity is in a relationship of complete dependence on the State; and (*iv*) whether the entity carries out the role of an executive agency, merely implementing decisions taken by State organs". Infine al punto 749: "Instead, the conduct of State ministries and State agencies, and the conduct of subdivisions of State, such as provinces and municipalities, are always attributable to a State under ILC Article 4. Consequently, the conduct of Turkmen State ministries and State agencies of Turkmen provinces and municipalities in entering into, performing, or in failing to perform, the 23 contracts, is the conduct of State organs and political subdivisions of the State, and is attributable to Turkmenistan under ILC Article 4".

([15]) Per un'utile rassegna v. S. Faccio, *Indirect Expropriation in International Investment Law between State Regulatory Powers and Investor Protection*, Napoli, ES, 2020.

([16]) 25 maggio 1926, pp. 31-33.

([17]) A/B, n. 61.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 215 SESS: 68 USCITA:

dinarie dal momento che essi ne erano esonerati in virtù di convenzioni internazionali contrarie. Il tutto, si noti, nonostante la Francia sostenesse che tale imposizione fiscale era lecita nella misura in cui non creava alcuna discriminazione tra cittadini e stranieri ([18]).

Allo stesso modo, la CPA, nel *caso dei reclami per la requisizione di navi tra la Norvegia e gli Stati Uniti*, deciso il 13 ottobre 1922, applicò il medesimo principio riguardo una nazionalizzazione senza indennizzo di beni stranieri ([19]).

b) *La responsabilità internazionale dello Stato per gli atti degli organi del potere esecutivo*

13. Condotta degli organi amministrativi dello Stato. — Lo Stato è internazionalmente responsabile per gli atti illeciti dei propri *organi amministrativi*. Sono compresi tra questi, sia gli organi dell'Amministrazione centrale che quelli dell'Amministrazione periferica. Rientrano altresì in questa categoria gli organi di Stati federali, le Regioni nonché gli organi di polizia e militari ([20]).

Qui, l'illecito può consistere non solo *nell'esercizio di attività amministrative* contrarie al diritto internazionale, ma anche nell'*omissione* di attività di organi amministrativi (ad es. omissione di adeguate misure di polizia in occasione di manifestazioni xenofobe oppure omissione di misure idonee a proteggere la vita, la libertà e i beni degli stranieri, violazione da parte della polizia della sede di un'ambasciata, etc.).

In materia esiste un'abbondante giurisprudenza internazionale, principalmente arbitrale, circa il "*cattivo trattamento"* subito dagli stranieri. Così, ad esempio nel *caso Chevreau*, a proposito della detenzione di uno straniero ed oggetto di una controversia tra la Francia e la Gran Bretagna nel 1931, la CPA ha enunciato che uno Stato deve trattare uno straniero "in modo appropriato alla sua situazione e che corrisponde al livello abitualmente ammesso tra le Nazioni civili" ([21]). Altri precedenti si ritrovano nei lodi della ***Commissione mista per i reclami tra gli Stati Uniti e il Messico***, riguardanti le detenzioni arbitrarie e, in generale, il comportamento della polizia e delle autorità locali.

14. Omissione di una protezione adeguata. — In linea generale, si possono distinguere tre tipi di condotte "censurabili" derivanti dal funzionamento o, meglio, dal mal funzionamento dei servizi amministrativi.

Primo fra tutti è il caso ***dell'assenza di protezione adeguata degli stranieri***. Ne fu un esempio eclatante il *caso del personale diplomatico e consolare americano a Teheran*, nel quale l'Iran venne condannato dalla CIG per la sua totale astensione, poi vera e propria omissione, della protezione internazionalmente dovuta agli agenti diplomatici e consolari stranieri.

Un'altra fattispecie, assai frequente, di mal funzionamento degli organi amministrativi di uno Stato *riguarda il* ***mancato perseguimento degli autori di reati***. Emblematica, a tale riguardo, fu la controversia tra l'Italia e gli Stati Uniti riguardante *il*

([18]) *RSA* vol. I, pp. 302-305.

([19]) *RSA*, vol. I, pp. 307-346.

([20]) Così ad es., FREEMAN, "Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces", in *RCADI*, 1955-II, p. 267 ss.

([21]) *RSA*, vol. II, p. 1115-1143.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 216 SESS: 68 USCITA:

linciaggio degli Italiani a New Orleans nel 1891 (22). Nella fattispecie, ricordiamo che si trattava di immigrati italiani, che, dopo essere stati incarcerati vennero attaccati da una folla inferocita, la quale una volta preso d'assalto il luogo in cui erano detenuti, li aveva selvaggiamente "linciati". Gli autori di questi atti criminali non vennero perseguiti dai tribunali locali e, quindi, gli Stati Uniti, alla fine, riconobbero la loro responsabilità internazionale, dovuta alla protezione inadeguata di tali immigrati italiani. Pertanto, gli Stati Uniti presentarono le loro scuse al Governo italiano e nel contempo pagarono un indennizzo all'Italia da distribuire alle famiglie delle vittime.

Infine, una terza fattispecie di responsabilità dello Stato per gli atti illeciti degli organi amministrativi riguarda ***il mancato rispetto dei contratti conclusi con gli stranieri***. Così, nel precitato *caso dei prestiti serbi e brasiliani* del 1929, la CPGI accertò il mancato rispetto delle clausole inserite nel contratto di prestito concluso in Francia dai due Governi. Nel *caso El Triunfo*, deciso da un collegio arbitrale nel 1902 in una controversia tra gli Stati Uniti e il Salvador (23), gli arbitri accertarono il mancato rispetto di un contratto di concessione.

Fatti analoghi si trovano all'origine di famosi lodi arbitrali come, ad esempio, il **lodo *Aramco*** del 1958 o il **lodo Texaco** del 1977. In tutti questi casi, gli arbitri conclusero che le modifiche dei contratti internazionali di concessione, decise unilateralmente dagli Stati, risultavano contrarie al diritto internazionale e comportavano un obbligo di riparazione. Tali illeciti internazionali risultano frequenti in materia di "contratti tra Stati e privati stranieri" (*State contracts*) e più in generale in materia di protezione degli "investimenti stranieri", oggi regolata da circa 3000 trattati bilaterali (BITs) in vigore e da apposite norme negli accordi economici internazionali.

c) *La responsabilità internazionale dello Stato per gli atti dei giudici interni*

15. Equo processo e diniego di giustizia. — La responsabilità internazionale dello Stato può insorgere anche per gli atti internazionalmente illeciti dei propri organi giudiziari (24). Il potere giudiziario, infatti, al pari di quello amministrativo, fa parte dell'organizzazione dello Stato-apparato e dunque anche gli atti del potere giudiziario sono imputabili allo Stato.

La figura classica di illecito giudiziario internazionale è quella del "*diniego di giustizia*" (***denial of justice***), che consiste nel mancato accesso degli stranieri al giudice interno dello Stato territoriale, oppure, più frequentemente, a una ***cattiva amministrazione della giustizia*** (equo processo non rispettato, tribunali non imparziali, assenza di assistenza legale, assenza di un interprete, lentezza o fretta eccessiva della procedura, giudizio manifestatamente ingiusto...) (25). In breve, si tratta di tutte quelle circostanze in cui i tribunali locali non funzionano secondo principi elementari di buona amministrazione della giustizia. Se ne trovano molti esempi nella giurisprudenza della *Commissione mista per i reclami tra gli Stati Uniti e il Messico* (26). La

---

(22) Moore, *Digest*, vol. 6, 837-841, 1906.

(23) U.S. Foreign, Rel. 859, 1902.

(24) Il punto è pacifico. V. ad es. Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti, lodo parziale n.604-A15, del 10 marzo 2020, punto 1141: "Under international law, as expressed in Article 4 of the ILC Articles, the conduct of a State's judiciary is attributable to the State, since the judiciary is a branch of the State".

(25) In arg. cfr. C. Focarelli, *Denial of Justice*, in *MPEPIL*, 2009.

(26) V., per esempio, Messico vs. US, *caso Mallen*, opinione dei commissari, 1927, p. 254; v. anche US vs. Messico, *caso Laura B. Jones*, opinione dei commissari 1927, p. 109 e ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 217 SESS: 68 USCITA:

responsabilità internazionale dello Stato può inoltre essere invocata a causa dell'erronea o mancata applicazione del diritto internazionale da parte dei suoi tribunali, persino se tale atto è imputabile ad una Corte Suprema (27). Così, ad esempio, l'Organo d'appello dell'OMC/WTO ha concluso che una pronuncia della *United States Court of International Trade* "non solleva~~va~~ gli Stati Uniti dalle conseguenze giuridiche dell'effetto discriminatorio delle decisioni di detta Corte. Gli Stati Uniti, come tutti gli altri Membri dell'OMC/WTO e della comunità degli Stati sono responsabili per gli atti di tutti i loro settori di Governo, compreso il giudiziario" (28).

Inoltre, si reperiscono varie applicazioni dell'istituto del *diniego di giustizia* nella "giurisprudenza arbitrale" ICSID, anche in applicazione delle *Additional Facilities Rules* (29).

In relazione alle considerazioni di cui sopra, la **CEDU** indica, **all'art. 6**, alcune condizioni affinché un *processo possa essere considerato "equo"* (indipendenza, imparzialità e diligenza del tribunale, pubblicità dei dibattiti, rispetto del diritto di difesa...). Si tratta di una delle norme CEDU più frequentemente invocate e che forma oggetto di una copiosa giurisprudenza della Corte EDU a Strasburgo. E a tale riguardo, conviene ricordare che il ***diritto ad un equo processo***, così come interpretato dalla Corte EDU, è anche parte del diritto dell'Unione europea (30) come evidenziato agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che, oggi, in base all'art. 6 TUE ha assunto "lo stesso valore giuridico dei trattati".

2. — L'insussistenza di una responsabilità internazionale dello Stato per fatti di privati individui

16. Principio generale. — *Gli atti di soggetti privati, non promanando dallo Stato, non costituiscono in sé dei fatti illeciti internazionali imputabili allo Stato.*

Se questo è il principio di base, non è vero che tali atti siano sempre irrilevanti per il diritto internazionale. Ciò in quanto ogni Stato è tenuto a certi obblighi generali, sia verso gli Stati stranieri, sia verso i cittadini di Stati stranieri che si trovano nel suo territorio. In altre parole, *non si ha, in linea di principio, una responsabilità dello Stato per atti commessi da privati sul suo territorio* — si pensi ad una manifestazione xenofoba con gravi danni ai beni degli stranieri — ma si può avere una *responsabilità per fatto proprio dello Stato territoriale se quest'ultimo ha omesso di adottare le misure necessarie per prevenire gli illeciti dei privati o per punire questi ultimi se il fatto è già avvenuto*.

---

(27) Per un esempio recente — ma raro — di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di una corte suprema, v. Corte di giustizia UE, 30 settembre 2003, causa C. 224-01 *Gerhard Köbler*, in *Rec.*, 2003.I.10239.

(28) *United States — Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, 12 ottobre 1998, in *ILM*, 1999. La traduzione è nostra.

(29) Cfr. ad es. l'ottima definizione offerta in *Azinian v. United Mexican States* (in *ICSID Rep.* 1999, p. 290): "A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way... There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law. This type of wrong doubtless overlaps with the notion of "pretence of form" to mask a violation of international law. In the present case, not only has no such wrong-doing been pleaded, but the Arbitral Tribunal wishes to record that it views the evidence as sufficient to dispel any shadow over the bona fides of the Mexican judgments. Their findings cannot possibly be said to have been arbitrary, let alone malicious". V. anche *Mondev v. US*, *ICSID Rep.*, 2002, p. 225.

(30) V. per esempio Corte di giustizia UE, 10 aprile 2003, causa C. 278-01, *Joachim Steffensen*, in *Rec.*, I.3735, punti 72-80 e in particolare punto 72.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 218 SESS: 68 USCITA:

Si tratta di un principio chiaramente enunciato nel ***caso dei reclami britannici nel Marocco spagnolo*** (31), ove Max Huber osservò che lo Stato territoriale non è ritenuto responsabile dei danni causati agli stranieri dai propri cittadini a meno che, questi ultimi, non siano suoi funzionari o agenti e non abbiano agito su suo ordine o sotto il suo controllo. Ma nel contempo, è emerso altrettanto chiaramente che lo Stato territoriale è tenuto ad assolvere agli ***obblighi positivi di protezione e di sicurezza*** riguardante tutti i cittadini stranieri che risiedono nel proprio territorio. O che lo Stato territoriale ha l'obbligo di punire i propri cittadini che abbiano attentato alla vita o ai beni di cittadini stranieri.

In altre parole, lo Stato è responsabile per la mancata adozione — e si tratta di ***obbligazioni di mezzi*** non di risultato — delle misure preventive e repressive normalmente necessarie a contrastare la commissione di atti illeciti da parte di privati sul (e a partire dal) proprio territorio (c.d. ***due diligence***). (32)

17. Le eccezioni. — Gli Articoli CDI prevedono la responsabilità dello Stato per *fatti commessi da privati* in circostanze eccezionali. Si tratta di casi in cui si verifica una *delega di funzioni* (art. 5, Articoli CDI); un comportamento basato su istruzioni o *sotto la direzione ed il controllo di uno Stato* (art. 8, Articoli CDI) e del *comportamento riconosciuto e adottato da uno Stato come proprio* (art. 11, Articoli CDI).

18. Il comportamento di persone o enti che esercitano prerogative dell'autorità di un Governo. — Secondo **l'art. 5** degli Articoli CDI:

"[i]l comportamento di una persona o di un ente che non è un organo dello Stato ai sensi dell'art. 4, ma che è *abilitato dal diritto di quello Stato ad esercitare prerogative dell'attività di governo* sarà considerato come un atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale purché, nel caso in questione, la persona o l'ente abbiano agito in tale qualità" (33).

Qui, dunque, si tratta di persone od enti che pur non essendo qualificabili come organi di uno Stato sono ***abilitati, in base al diritto dello stesso Stato***, a svolgere attività giuridicamente rilevanti ai fini dell'imputazione della responsabilità al medesimo Stato.

Nel già citato *caso delle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua del 1986* (34), si aveva che, nel corso della guerra civile in tale Paese, il Governo degli Stati Uniti, tramite la CIA, finanziava, equipaggiava ed addestrava, le forze antirivoluzionarie dei *contras*, le quali terrorizzavano la popolazione civile. Pur disponendo di molte prove circa l'influenza degli Stati Uniti sulle attività dei *contras*, il Nicaragua non fu, però, in grado di dimostrare l'esercizio di un

---

(31) *RSA*, vol. II, 615 e ss. V. altresì le risoluzioni adottate dall'IDI alla sessione di Losanna del 1927 agli artt. 3 e 7 ove, a proposito della responsabilità dello Stato per danni sofferti da stranieri in caso di rivolte, rivoluzioni o guerre civili, dichiarano che tale responsabilità non esiste salvo che "Il n'a pas cherché à prévenir les actes dommageables avec la diligence qu'il convient d'apporter normalement dans les mêmes circonstances, ou s'il n'a pas réagi avec la même diligence contre ces actine, ou s'il n'applique pas aux étrangers les mêmes mesures de protection qu'aux nationaux. Il est notamment obligé d'admettre les étrangers au bénéfice des mêmes indemnités que ses nationaux" (art. 7).

(32) In argomento cfr. S. Besson, "La 'Due Diligence' en droit international'", in *RCADI*, v.409, 2020, p. 153 ss.

(33) Corsivo aggiunto. Con riferimento alle ulteriori fattispecie previste all'art. 16 degli Articoli CDI (e, parallelamente, dell'art. 58 degli Articoli CDI OIG), cfr. G. Puma, *Complicità degli Stati nell'illecito internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018 e cfr. P. Pustorino, "Diritto internazionale e complicità fra stati: considerazioni sull'elemento soggettivo dell'illecito", in *Riv. dir.int.*, 2020, p. 657 ss.

(34) CIG, sentenza del 27 giugno 1986, *Rec.*, 1986, p. 14 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 219 SESS: 68 USCITA:

controllo diretto della CIA sulle singole operazioni di guerriglia. Pertanto, gli atti dei *contras* non risultavano imputabili agli Stati Uniti.

19. Il comportamento di organi posti a disposizione di uno Stato da un altro Stato. — Diverso è però il caso in cui l'illecito sia commesso da ***organi di uno Stato A messi a disposizione di uno Stato B***. Qui, la condotta di tali organi sarà considerata un *atto dello Stato B*, ai sensi del diritto internazionale, se questi agiscono nell'esercizio di prerogative dell'autorità di governo dello Stato B (**art. 6 Articoli CDI**) ([35]). Si pensi, ad esempio, al caso in cui alcune unità militari dello Stato A siano inviate in uno Stato B, col consenso di quest'ultimo Stato, ed agiscano sotto la sua direzione e controllo: il comportamento di tali organi sarà imputato allo Stato B. E ciò avverrà anche in caso di eccesso di potere o comportamento contrario alle istruzioni, ossia se tale organo "eccede nella propria competenza o contravviene alle istruzioni" (**art. 7 Articoli CDI**).

20. Comportamento sotto la direzione o il controllo di uno Stato. — Altre fattispecie riguardano *la condotta di persone ed enti che non siano organi di uno Stato dato*. **L'art. 8 degli Articoli CDI** prevede che:

"Il comportamento di una persona o di un gruppo di persone sarà considerato un atto di uno Stato ai sensi del diritto internazionale se la persona o il gruppo di persone *di fatto agiscono su istruzione, o sotto la direzione o il controllo di quello Stato* nel porre in essere quel comportamento" ([36]).

In proposito, la sentenza della CIG nel precitato ***caso delle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*** ha indicato che, ai fini dell'imputazione di responsabilità, è necessario *provare il controllo effettivo* sullo specifico atto che costituisce l'illecito internazionale. Ciò vale, in particolare, con riferimento ai c.d. ***organi di fatto*** *(De facto Organs)* ([37]). Senonché, la sentenza ~~*Tadić*~~ della Camera d'Appello del Tribunale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia ([38]) ha reso meno gravoso l'onere probatorio indicando che il grado di controllo richiesto dal diritto internazionale ai fini dell'attribuzione di responsabilità può variare in base alle circostanze del caso concreto. Qui, si trattava della questione della responsabilità della Iugoslavia per i crimini commessi dai gruppi paramilitari serbo-bosniaci in Bosnia. Il Tribunale ne dedusse che in materia di attribuzione di condotte poste in essere da

---

([35]) In due lodi ICSID si è fatta applicazione di tali criteri: il lodo del 25 gennaio 2000, nel caso *Maffezini c. Spagna*, e quello del 23 luglio 2001, nel caso *Salini c. Marocco*.

([36]) Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

([37]) In argomento cfr. P. Palchetti, "Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati", in Spinedi, Granelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milano, Giuffrè, 2006, 3 ss.; Id., *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2006; M. Arcari, "L'attribuzione allo Stato di atti di genocidio nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Bosnia-Erzegovina c. Serbia", in *DUDI*, 2007, pp. 565-577; D. Momtaz, "Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority", in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, cit., 2010, pp. 237-247; G. Distefano, A. Hêche, "L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale: Curia, quo vadis?", *AFDI*, 2015, pp. 3-33; D. Russo, *L'impresa come organo o agente di uno Stato nel diritto internazionale*, Napoli, ES, 2023.

([38]) Trib. Int. Iugoslavia, Camera d'Appello, 15 giugno 1999, caso IT-94-1. In senso conforme cfr. Corte EDU, 18 dicembre 1996, Loizidou c. Turchia, con nota di M. Vitucci, in *Riv.dir.int*., 1998, p. 1065

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 220 SESS: 68 USCITA:

gruppi di privati gerarchicamente organizzati, non è necessario dimostrare il *controllo effettivo (**effective control**)* della singola condotta illecita: basta che lo Stato eserciti un *controllo generale* (***overall control***) sul gruppo di persone nel suo complesso. Siffatta — condivisibile — conclusione, però ha finito per creare un contrasto giurisprudenziale tra detto tribunale e la CIG la quale, nel 2007, è ritornata su tale questione nel caso relativo al genocidio bosniaco ([39]). Qui, la Corte si è chiesta se "sia possibile in principio attribuire allo Stato la condotta di persone — o gruppi di persone — le quali, pur non avendo lo *status* giuridico di organi dello Stato, di fatto agiscono sotto un tale stretto controllo dello Stato da doversi considerare come suoi organi" (punto 391). Quindi, senza mascherare la propria critica alla sentenza *Tadić*, ha ribadito la propria soluzione raggiunta nel caso *Nicaragua* precisando che un *organo de facto* può essere considerato un organo dello Stato solo se "agisce in 'completa dipendenza' dallo Stato, del quale è in definitiva un mero strumento" (punto 392)...e dunque è "privo di qualsiasi reale autonomia" (punto 394). Pertanto e conclusivamente, secondo la CIG, "il criterio del 'controllo globale' ha il grave difetto di ampliare la portata della responsabilità dello Stato ben oltre il principio fondamentale che regola il diritto della responsabilità internazionale: uno Stato è responsabile soltanto per la propria condotta" e pertanto "il criterio del 'controllo globale' non è adeguato perché estende fino al punto di rottura, il nesso di connessione che deve esistere tra la condotta di un organo dello Stato e la sua responsabilità internazionale" (punto 406). Muovendo da tali presupposti, ne è seguito però che la Serbia non era responsabile per il massacro di Srebrenica.

Senonché, nel lodo ***Strabag c. Libia***, ad esempio, gli arbitri, non senza fatica, hanno imputato allo Stato, ex art.8 degli Articoli CDI, un contratto concluso da un ente territoriale in quanto agente "sotto la direzione degli organi dello Stato libico" e una società straniera con queste parole:

"While it may be possible to argue that "Libya" means exclusively the Government of Libya, such an interpretation would fail to take account of the fact that, as noted by the commentary on Article 5 of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("ILC Articles"), States may operate through "parastatal entities, which exercise elements of governmental authority in place of State organs [...]."

The Tribunal therefore believes that the term "it" does not mean only the Government of Libya, but may also include other Libyan bodies...the circumstances surrounding the conclusion and implementation of the contracts are relevant, and reveal that RBA, TPB and HIB acted at the direction of Libyan State organs. As confirmed by Article 8 of the ILC Draft Articles, their conduct has to be considered as an act of the Libyan State. Respondent cites the separate legal personality and supposed budgetary independence of RBA, TPB and HIB, but the evidence, including the Hearing testimony of several of Respondent's witnesses, paints a different picture. It shows that RBA, TPB and HIB could not in fact act with full independence free of the State's direction and control in a way that makes them distinguishable from the State. Each of these entities was a sub-unit of a Libyan Ministry." ([40])

Il tema degli "organi di fatto" resta tuttavia di scottante attualità e manca di adeguata regolazione soprattutto per quanto riguarda le sue manifestazioni più

([39]) CIG, 26 febbraio 2007, *Rec*., 2007, p. 43 ss. Nostra traduzione.

([40]) *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, lodo finale, 29 giugno 2020, punto 170 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 221 SESS: 68 USCITA:

"moderne": basti pensare alle c.d. *State Owned Enterprises*, le imprese in mano pubblica che agiscono su scala multinazionale — compresi i c.d. "Fondi sovrani" —, ed alle c.d. *private military companies*, società commerciali che offrono servizi di sicurezza, difesa ed altri servizi di carattere militare. Tali società sono state a volte accusate di gravi violazioni dei diritti umani (41).

21. Il *comportamento riconosciuto e adottato da uno Stato come proprio*: ancora il caso dei diplomatici americani in Iran (1980). — L'art. 10, c. 1, degli **Articoli CDI**, indica limpidamente che "[i]l comportamento di un movimento insurrezionale che divenga il nuovo governo dello Stato sarà considerato un atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale". Ma nella prassi, i casi più difficili si hanno *medio tempore*, ossia prima che il governo insurrezionale diventi il nuovo Governo. Soccorre, all'uopo, l'art. 11 degli Articoli CDI il quale dispone che:

"[u]n comportamento che non è attribuibile ad uno Stato ai sensi degli articoli precedenti sarà ciononostante considerato un atto di quello Stato ai sensi del diritto internazionale se e nella misura in cui quello Stato riconosca e adotti il comportamento in questione come proprio".

Così, **ad esempio**, nel *caso del personale diplomatico e consolare americano a Teheran*, gli individui divennero progressivamente degli agenti di fatto dello Stato e pertanto, i loro atti "privati" si trasformarono in atti "pubblici", come tali imputabili allo Stato nazionale.

Nel caso di specie, il 4 novembre 1979, durante la rivoluzione iraniana, un gruppo di studenti islamici — esaltato dalla retorica anti-americana dell'Ayatollah Khomeini — assaltava l'Ambasciata statunitense a Teheran, prendendo in ostaggio il personale diplomatico e consolare. L'attacco era stato agevolato dal mancato intervento delle forze di sicurezza iraniane. Orbene, la CIG osservò, a tale riguardo, che *in tale prima fase*, l'attacco all'Ambasciata americana a Teheran, la detenzione del personale diplomatico americano, come anche il sequestro degli archivi erano stati compiuti da alcuni militanti rivoluzionari i quali non potevano essere considerati agenti od organi dello Stato iraniano. Di conseguenza, quegli atti, seppur internazionalmente illeciti, non potevano essere imputati all'Iran (42). Per contro, *lo Stato iraniano era responsabile di non aver adottato le misure preventive e repressive necessarie ad impedire e punire l'attacco all'ambasciata statunitense* (punti da 62 a 73).

In una *seconda fase*, tuttavia, varie autorità religiose e politiche iraniane, incluso l'Ayatollah, avevano espresso piena approvazione per l'operato degli studenti, facendo perciò propria la loro condotta. In tal modo, le autorità iraniane avevano conferito alle azioni dei militanti estremisti locali il "sigillo ufficiale della loro approvazione" (punto 73) e tale atto aveva mutato radicalmente la natura giuridica della situazione: "[i] militanti, autori dell'invasione e carcerieri degli ostaggi", prosegue la Corte, "divennero allora agenti dello Stato iraniano per i cui atti tale Stato era internazionalmente responsabile" (punto 74).

22. La responsabilità di uno Stato connessa all'illecito internazionale altrui (responsabilità indiretta). — Esistono tre ulteriori figure di imputazione della responsabilità internazionale tutte relative a diverse forme di complicità nella commissione di

---

(41) Cfr. A. Badia, "Attribution of Conducts of State-Owned Enterprises based on Control by the State", in *ICSID Convention after 50 years: unsettled issues*, a cura di C. Baltag, Aalpen aan den Rijn, Kluwer int., 2017, p. 189-208; N. Ronzitti, F. Francioni, *War by contract*, Oxford, OUP, 2011 nonché M.R. Mauro, F. Pernazza (a cura di), *State and Enterprise. Legal Issues in the Global Market*, Springer-Giappichelli, 2023.

(42) Punti 58-61 della sentenza. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 222 SESS: 68 USCITA:

un illecito internazionale. La prima viene regolata all'**art. 16 degli Articoli CDI** secondo il quale "[u]no Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: *a*) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e *b*) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato".

Una seconda fattispecie è quella di cui all'**art. 17 degli Articoli CDI** *"[u]no Stato che dia direttive ad un altro Stato e ne controlli il comportamento nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per quell'atto se: a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato*".

Infine, la terza fattispecie è prevista all'**art. 18 degli Articoli CDI**: *"[l]o Stato che costringe un altro Stato a compiere un atto è internazionalmente responsabile per quell'atto se: a) in assenza di coercizione l'atto sarebbe un atto internazionalmente illecito dello Stato coartato; e b) lo Stato che esercita la coercizione agisce con la consapevolezza delle circostanze dell'atto*". La prassi applicativa di tali norme è ancora abbastanza scarsa ma non mancano le riflessioni dottrinali su tali importanti temi (43).

§ 2. — *La condotta antigiuridica di uno Stato (elemento oggettivo)*

23. Premessa. — A titolo preliminare, va osservato che la CDI, nei suoi diversi progetti sulla responsabilità internazionale, parla espressamente di "fatto" e non solamente di "atto illecito".

Il carattere di illiceità è determinato unicamente dal diritto internazionale stesso e non dal diritto interno. Ne segue che, un atto lecito nel diritto interno può comunque essere "illecito" sul piano del diritto internazionale e viceversa.

Dapprima la CPGI (44), e successivamente la CIG, hanno indicato che la "conformità di un atto al diritto interno e la sua conformità alle disposizioni di un trattato [restano] delle questioni diverse", aggiungendo che "ciò che costituisce una violazione di un trattato può essere lecita nel diritto interno e ciò che è illecito nel diritto interno può non comportare alcuna violazione di una disposizione convenzionale" (45).

24. Tipologia di illeciti. — Si ha un ***illecito commissivo*** nell'ipotesi in cui la condotta dell'organo è contraria agli obblighi internazionali dello Stato. Si avrà, invece, un ***illecito omissivo*** qualora lo Stato ometta di tenere una condotta dovuta (ad es. emanare, modificare o abrogare una legge contraria agli obblighi internazionalmente assunti) (46).

---

(43) In arg. cfr. A. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, CUP, 2011; G. Puma, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018 e G. Pascale, "Is Italy responsible for the gross human rights violations against migrants in Lybia?", in *Questions of International Law*, 2019, pp.35-58.

(44) V. il caso già citato di *Wimbledon* o il *parere consultivo del 4 febbraio 1932 sul trattamento dei cittadini polacchi a Danzica.*

(45) CIG, 20 luglio 1989, Stati Uniti c. Italia, *ELSI*, *Rec*., 1989, punto 73.

(46) E abbiamo più volte ribadito che uno Stato non può invocare la propria legislazione interna, ivi compresa quella di carattere costituzionale (salvo eccezioni ben delimitate), per sottrarsi all'adempimento dei propri obblighi internazionali.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 223 SESS: 68 USCITA:

L'art. 14 degli Articoli CDI distingue in via generale ed ulteriormente gli ***illeciti istantanei*** che si perfezionano "nel momento in cui il fatto dello Stato si produce, anche se i suoi effetti perdurano" e ***illeciti a carattere continuativo*** che si manifestano "per tutto il tempo durante il quale il fatto continua e rimane non conforme all'obbligo internazionale", come ad esempio la continuazione di un'occupazione illegittima (ad es. un'occupazione militare illegittima).

Inoltre si distingue tra ***fatto illecito di condotta*** e ***di risultato***: nel primo caso la norma violata impone un dato comportamento; nel secondo caso, la norma prescrive un risultato che non è stato raggiunto.

Altre distinzioni possono farsi tra ***illeciti semplici*** ed ***illeciti complessi***. In quest'ultimo caso, l'atto illecito è dato da "una serie di azioni o di omissioni, definita nel suo insieme come illecita" (si pensi alla goccia — ossia l'ultimo atto — che fa traboccare il vaso). Si parla, infine, di ***fatti illeciti composti*** allorquando gli illeciti sono posti in essere da diversi organi di uno stesso Stato.

A differenza della prima versione (del 1996), nell'attuale versione degli Articoli CDI (del 2001) è stata rimossa l'importante distinzione tra illeciti derivanti dalla violazione di **obblighi di mera condotta** (od anche di ***Due diligence*** ([47])) e quelli derivanti dalla violazione di **obblighi di risultato** a seconda che, un obbligo internazionale richieda ad uno Stato solo un dato comportamento oppure lo vincoli rispetto ad un preciso risultato da raggiungere.

Ciò detto, un fatto internazionalmente illecito può consistere tanto nella violazione di un obbligo di diritto pattizio (*a*), intesa in senso ampio, quanto nella violazione di un obbligo di diritto internazionale consuetudinario (*b*).

25. Violazione di un obbligo diretto o indiretto nascente da un trattato. — *Qualunque violazione di un obbligo internazionale comporta un obbligo di riparazione, come evidenzia un'abbondante giurisprudenza della CPGI e della CIG* ([48]).

Nel celebre ***caso del muro*** **costruito da Israele in Cisgiordania**, nel Parere consultivo del 7 luglio 2004, la CIG indicava che Israele aveva violato diversi obblighi di diritto pattizio (il Patto sui diritti civili e politici del 1966 "ostacolando la libertà di circolazione" dei palestinesi; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, "ostacolando l'esercizio da parte degli interessati del diritto al lavoro, del diritto alla salute, del diritto all'educazione, del diritto ad un adeguato standard di vita"; la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo; la quarta Convenzione di Ginevra sul diritto internazionale umanitario del 1949 causando "cambiamenti demografici" proibiti) ([49]).

Un analogo ragionamento vale qualora uno Stato violi degli obblighi derivanti da un atto unilaterale di un'organizzazione internazionale a cui appartiene. Al riguardo, la giurisprudenza della *Corte di giustizia UE* offre numerosi esempi di condanne degli

---

([47]) L'espressione anglosassone "due diligence" implica sia un obbligo di diligenza media, sia un obbligo di vigilanza, cfr. J. SALMON (a cura di), *Dictionnaire de droit international*, cit., p. 341.

([48]) Per la CPGI, v. le sentenze *Officine di Chorzow* (merito) del 13 settembre 1928; *Oscar Chinn* del 12 dicembre 1934; *Fosfati del Marocco* del 14 giugno 1938. Per la CIG v., *inter alia*, le sentenze del 5 febbraio 1970 relativo alla *Barcelona Traction*; 24 maggio 1980 nel caso *del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*; del 27 giugno 2001 nel caso *La Grand*; del 31 marzo 2004 nel caso *Avena et al.* risultante dal contenzioso tra Germania e Messico contro gli Stati Uniti a causa di una violazione dell'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari.

([49]) V. par. 134.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 224 SESS: 68 USCITA:

Stati membri per violazioni del suo diritto derivato (oltre che del diritto originario dell'UE).

26. La violazione di un obbligo consuetudinario (ossia di un obbligo di diritto non scritto). — Anche in questo caso, il principio è il medesimo: *ogni violazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario fa sorgere la responsabilità dell'autore della violazione*. A titolo d'esempio, si può citare il ***caso dello Stretto di Corfù*** deciso dalla CIG nel 1949. In quel caso, si ricorderà che il Regno Unito fu ritenuto internazionalmente responsabile in seguito allo sminamento nelle acque territoriali albanesi violando la sovranità territoriale di quest'ultimo Stato, una norma consuetudinaria d'importanza basilare nel diritto internazionale.

Nel contempo, la Corte accertò la responsabilità internazionale dell'Albania per non aver debitamente informato le autorità britanniche dell'esistenza del campo minato nelle sue acque territoriali e in una via d'acqua internazionale, obbligo che, a giudizio della Corte, si fondava "su alcuni principi generali e ben riconosciuti, come le considerazioni elementari di umanità, ancora più assolute in tempo di pace che in tempo di guerra, il principio della libertà delle comunicazioni marittime e l'obbligo, per ogni Stato, di non lasciar utilizzare il suo territorio per atti contrari ai diritti di altri Stati" (p. 29).

Ancora, nel ***caso delle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua***, gli Stati Uniti furono ~~condannati~~ dalla CIG ~~per aver violato~~ diversi obblighi di diritto internazionale: il divieto di intervento negli affari interni di un altro Stato (armamento ed equipaggiamento dei *contras*); il divieto di ricorso alla forza (organizzazione di *raid* aerei e navali, o utilizzando delle mine nelle acque interne e territoriali; mancata notifica dell'esistenza e del posizionamento delle suddette mine).

In seguito, nel Parere consultivo del 9 luglio 2004 nel ***caso del muro israeliano in Cisgiordania***, la CIG ritenne che Israele, fondando delle colonie nei territori occupati, non avesse rispettato i suoi obblighi consuetudinari internazionali, ponendo "un grave ostacolo all'esercizio del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese" ([50]).

27. ***L'omissione illecita.*** — Abbiamo già avuto occasione di esaminare diversi esempi in cui ciascuno Stato ha l'obbligo di *informare gli altri Stati dei pericoli presenti sul proprio territorio*. Lo Stato ha l'obbligo generale di non permettere l'uso del proprio territorio in modo da causare un pregiudizio nel territorio di un altro Stato. Tale obbligo di informazione ricorda, in una forma più attenuata, il reato di omissione, ben conosciuta nell'ordinamento interno e di cui, ad es., all'art. 40, c. 2, cod.pen.it., ai sensi del quale "[n]on impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Così, nel già citato ***caso dello stretto di Corfù*** del 1949, l'*omissione dell'Albania*, la quale non aveva segnalato la presenza di mine nelle sue acque territoriali, faceva sorgere la propria responsabilità internazionale nei confronti della Gran Bretagna, a causa dei danni causati alla flotta della sua marina militare.

Ancora, nel già citato ***caso della Fonderia di Trail*** tra Stati Uniti e Canada del 1941, l'omissione del Canada di prevenire le contaminazioni e quindi i danni ai terreni agricoli americani, comportò la sua responsabilità internazionale nei confronti degli Stati Uniti.

([50]) Punto 122. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 225 SESS: 68 USCITA:

Nel caso — anche questo già citato — *del* ***personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti in ostaggio a Teheran***, la CIG ritenne l'Iran responsabile per la mancata adozione da parte del governo iraniano di idonee misure di protezione dei locali diplomatici e consolari, del personale e degli archivi statunitensi a Teheran. Tale "omissione" da parte del Governo iraniano costituiva di per sé "una chiara e grave violazione degli obblighi dell'Iran nei confronti degli Stati Uniti ai sensi delle disposizioni dell'art. 22, par. 2, e degli artt. 24, 25, 26, 27 e 29 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, e degli articoli 5 e 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari" ([51]).

In base alla stessa giurisprudenza, gli Stati Uniti furono condannati dalla CIG nel ***caso delle attività militari e paramilitari nel e contro il Nicaragua*** ([52]) per non aver segnalato l'esistenza e il posizionamento dei campi minati nelle acque nicaraguensi.

Per altro verso, non essendoci stato un contenzioso, va osservato che l'URSS fu aspramente criticata per non aver segnalato tempestivamente l'*incidente nucleare di Chernobyl* nel 1986.

Infine, nel ***caso relativo all'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio***, la Corte ritenne che la Serbia aveva violato l'obbligo di prevenzione del crimine di genocidio "non facendo nulla per prevenire i massacri di Srebrenica" ([53]).

Più recentemente, nel ***caso delle cartiere sul fiume Uruguay***, la CIG ha sottolineato che il principio di prevenzione che trova origine nella *due diligence* dello Stato sul proprio territorio comportava "l'obbligo, per qualunque Stato, di non lasciare utilizzare il suo territorio per svolgere atti contrari ai diritti di altri Stati" ([54]).

§ 3. — *La dilatazione della responsabilità: la c.d.* responsabilità da "fatto lecito"

28. Una responsabilità da attività lecite ma ultrapericolose. — *Oltre alla responsabilità internazionale derivante da fatti illeciti, è possibile configurare una responsabilità oggettiva dello Stato derivante da attività lecite (****State Liability for Lawful Acts****)* ([55]).

Dal 1978, la materia della "responsabilità internazionale per le conseguenze dannose derivanti da atti non proibiti dal diritto internazionale" ha formato oggetto di studio da parte della CDI ma con scarsi risultati operativi, giacché i lavori sinora prodotti sono essenzialmente riproduttivi di norme e principi desumibili dai trattati già in vigore ([56]).

([51]) Punti da 63 a 75 della sentenza della CIG del 24 maggio 1980. Nostra traduzione.

([52]) CIG, 27 giugno 1986, cit..

([53]) CIG, 27 febbraio 2007, *Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro*, punto 438.

([54]) CIG, 20 aprile 2010, cit., punto 101. Nostra traduzione.

([55]) In arg. cfr. ad es. M. Pedrazzi, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, Milano, 1996; F. Bassan, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2006, nonché S. Di Benedetto, "La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale", in *Dir. comm. int*., 2006, p. 321 ss.

([56]) Nel 2001 sono stati adottati in via definitiva i Progetti di articoli circa la *Prevenzione del danno transfrontaliero derivante da attività pericolose* (UN/Doc. A/56/10); poi nel 2004 si sono avuti i *Principi relativi alla ripartizione delle perdite in caso di danno transfrontaliero derivante da attività pericolose* (UN Doc. A761/10).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 226 SESS: 68 USCITA:

Ci si accorda sul fatto che, in materia di responsabilità per fatti leciti, si deve trattare di ***attività ultrapericolose od inquinanti*** che sono svolte dagli Stati o, sempre più spesso, *da privati sotto la loro giurisdizione* e che sono suscettibili di provocare dei danni — sovente catastrofici — al territorio di altri Stati o in spazi non sottoposti alla sovranità di alcuno Stato. Pertanto, si tratta di un ***regime speciale*** **di responsabilità internazionale** che, per il momento, possiede un fondamento di diritto positivo a carattere pattizio. Riguarda formalmente delle fattispecie in cui, a causa del loro carattere "straordinario", la responsabilità di uno Stato può sorgere ***dato il solo danno causato***, a prescindere dalla esistenza di un iniziale fatto illecito. Si parla di "fatti leciti" solo per indicare che, di per sé, produrre energia nucleare nel proprio territorio o lanciare oggetti spaziali non sono attività vietate dal diritto internazionale. Si tratta di un tipo di responsabilità che non è dunque incentrata sulla condotta statale in sé ma sulle conseguenze dannose di tale condotta.

Anche qui, vale una certa analogia con l'ordinamento giuridico interno laddove si pensi all'istituto della responsabilità civile "per rischio", ossia la responsabilità oggettiva dell'esercente attività pericolose, conosciuta dall'ordinamento italiano attraverso gli artt. 2050 e 2054 cod. civ. ([57]).

Così, alcune convenzioni internazionali stabiliscono un sistema di responsabilità oggettiva del gestore dell'impianto nucleare in caso di incidente nucleare ([58]). Del pari, in materia di inquinamento marittimo da idrocarburi, gli Stati hanno istituito un regime di responsabilità oggettiva attraverso trattati quali la Convenzione di Bruxelles del 29 novembre 1969 (CLC) sulla responsabilità civile per i danni provocati da inquinamento da idrocarburi, poi modificata da un Protocollo del 1992 ([59]).

Inoltre, in materia spaziale, viene prevista, da tempo, la responsabilità degli Stati (e delle OIG) per i danni causati dagli oggetti spaziali che hanno immatricolato ([60]). A titolo di esempio di quest'ultimo tipo di responsabilità, basti citare la vicenda del satellite sovietico *Cosmos 954* che cadde in territorio canadese nel gennaio 1978. Un accordo tra i due Stati, del 2 aprile 1981, pose fine a tale incidente: l'URSS, Stato di lancio, accettò di pagare tre milioni di dollari canadesi al Canada in qualità di vittima del danno causato dal satellite ([61]).

Sezione II
Le cause di esclusione dell'illecito internazionale

29. Piano espositivo. — Al pari di quanto avviene nell'ordinamento interno, nell'ordinamento internazionale possono verificarsi delle circostanze idonee ad esclu-

---

([57]) Così si è potuto osservare (F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2010, p. 202) che "[l]'espansione dell'area della responsabilità oggettiva si ricollega ai caratteri della odierna civiltà industriale, basata sull'impiego di mezzi di produzione e di vita che sono di per se stessi fonte di pericolo per le persone e per le cose (gli impianti industriali, le autovetture ecc.), e di pericolo che è socialmente accettato come una componente ineliminabile della nostra civiltà".

([58]) V., ad esempio, la Convenzione sulla responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare, adottata a Parigi nel 1960 tra gli Stati membri dell'OCSE.

([59]) In arg. Cfr. S.M. Carbone, M. Lopez de Gonzalo, P. Celle, *Il diritto marittimo*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 192 ss. nonché P. Ivaldi, *Inquinamento marino e regole internazionali di responsabiità*, Padova, Cedam, 1996.

([60]) V. Convenzione del 30 novembre 1971 e, a riguardo, C.Q. Christol, in "International Liability for Damage caused by Space Objects", in *AJIL*, 1980, p. 346.

([61]) V. il testo dell'accordo in *ILM*, 1981, p. 689.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 227 SESS: 68 USCITA:

dere l'illiceità di un dato comportamento (***Circumstances precluding wrongfulness***): basti pensare alla forza maggiore, al mutamento fondamentale delle circostanze, all'eccezione di inadempimento (§ 1). Altre circostanze, invece, sono proprie all'ordinamento giuridico internazionale (§ 2) ([62]). Dette cause di esclusione dell'illecito valgono nella misura in cui non siano in contrasto con una norma di *jus cogens* (art. 26, Articoli sulla responsabilità dello Stato della CDI, d'ora in avanti Articoli CDI)

§ 1. — *Le cause di esclusione dell'illecito comuni all'ordinamento giuridico interno ed all'ordinamento internazionale*

30. Piano espositivo. — Le classiche circostanze di esclusione dell'illecito comprendono la forza maggiore (1), l'eccezione di inadempimento (2), il mutamento fondamentale delle circostanze (3) e lo stato di necessità (4), l'estremo pericolo (*distress*), il consenso dello Stato leso (6), la legittima difesa (7), e le contromisure (8) su cui si dirà nel Cap. XX.

1. — La forza maggiore

31. Un principio generale di diritto. — La forza maggiore è un principio generale di diritto (*ad impossibilia nemo tenetur*) che si ritrova in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati, sebbene siano presenti diverse varianti. Come principio generale, viene riconosciuto, ai propri fini, anche nell'ordinamento internazionale.

a) ***Un principio di diritto interno e dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali***

Il prodursi di un caso di "forza maggiore" ([63]) dovuto, ad es. all'effetto di forze naturali (terremoto, fulmine, naufragio, ecc.), esenta la parte interessata dall'adempiere i propri obblighi e la esonera da qualsiasi responsabilità.

Tale soluzione è conosciuta dagli ordinamenti giuridici di origine romanistica e, nel diritto moderno, si manifesta nella *force majeure* di cui all'articolo 1148 del Codice civile francese. All'impossibilità della prestazione fanno riferimento anche i fondamentali artt. 1218 e 1256 del codice civile italiano, mentre il diritto inglese e, sulla sua scia, gli ordinamenti di Common Law, prediligono l'idea di *frustration of contract ([64])*.

Un'interessante e recente codificazione dottrinale di tale istituto si ritrova nei *Principi Europei di diritto dei contratti* (art. 8.108), destinati a gettare le basi di un futuro "codice europeo dei contratti". Orbene, in detti *Principi Europei*, in luogo di "forza maggiore" si è preferita la locuzione di "esonero da responsabilità dovuto a un impedimento" indicando che:

"(1) Il debitore non risponde dell'inadempimento se prova che esso è dovuto a un impedimento al di là della propria sfera di controllo e del quale non ci si poteva ragionevol-

---

([62]) Significative, in proposito, le parole di A. AUST (*Handbook of International Law*, cit., p. 383): "Although they do not affect the international obligation, certain circumstances can justify an act in breach of that obligation, thus precluding the wrongfulness of the act. The circumstances are therefore in the nature of a defense, the onus of establishing it lying with the State seeking to avoid responsibility". In arg. cfr. G. SCALESE, *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, ES, 2008.

([63]) Nella terminologia anglosassone si parla, in modo evocativo, di *Act of God*.

([64]) Per una panoramica v. F. MARRELLA, "Forza maggiore e vendita internazionale di beni mobili in un contesto di pandemia: alcune riflessioni", in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2021, p. 533-588.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 228 SESS: 68 USCITA:

mente aspettare che egli tenesse conto al momento della conclusione del contratto né che dovesse evitare o superare l'impedimento o le sue conseguenze.

(2) Quando l'impedimento sia solo temporaneo l'esonero previsto da questo Articolo ha effetto per la durata dell'impedimento. Nel caso però in cui il ritardo diventi inadempimento grave, il creditore può considerarlo a tale stregua.

(3) Il debitore non adempiente deve provvedere in modo che la comunicazione dell'impedimento e della sua influenza sulla sua capacità di adempiere sia ricevuta dal creditore entro un termine ragionevolmente breve da quando il debitore ha avuto o avrebbe dovuto avere contezza di tali elementi. Il creditore ha diritto al risarcimento del danno che sia derivato dal non avere ricevuto tale comunicazione".

E si tratta di una nozione presente — pur se espressa con vocaboli differenti — in tutti i sistemi giuridici contemporanei. Pertanto, non sorprende di ritrovarla all'art. 7.1.7 dei *Principi Unidroit relativi ai contratti del commercio internaziona le* (65), espressione scritta della nuova *lex mercatoria* (66).

Tuttavia, le specifiche circostanze e gli effetti specifici di un caso di forza maggiore non sono altrettanto uniformi ed in ogni sistema giuridico sono rigidamente regolati al fine di non compromettere la stabilità delle relazioni giuridiche.

In estrema sintesi, si può dire che, in diritto interno, un dato fatto costituisce un caso di forza maggiore, se è *esterno* alla condotta delle parti e alla loro volontà, ossia se è *imprevedibile*, *irresistibile, inevitabile* e *insuperabile*.

b) *Un principio di diritto internazionale*

32. Riconoscimento giurisprudenziale. — La forza maggiore (*force majeure* sia nella terminologia francofona che anglofona) è stata riconosciuta una causa di esclusione del fatto illecito internazionale dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali ben prima di esserlo in forma più attenuata dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (d'ora in avanti CVT) (67) e, successivamente, **all'art. 23 degli Articoli CDI**, ove viene identificata alla stregua di "una forza irresistibile o di un avvenimento imprevedibile, fuori dal controllo dello Stato, che rende materialmente

---

(65) In base all'art. 7.1.7 dei Principi Unidroit 2016: "(1) La parte inadempiente è esonerata da responsabilità se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuta a prevedere tale impedimento al momento della conclusione del contratto o ad evitare o superare l'impedimento stesso o le sue conseguenze. — (2) Se l'impedimento è solo temporaneo, l'esonero produce effetto soltanto per quel lasso di tempo che appare ragionevole, avuto riguardo all'effetto dell'impedimento sull'esecuzione del contratto. — (3) La parte inadempiente deve dare all'altra parte avviso dell'impedimento e degli effetti di quest'ultimo sulla sua capacità di adempiere. Se l'avviso non è ricevuto dall'altra parte entro un lasso di tempo ragionevole dal momento in cui la parte inadempiente era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'impedimento, essa è responsabile dei danni derivati da tale mancata ricezione. — (4) Nessuna disposizione di questo articolo impedisce all'una o all'altra parte di esercitare il diritto di risolvere il contratto, di sospendere la prestazione o di richiedere gli interessi sulle somme di denaro dovute".

(66) N. Horn, "Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law", in Horn (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. 1985, p. 15 ss.; F. Marrella, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi nei contratti del commercio internazionale*, cit. V. pure l'art. 79 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980.

(67) Cfr. Quoc Dinh, Dailler, Forteau, Pellet, *Droit international public*, cit., p. 873 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 229 SESS: 68 USCITA:

impossibile, nelle circostanze, agire in conformità all'obbligo" ([68]). Ma nella prassi sono rarissimi i casi in cui dei tribunali internazionali (anche arbitrali) abbiano riconosciuto in concreto la sussistenza della forza maggiore con effetto liberatorio per le Parti ([69]).

33. Il lodo arbitrale sulle indennità russe del 1912. — La Corte Permanente di Arbitrato nel già citato ***caso delle indennità per danni di guerra dovuta dalla Turchia alla Russia*** dell'11 novembre 1912, ritenne che la forza maggiore fosse un principio generale di diritto e ne definì le caratteristiche tipiche: un evento *imprevedibile*, *esterno alle parti* e che rende *impossibile* l'adempimento di un'obbligazione.

Nel caso di specie, venne rigettata la pretesa dell'Impero ottomano basata sulla forza maggiore sottolineando che, per essere tale, il pagamento del proprio debito nei confronti della Russia avrebbe dovuto mettere "in pericolo la sua esistenza" o, ancora, detto pagamento avrebbe "gravemente compromesso la sua situazione interna o esterna" ([70]). Ma tali circostanze non erano state provate.

34. Le sentenze del 1929 della CPGI nel caso dei prestiti serbi e brasiliani. — La CPGI esaminò per la prima volta nella sua storia il problema della *forza maggiore* nell'ordinamento internazionale nel caso *dei prestiti serbi e brasiliani* del 1929. Nella fattispecie, gli Stati debitori avevano, tra le altre cose, eccepito la forza maggiore per rifiutare il pagamento in oro dei loro prestiti. Quegli Stati, a tale proposito, sostenevano che la prima guerra mondiale fosse una causa di forza maggiore. Nel rigettare quella tesi, la Corte indicò, infatti, che: "[n]on si può sostenere che la guerra in sé, per quanto gravi siano state le sue conseguenze economiche, abbia giuridicamente inficiato gli obblighi sorti dai contratti tra il governo serbo e i mutuanti francesi. Gli sconvolgimenti economici provocati dalla guerra non hanno sollevato lo Stato debitore dai suoi obblighi, sebbene possano comportare delle considerazioni d'equità" ([71]). "[L]o sconvolgimento economico causato dalla grande guerra non ha, dal punto di vista dei principi giuridici, sollevato il governo brasiliano dai suoi obblighi" ([72]).

L'orientamento della CPGI si trovava in linea con quello del giudice interno di diversi Stati, tra cui la Francia, giacché quest'ultimo ha costantemente rifiutato di considerare la guerra una causa di forza maggiore idonea, per sé, a liberare il debitore dall'adempimento delle proprie obbligazioni: infatti, i conflitti armati rendono una prestazione più onerosa ma non necessariamente impossibile.

([68]) L'art. 23 degli Articoli CDI, al par. 2, indica altresì che "Il paragrafo 1 non si applica se: *a*) la situazione di forza maggiore è da attribuirsi, sia in via esclusiva che in combinazione con altri fattori, alla condotta dello Stato che la invoca; o *b*) lo Stato ha accettato il rischio che quella situazione poteva verificarsi". In argomento v. per tutti: J. CRAWFORD, *State Responsibility*. *The General Part*, Cambridge, CUP, 2013, p. 274 ss.; V. LOWE, "Precluding Wrongfulness or Responsibility: a Plea for Excuses", in *EJIL*, 1999, p. 405 ss. nonché SCALESE, *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, ES, 2008.

([69]) V. ad es. *Kristof de Sutter, Peter de Sutter and (DS)2, S.A. v. Republic of Madagascar (II),* ICSID Case No. ARB/17/18, lodo del 17 aprile 2020, punto 349: "En droit, il y aurait force majeure si le fait illicite était dû à la « survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation ». En l'espèce, malgré l'existence de troubles, rien n'indique qu'il était matériellement impossible de protéger l'usine de PGM."

([70]) *RSA*, t. XI, 421, p. 443. Nostra traduzione.

([71]) Sentenza n. 14, in *Rec*., p. 39. Nostra traduzione.

([72]) Sentenza n. 15, in *Rec*., p. 120. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 230 SESS: 68 USCITA:

35. La posizione ambigua della Convenzione di Vienna del 1969. — La CVT considera la forza maggiore una causa di impossibilità di esecuzione di un trattato internazionale.

L'art. 61 di detta Convenzione, si riferisce solamente ad una "*situazione che renda impossibile l'esecuzione di un trattato*" ([73]), dunque ad una *impossibilità sopravvenuta*. A titolo di esempio, basti indicare il caso di un trattato relativo all'utilizzo di un'isola che viene successivamente sommersa dalle acque, oppure alla costruzione di uno sbarramento di un fiume che successivamente si prosciuga, o ancora lo sfruttamento congiunto di uno sbarramento.

Senonché, va osservato che l'impossibilità di sfruttamento congiunto di uno sbarramento non è stata considerata dalla CIG, un'impossibilità di esecuzione, laddove "le parti dispong[a]no dei mezzi necessari per procedere in qualunque momento tramite negoziazione, agli adeguamenti richiesti rimanendo entro gli imperativi economici ed ecologici" ([74]).

36. Forza maggiore ed impossibilità. — Nel diritto internazionale si è progressivamente affermata una concezione molto — e a nostro parere troppo — restrittiva rispetto a quella normalmente attribuita alla nozione di "forza maggiore". Il Professor Paul Reuter, già membro della CDI, ha sottolineato che il riferimento alla nozione di "impossibilità di esecuzione" scelta dalla CVT è dovuto al fatto che, secondo alcuni membri della CDI, la materia della forza maggiore apparteneva al diritto della responsabilità internazionale e non a quella del diritto dei trattati ([75]).

37. Gli effetti della forza maggiore: sospensione od estinzione di un obbligo internazionale? — Allorquando si produce una causa di "forza maggiore", si producono alcuni importanti effetti che variano in funzione del *tempo dell'impedimento* all'esecuzione di una prestazione o all'adempimento di un obbligo giuridico. Se un evento di forza maggiore e quindi l'impedimento è di natura *temporanea*, ne segue che l'esonero da responsabilità avrà effetto solo per la durata dell'impedimento.

Se, invece, l'impedimento presenta un carattere *definitivo*, in questo caso, la forza maggiore produrrà la risoluzione automatica di un dato accordo o, comunque, estinguerà l'obbligo giuridico internazionale colpito dall'evento.

2. — L'inadempimento di un obbligo internazionale a causa dell'inadempimento altrui (*inadimplenti non est adimplendum*)

38. Un principio generale di diritto privato interno. — In base ad un principio generale di diritto privato interno delle obbligazioni contrattuali di derivazione romanistica, *inadimplenti non est adimplendum.* Detto principio trova espressione, nel diritto italiano, all'art. 1460 del cod. civ indicando che

"1. Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.

([73]) *Supervening impossibility of performance*, nella terminologia anglofona.

([74]) CIG, 25 settembre 1997, Caso *del Progetto Gabcikovo-Nagymaros*, in *Rec*. p. 7. Nostra traduzione.

([75]) P. Reuter, *cit.*, n. 268.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 231 SESS: 68 USCITA:

2. Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede" (76).

In diritto francese, l'art. 1184 del *Code civil* (divenuto art.1224) dispone, con formula analoga, che:

"[l]a condizione risolutiva è sempre implicita nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle due parti non adempia all'impegno preso a suo carico".

Si tratta di un principio ancorato all'idea di *sinallagma* contrattuale, all'idea di corrispettività che, tuttavia, nell'ordinamento internazionale si estende ai più ampi concetti di autotutela e reciprocità (77).

39. Autotutela e reciprocità. — Siffatto principio esiste anche nell'ordinamento internazionale tramite l'istituto della *reciprocità* in materia di adempimento degli obblighi internazionali (78).

Senza dubbio la prassi internazionale è poco estesa. Tuttavia, sebbene limitata, va decisamente nella direzione del riconoscimento di tale principio, anche se le sue linee rimangono ancora relativamente imprecise.

i. Il precedente: l'arbitrato *Tacna-Arica* tra Cile e Perù

40. I fatti nel caso di specie. — Il Perù sosteneva che il Cile aveva impedito lo svolgimento di un plebiscito nella regione di Tacna e Arica violando una disposizione (l'art. 3) del Trattato d'Ancon che poneva fine alle ostilità tra i due Stati (79). In tali circostanze, il Perù riteneva che, poiché il Cile aveva violato uno dei suoi obblighi pattizi, si ~~potesse~~ considerare libero da qualsiasi altro obbligo nei confronti di quest'ultimo Paese. L'arbitro americano Coolidge rigettava, tuttavia, la tesi del Perù con queste parole: "~~E~~È evidente che se gli abusi amministrativi potevano avere per effetto la cessazione di quell'accordo, occorreva provare che quegli stessi abusi amministrativi hanno determinato una situazione talmente grave da impedire la realizzazione delle finalità dell'accordo e, a nostro avviso", continuava l'arbitro, "tali circostanze di particolare gravità non sono state dimostrate" (80).

41. L'opinione dissenziente del giudice Anzilotti. — L'eccezione di inadempimento di un obbligo internazionale fu esaminata dal giudice Anzilotti nel **caso della**

---

(76) "Nel caso di contratti con prestazioni corrispettive", lo ha ricordato recentemente la Cassazione italiana, "ove venga proposta dalla parte l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, il giudice deve procedere ad una valutazione comparativa degli opposti adempimenti, avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse", Cass., 8 gennaio 2014, n. 153. V. pure, fra le tante, Cass. 3 luglio 2000, n. 8880; Cass. 16 maggio 2006, n. 11430; Cass. 6 luglio 2009 n. 15796. Per aggiornamenti v. *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, a cura di T. Treu e R. Garofoli.

(77) In arg. v. ad es. L. Picchio Forlati, *La sanzione nel diritto internazionale*, 1974, cit., p. 93 ss. nonché R. Pisillo Mazzeschi, *Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento*, Milano, 1984; A. Pietrobon, *Il sinallagma negli accordi internazionali*, Padova, Cedam, 1999; J. Crawford, "The exception of non performance", in *AJIL*, 2001, p. 55 ss.; C. Laly-Chevalier, *La violation du traité*, Bruxelles, 2005, ove riferimenti.

(78) A tale riguardo si può citare *l'art. 55 della Costituzione francese del 1958* che include espressamente la reciprocità *in quanto condizione dell'adempimento da parte della Francia dei suoi obblighi internazionali.* Cfr. C. Campiglio, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, Cedam, 1995.

(79) *RSA*, 4 marzo 1925, vol. 2, p. 921 e ss.

(80) Ivi, pp. 943-944.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 232 SESS: 68 USCITA:

deviazione delle acque della Mosa tra Belgio e Olanda nel 1937. Il Belgio sosteneva di avere il diritto di sospendere l'adempimento di un trattato precedentemente concluso con l'Olanda a causa della violazione da parte di quest'ultima di uno dei suoi obblighi di diritto pattizio. Il giudice ANZILOTTI, nella sua opinione dissenziente, ritenne la posizione del Belgio "tanto giusta, equa ed universalmente riconosciuta che doveva ritenersi legittima anche nei rapporti internazionali..." ([81]). Quindi, secondo Anzilotti, l'inadempimento di parte degli obblighi di diritto pattizio a causa dell'inadempimento altrui relativamente allo stesso trattato costituiva un principio generale di diritto ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della Corte.

ii. La conferma nel caso del Sud Ovest africano (*Namibia)*

42. Conferma della CIG nel 1971. — La regola di cui sopra ha trovato conferma nel ***Parere consultivo sulla Namibia*** del 1971. La CIG, infatti, confermò l'esistenza "di un principio giuridico generale secondo cui il diritto di porre fine a un trattato come conseguenza della sua violazione si deve presumere per tutti i trattati" (p. 47 e ss.).

43. Un principio generale. — Le conclusioni raggiunte dalla CIG possono essere generalizzate e quindi possono valere per tutti i trattati internazionali. Così, in virtù di un *principio generale di diritto, qualsiasi parte è legittimata a porre fine a qualunque dei suoi obblighi internazionali se l'altra parte cessa di rispettare gli impegni a proprio carico.*

iii. I limiti dell'eccezione di inadempimento: una violazione "sostanziale" di un trattato o del diritto internazionale

44. È evidente che non basta la violazione di un obbligo qualunque, tanto nell'ordinamento interno che in quello internazionale, a giustificare l'eccezione di inadempimento. Si deve trattare di una violazione particolarmente grave (una "essential breach") al fine di giustificare il mancato rispetto di un obbligo internazionale tra le Parti contraenti.

45. Necessità di una violazione "sostanziale" secondo la Convenzione di Vienna del 1969. — La CVT menziona solamente la "violazione sostanziale" di un trattato, indicando che tale violazione "di un *trattato bilaterale* ad opera di una delle parti legittima l'altra ad invocare la violazione come motivo di estinzione del trattato o di sospensione totale o parziale della sua applicazione" (art. 60).

Invece, secondo la CVT:

"[u]na violazione sostanziale di un *trattato multilaterale* ad opera di una delle parti legittima:

a) le altre parti, a sospendere di comune accordo, totalmente o parzialmente l'applicazione del trattato o a considerarlo estinto:

— *i*) sia nei rapporti fra esse stesse e lo Stato autore della violazione,

— *ii*) sia nei rapporti tra tutte le parti;

b) una parte colpita in modo particolare dalla violazione ad invocare quest'ultima come motivo di sospensione totale o parziale dell'applicazione del trattato nei suoi rapporti con lo Stato autore della violazione;

([81]) CPJI, ser. A/B, n. 70, p. 50.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 233 SESS: 68 USCITA:

c) qualsiasi altra parte diversa dallo Stato autore della violazione a invocare quest'ultima come motivo di sospensione totale o parziale dell'applicazione del trattato per quanto la riguarda se tale trattato è di tale natura che una violazione sostanziale delle sue disposizioni ad opera di una delle parti modifica radicalmente la situazione di ciascuna delle parti per ciò che riguarda l'adempimento dei suoi obblighi in base al trattato" ([82]).

46. Una codificazione del diritto consuetudinario. — La CIG, nel precitato parere consultivo del 1971 *sulla Namibia*, indicava che le disposizioni dell'art. 60 della CVT rappresentavano "una codificazione del diritto consuetudinario vigente in materia" (p. 47).

La CIG applicò quel medesimo principio in un contenzioso tra India e Pakistan ([83]). Nella sentenza del 1972, la Corte ritenne che una *qualsiasi violazione* di un trattato per conto di una delle Parti contraenti *non* autorizzava automaticamente l'altra Parte contraente a ritenersi sciolta da qualsiasi obbligo di diritto pattizio; era necessario che la violazione dell'obbligo in questione fosse, appunto, di carattere sostanziale ([84]). Ciò venne ulteriormente ribadito nel precitato caso del *progetto Gabcìkovo-Nagymaros* del 25 settembre 1997, ove la Corte ha precisato che "solo una violazione essenziale dello stesso trattato, da parte di uno Stato parte a quel trattato, da titolo all'altra parte a prevalersene per porre fine al trattato. La violazione di altre regole convenzionali o di diritto internazionale generale può giustificare certe misure, ivi comprese le contromisure, da parte dello Stato leso, ma non costituisce una causa per porre fine al trattato secondo il diritto dei trattati" ([85]).

47. Assenza di reciprocità nel diritto dell'Unione europea e nel diritto internazionale dei diritti umani. — Va notato che il principio generale secondo cui *inadimplenti non est adimplendum*, manifestazione dell'idea di reciprocità nei rapporti internazionali, non si verifica in un ordinamento particolare più integrato quale è quello dell'Unione europea. Già il Trattato di Roma del 1957 istitutivo della CEE non si fondava sulla nozione di reciprocità, bensì su quella di *integrazione*. Di conseguenza, la violazione di un obbligo di diritto UE da parte di uno degli Stati membri, non autorizza gli altri Stati membri a sospendere gli obblighi di fonte unionale. La Corte di giustizia lo ha chiaramente indicato nella causa n. 7/71 del 14 dicembre 1971 tra *la Commissione e la Francia* muovendo dalla specificità dell'ordinamento giuridico comunitario, oggi della UE ([86]).

Una soluzione analoga si applica in materia di *tutela internazionale dei diritti umani* ove il principio di *non-reciprocità* assume rilevanza centrale in ragione del carattere "obiettivo" di quel sistema normativo.

A tal proposito, la Corte EDU ha sottolineato che la CEDU "a differenza dei trattati internazionali di tipo classico...trascende il quadro della semplice reciprocità tra Stati contraenti" ([87]).

48. Reciprocità e diritto internazionale dell'economia. — Va infine notato, in termini più generali, che la sospensione o persino l'estinzione di obblighi internazio-

---

([82]) Convenzione di Vienna del 1969, art. 60, par. 2.

([83]) CIG, 18 agosto 1972, *Appello concernente la competenza del Consiglio dell'ICAO.*

([84]) Sentenza cit., in *Rec.*, 1972, p. 67.

([85]) CIG, in *Rec*. 1997, punto 106.

([86]) *Racc.* 1971, p. 1003, concl. K. Rœmer. V. anche, precedentemente, i casi 90, 91-63, *Commissione c. Lussemburgo e Belgio*, in *Rec.* 1964, p. 1217, in part. p. 1231.

([87]) *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, Ser. A n. 25 par. 239.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 234 SESS: 68 USCITA:

nali è più difficile da attuare in ambiti come il diritto internazionale dell'economia dove le obbligazioni di mezzi sono più numerose rispetto a quelle di risultato e pertanto assumono caratteri più flessibili. In tale materia, la sospensione dell'efficacia di un obbligo economico a causa dell'inadempimento altrui assume un carattere eccezionale, perlomeno in un ambito istituzionalizzato, come quello delle OIG economiche. Qui, l'approccio è meno "formalista": si cercherà di assistere gli Stati in difficoltà piuttosto che di "sanzionarli", se continuano a manifestare almeno uno "spirito di cooperazione" ([88]).

3. — Il mutamento fondamentale delle circostanze (la clausola *rebus sic stantibus*)

49. Un principio ereditato dal diritto romano. — Il diritto privato romano conosceva il principio secondo il quale ogni convenzione deve essere intesa a parità di tutte le altre condizioni, ossia in funzione delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione: *omnis conventio intellegitur rebus sic stantibus*. In altre parole, se cambia il contesto, dovrà cambiare anche il contenuto dell'obbligo o, perlomeno, quell'obbligo sarà suscettibile di modifica.

Orbene, è evidente *che siffatto principio è assai pericoloso per la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici internazionali*. Tuttavia, nella maggior parte degli ordinamenti interni, si ritrova un istituto che consente, al verificarsi di determinati eventi, di modificare la portata degli obblighi giuridici. Ciò è consentito con riferimento non tanto ai contratti ad esecuzione istantanea, bensì con riguardo ai contratti di durata.

50. Un principio di diritto interno. — In **Svizzera** si ammette, nei contratti di durata, la regola *rebus sic stantibus*, ricollegandola al più generale principio di *buona fede contrattuale* ([89]). In **Germania**, si perviene ad una soluzione simile attraverso la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (letteralmente la caduta delle basi dell'accordo) di cui all'art. 242 BGB e quindi con riferimento alla buona fede. A propria volta, il § 313 del BGB, introdotto con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, equipara l'errore sulle circostanze del contratto al mutamento durante l'esecuzione ([90]).

In **Francia,** il nuovo art. 1195 del *Code civil*, a seguito delle modifiche introdotte tramite l'*Ordonnance* 2016-131 del 10 febbraio 2016 — che ha riformato il diritto dei contratti —, introduce il concetto di ***imprévision*** e stabilisce che se un cambio di circostanze imprevedibile rende eccessivamente onerosa la prestazione per una parte che non aveva accettato il rischio, questa stessa può chiedere una rinegoziazione. In caso di rifiuto o di fallimento, le parti possono chiedere di comune accordo al giudice, in alternativa alla risoluzione, di procedere all'*adeguamento* e nel caso in cui l'accordo non si raggiunga è previsto che venga rimesso al giudice il potere di decidere se il contratto debba risolversi o continuare a diverse condizioni.

Nel **Regno Unito e negli Stati Uniti**, i giudici interni riconoscono, ovviamente le clausole di hardship, ma in assenza di pattuizione contrattuale usano con la massima prudenza, l'istituto della *frustration of purpose* affinché non venga pregiudicata la sicurezza degli affari.

([88]) V. D. Carreau e P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, *op. cit*.
([89]) Trib. Fed., 3 luglio 1919, in *ATF* (45), 1919, II, p. 355.
([90]) In arg. v. S. Patti, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, p.158 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 235 SESS: 68 USCITA:

In Italia, l'art. 1467 del codice civile, in materia di *eccessiva onerosità sopravvenuta*, risponde ad una logica analoga, quello dello squilibrio fondamentale delle prestazioni, e prevede che:

"Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

51. Un paradosso a livello internazionale. — In diritto internazionale, l'istituto del mutamento fondamentale delle circostanze (***fundamental change of circumstances***) non è esente da *paradossi* ([91]). Infatti, se tutti reputano che la clausola *rebus sic stantibus* possieda un carattere consuetudinario — o costituisca un principio generale di diritto —, se è spesso invocata dalle parti nei contenziosi internazionali, tuttavia *non è mai stata direttamente applicata dai tribunali internazionali.* Ciò detto, il mutamento fondamentale di circostanze è stato codificato nella CVT come si vedrà nel prosieguo.

a) ***Un principio di diritto internazionale consuetudinario frequentemente invocato***

52. Riconoscimento generale. — In dottrina, l'esistenza della clausola *rebus sic stantibus* è pacifica. A propria volta, i giudici interni incaricati di applicare il diritto internazionale hanno riconosciuto che il mutamento fondamentale di circostanze fa parte del *corpus juridicum* internazionale. Questa è stata, ad esempio, la prassi dei tribunali federali che sono stati chiamati ad intervenire in controversie tra cantoni, stati o province. Così il Tribunale federale svizzero, la Corte Suprema degli Stati Uniti o il *Bundesgerichtshof* tedesco hanno formalmente riconosciuto, nelle loro sentenze, l'esistenza dell'istituto del mutamento fondamentale di circostanze.

53. Invocazioni frequenti. — In relazione alle considerazioni di cui sopra, non stupisce che molti Stati abbiano invocato frequentemente il mutamento fondamentale di circostanze nelle loro argomentazioni presentate dinanzi ai giudici dell'Aja. Così la Francia, nel *caso dei decreti di cittadinanza del 1927* e soprattutto nel *caso delle zone franche del 1932*, fece ampio riferimento alla clausola *rebus sic stantibus*. Parimenti, la Cina si avvalse della medesima clausola in una controversia relativa alla denuncia di un trattato del 1865 ([92]). Ed anche in tempi più vicini a noi, la clausola *rebus sic stantibus* venne invocata — invano — dinanzi alla CIG nel caso *Gabcikovo-Nagymaros*, a proposito della costruzione di una diga sul Danubio ([93]).

Analogamente, gli Stati hanno frequentemente invocato la clausola del mutamento fondamentale delle circostanze sia davanti agli organi politici dell'ONU, sia in

---

([91]) V. G. Haraszti, "Treaties and the fundamental change of circumstances", in *RCADI*, 1975, t. 146, p. 1; P. Cahier, "Le changement fundamental de circonstances et la convention de Vienne sur le droit des traités", in *Mélanges Roberto Ago*, I, p. 163; D. Vagts, "Rebus Revisited: Changed Circumstances in Treaty Law", in *Columbia JTL*, 2005, p. 459.

([92]) CPGI, ser. C, n. 2, 1928.

([93]) Punto 104 della sentenza del 24 novembre 1997.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 236 SESS: 68 USCITA:

generale nelle loro relazioni internazionali. Ad esempio, *per giustificare il ritiro francese* dalla NATO, il Gen. De Gaulle attribuì grande importanza al mutamento fondamentale delle circostanze che si era prodotto nelle relazioni internazionali tra il 1945 e il 1966, in particolare in materia di armamento militare e nei rapporti tra Oriente e Occidente.

b) ***Un principio mai applicato***

54. Il paradosso. — Ogni qualvolta una parte ha invocato la clausola *rebus sic stantibus* per svincolarsi dagli impegni internazionali nei confronti di un'altra, o perlomeno per richiedere la modifica dei propri obblighi, la sua richiesta è, finora, sempre stata respinta dai tribunali internazionali. Anche nel caso precedentemente citato del recesso francese dalla NATO del 1966, l'argomento del mutamento fondamentale delle circostanze addotto per giustificare il recesso non venne accolto. Allo stesso modo, i tribunali internazionali, pur riconoscendo, *obiter*, l'esistenza teorica del mutamento fondamentale delle circostanze si sono sistematicamente rifiutati di farne applicazione nella loro *ratio decidendi*.

55. La CPGI ed il *caso delle zone franche* del 1932. — Così, nel *caso delle zone franche* del 1932, oggetto di una controversia tra la Francia e la Svizzera, la CPGI ritenne che le circostanze di fatto del caso di specie non potessero giustificare l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus.* La Corte osservò che era inutile esaminare "una qualsiasi delle questioni di principio che si pongono a proposito della teoria della caducazione dei trattati per il mutamento fondamentale delle circostanze, quali la misura in cui quella teoria costituisca anche una regola di diritto internazionale, nel qual caso, se quella teoria fosse riconosciuta, potrebbe essere applicata o secondo quale metodo, e infine la questione di sapere se la teoria sopra citata si possa applicare ai trattati attraverso i quali sono stati creati dei diritti come quelli che detiene la Svizzera in virtù dei trattati del 1815 e 1816" (94).

56. La CIG ed il *caso della giurisdizione sulle peschiere islandesi* del 1973. — Nel *caso della giurisdizione in materia di peschiere islandesi* (95), l'Islanda aveva invocato il mutamento fondamentale delle circostanze per tentare di giustificare la caducazione di una clausola compromissoria. La CIG respinse quella tesi con queste parole: "[i] mutamenti delle circostanze che devono essere considerati come fondamentali o vitali sono quelli che mettono in pericolo l'esistenza o lo sviluppo vitale di una delle parti" (96). Inoltre la Corte aggiunse quanto segue: "affinché si possa invocare il mutamento delle circostanze idoneo a far cessare gli effetti di un trattato, quel mutamento deve causare una trasformazione radicale degli obblighi che sono ancora da eseguire. Deve avere reso più pesanti tali obblighi, in modo tale che la loro esecuzione divenga diversa da quella cui ci si era impegnati da principio" (97).

Pertanto, nel caso di specie, la CIG non rilevò gli estremi per constatare un mutamento fondamentale delle circostanze.

Rifacendosi a tale precedente, nel *caso Gabcìkovo-Nagymaros*, la CIG ha escluso che le circostanze invocate dall'Ungheria (mutamenti profondi di regime politico, il fatto che il

---

(94) Ser. A/B, n. 46, p. 158. Nostra traduzione.
(95) CIG, 2 febbraio 1973, *Riv.dir.int.*, 1973, p. 49 ss.
(96) *Rec.*, p. 19. Nostra traduzione.
(97) *Rec.*, p. 21. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 237 SESS: 68 USCITA:

progetto divenisse sempre meno redditizio, lo sviluppo successivo di norme in materia di diritto ambientale etc.) costituissero un mutamento fondamentale delle circostanze (98).

c) *L'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969*

i. Gli elementi costitutivi

57. Dei criteri rigorosi. — La norma in materia di *rebus sic stantibus* si trova all'art. 62 CVT. Qui, occorre innanzitutto che il mutamento in questione avvenga con riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione di un trattato e tale mutamento deve essere di natura fondamentale. Deve inoltre essere stato imprevedibile per le parti contraenti e la parte che invoca l'art. 62 CVT ha l'onere di dimostrare che sono state le circostanze di allora ad aver costituito una base essenziale del suo consenso a essere vincolata.

In altre parole, occorre provare che se le circostanze fossero state differenti, la parte in causa non avrebbe mai ~~manifestato~~ il proprio consenso. Inoltre, bisogna dimostrare che il mutamento delle circostanze ha profondamente modificato gli obblighi ~~convenzionali~~.

Senonché, l'art. 62 CVT precisa che ci sono *due casi in cui non vale la clausola rebus sic stantibus*. In primo luogo, non può essere applicata a *trattati che delimitano una frontiera* tra Stati. La preoccupazione principale è, in questo caso, quella di mantenere la stabilità delle frontiere internazionali — anche se ciò non pregiudica l'applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli la cui messa in opera comporta dei mutamenti territoriali evidenti.

Inoltre, la medesima clausola non può essere invocata nel caso in cui il mutamento fondamentale "derivi da una violazione, ad opera della Parte che lo invoca, sia di un obbligo del trattato, sia di ogni altro obbligo internazionale nei confronti di ogni altra parte del trattato" (99). In altre parole, il *mutamento delle circostanze non deve essere imputabile al comportamento di una delle Parti in causa*. Si tratta di una particolare applicazione del noto principio generale di diritto secondo il quale *nemo auditur suam turpitudinem allegans* (100).

ii. Gli effetti

58. Sospensione ed estinzione di un trattato. — Secondo l'art. 62 della CVT, l'esistenza riconosciuta di un mutamento fondamentale delle *circostanze non comporta l'estinzione automatica di un trattato*. In altre parole, tale clausola può essere

---

(98) La CIG si espresse con queste parole: "a giudizio della Corte, i mutamenti delle circostanze invocati dall'Ungheria non sono di natura tale, considerati separatamente o congiuntamente, da aver per effetto di trasformare radicalmente la portata degli obblighi che restano da eseguire per la realizzazione del progetto. Un mutamento fondamentale delle circostanze deve essere imprevisto; le circostanze esistenti all'epoca della conclusione del trattato devono aver costituito una base essenziale del consenso delle parti a vincolarsi al rispetto del trattato. Il fatto che l'art. 62 della CVT sia formulato in termini negativi e condizionali indica d'altronde chiaramente che la stabilità delle relazioni convenzionali richiede che la causa di estinzione fondata sul mutamento fondamentale delle circostanze si applichi solo in casi eccezionali" (in *Riv. dir. int*., 1997, pp. 1144-1146, punto 103).

(99) Art. 62, par. 2, CVT.

(100) Si tratta di un principio riconosciuto dalla CPGI nel caso della *Fabbrica di Chorzow* del 1927, Ser. A, n. 9, p. 31.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 238 SESS: 68 USCITA:

invocata da una delle Parti contraenti per porre fine al trattato o per recedere o, semplicemente, per sospenderne provvisoriamente gli effetti. Pertanto, la clausola di mutamento delle circostanze può essere invocata persino a fini di rinegoziazione di un trattato. Nel caso in cui una Parte rifiutasse la revisione del trattato, il suo atteggiamento può consentire all'altra Parte contraente di adire un giudice internazionale od altra istanza internazionale ai fini di accertare la cessazione degli obblighi, *rebus sic stantibus*.

59. Un regime consuetudinario. — Il mutamento fondamentale delle circostanze, come codificato dalla CVT, è stato riconosciuto dalla CIG corrispondente ad una codificazione del diritto consuetudinario in materia nel precitato **caso della *giurisdizione sulle peschiere islandesi*** del 1973. La Corte si espresse nei seguenti termini: "[I]l diritto internazionale ammette... [il] mutamento fondamentale delle circostanze che hanno condotto le Parti a concludere un trattato", occorre però che "abbia causato una trasformazione radicale degli obblighi che sono ancora da eseguire". Ciò "può permettere alla parte lesa, in presenza di determinate circostanze, di invocare l'estinzione o la sospensione del trattato". Questo principio, nonché le condizioni ed eccezioni a cui è sottoposto "sono state incorporate all'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la quale può, per molti aspetti, essere considerata come una codificazione del diritto consuetudinario esistente per quel che riguarda la cessazione dei rapporti convenzionali a causa di un mutamento delle circostanze" ([101]).

4. — Lo stato di necessità (*Necessity*)

60. "La necessità non conosce legge". — Secondo un antico brocardo, *necessitas non habet legem.* In linea generale, si considera compiuto in stato di necessità l'atto che viene commesso da un soggetto spinto dalla necessità di salvarsi da un pericolo grave ed imminente al quale non ha contribuito.

Tale istituto, presente nella grande maggioranza degli ordinamenti interni, si rivela di più difficile applicazione nel diritto internazionale dal momento che può confondersi con la *forza maggiore* e la *legittima difesa*. Ciònonostante, in presenza di tali circostanze, l'illiceità cessa e con essa qualsiasi responsabilità.

61. Stato di necessità, autotutela e legittima difesa. — Lo stato di necessità va distinto dall'autotutela (*inadimplenti non est adimplendum*) e dalla legittima difesa (*vim vi repellere licet*) in quanto non si fonda su un inadempimento attuale o potenziale del soggetto contro il quale l'atto è compiuto. *L'autore dell'atto commesso in stato di necessità, infatti, agisce volontariamente* — mentre nel caso della forza maggiore il comportamento antigiuridico è involontario — *in violazione di un obbligo proprio, pur se la vittima di tale atto non ha contribuito al verificarsi dell'evento che ha determinato lo stato di necessità*.

62. Riconoscimento dello stato di necessità nel diritto internazionale. — A lungo dibattuto nel diritto internazionale poiché sovente confuso con la "forza maggiore",

---

([101]) *Rec*. 1973, punto 36, p. 18. La CIG concluse che il mutamento di circostanze addotto dall'Islanda non aveva tuttavia trasformato radicalmente l'entità dell'obbligo giurisdizionale contenuto negli scambi di note del 1961 con la conseguenza quindi di potere esercitare la giurisdizione (punto 43 della sentenza). Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 239 SESS: 68 USCITA:

"lo stato di necessità" ha finito per diventare una nozione autonoma. La CIG ne ha riconosciuta l'esistenza a titolo "consuetudinario" con la sua sentenza del 25 settembre 1997 nel **caso del *Progetto Gabcikovo-Nagymaros***. Qui, la Corte ha ammesso che "lo stato di necessità costituisce una causa riconosciuta dal diritto internazionale in materia di illiceità di un fatto non conforme ad un obbligo internazionale" (n. 51). Tuttavia, secondo la CIG, tale causa di esclusione dell'illecito va accolta solo "a titolo eccezionale" ed in presenza di specifiche condizioni, tra l'altro *cumulative*, "che rispecchiano il diritto internazionale consuetudinario" e che oggi si trovano "codificate" all'art.25 degli Articoli CDI, ossia:

"1. Lo Stato non può invocare lo stato di necessità come causa di esclusione dell'illiceità di un atto non conforme ad uno dei suoi obblighi internazionali se non quando tale atto:

a) costituisca per lo Stato **l'unico mezzo per proteggere un interesse essenziale contro un pericolo grave ed imminente**; e

b) non leda gravemente **un interesse essenziale dello Stato o degli Stati nei confronti dei quali l'obbligo sussiste, oppure della comunità internazionale nel suo complesso**.

2. In ogni caso, lo stato di necessità non può essere invocato da uno Stato come motivo di esclusione dell'illiceità se:

a) l'obbligo internazionale in questione esclude la possibilità di invocare lo stato di necessità; o

b) lo **Stato ha contribuito al verificarsi della situazione di necessità**" ([102]).

Nel Parere consultivo del 9 luglio 2004 sulle ***Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato***, la CIG sostenne che Israele non poteva valersi dello stato di necessità per giustificarne la costruzione e coprirne così l'illegalità del suo atto, poiché veniva meno la dimostrazione che il "tracciato considerato era il solo mezzo per proteggere gli interessi di Israele contro il pericolo" invocato (par. 140).

Per il carattere cumulativo dei suoi criteri e l'imprecisione dei termini utilizzati ("interesse essenziale", "pericolo grave ed imminente", esclusività del mezzo di protezione disponibile se non esteriorità in rapporto allo Stato che lo invoca), lo "stato di necessità" non ha ricevuto ancora un sufficiente vaglio della giurisprudenza di altri tribunali internazionali ([103]).

Per contro, la crisi economica argentina agli inizi dell'anno 2000 comportò numerose sentenze arbitrali *contraddittorie*, tra cui una che accoglieva lo "stato di necessità" quale mezzo di difesa valido con tutte le sue conseguenze.

63. Valutazioni contraddittorie sulla crisi argentina degli anni 2000. — Almeno quattro collegi arbitrali istituiti in seno all'ICSID hanno avuto occasione di pronunciarsi sulla portata della crisi economica subita dall'Argentina negli anni 2000 e 2003. Inoltre, nell'ordinamento interno, la Corte Costituzionale tedesca e la Corte di Cassazione italiana sono giunte a delle analisi e soluzioni opposte in termini di "stato di necessità".

([102]) Grassetto aggiunto.

([103]) Cfr. P. BENVENUTI, "Lo stato di necessità alla prova dei fatti", in *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, a cura di SPINEDI, GIANELLI e ALAIMO, Milano, Giuffrè, 2006, p. 107 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 240 SESS: 68 USCITA:

Nel primo caso, ***CSM Gas Transmission Company* c. *Repubblica Argentina*** (104), gli arbitri hanno valutato lo "stato di necessità" addotto dall'Argentina come causa di giustificazione degli atti illeciti commessi nei confronti di alcuni investitori stranieri. In seguito ad un'analisi dettagliata della crisi economica, finanziaria e sociale che aveva scosso questo Stato tra gli anni 2000-2002, gli arbitri rigettarono tale eccezione di diritto internazionale consuetudinario, in quanto l'insieme delle circostanze costitutive dello stato di necessità non erano presenti nel caso in specie (105). In particolare essi ritennero che mancava la condizione "di esteriorità" (l'Argentina aveva contribuito alla crisi con l'adozione di politiche di governo "inadeguate"). Inoltre, le misure di salvaguardia adottate dall'Argentina non erano le uniche possibili giacché esistevano delle alternative plausibili. Ad analoghe conclusioni pervenne un altro lodo arbitrale ICSID del 22 maggio 2007 nel caso ***Enron corp. Ponderosa assets L.P. c. Repubblica Argentina*[106]**.

Senonché, il 3 ottobre 2006, un ulteriore lodo arbitrale ICSID, nel caso ***LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. Repubblica Argentina***, perveniva ad una soluzione opposta indicando che "la crisi che ha conosciuto l'Argentina... costituisce uno stato di necessità tale da giustificare l'esclusione di ogni sua responsabilità nei confronti degli investitori... senza che alcun indennizzo sia dovuto" (107).

Nel terzo caso, ***Sempra Energy International c. Repubblica Argentina***, del 28 settembre 2007, il collegio arbitrale rilevava che i requisiti fissati dal diritto internazionale per aversi uno stato di necessità non erano presenti nel caso di specie, poiché l'Argentina aveva contribuito alla crisi tramite le sue politiche nazionali. Questo lodo fu annullato il 29 giugno 2010 (108) per eccesso di potere, avendo il Comitato *ad hoc* stabilito che il tribunale si era basato sul diritto internazionale generale e non sulla *lex specialis* applicabile, costituita da una disposizione particolare (l'art. XI) del trattato bilaterale d'investimento (BIT) in vigore tra gli Stati Uniti e l'Argentina.

In un ultimo caso, ***Continental Casualty Company c. Repubblica Argentina*** del 5 settembre 2008, un altro collegio arbitrale ICSID, applicando questa volta l'art. XI del medesimo BIT, perveniva alla conclusione secondo la quale le sue disposizioni in materia di stato di necessità corrispondevano al diritto internazionale consuetudinario.

Dulcis in fundo... i *giudici interni che sono stati investiti di tali questioni sono pervenuti a soluzioni opposte*.

Così, la **Corte costituzionale tedesca**, a proposito della "crisi argentina", ha concluso che lo "stato di necessità", pur se poteva sussistere nel quadro della relazioni

---

(104) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Lodo del 12 maggio 2005 con un commento di E. Gaillard, in *Clunet*, 2006, p. 308 e ss.; V. per una rassegna critica J. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, The Hague: Pocketbooks of The Hague Academy of International Law, 2011.

(105) V. i nn. 315-331 della sentenza.

(106) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, in https://www.italaw.com/cases/401.

(107) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1; E. Gaillard, *Chroniques*, in *Clunet*, 2007, e D. Carreau, *Enc. Dalloz Droit International, Synthèse annuelle*, 2008. Nostra traduzione.

(108) *ILM*, 2010, p. 1441.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 241 SESS: 68 USCITA:

interstatali, non poteva essere invocato nei rapporti contrattuali tra uno Stato ed un privato straniero (109).

Per contro, la **Corte di Cassazione italiana** (110), confermando l'immunità dalla giurisdizione dello Stato argentino, ha respinto il ricorso dei portatori italiani di obbligazioni argentine (i "tango bonds") in ragione di "finalità eminentemente pubbliche... di governo della finanza per proteggere i bisogni primari di sopravvivenza economica del popolo argentino in un contesto storico di grave crisi nazionale".

64. Stato di necessità e *distress* (estremo pericolo). — Una particolare fattispecie di "stato di necessità" che la CDI ha preferito enucleare in un apposito articolo è quella dell'estremo pericolo (*distress*). **L'art. 24 degli Articoli CDI** indica infatti, che, in tale fattispecie, l'esimente è dovuta se un individuo-organo dello Stato sia costretto a commettere un atto internazionalmente illecito "***per salvare la propria vita o quella delle altre persone affidate alle sue cure***" da un pericolo grave ed imminente.

Si tratta di una fattispecie che si verifica principalmente nel contesto marittimo (111), quando una nave o un aeromobile penetrano nel territorio di uno Stato straniero per salvare la vita dell'equipaggio. A differenza della forza maggiore, qui è presente un *margine di discrezionalità* che porta alla commissione di un illecito internazionale a causa di una grave emergenza (ad es. il comandante di una nave liberiana, sorpresa da una tempesta, decide di trovare rifugio nel porto di Venezia, senza chiedere l'autorizzazione delle Autorità portuali) (112). Anche in questo caso, però, lo Stato offensore non deve avere contribuito al verificarsi dell'evento dannoso.

§ 2. — *Le cause di esclusione del fatto illecito tipiche dell'ordinamento internazionale*

65. Delle eccezioni limitate. — Due tipi di eccezioni vengono tradizionalmente presentate quali cause di esclusione dell'illecito in diritto internazionale: una è una "pseudo-eccezione" e si basa su una inesatta concezione della sovranità dello Stato; l'altra, più seria, ma quantomeno "provvisoria", riguarda le "lacune" del diritto internazionale nel suo insieme.

1. — La "pseudo-eccezione" di sovranità

(il ritorno del dominio riservato?)

66. L'argomento fondato sulla sovranità. — Si è talvolta sostenuto, da parte degli Stati, che una norma particolare del diritto internazionale non poteva essere applicata nei loro confronti perché limitava la loro sovranità. Il che equivale a dire che la sovranità dello Stato costituisce la sola misura dei diritti e degli obblighi degli Stati.

---

(109) Si trattava nella fattispecie di un contenzioso iniziato dai portatori tedeschi di obbligazioni argentine nei confronti di quest'ultimo Stato. Vedi *www.bverfade/entscheidungen/ms20070508*

(110) Cass. 27 maggio 2005, n. 11225, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 856.

(111) Cfr. ad es. N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p.428 con riferimento all'art.18, par.2, UNCLOS.

(112) Cfr. P. Benvenuti, "Lo stato di necessità alla prova dei fatti", in M. Spinedi, A. Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli stati alla prova dei fatti*, cit., pp. 107-51; T. Treves, "La nécessité en droit de la mer", in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 237-46.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 242 SESS: 68 USCITA:

Tale presupposto, però, se preso come postulato dogmatico, finirebbe per negare l'esistenza del diritto internazionale nella sua totalità.

67. Il rigetto di tale argomento da parte della CPGI nel caso della "Wimbledon". — L'"eccezione di sovranità" è stata, a giusto titolo, rigettata, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza internazionale, a cominciare da quella della CPGI e sin dal suo primo caso, quello riguardante la nave *Wimbledon*, precedentemente citato ([113]). Questa nave, presa a nolo da alcuni armatori francesi per trasportare dei materiali bellici in direzione della Polonia, allora in guerra con l'Unione Sovietica, aveva imboccato il canale di Kiel, un canale internazionalizzato dal Trattato di Versailles. La Germania si oppose poiché essa era una potenza neutrale in questo conflitto. Si sosteneva, inoltre, che la concessione del permesso avrebbe violato la sovranità territoriale della Germania. Dal suo punto di vista, ratificando il Trattato di Versailles, la Germania non aveva affatto rinunciato alla sua sovranità territoriale che era, a suo parere, di natura "inalienabile".

La CPGI rigettò chiaramente quella tesi con queste parole: "la Corte si rifiuta di vedere, nella conclusione di un qualsivoglia trattato con il quale lo Stato si impegna a fare o a non fare qualcosa, un abbandono della sovranità statale. Senza dubbio" — continuò la Corte — "qualunque convenzione che riguardi un obbligo di questa natura comporta una restrizione dell'esercizio del diritto di sovranità, conferendo in questo senso una direzione determinata a tale esercizio; ma la facoltà di contrarre degli obblighi internazionali è precisamente un attributo della sovranità dello Stato" (p. 25).

68. Una giurisprudenza costante. — Tale argomentazione, la sola giuridicamente corretta, non fu più contestata in seguito. È così che, in un lodo arbitrale pronunciato in un contenzioso tra la Polonia e la Germania, il 10 aprile 1924, gli arbitri concludevano che: "[c]iascuno Stato agisce e decide a titolo sovrano; ma, nella misura in cui abbia contratto degli obblighi, è tenuto ad agire e a decidere conformemente ai suoi obblighi" ([114]).

69. Denuncia di un sofisma. — Senza dubbio, qualunque obbligo internazionale che grava sullo Stato costituisce un limite evidente all'esercizio della propria sovranità. Un'analisi di questo tipo è nel complesso la sola conforme al primato, alla superiorità del diritto internazionale. Qualsiasi posizione contraria sfocerebbe nella negazione della sua esistenza.

2. — Le "lacune" del diritto internazionale

70. Lacune e stato di diritto (*Rule of Law*). — In teoria non dovrebbero esservi delle "lacune" in un sistema caratterizzato dallo "Stato di diritto", la *Rule of Law*. Se ciò accade, spetta, in ultima analisi, al giudice o all'arbitro "dire il diritto" (*ius dicere*), ossia determinare le norme giuridiche che gli permetteranno di decidere la controversia.

Orbene, l'abbiamo già segnalato, il problema si pone in termini diversi nell'ordinamento interno e nell'ordinamento internazionale. Mentre l'ordinamento interno è completo, cioè non conosce "lacune"; opposte valutazioni valgono per l'ordina-

---

([113]) Ser. A, n. 1, 1923. Nostra traduzione.
([114]) *RSANU*, T. I, p. 420.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 243 SESS: 68 USCITA:

mento internazionale. Pertanto, il giudice internazionale non potrà che colmare in modo imperfetto le "lacune" dell'ordinamento internazionale, rischiando spesso di abusare della funzione creatrice del diritto.

a) *Le "lacune" del diritto nell'ordinamento interno e nell'ordinamento internazionale*

i. La "completezza del diritto" nell'ordinamento interno

71. L'esempio del diritto interno. — In linea di principio, ogni ordinamento giuridico interno possiede due caratteristiche, quelle della *coerenza* e della *completezza*, di talché "*si dice coerente quell'ordinamento in cui non esistono norme incompatibili: si dice, invece, completo quello in cui esiste sempre una norma"* ([115]).

Così, nell'ordinamento italiano, l'art. 12, c. 2, delle disp. prel. al cod. civ. (c.d. *preleggi*) dispone che "[s]e una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Pertanto, *un diniego di giustizia appare teoricamente impossibile.*

A propria volta, l'art. 5 del cod. civ. francese dichiara colpevole di *diniego di giustizia* il giudice che si rifiuta di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o insufficienza della legge. In maniera sensibilmente diversa, l'art. 1, c. 2-3, del codice svizzero dispone che: "2. [n]ei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. — 3. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli".

In breve, anche se per semplicità abbiamo fatto riferimento a sistemi giuridici di Civil Law, si ha che, qualunque sia il sistema seguito — quello italiano o francese in cui il giudice deve sempre trovare una norma o il sistema svizzero in cui il giudice è portato ad indossare le vesti del legislatore —, non sono previste "lacune" del diritto interno e, di conseguenza, il giudice non può astenersi dal giudicare: *da mihi factum, dabo tibi ius.*

ii. L'imperfezione del diritto nell'ordinamento internazionale

72. I giudici internazionali restano "poco attrezzati" dinanzi alle lacune dell'ordinamento internazionale. — L'imperfezione del diritto della società internazionale è già stata annunciata (v. Cap. I).

Il giudice internazionale non è infatti nella stessa posizione del giudice interno. Il giudice internazionale *resta un giudice dotato di competenze di attribuzione*: possiede solo quelle competenze che i soggetti internazionali gli hanno specificamente attribuito tramite il loro consenso. Pertanto, il giudice internazionale risulta così poco attrezzato per far fronte alle "lacune" del diritto internazionale e gli capiterà anche, al contrario del giudice interno, di ricorrere al *non liquet*, ossia non deciderà deter-

---

([115]) N. Bobbio, *Lacune del diritto*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 89.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 244 SESS: 68 USCITA:

minate questioni, esulanti dalle specifiche competenze che gli sono state attribuite ([116]).

73. L'eccezione delle giurisdizioni speciali. — Solo dei giudici internazionali specializzati, ovvero coloro che operano in un sistema giuridico ben delimitato come i giudici amministrativi internazionali o i giudici dell'Unione Europea oggi, possono operare in un modo che, si avvicina assai a quello dei giudici interni. È così ad esempio che, nella sentenza n. 11 del 1953, già citata, *Micheline Desgranges*, il Tribunale amministrativo dell'OIL ha affermato che: "in base ad una norma fondamentale, nessun tribunale può astenersi dal giudicare a causa del silenzio o dell'oscurità della legge" ([117]). Questo stesso tribunale, nella sua sentenza n. 14, affermava il potere del giudice amministrativo internazionale di completare il diritto esistente in caso di lacune ([118]). Ma si tratta solo di un'eccezione che conferma la regola opposta.

b) ***Il giudice internazionale e le "lacune" del diritto internazionale: il diniego di giustizia (o* non liquet*)***

74. Una situazione rara. — Senza dubbio una situazione di *non liquet* ha carattere eccezionale. Ma è accaduto, in un certo numero di casi, che il giudice si sia rifiutato di decidere in ragione del "silenzio" o della "carenza" del diritto internazionale su quella materia. A tal proposito, si possono citare alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza della CIG.

75. L'esempio del parere consultivo della CIG del 1950 sui Trattati di Pace. — Nel suo parere consultivo del 1950 circa l'interpretazione dei trattati di pace stipulati con la Bulgaria, l'Ungheria e la Romania, la CIG ebbe l'occasione di precisare il suo stesso ruolo e i confini della sua funzione giudiziaria. Cominciò, riaffermando solennemente che la sua missione era di "interpretare i trattati, non di modificarli" ([119]). In questa circostanza, il rifiuto di una delle parti in causa di nominare il proprio rappresentante nelle Commissioni arbitrali miste, che erano state costituite per i trattati di pace, rendeva totalmente inefficace la procedura di soluzione delle controversie prevista dai suoi redattori. Dunque, se la Corte non poteva evitare di riconoscere una situazione di "carenza", notò ugualmente che non le spettava sollevarla in quanto: "[n]on si poteva sopperire a questa carenza semplicemente attraverso la via dell'interpretazione giudiziaria" (p. 229). La Corte rifiutò di procedere alla modifica delle disposizioni di un trattato in modo da renderlo efficace e di colmare una della sue lacune. Procedendo diversamente, la Corte sarebbe andata al di là del "suo ruolo giudiziario con il pretesto di rimediare a una carenza alla quale i trattati non hanno provveduto" (p. 230).

76. L'esempio del caso *Bernadotte* del 1949. — Nel più volte citato caso del *Conte Bernadotte* del 1949, una delle questioni sollevate dinanzi alla CIG era quella di sapere *come conciliare la protezione funzionale dell'ONU* riguardo ai suoi funzionari, am-

---

([116]) In arg. v. L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, LGDJ, 1958; e Sir Gerald Fitzmaurice, "The problem of *non liquet*: Prolegomena to a Restatement", in *Mélanges Rousseau*, cit. p. 89.

([117]) *RGDIP* 1954, pp. 300-303.

([118]) *RGDIP* 1955, pp. 141-144.

([119]) *Rec.*, p. 229. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 245 SESS: 68 USCITA:

messo e non concesso che la CIG la riconoscesse, *con l'esercizio della giurisdizione personale dello Stato* di cui la vittima fosse un cittadino. E come si poteva, nel caso di specie, evitare un contrasto tra l'esercizio da parte dell'ONU della protezione funzionale del proprio agente, il conte Bernadotte, e l'esercizio della protezione diplomatica da parte della Svezia nei confronti di un suo cittadino, lo stesso conte Bernadotte? La Corte si limitò ad osservare che "in tal caso, non esistono norme giuridiche che attribuiscano una priorità all'una o all'altra, o che obblighino lo Stato o l'Organizzazione ad astenersi dal presentare un reclamo internazionale" (p. 185). La Corte suggerì di affrontare la questione tramite degli appositi accordi internazionali da concludersi tra l'ONU e gli Stati interessati (p. 186). Per fare ciò, la Corte espresse la sua fiducia "nella buona volontà e nel buon senso delle parti interessate" e nel loro "spirito di cooperazione" (p. 186).

77. L'esempio del caso *Haya della Torre* del 1951. — Nel *caso del diritto d'asilo* tra la Colombia e il Perù (*Haya della Torre*) deciso il 13 luglio 1951, la CIG effettuò un ragionamento analogo. Rifiutò, infatti, di dare delle indicazioni alle Parti sul modo in cui risolvere il problema dell'"asilo", a causa del "silenzio" su tale punto della Convenzione dell'Avana del 1928. La Corte giunse alla conclusione secondo la quale la Colombia aveva concesso l'asilo ad Haya della Torre in modo irregolare, e quindi doveva porre fine a tale situazione illegale, senza, tuttavia, essere tenuta a consegnare quell'individuo al Governo peruviano. "Il silenzio della Convenzione", secondo la Corte, "implica la volontà di lasciare la sistemazione degli effetti di questa situazione alle decisioni ispirate da considerazioni di convenienza e da semplici opportunità politiche. Ignorare il ruolo di tali fattori extra-giuridici nello sviluppo dell'istituto dell'asilo in America così come lo spirito della Convenzione dell'Avana, significherebbe approfittare del silenzio di quel trattato per giungere alla conclusione di fondare un obbligo di riconsegnare colui al quale l'asilo era stato irregolarmente concesso".

Se, dunque, nel caso di specie, per la Corte l'asilo doveva cessare, essa si astenne dal precisare *come*. La medesima Corte non si è nemmeno pronunciata sulle conclusioni presentate dai due Governi in quanto "non saprebbe fornire alcun consiglio pratico alle parti circa le modalità che converrebbe seguire per mettere fine all'asilo, poiché, così facendo, essa uscirebbe dal quadro della sua funzione giudiziaria" (p. 83). La Corte aggiunse solamente "che spetta(va) alle parti trovare una soluzione pratica soddisfacente, ispirandosi alle considerazioni di cortesia e di buon vicinato che, in materia d'asilo, avevano sempre avuto un largo spazio nelle relazioni tra le Repubbliche dell'America Latina" (p. 83).

c) *I mezzi a disposizione del giudice internazionale per evitare il* non liquet

78. Due mezzi disponibili. — Esistono due tipi di mezzi con cui il giudice internazionale può evitare il diniego di giustizia. Da una parte, può aver ricevuto espressamente le competenze richieste per pronunciarsi, anche in caso di "lacune" del diritto. Dall'altra parte, può ricorrere a particolari tecniche di interpretazione del diritto.

i. Il potere del giudice di decidere una controversia anche in caso di "lacune" del diritto internazionale

79. Il giudizio *ex aequo et bono*. — Si tratta dei casi in cui giudici e arbitri hanno ricevuto il potere di decidere "*ex aequo et bono*" (v. *supra* Cap. XIV). Ma, è necessario

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 246 SESS: 68 USCITA:

ricordarlo, deve trattarsi di un'attribuzione formale ed esplicita di competenza. Ciò avviene raramente e, sinora, la CIG non ha mai ricevuto simili poteri.

Al contrario, alcuni arbitri internazionali a volte hanno ricevuto il potere di decidere *ex aequo et bono*, nonostante le eventuali lacune del diritto e, in rare occasioni, sono stati perfino invitati a colmarle espressamente.

È così che l'art. 5, c. 2, del Trattato di arbitrato e di conciliazione tra la Germania e la Svizzera del 3 dicembre 1921 ([120]) prevedeva che, per risolvere le controversie giuridiche, il tribunale applicasse il diritto internazionale in virtù delle fonti indicate all'art. 38 dello Statuto della CPGI. Per di più, il trattato prevedeva che le eventuali lacune fossero regolate nel modo che segue: "[s]e, in un determinato caso, le basi giuridiche sopra enunciate presentano delle lacune, il tribunale si pronuncia secondo i principi giuridici che, a suo avviso, dovrebbero costituire regole nel diritto internazionale. A tale effetto, il tribunale si ispira alle soluzioni consacrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza".

Allo stesso modo, l'art. 28 dell'Atto generale di arbitrato del 26 settembre 1928, emendato il 28 aprile 1949 ed entrato in vigore il 20 settembre 1950, dispone che il tribunale internazionale applicherà le norme di cui all'art. 38 dello Statuto della CIG, ma "se non esisteranno regole applicabili a tali controversie, il tribunale giudicherà *ex aequo et bono*".

80. Esempi. — Alcuni accordi arbitrali possono anche contenere delle *clausole di regolamento di interessi* (*clauses de réglements d'intérêts*) che invitano gli arbitri ad enunciare delle regole obbligatorie per il futuro: così, nel compromesso del 29 febbraio 1892 relativo alle ***peschiere del mare di Behring***, all'art. 7 si richiedeva agli arbitri di suggerire le misure necessarie per assicurare la protezione e la conservazione delle foche da pelliccia ([121]). O ancora, nel caso prima citato della ***fonderia di Trail***, l'art. 3 del compromesso del 15 aprile 1935 invitava formalmente gli arbitri a dettare le regole necessarie per prevenire l'inquinamento transfrontaliero.

ii. Il ricorso alle tecniche di interpretazione giudiziaria per evitare il *non liquet*

81. Riferimento al diritto interno. — Allorquando si trova in presenza di una "lacuna" del diritto internazionale, il giudice o l'arbitro ha la possibilità di colmarla avvalendosi delle soluzioni offerte dal diritto interno. Ad esempio: quando il diritto internazionale non ha fissato le proprie regole circa una determinata materia, il giudice potrà applicare le regole tratte dall'ordinamento interno dei vari Stati. La CIG, come si ricorderà, procedette in questo modo nel ***caso Barcelona Traction*** (pp. 34-35) a proposito del regime giuridico della società per azioni.

82. Riferimento a principi generali di diritto. — Con lo stesso obiettivo, il giudice internazionale può sempre servirsi del diritto interno al fine di farlo accedere all'ordinamento internazionale tramite *i principi generali di diritto (riconosciuti dalle Nazioni civili)*.

Ad esempio, nel ***caso Furundzija***, deciso il 10 dicembre 1998, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia utilizzò i principi generali comuni in materia di

---

([120]) R.T. SDN, XIII, 271. Nostra traduzione.

([121]) Sentenza del 15 agosto 1893 pronunciata a seguito di un contenzioso tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, in Moore, *International Arbitrations*, p. 4761; *Clunet*, 1893, p. 1259.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 247 SESS: 68 USCITA:

diritto penale interno per caratterizzare una fattispecie di "stupro". Da parte sua, in mancanza di altre fonti di diritto applicabili, la Corte Penale Internazionale ha la possibilità di avvalersi dei "principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo" (art. 21, par. 1, lett. *c*) del suo Statuto).

83. Riferimento all'equità. — Se le parti ad una controversia internazionale hanno così disposto, i giudici o gli arbitri internazionali potranno fare ricorso all'equità. Così, ad es., secondo quanto venne precisato in un lodo arbitrale tra la Germania ed il Portogallo del 31 luglio 1928, "in mancanza di regole del diritto delle genti applicabili ai fatti litigiosi, gli arbitri ritengono di dover colmare la lacuna decidendo in base a principi di equità, nel senso del diritto delle genti, e tenendo conto della sua evoluzione" ([122]).

84. Riferimento ai poteri impliciti. — Si ricorderà, infine, che il giudice o l'arbitro può ricorrere ad un particolare metodo di interpretazione ~~finalista e~~ teleologica, attraverso la teoria dei *poteri impliciti*.

In questo caso, si tratta di un metodo *di interpretazione dinamica* che è possibile utilizzare per colmare, eventualmente, le lacune dell'ordinamento internazionale. Resta comunque il fatto che tale tecnica ermeneutica può essere utilizzata al meglio solo con riferimento alle Carte istitutive di OIG.

85. Un fenomeno contingente. — Infine, va notato che il problema delle "lacune" nel diritto internazionale è *essenzialmente contingente*. Varia, infatti, in funzione del livello di sviluppo della Comunità internazionale e del suo diritto.

Sezione III
Il danno e le conseguenze dell'illecito internazionale

§ 1. — *Il pregiudizio*

86. L'antigiuridicità della condotta statale. — Se nel diritto interno dei singoli Stati esistono *diversi regimi di responsabilità: civile, penale (*e si pensi, ad esempio, all'obbligo di esercizio dell'azione penale della Procura della Repubblica*), disciplinare ecc*., nulla del genere esiste in materia di responsabilità internazionale degli Stati o delle OIG ([123]).

Obtorto collo, si può osservare che la responsabilità internazionale si avvicina al *modello della responsabilità civile (aquiliana) di diritto interno* ([124]) ma restano comunque alcune importanti differenze.

([122]) *RSA*, vol. II, p. 1011, p. 1016. Nostra traduzione.

([123]) P. Reuter, "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale", in *Mélanges Miaja de la Muela*, 1979, II, p. 837; F. Rigaux, "International Responsability and the Principle of Causality", in *Mélanges O. Shachter*, 205, p. 1; H. Thirlway, "Injured and non Injures States before the International Court of Justice", *ibid.*, p. 31.

([124]) E si consideri, per un istante, il fondamentale art. 2043 del codice civile it.: "[q]ualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". Cfr. l'art. 2059 cod. civ. e la giurisprudenza in materia. In arg. tra una letteratura sterminata v. ad es. G. Visentini, *Che cos'è la responsabilità civile*, Napoli, ES, 2014 e M. Franzoni, "Fatti illeciti. Art. 2043-2059", in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, dir. da G. de Nova, Bologna, Zanichelli, 2020.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 248 SESS: 68 USCITA:

Innanzitutto, nell'illecito internazionale, **non rileva** in linea di principio ***l'atteggiamento psicologico* dello Stato offensore**, atteggiamento che si può configurare come *dolo* (aver voluto l'evento) o *colpa* (ignoranza, imprudenza, imperizia; aver omesso le misure idonee a evitare l'evento). In *diritto internazionale*, se proprio si vuole fare una comparazione col diritto nazionale, *la responsabilità è di carattere oggettivo*.

Inoltre, a differenza di quanto accade in molti sistemi giuridici nazionali, il ***danno*** non figura tra gli elementi essenziali dell'illecito internazionale. Ai fini della responsabilità internazionale, non è necessario dimostrare che l'illecito abbia causato un *danno* materiale a uno Stato: basta la lesione di un diritto soggettivo dello Stato che ha subito l'illecito. In altre parole, se il danno è una conseguenza frequente di un illecito, non ne è un elemento indispensabile a differenza dell'*antigiuridicità* che invece ne è un elemento costante e caratteristico ([125]).

Senonché, in luogo della nozione civilistica italiana di *danno ingiusto*, in diritto internazionale si preferisce usare quella, più generale, di ***pregiudizio* (*injury*** secondo la terminologia anglofona). Tale pregiudizio deve ledere un diritto altrui (1), la cui titolarità è in capo ad un soggetto di diritto internazionale (2); deve essere diretto (3) e infine, può essere di tipo materiale o morale (4).

1. — La violazione di un diritto altrui

87. Necessità della violazione di un diritto. — Nel già citato *caso della Barcelona Traction* (1970), la CIG ha indicato che non vi è responsabilità se ad essere leso è un semplice interesse bensì occorre la violazione di un diritto altrui ([126]).

88. Insufficienza della violazione di un semplice interesse. — La lesione di un *semplice interesse* è insufficiente a far insorgere la responsabilità internazionale e quindi a giustificare *ipso facto* un reclamo internazionale.

Su questo punto, la giurisprudenza della CIG appare costante.

Nel ***caso del Camerun settentrionale*** del 1963 ([127]), la CIG affermò che il Camerun non aveva alcun interesse giuridicamente protetto nei confronti della Gran Bretagna riguardo lo statuto del Camerun settentrionale che, a seguito di un *referendum*, era stato annesso alla Nigeria. La Corte sottolineò che il suo giudizio "sarebbe stato senza oggetto" (p. 38) anche perché il Camerun non richiedeva specificatamente nessuna riparazione. Il Camerun non aveva fornito le prove della violazione di un proprio diritto giuridicamente protetto ([128]), e perciò il suo semplice interesse non costituiva titolo sufficiente per agire dinanzi alla CIG.

Allo stesso modo, nel ***caso del Sud-Ovest africano*** del 1966, la CIG affermò che i due Stati ricorrenti, l'Etiopia e la Liberia, non essendo stati individualmente lesi, non avevano alcun interesse giuridicamente protetto nei confronti del Sud-Ovest africano nel caso di specie, ovvero nessun diritto di azione che potessero far valere dinanzi alla Corte. La Corte precisò che l'interesse che quegli Stati invocavano, vale a dire che il Sud Africa rispettasse "la sacra missione di civilizzazione" nel Sud-Ovest africano, non costituiva in sé un titolo sufficiente ad agire. La CIG si espresse con le seguenti parole: "[a]ffinché codesto interesse possa avere carattere

---

([125]) T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 480 ove riferimenti.

([126]) In *Rec.*, p. 36, punto 46: "Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected".

([127]) CIG, *Cameroon c. Regno Unito* (eccezioni preliminari), 2 dicembre 1963. Nostra traduzione.

([128]) In *Rec.*, pp. 33-34. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 249 SESS: 68 USCITA:

specificatamente giuridico, bisogna che la sacra missione sia o divenga, essa stessa, qualcosa di più di un ideale morale o umanitario" ([129]).

2. — Un pregiudizio diretto (non indiretto)

89. Premessa. — La distinzione tra danni diretti ed indiretti è ben conosciuta nell'ordinamento interno. La ritroviamo, *mutatis mutandis*, anche nel diritto internazionale. *Nel diritto internazionale, il solo tipo di pregiudizio che viene preso in considerazione è il pregiudizio diretto.* Deve infatti sussistere un nesso di causalità tra la violazione del diritto internazionale e il pregiudizio che ne risulta.

90. Una distinzione riconosciuta dalla giurisprudenza internazionale. — Il principio di diritto internazionale, secondo il quale solo il danno diretto è risarcibile, venne posto nel celebre arbitrato dell'***Alabama*** del 1872 ([130]). All'epoca, il collegio arbitrale decise di risarcire solo i danni direttamente subiti dagli Stati Uniti a causa della nave da guerra Alabama, una nave armata in Gran Bretagna. Per contro, lo stesso collegio, *rigettò la richiesta di indennizzare anche i danni indiretti*, per esempio i danni inerenti al prolungamento della guerra, quelli collegati ai premi assicurativi o relativi a noli più elevati ([131]).

Da allora, la giurisprudenza internazionale è costante ([132]) e, ad esempio, la CPGI, nel precitato *caso Wimbledon* ([133]) adottò la medesima posizione. Del pari, tale soluzione si ritrova pure nella pronuncia del **TIDM/ITLOS** nel caso della ***M/V Norstar****:* il diritto internazionale indennizza solo il pregiudizio diretto ma non quello indiretto ([134]).

Nel lodo PCA ***Deutsche Telekom v. India***, gli arbitri hanno confermato i suddetti principi ed hanno applicato l'art.31 degli Articoli CDI tramite un ragionamento in tre fasi:

"The Tribunal begins its analysis by recalling that, in accordance with Article 31 of the ILC Articles, the determination of damages under international law implies a three-step process:

i. establishing a breach;

ii. ascertaining that the injury was caused by that breach (causation); and

iii. determining the amount of compensation due for the injury caused (valuation or quantification of damages).

([129]) In *Rec.*, p. 34.

([130]) V. La Pradelle e Politis, T. II, p. 891. Sulla vicenda v. T. Bingham, "The Alabama Claims Arbitration", in *ICLQ*, 2008, p. 1 ss. nonché E. Greppi, *Il conte Federico Sclopis e l'arbitrato internazionale sugli Alabama Claims*, Torino, 2012.

([131]) La Pradelle e Politis, vol. II, p. 891 e ss.

([132]) Sempre in materia di arbitrato, v. il lodo del 30 giugno 1930 tra Germania e Portogallo riguardante la responsabilità della Germania per gli atti compiuti dopo il 31 luglio 1914 prima che il Portogallo entrasse in guerra, in *RSA*, vol. II, p. 1035 e ss.

([133]) N. 1, s. A, p. 32.

([134]) TIDM/ITLOS, Panama c. Italia, causa n.25 *M/V Norstar*, sentenza del 10 aprile 2019, punto "In its consideration of the question of the causal link between the wrongful act of Italy and damage suffered by Panama, the Tribunal refers to article 31, paragraph 1, of the ILC Articles on State Responsibility... The Tribunal further refers to its jurisprudence in the M/V "Virginia G" Case, in which it emphasized the requirement of a causal link between the wrongful act committed and damage suffered... The Tribunal thus points out that only damage directly caused by the wrongful act of Italy is the subject of compensation".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 250 SESS: 68 USCITA:

The first step was taken in the Interim Award, in which the Tribunal held that India's conduct, ultimately culminating in the Devas Agreement being annulled, constituted a breach of the fair and equitable treatment ("FET") standard...The second step requires showing a *causal link* between the breach and the alleged injury. In this respect, the Tribunal agrees with the tribunal in Bilcon that "[a]uthorities in public international law require a high standard of factual certainty to prove a causal link between breach and injury: the alleged injury must 'in all probability' have been caused by the breach (as in Chorzów), or a conclusion with a 'sufficient degree of certainty' is required that, absent a breach, the injury would have been avoided (as in [the] Genocide [case decided by the ICJ])"... Bearing in mind the Chorzów and Genocide standards of proof mentioned above,171 in the Tribunal's view, the Claimant has thus established that the loss (i.e. the diminution of value of its investment in Devas) has "in all probability" (pursuant to the Chorzów standard) or to "a sufficient degree of certainty" (pursuant to the Genocide standard) been caused by India's conduct. Hence, the Tribunal considers that causation between the breach and the (fact or existence of the) loss has been established.

The Tribunal turns now to the third step, i.e. the valuation or quantification of damages. As also recalled in Bilcon, investment treaty case law draws a distinction between the causation aspect just examined and quantification of the amount of the loss, for which a lower standard of proof is required." (135)

3. — Un pregiudizio morale o materiale

91. Alcune analogie e differenze con il diritto interno. — Abbiamo detto sopra che il diritto internazionale non conosce la distinzione tra responsabilità penale e civile, tra pena e risarcimento del danno. Nell'ordinamento internazionale assume valore sommo l'esigenza di mantenimento della pace sociale in quanto la Comunità internazionale non costituisce — a differenza degli ordinamenti giuridici interni ove le violazioni abbondano ed il potere giurisdizionale ed esecutivo provvedono a ristabilire l'ordine — un ente distinto, un *Leviatano* provvisto di strumenti coercitivi automatici atto a provvedere con mezzi propri alla repressione dell'atto illecito ristabilendo così l'ordine costituito.

In diritto internazionale, *ciò che dà luogo all'illecito è il mero fatto della violazione di un diritto altrui; a prescindere dal danno materiale risultante dall'illecito comportamento dell'autore*. In altre parole, un illecito internazionale può causare pregiudizio ad un altro Stato senza che vi sia un danno patrimoniale (ad es. il danno all'onore o alla dignità di uno Stato, la violazione grave e sistematica dei diritti umani nei confronti dei propri cittadini) (136).

Viceversa, vi può essere danno patrimoniale senza illecito. È quanto avviene allorquando uno Stato agisce, ad esempio, in *stato di necessità* conformemente alle norme consuetudinarie in materia.

92. Evoluzione della giurisprudenza internazionale. — Il danno non patrimoniale non formava oggetto di indennizzo secondo la giurisprudenza internazionale. Il punto

---

(135) *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, lodo finale del 27 maggio 2020, punti 119 ss. Arbitri: Prof. G. Kaufmann-Kohler, Presidente, con D. M. Price e la Prof. B. Stern.

(136) V. l'arbitrato CPA del *Carthage*, in *Riv. dir. int*., 1913, p. 190-191 o ancora quello del *Manouba*, ivi, pp. 194 e 196.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 251 SESS: 68 USCITA:

di svolta si ebbe con il ***caso delle vedove del Lusitania***, del 1° novembre 1923*, in cui i giudici accettarono di includere il danno morale tra i pregiudizi indennizzabili a livello internazionale* ([137]). Poco tempo dopo, nel suddetto *caso Chevreau* del 1931, tra la Francia e la Gran Bretagna, la CPA pervenne alle stesse conclusioni. Così, anche nel ***caso Diallo*** deciso il 19 giugno 2012, la CIG ha indennizzato il "danno immateriale" subito dalla vittima con una somma pari a 85.000 dollari (punto 18 della sentenza precitata).

Non stupisce, pertanto, di ritrovare siffatto approccio nella giurisprudenza arbitrale "transnazionale": qui, ad esempio, il lodo ICSID del 6 febbraio 2008 nel **caso *Desert Line c. Governo Yemenita*** stabilì che era dovuto un indennizzo per "la lesione della reputazione" (*loss of reputation*) di un'impresa causata dagli atti dello Stato offensore (§ 284).

93. La riparazione globale del pregiudizio. — In conclusione, nel diritto internazionale vigente, la riparazione si riferisce sia al pregiudizio materiale che a quello morale.

§ 2. — *La nozione di* soggetto leso *ed il diritto di far valere la responsabilità internazionale*

94. L'originalità del diritto internazionale della responsabilità. — In diritto interno, chiunque sia vittima di un danno ha il diritto di agire in giudizio nei confronti dell'autore dell'illecito e di richiedere il risarcimento del danno.

In diritto internazionale, la responsabilità internazionale non opera, *sic et simpliciter*, automaticamente a favore di tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale.

Ciò è dovuto a ragioni storiche, in virtù del fatto che la società internazionale "classica" del XVI secolo era composta esclusivamente da Stati e dunque *la responsabilità internazionale è rimasto innanzitutto un affare tra Stati*: *un rapporto bilaterale orizzontale tra Stato offensore e Stato leso.*

Tradizionalmente, ogni danno era imputabile allo Stato, come pure la vittima era sempre uno Stato. Se, invece, la vittima era un soggetto privato o se il danno comportava la lesione di interessi privati, non vi era alcun rimedio a meno che la vittima non ottenesse la *protezione diplomatica* da parte del proprio Stato nazionale il quale, a questo punto, elevava la questione a livello interstatale contro lo Stato autore dell'illecito.

95. Un sistema superato. — Come sappiamo (*supra*, Cap. I), lo "schermo statale" gravante sulle attività e sui diritti soggettivi dei privati è stato onnipresente fino alla fine della prima guerra mondiale. Da allora in poi, ha cominciato a liquefarsi, mano a mano che gli individui hanno cominciato ad essere considerati alla stregua di soggetti di diritto internazionale. A tale proposito, un collegio arbitrale ICSID, pur riconoscendo l'importanza della protezione diplomatica in un'epoca in cui solamente lo Stato aveva accesso ai diversi meccanismi di risoluzione delle controversie, ha osservato che, ai nostri giorni, quell'istituto viene invocato sempre più raramente nella

---

([137]) *RSA*, vol. VII, p. 32 e ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 252 SESS: 68 USCITA:

prassi, dal momento che i soggetti privati possono rivolgersi direttamente a giudici od arbitri internazionali per far valere i propri diritti nei confronti degli Stati ([138]).

96. Mezzi per far valere la responsabilità. Rinvio. — Se lo Stato responsabile rifiuta di effettuare la riparazione, lo Stato leso ha l'obbligo di esperire, anzitutto, i mezzi ordinari di soluzione pacifica della controversia. Sia ciascuno Stato che le OIG hanno a loro disposizione molteplici procedimenti a carattere diplomatico e giurisdizionale per assicurare il rispetto dei loro diritti internazionalmente protetti nel caso in cui questi vengano violati da un altro Stato o OIG (v. *infra*, Parte IV).

1. — Il regime aggravato di responsabilità internazionale

97. Assenza di consacrazione della *actio popularis.* — A livello internazionale, uno Stato o un altro soggetto di diritto internazionale non può, in linea di principio, far valere altro che *i propri diritti*.

Nel caso *del Sud-Ovest africano* del 1966, la CIG, nel respingere il ricorso del Governo etiope e liberiano, ebbe modo di precisare che si rifiutava "di ammettere una sorta di *actio popularis* o un diritto per ogni membro di una comunità di promuovere un'azione legale per rivendicare un interesse pubblico". Anche se è possibile, prosegue la Corte, che alcuni ordinamenti statali conoscano quell'istituto, "il diritto internazionale, per com'è attualmente, non la riconosce" ([139]).

98. Dal rapporto interstatale bilaterale di responsabilità a quello multilaterale: la violazione di norme di *jus cogens*. — Pur alla luce delle suddette considerazioni, nella sentenza ***Barcelona Traction***, la CIG è andata ben al di là di ciò che aveva, sia pure *obiter*, precedentemente dichiarato **qualora *si verifichino delle violazioni di norme imperative del diritto internazionale* (norme di *jus cogens*).** In questo caso, dice la CIG: "*una distinzione essenziale deve in particolare essere stabilita tra gli obblighi degli Stati nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme e quelli che nascono nei confronti di un altro Stato* nel quadro della protezione diplomatica. Data la loro stessa natura, i primi riguardano tutti gli Stati. *Considerata l'importanza dei diritti in questione*" — aggiunge la Corte — "***tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti siano protetti; gli obblighi di cui si tratta sono degli obblighi* erga omnes**" ([140]). E quali esempi di tali obblighi *erga omnes* appartenenti allo *jus cogens* (*supra* Cap. III) si hanno il divieto di atti di aggressione di un altro Stato, del genocidio, il divieto di schiavitù.

99. La "responsabilità aggravata" per violazione di norme imperative. — L'istituzione della Corte Penale Internazionale (CPI), nel 1998, può apparire come una risposta tardiva e parziale della Comunità internazionale alle indicazioni della CIG nella sopra citata pronuncia nel caso della *Barcelona Traction* del 1970. In effetti, la competenza della CPI (crimini di guerra, crimini contro l'umanità etc., v. *infra* Cap. XXIV) e l'istituzione di un *Procuratore internazionale* indipendente sono manifestazioni di un mutamento dell'ordinamento internazionale, nel senso di una maggiore valorizzazione dello *jus cogens* e degli obblighi *erga omnes* ma, se ci riferiamo alla prassi, appare evidente che, nonostante i proclami della dottrina, siamo solo agli inizi.

([138]) Sentenza *Corn Products international v. Messico* del 15 gennaio 2008, punti 170-173.
([139]) CIG, 18 luglio 1966, *Etiopia* c. *Sud Africa; Liberia c. Sud Africa*, in *Rec.*, p. 47.
([140]) P. 32. Corsivo e grassetto aggiunti. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 253 SESS: 68 USCITA:

Pertanto, gli Articoli CDI, nonostante un acceso e ancora non sopito dibattito (141), differenziano, in funzione della norma primaria violata, *due tipi di responsabilità*. Se, ad esempio, si tratta della violazione di un trattato bilaterale allora la responsabilità si sviluppa nello stesso senso; se invece il trattato è multilaterale si ha, normalmente, uno Stato offensore e diversi Stati lesi e la responsabilità si scinde in un fascio di diritti e di obblighi bilaterali che incombono a ciascun destinatario (142).

Ma accanto a quelle fattispecie classiche, gli artt. 40 e 41 degli Articoli CDI regolano la fattispecie della "***responsabilità aggravata***", ossia di quella che insorge in presenza di "gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale" (143).

In presenza di tali violazioni gravi e sistematiche (**art. 40, par. 2)**, secondo gli **Articoli CDI**, si ha *oltre alle conseguenze ordinarie*:

a) un obbligo degli Stati di ***cooperare per porre fine alla violazione***;

b) di ***non fornire aiuto o assistenza*** allo Stato offensore;

c) di ***non riconoscere come legittime*** le situazioni create attraverso l'illecito stesso (art. 41).

Se, inoltre, l'obbligo violato è di ***natura solidale***, ossia posto a tutela di *interessi collettivi*, anche ***Stati diversi dallo Stato leso possono invocare la responsabilità internazionale dello Stato offensore*** (**art. 48**) **adottando all'occorrenza "misure lecite" (art. 54).** Quest'ultima norma non precisa, tuttavia, quali "contromisure" possano essere lecitamente adottate, in base al diritto internazionale generale, dagli Stati cui sia dovuta l'osservanza dell'obbligo solidale, e che non siano titolari di un diritto soggettivo specificamente leso dalla violazione.

A titolo di esempio di "interessi collettivi" lesi si possono citare le violazioni di trattati oggettivi come le Convenzioni multilaterali in materia di diritti umani o di tutela dell'ambiente o ancora di inquinamento marino in alto mare nonché di quei trattati che fissano dei regimi oggettivi quali quello sull'Antartide, sullo spazio extra-atmosferico e così via. Logicamente si giunge alla medesima conclusione in caso di violazione di norme di *jus cogens*, quali, *inter alia*, la violazione del divieto di aggressione.

A tale categoria di questioni va riportata la *querelle* tra gli Stati "occidentali" (*in primis* Stati Uniti e Stati membri UE) e la Federazione Russa (la Cina si astiene) rispetto alla legalità internazionale delle sanzioni economiche adottate dai "Paesi occidentali" contro la Russia a seguito dell'aggressione all'Ucraina iniziata nel feb-

---

(141) Per limitare i riferimenti ad alcuni saggi fondamentali cfr.: J. Crawford, *The International Law Commission's Articles of State Responsibility*, cit., p. 246 ss.; B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", in *RCADI*, 1994, p. 217 ss.; P. Picone, "Obblighi *erga omnes* e codificazione della responsabilità degli Stati", in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 293 ss.; P. Picone, "Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi *erga omnes*", *Riv. dir. int.*, 2012, p. 957 ss.

(142) V. spec. E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 455 ss. e riferimenti ivi citati.

(143) "*Serious breaches of obligations under peremptory norms of general International law*". Queste norme, in realtà, derivano da quelle, più ambiziose, che nei primi lavori della CDI, su impulso del prof. Roberto Ago e, successivamente del prof. Gaetano Arangio-Ruiz, dovevano modulare la gravità dell'illecito riferendosi, nei casi più gravi, ai "crimini" e ai "delitti" internazionali. Tuttavia, tale distinzione venne contrastata da numerosi Stati (cosa vuol dire che uno Stato è un "criminale internazionale"? come si può concepire un diritto internazionale penale applicabile agli Stati?) e ritenuta non corrispondente alla prassi. Pertanto, il successivo relatore speciale della CDI, prof. James Crawford, espunse quella parte e vennero approvate le norme di cui agli artt. 40 ss. Articoli CDI.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 254 SESS: 68 USCITA:

braio 2022 (144). Per gli uni, si tratta di un atto dovuto da parte di "Stati diversi dallo Stato leso" dinanzi ad una clamorosa violazione di norme di *jus cogens* (l'aggressione russa all'Ucraina); per la Russia, invece, gli Stati Uniti e la UE non sono affatto "Stati lesi" e non sono giuridicamente autorizzati, ne dall'art.48 degli Articoli CDI, né dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU — che è paralizzato dal veto russo — ad adottare sanzioni economiche contro la Russia.

Le norme degli Articoli CDI di cui sopra trovano eco nel precitato ***Parere relativo alle conseguenze giuridiche derivanti dalla costruzione del Muro nei territori palestinesi occupati***, del 9 luglio 2004, ove la CIG, una volta constatato che alcuni degli obblighi violati da Israele avevano efficacia *erga omnes* ha affermato che "data la natura e l'importanza di tali obblighi e dei diritti violati, tutti gli Stati sono tenuti a non riconoscere la situazione illecita derivante dalla costruzione del muro... a non prestare aiuto o assistenza finalizzati al mantenimento di quella situazione... e ad impegnarsi per far cessare qualunque impedimento al diritto di autodeterminazione del popolo palestinese derivante dalla costruzione del muro" (145).

Infine, va notato che anche il Progetto di Articoli sulle OIG del 2011 segue il medesimo approccio, lasciando purtuttavia aperte le medesime questioni e, quindi, affidando alla prassi che verrà il compito di chiarirne le implicazioni effettive.

È a tale titolo che la UE ha adottato una serie di pesanti sanzioni economiche nei confronti della Federazione russa a causa della sua aggressione all'Ucraina. Trattandosi di aggressione internazionale, la UE non essendo tecnicamente uno "Stato leso" ha reagito (insieme ad altri — pochi-Stati che hanno adottato sanzioni) facendo valere la violazione dello *jus cogens*. La Russia, ritenendo illegale la condotta della UE ha adottato una serie di controsanzioni (146).

2. — Quando la vittima è un soggetto privato

100. La protezione dell'individuo e il suo diritto di azione diretta sul piano internazionale. Rinvio. — In linea generale, qualora a causa della violazione di una norma internazionale da parte di uno Stato o di una OIG, un soggetto privato subisca un pregiudizio, questi potrà *ottenere* una riparazione agendo direttamente dinanzi a tribunali internazionali solo a titolo eccezionale pur se col passare dei decenni aumenta l'accesso dell'individuo a meccanismi di soluzione delle controversie transnazionali (147). Tradizionalmente, infatti, il contenzioso internazionale doveva — ed in parte ancor oggi deve — essere gestito dallo Stato di nazionalità della vittima privata attraverso l'esercizio della "protezione diplomatica" (1). Successivamente, a

---

(144) V. ad es. P. Jacob, "Les sanctions de l'UE contre la Russie comme mesures de réaction à un fait internationalement illicite", in *RGDIP*, 2023, pp. 71-97.

(145) Parere cit., punti 158-159. V. ora la Ris. del Consiglio di sicurezza ONU, del 23 dicembre 2016, adottata con 14 voti a favore e l'unica astensione degli Stati Uniti, con cui si riafferma che gli insediamenti israeliani nel Territorio palestinese occupato dal 1967 non hanno alcun fondamento giuridico e costituiscono una flagrante violazione del diritto internazionale, in *Riv.dir.int*., 2017, p. 325 s. Nostra traduzione. V. pure M. Arcari, "La decisione statunitense di trasferimento dell'ambasciata a Gerusalemme e la portata dell'obbligo di non-riconoscimento in diritto internazionale", in Riv. dir. int., 2018, p. 547 ss.

(146) V. i saggi in materia editi in *RGDIP*, n.1, 2023.

(147) La violazione di interessi privati "stranieri" costituisce il più grande indice dei contenziosi internazionali; per un'analisi chiara, v. R.B. Lillich, *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, ed. University Press of Virginia, 1983.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 255 SESS: 68 USCITA:

partire dalla metà del secolo scorso si è ammesso che anche una OIG possa esercitare la propria "protezione funzionale" a beneficio dei suoi agenti (2). Infine, come si è più volte osservato e come si vedrà nel seguito, oggi si manifesta una crescente tendenza ad accordare all'individuo un "diritto di azione diretta", senza passare necessariamente per la "protezione diplomatica" del proprio Stato (3).

§ 3. — *La protezione diplomatica*

1. — Un diritto dello Stato di cui la vittima-soggetto privato è cittadino

101. Nozione e rilevanza pratica. Finzione giuridica. — Secondo il diritto internazionale generale, il pregiudizio causato da una violazione del diritto internazionale e subìto da un soggetto privato, non attribuisce automaticamente a quest'ultimo il diritto di ottenere una riparazione internazionale direttamente da un altro Stato.

Infatti, come già scrisse VATTEL, "chiunque maltratti il cittadino di un altro Stato offende indirettamente quello Stato" ([148]). Ed allora, è lo Stato di cittadinanza a dover intraprendere nei confronti dello Stato offensore gli atti volti ad ottenere che quest'ultimo accordi al proprio cittadino un trattamento conforme al diritto internazionale o ripari il danno derivante dalla violazione delle norme medesime, attraverso l'istituto della *protezione diplomatica* (***diplomatic protection***) ([149]).

In proposito, la CDI ha adottato nel **2006** un ***Progetto di articoli sulla protezione diplomatica*** di cui, ancora una volta, l'Assemblea Generale ONU ha preso atto ([150]) e che, forse, in futuro, permetteranno di avviare una conferenza internazionale di codificazione delle norme in materia. Così, l'art. 1 del Progetto di articoli sulla Protezione diplomatica indica, attraverso una formula che la CIG ha considerato riflettere il diritto consuetudinario ([151]), che:

> "diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view of the implementation of such responsibility" ([152]).

Per quanto riguarda la natura giuridica di tale istituto del diritto internazionale, è pacifico in giurisprudenza (internazionale ed interna) che *lo Stato, nell'esercitare la*

([148]) E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, II, Cap. VI, 1758, p. 309, § 71: "Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce citoyen. Le Souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir".

([149]) C. DE VISSCHER, "La protection diplomatique des personnes morales", in *RCADI*, 1961, vol. 102, p. 446; M. DIEZ DE VELASCO, "La protection diplomatique des sociétés e des actionnaires", in *RCADI*, 1974-1, vol. 141, p. 87; V. LOWE, "Shareholders rights to control and manage: from Barcelona traction to ELSI", in *Mélanges S. Oda*, 202, p. 269; *Oppenheim's International Law*, cit., p. 511 ss.; J. CRAWFORD, *State Responsibility*, cit., p. 567 ss.; J.F. FLAUSS (dir.), "La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales", Bruxelles, Bruyant, 2003; *Brownlies' Principles of International Law*, cit., p. 607 ss. V. anche i rapporti della CDI nel relativo sito internet.

([150]) Ris. 18 dicembre 2006, n. 61/35. Cfr, J. CRAWFORD, "The International Law Commission's Articles on Diplomatic Protection Revisited", in *Essays in honor of J. Dugard*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2017, p. 135-171.

([151]) Così nel caso *Diallo*, precitato, eccezioni preliminari, *ICJ Reports*, 2007, p. 599.

([152]) Art. 1 del precitato Progetto CDI sulla protezione diplomatica del 2006. Il testo viene qui indicato nella versione originale inglese.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 256 SESS: 68 USCITA:

protezione diplomatica a favore di un proprio cittadino, pone in essere un *diritto proprio e non un diritto del cittadino per la cui protezione agisce*.

La prassi in materia si alimenta anche di una copiosa elaborazione giurisprudenziale da parte di collegi arbitrali costituiti per la risoluzione delle controversie circa l'applicazione di trattati bilaterali o multilaterali in materia di investimenti diretti esteri. Pertanto, tale materia è di rilevante interesse pratico anche per i contenziosi arbitrali transnazionali.

102. La formulazione tradizionale dell'istituto della protezione diplomatica nel caso delle concessioni *Mavrommatis* (1924)**.** — Nel *caso Mavrommatis*, la Grecia chiedeva ~~una~~ riparazione alla Gran Bretagna per la violazione dei diritti di un suo cittadino in Palestina, all'epoca sotto mandato britannico. I fatti all'origine della controversia erano in estrema sintesi i seguenti: Mavrommatis aveva stipulato diversi contratti con la Sublime Porta (Impero Ottomano) per la concessione di appalti pubblici da eseguire in Palestina. Alla fine della prima guerra mondiale, a causa dello smembramento dell'Impero Ottomano, la Palestina veniva posta sotto mandato britannico e queste ultime autorità cominciarono a contestare i diritti di Mavrommatis che, di conseguenza chiedeva al proprio Stato di cittadinanza, la Grecia, l'esercizio della protezione diplomatica. Iniziata la controversia dinanzi alla CPGI, la Corte, accogliendo la tesi della Grecia, osservava che:

"Una controversia è un disaccordo su un punto di diritto o di fatto, una contraddizione, un'opposizione di tesi giuridiche o di interessi fra due soggetti. Ora, tale è certamente il carattere della controversia che divide attualmente la Gran Bretagna e la Grecia. Quest'ultima Potenza fa valere il proprio diritto a che il suo cittadino, M. Mavrommatis, che sarebbe stato trattato dalle autorità palestinesi o britanniche in modo contrario ad alcuni obblighi internazionali, il cui rispetto si imponeva, ottenga a tale titolo un indennizzo dal Governo di Sua Maestà britannica".

Successivamente, la Corte illustrava l'istituto della protezione diplomatica con queste parole:

"È un principio elementare *del diritto internazionale quello che autorizza uno Stato a proteggere i propri cittadini, lesi da atti contrari al diritto internazionale commessi da un altro Stato, dal quale non abbiano potuto avere soddisfazione tramite le vie ordinarie. Facendosi carico della causa di uno dei suoi cittadini, ricorrendo in suo favore all'azione diplomatica o a procedimenti giudiziari internazionali, tale Stato, in verità, fa valere un diritto suo proprio, il diritto che ha di far rispettare, nella persona dei suoi cittadini, il diritto internazionale*" ([153]).

La lettura di questo celebre passo della CPGI consente agli operatori giuridici di trarne tutte le conseguenze operative per la soluzione dei casi pratici con le precisazioni che seguiranno dappresso.

103. Una giurisprudenza consolidata. — Dal caso *Mavrommatis* in poi, l'orientamento delle Corti dell'Aia si è consolidato. Venne ribadito, *inter alia*, nel *caso dei*

([153]) CPGI, (eccezioni preliminari), 30 agosto 1924, A/2, p. 12. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 257 SESS: 68 USCITA:

prestiti serbi e brasiliani (154) del 1929 ed ancora nell'affare *della Ferrovia di Panevezys-Saldutiskis* del 1939 (155).

La CIG, a propria volta, confermò la giurisprudenza della CPGI, ad esempio, ***nel caso Nottebohm*** (156) e nel ***caso della Barcelona Traction*** (157), ove aggiunse alcune precisazioni:

"[l]a protezione diplomatica concerne un settore molto delicato delle relazioni internazionali dal momento che l'interesse di uno Stato straniero a proteggere i suoi cittadini confligge con i diritti del sovrano territoriale, fatto del quale il diritto generale in materia ha dovuto tener conto al fine di evitare gli abusi e le frizioni. Strettamente legata, sin dalla sua origine, al commercio internazionale, la protezione diplomatica ha particolarmente risentito dello sviluppo delle relazioni economiche internazionali così come delle trasformazioni profonde che si sono verificate nella vita economica delle Nazioni".

Alla luce delle suddette premesse, la CIG pervenne a queste importanti conclusioni:

"nei limiti fissati dal diritto internazionale, *uno Stato può esercitare la sua protezione diplomatica con i mezzi e nella misura che ritiene opportuni, dal momento che è un proprio diritto che fa valere*. Se le persone fisiche o giuridiche per conto delle quali lo Stato agisce ritengono che i loro diritti non siano sufficientemente protetti, esse restano senza rimedi in diritto internazionale. Al fine di difendere la loro causa e di ottenere giustizia, esse non possono che far appello al diritto interno, se quest'ultimo gliene offre i mezzi. Il legislatore nazionale può imporre allo Stato l'obbligo di proteggere i propri cittadini all'estero. Può anche accordare ai cittadini il diritto di esigere che tale obbligo sia rispettato e di accompagnare tale diritto da sanzioni. *Ma tutte queste questioni restano nell'ambito del diritto interno e non modificano la situazione sul piano internazionale*.

79. — *Lo Stato deve essere ritenuto il solo giudice se accorderà la sua protezione, in quale misura lo farà e quando vi metterà fine*. Esso possiede a tale riguardo un potere discrezionale il cui esercizio può dipendere da considerazioni, in particolare di ordine politico, estranee al caso di specie. Dato che la sua domanda non è identica a quella del singolo o della società della cui causa si fa carico, lo Stato gode di una libertà d'azione totale. Quali che siano i motivi di un cambiamento di atteggiamento da parte sua, tale fatto non può in se giustificare l'esercizio della protezione diplomatica ad opera di un altro governo, a meno che non vi sia al riguardo un fondamento distinto e valido.

80. — Non si può ritenere che ciò equivalga a creare una situazione in cui la violazione del diritto resta senza rimedio, e cioè una situazione di vuoto giuridico. I titolari di diritti non sono in alcun modo obbligati ad esercitarli. Accade talvolta che nessun rimedio venga sollecitato nonostante siano stati lesi dei diritti. Dire che si crea così un vuoto sarebbe assimilare un diritto ad un obbligo" (158).

Gli sviluppi più recenti dell'istituto dimostrano, altresì, una sempre maggiore rilevanza della **tutela dei diritti umani**, valorizzando una valutazione effettiva degli interessi di natura individuale, che sono stati in passato in larga misura ignorati, o comunque subordinati agli interessi dello Stato nazionale (159). A riprova di ciò, e sia pure in un *obiter dictum*, la CIG nel ***caso Diallo*** ha osservato che:

---

(154) Serie A, p. 20 e 21.
(155) Serie A/B, n. 76, p. 16.
(156) *Rec*., 1955, p. 24.
(157) CIG, *Rec*., 1970, punto 37. Nostra traduzione.
(158) Sent. cit., punti 78-80. Corsivo aggiunto.
(159) Gli interessi dell'individuo sono venuti in rilievo nei recenti lavori della CDI, non solo, attraverso la predisposizione di disposizioni finalizzate ad una maggiore tutela delle situazioni giuridiche

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 258 SESS: 68 USCITA:

"La protezione diplomatica, originariamente limitata alle asserite violazioni dello *standard* minimo di trattamento degli stranieri, si è in seguito ampliata fino ad includere, tra l'altro, i diritti umani internazionalmente protetti" ([160]).

104. Un approccio confermato dalla giurisprudenza italiana. — La giurisprudenza interna — sia italiana che di vari altri Stati — appare in linea con quella internazionale, seppur con qualche oscillazione ([161]).

In proposito, va segnalato il contrasto giurisprudenziale recentemente creatosi tra il Consiglio di Stato e la Cassazione in merito al ***caso della Soc. "Il tuo viaggio".***

Detta società ("Il Tuo Viaggio s.r.l.") si era rivolta al Consiglio di Stato per ottenere la riforma della sentenza del TAR Lazio, sezione Prima, n. 7278 del 207 la quale aveva respinto il ricorso proposto in primo grado "per ottenere il risarcimento del danno subito per la mancata realizzazione del collegamento marittimo tra Italia e Marocco". La ricorrente, in particolare, pur imputando la mancata realizzazione del progetto di realizzare un collegamento marittimo tra l'Italia ed il Marocco all'atteggiamento ostile delle Autorità marocchine, sosteneva dinanzi al TAR la concorrente responsabilità delle Autorità italiane per non avere posto in essere misure sufficienti per dare effettiva attuazione alla L. n. 433/1985, di ratifica dell'accordo in materia di marina mercantile tra i due Stati.

La medesima società sosteneva che lo Stato italiano, in particolare, non avrebbe preteso dallo Stato marocchino il rispetto del principio di reciprocità (sancito dal predetto accordo internazionale), omettendo di attivarsi per far cessare il comportamento discriminatorio posto in essere dallo Stato marocchino.

Inoltre, la società lamentava l'illegittima azione dello Stato italiano che si sarebbe concretizzata nella mancata convocazione della Commissione mista (italo-marocchina) al fine di risolvere le problematiche sorte nel caso di specie in merito alla realizzazione del progetto di collegamento marittimo cui il presente contenzioso si riferisce.

Per tali ragioni, detta società chiedeva il risarcimento del danno subito per aver dovuto interrompere la sua attività relativa al collegamento marittimo con navi traghetto tra l'Italia e il Marocco.

Il **Consiglio di Stato**, con sentenza del 24 dicembre 2009, n. 8719, rigettava il ricorso indicando, tra le altre, le seguenti motivazioni:

"Come è noto, se uno Stato non rispetta le norme sul trattamento degli stranieri (anche norme fissate in convenzioni internazionali come quella richiamate dall'odierna appellante) compie un illecito internazionale nei confronti dello Stato al quale lo straniero appartiene. Lo Stato dello straniero "maltrattato" (nella fattispecie, appunto, lo Stato italiano) può allora esercitare la protezione diplomatica, ossia assumere la difesa del proprio cittadino sul piano internazionale, adottando le contromisure necessarie al fine di far cessare la violazione.

6. *Dal punto di vista del diritto interno, tuttavia, come la giurisprudenza ha più volte affermato, il Governo non è obbligato, nei confronti del cittadino che la invoca, ad esercitare la protezione diplomatica contro lo Stato straniero. Gli atti compiuti da uno Stato nel regolamento delle relazioni internazionali sono infatti atti politici e, come tali, sottratti al sindacato giurisdizionale, sia ordinario che amministrativo* (cfr. Cass. SS.UU. 8 ottobre 1965, n. 2088; Cass. SS.UU. 12 luglio 1968, n. 2452).

---

individuali, ma anche eliminando dal Progetto di articoli alcune disposizioni ritenute in contrasto con una protezione adeguata degli interessi dell'individuo. In arg. v. ad es. P. PUSTORINO, "Recenti sviluppi in materia di protezione diplomatica", in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 68 ss.

([160]) CIG, 24 maggio 2007, *Ahmadou Sadio Diallo, Rep. of Guinea c. Rep. democratica del Congo*, (eccezioni preliminari), punto 39. Nostra traduzione.

([161]) S. BARIATTI, "Protezione diplomatica", in *Dig. pubb*., 1997, vol. XII, 144; G. BATTAGLINI, "Protezione diplomatica", in *Enc. giur. Treccani*, 1991, vol. XXV; R. SAPIENZA, "Protezione diplomatica", in *Enc. dir.*, Milano, 2007, vol. XII, p. 380.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 259 SESS: 68 USCITA:

Deve, quindi, escludersi che il cittadino possa pretendere il risarcimento del danno per il mancato esercizio della c.d. protezione diplomatica.

7. Già queste considerazioni valgono ad evidenziare l'infondatezza della pretesa risarcitoria fatta valere dall'odierna ricorrente. *Deve, tuttavia, ancora evidenziarsi che, in ogni caso, la c.d. protezione diplomatica è subordinata, secondo principi pacifici di diritto internazionale, al previo esaurimento dei ricorsi interni*: finché tali rimedi esistono, e quindi lo Stato ha la possibilità di eliminare l'azione illecita o di fornire allo straniero leso una adeguata riparazione, le norme sul trattamento dello straniero non possono nemmeno ritenersi violate.

Questo rilievo conferma l'infondatezza della domanda risarcitoria atteso che nella fattispecie non risultano esperiti i rimedi interni allo Stato marocchino" ([162]).

La posizione del Consiglio di Stato, pur essendo sfavorevole alla tutela della società privata, appare perfettamente in linea con la consolidata giurisprudenza internazionale e con quella interna di molti altri Paesi.

Senonché, questa sentenza venne impugnata dinanzi alla **Cassazione**, la quale, pronunciandosi a sezioni unite, nel 2011, cassava la sentenza del Consiglio di Stato. Secondo la Suprema Corte:

"4.1. Correttamente e condivisibilmente evidenzia, pertanto, il ricorrente come il diniego assoluto di giurisdizione *in subiecta materia* si risolva nell'illegittimo diniego della sussistenza *tout court* di qualsivoglia posizione soggettiva giuridicamente tutelata rispetto al mancato esercizio dei poteri attribuiti alle Amministrazioni dello Stato dalla L. n. 433 del 1985 e dalla L. n. 69 del 1987: onde la irredimibile violazione degli artt. 24 e 113 della Carta fondamentale.

4.2 Censurabile risulta dunque la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto di qualificare la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente con riferimento all'istituto della protezione diplomatica — che, secondo la definizione contenuta nell'art. 1 del relativo progetto adottato dalla Commissione del Diritto internazionale (e fatta propria dalla Corte Internazionale di Giustizia con la sentenza 24 maggio 2007, *Sadio Diallo*), consiste nella contestazione da parte di uno Stato (attraverso un'attività diplomatica o altri mezzi di risoluzione delle controversie) della responsabilità di altro Stato per un danno causato da un fatto illecito (sul piano internazionale) ad una persona fisica o giuridica che abbia la nazionalità del primo Stato al fine di attivare consequenzialmente tale responsabilità — opinando che l'esercizio dei poteri di cui alla L. n. 69 del 1987, art. 1, potesse ascriversi ad una incensurabile attività di politica estera sottratta integralmente al vaglio della giurisdizione: così omettendo del tutto di considerare che i poteri in discorso (dapprima attribuiti al Ministero della marina mercantile, poi trasferiti a quello delle infrastrutture e dei trasporti) sono esercitati, su proposta (non di un organo politico, bensì) di una Commissione tecnica al fine di difendere la marina mercantile nazionale e di disciplinare i traffici commerciali marittimi per la tutela dell'interesse nazionale, poteri il cui contenuto esula del tutto dal novero degli atti politici *stricto sensu*, trattandosi viceversa di atti di (alta) amministrazione rientranti nell'esercizio di una più specifica politica marittimo-mercantile nazionale.

5. In ordine all'illegittimo esercizio — ovvero, come nella specie, al mancato esercizio di tali poteri — *sussistono, pertanto, inalienabili posizioni soggettive di interesse legittimo* (assimilabili alle *legitimate expectations* previste e tutelate in Common Law in ordine all'esercizio di poteri derivanti, come nella specie, dal diritto internazionale consuetudinario), *rispetto alle quali si pone al di fuori dei limiti (negativi) della* potestas iudicandi *dell'organo di giustizia amministrativa il diniego assoluto di tutela giurisdizionale che, viceversa, attesa la già rilevata consistenza giuridica delle predette posizioni, deve ritenersi devoluta a quell'autorità giudiziaria*" ([163]).

Pertanto, facendo intravedere un mutamento della tradizionale giurisprudenza in favore

---

([162]) C. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8719, in *Riv. dir. int*., 2010, p. 1280.

([163]) Cass. civ., sez. un., 19 ottobre 2011, n. 21581, in *Riv. dir. int*., 2012, p. 258. Corsivo aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 260 SESS: 68 USCITA:

dei soggetti privati (164), la Cassazione, nel caso di specie, ha precisato che l'istanza presentata da una società di navigazione marittima, avente ad oggetto la tutela dei propri interessi commerciali ritenuti lesi dal comportamento di uno Stato straniero, non va — o non va più! — analizzata nell'ambito dell'istituto della protezione diplomatica, il quale, per l'appunto, costituisce esercizio di un atto discrezionale di politica estera sottratto a qualsivoglia controllo giurisdizionale. Quel tipo di istanza va, invece, considerata come esercizio di un interesse legittimo all'attivazione di un procedimento amministrativo, regolamentato dalla legislazione italiana e quindi sottoposto a sindacato giurisdizionale. È presto per generalizzare tale soluzione al di là delle circostanze del caso di specie ma si tratta, senza dubbio, di una soluzione innovativa tesa a favorire i diritti dei soggetti privati.

La pronuncia della Cassazione italiana non è, come dimostra la precitata sentenza, completamente isolata e riecheggia la giurisprudenza inglese, la quale nel caso *Abbasi*, ha parlato di un *legal entitlement* dell'individuo, una "legittima aspettativa a che se, vittime all'estero di una violazione di un diritto fondamentale, il governo britannico non se ne lavi le mani abbandonandoli al loro destino" (165). Ma nel caso *Abbasi* si trattava di violazione dei diritti umani di un cittadino e non di un problema di natura commerciale di una s.r.l. come nel caso deciso dalla Cassazione italiana.

Il suddetto orientamento appare consolidato nella giurisprudenza amministrativa successiva. Così, ad es., il **TAR Lazio** ha recentemente ribadito che:

"assumendo l'istituto della c.d. *protezione diplomatica* valore di atto politico, risulta come tale sottratto *tout court* a qualsivoglia sindacato giurisdizionale, sia ordinario che amministrativo, in quanto espressione della funzione di direzione politica dell'ordinamento. Infatti, deve ritenersi che "*La qualificazione di un atto come politico è condizionata alla compresenza di due requisiti: il primo a carattere soggettivo, consistente nel promanare l'atto da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello; il secondo a carattere oggettivo, consistente nell'essere l'atto libero nei fini perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri*" (Consiglio di Stato sez. IV 29 febbraio 2016 n. 808)".

Pertanto:

"dalla qualificazione della protezione diplomatica come atto politico deriva l'inesistenza di posizioni giuridicamente rilevanti azionabili a sostegno del silenzio — rifiuto e la connessa quanto consequenziale insindacabilità dell'atto, dato il carattere massimamente discrezionale nell'*an* e nel *quomodo*" (166).

105. Due *caveat.* — In relazione alle considerazioni appena presentate, ne deriva che, dal punto di vista dei soggetti privati, l'istituto della protezione diplomatica può rivelarsi ***ingiusto***. In effetti, in base al diritto internazionale generale, abbiamo visto che lo Stato non è tenuto ad esercitare la protezione diplomatica ogniqualvolta si sia avuta violazione delle norme relative al trattamento dei ~~suoi~~ cittadini all'estero. Al contrario, spetta allo Stato decidere, nell'esercizio della propria discrezionalità politica e quindi in base a ragioni di convenienza, se esso intenda o meno esercitarla in una determinata fattispecie concreta. Inoltre, spetta sempre allo Stato protettore e non al

(164) In senso conforme v. J.F. Flauss, "Les contentieux des décisions de refus d'exercise de la protection diplomatique", *RGDIP*, 2005, pp. 407-419; P. Pustorino, "Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo", in *Riv. dir. int*., 2012, p. 156 ss.

(165) UK Court of Appeal, *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, 6 novembre 2002, in UK Human rights report, 2003, v. 76.

(166) T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 4 dicembre 2017, n. 11955, in *Foro amm*., 2017, 12, 2467.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 261 SESS: 68 USCITA:

privato cittadino di ritenere sufficiente o meno la riparazione offerta (167). Addirittura, lo Stato protettore, se riceve ~~un'indennità~~ a titolo di riparazione del pregiudizio che esso ha subito nella persona del suo cittadino, non è tenuto a versarla alla vittima.

Così, uno Stato può concludere un accordo internazionale che non soddisfi affatto i suoi cittadini, come dimostra l'esempio dell'indennizzo dei portatori francesi di titoli russi, negoziato dalla Francia e formalizzatosi nell'accordo di compensazione globale concluso con la Russia nel 1998: qui, la Francia ha rinunciato al pagamento del 99% del valore dei titoli con enorme sacrificio dei diritti patrimoniali delle persone fisiche e giuridiche portatrici dei titoli russi (168).

Secondo *caveat*: la facoltà di protezione diplomatica di cui dispongono gli Stati ai sensi del diritto internazionale, può rivelarsi persino ***pericolosa*** nelle relazioni internazionali, nella misura in cui può essere usata dallo Stato leso come pretesto per intervenire negli affari interni dello Stato autore del fatto illecito. Tale fu la ragione per la quale, in passato, numerosi Stati in via di sviluppo hanno protestato — a cominciare dai Paesi dell'America latina ed a partire dal XIX secolo — contro una certa strumentalizzazione della protezione diplomatica.

Fatte queste opportune considerazioni, resta il fatto che, pur se in passato si sono verificati fenomeni di ***abuso della protezione diplomatica*** da parte degli Stati più potenti, non si può sottacere *l'aspetto positivo dell'istituto* giacché, se correttamente usato, costituisce uno strumento deflattivo dei contenziosi internazionali. Pur in presenza di rischi di diniego di giustizia per i privati, è indubbio che le condizioni limitative dell'esercizio della protezione diplomatica servono anche come una sorta di "filtro" statale al fine di promuovere solo i reclami più seri e giuridicamente fondati prima di agitare la vita di relazione internazionale.

2. — Le condizioni d'esercizio della protezione diplomatica

106. Due condizioni necessarie. — Esistono due condizioni fondamentali all'esercizio della protezione diplomatica per mezzo dello Stato: la prima riguarda la *cittadinanza (o nazionalità) della vittima* (i) e la seconda la sua *condotta* (ii).

i. Occorre la cittadinanza dello Stato che esercita la protezione diplomatica

107. Legame di cittadinanza. — L'esercizio della protezione diplomatica deve avvenire ad opera dello Stato di cui un individuo ha la cittadinanza.

---

(167) Cfr., fra gli altri, PISILLO MAZZESCHI, "International Obligation to Provide for Reparation Claims?", in *State Reponsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, a cura di RANDELZHOFER e TOMUSCHAT, The Hague, London, Boston, 1999, p. 149 ss.; ID., "Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview", in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2003, p. 339 ss.; WEISS, "Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century", in *AJIL*, 2002, p. 809 ss.; DOMINICÉ, "La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États", in *Studi Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 2004, p. 729 ss. Sull'esistenza di diritti individuali alla riparazione dei danni prodotti nell'ipotesi di *crimini* commessi da uno Stato si veda inoltre il *Report to the Secretary-General*, approvato dalla Commissione d'inchiesta sul Darfur del 25 gennaio 2005 (parr. 597-598), sulla base della ris. 1564 del 18 settembre 2004 adottata dal Consiglio di sicurezza ONU.

(168) Sulla vicenda v. i riferimenti in P. JUILLARD, B. STERN, *Les emprunts russes. Aspects juridiques*, Paris, Pedone, 2002.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 262 SESS: 68 USCITA:

Tale principio generale venne chiaramente posto dalla CPGI nella già citata sentenza del 23 febbraio 1939 relativa all'*affare delle ferrovie Panevezys-Salutiskis.* Qui, la Corte aveva precisato che:

"Questo diritto [di esercitare la protezione diplomatica] può essere esercitato solo nei confronti di un proprio cittadino, poiché, in assenza di accordi particolari, è il legame di cittadinanza tra lo Stato e l'individuo che da solo riserva allo Stato il diritto della protezione diplomatica" ([169]).

A) ***La protezione diplomatica delle persone fisiche***

108. Una protezione dei cittadini dello Stato. — *L'esercizio della protezione diplomatica spetta allo Stato di cui l'individuo ha la cittadinanza*. Per gli *apolidi*, non v'è quindi, logicamente, protezione diplomatica, pur se si inizia ad ammettere che possa bastare la residenza nello Stato che la esercita.

Così, nel *caso delle proprietà religiose in Portogallo* relativo ad un contenzioso tra, da un lato, la Francia, la Spagna e la Gran Bretagna e, dall'altro, il Portogallo, la CPA concluse che a questi tre Stati spettava solo di proteggere i propri cittadini i cui beni erano stati espropriati da parte del Portogallo, escludendo quindi i cittadini di Stati terzi ([170]).

109. Necessità di una cittadinanza effettiva. — La protezione diplomatica a favore di un dato cittadino non può essere esercitata nei confronti di uno Stato che possa, in base al diritto internazionale, rivendicare l'individuo medesimo come proprio cittadino. Infatti, tra due Stati che pretendono di esercitare la protezione diplomatica a favore di uno stesso individuo nei confronti di uno Stato terzo, *prevale lo Stato al quale l'individuo è legato da un rapporto di cittadinanza effettiva* ([171]).

110. Cittadinanza effettiva ed opponibilità internazionale. — Per diritto consuetudinario, la cittadinanza deve essere "effettiva" per essere internazionalmente opponibile ad uno Stato nei confronti del quale un altro Stato pretenda di esercitare la sua protezione diplomatica. Tale concetto, lo si ricorderà, venne precisato nel celebre ***caso Nottebohm*** del 1955. Nel caso di specie, infatti, la CIG concluse che la cittadinanza formalmente concessa dal Liechtenstein al sig. Nottebohm (tedesco di origine) non era effettiva e dunque non era opponibile al Guatemala. Pertanto, trattandosi di un legame di cittadinanza meramente "fittizio", ne discendeva che il Liechtenstein non poteva esercitare la propria protezione diplomatica a favore di Nottebohm nei confronti del Guatemala.

111. Casi di pluricittadinanza. — *L'individuo leso non deve possedere contemporaneamente la cittadinanza dello Stato protettore e quella dello Stato offensore*.

Il principio venne enunciato nel ***caso Canevaro*** deciso tramite una sentenza arbitrale della CPA al termine di una controversia tra l'Italia ed il Perù.

I fatti all'origine della controversia erano, in estrema sintesi, i seguenti. Il Governo peruviano aveva promulgato un decreto con il quale aveva emesso dei buoni

---

([169]) Serie A/B, n. 76, p. 16.

([170]) Sentenza del 2 settembre 1920, in *RSA*, vol. I, p. 7 e ss.

([171]) In dottrina cfr. già Balladore Pallieri, "La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica", in *Studi T. Perassi*, 1957, II, p. 113 ss.; Durante, "Doppia o plurima cittadinanza nella protezione diplomatica", ivi, p. 111 ss. Tra la letteratura più recente cfr. *Brownlies' Principles of Public International Law*, cit., p. 609 s.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 263 SESS: 68 USCITA:

di pagamento a favore della società "José Canevaro e figli". Tali buoni non erano stati pagati alle scadenze pattuite e, dopo lo scioglimento della società e la morte del fondatore, gli eredi di cittadinanza italiana erano entrati in possesso dei buoni di pagamento. Il Governo italiano agiva in protezione diplomatica in favore degli eredi presentando al Perù un reclamo con cui si intimava il pagamento. La questione approdava alla CPA in virtù di un compromesso arbitrale concluso tra i due Stati ed il Perù, in particolare, contestava la cittadinanza italiana di uno degli eredi, Raffaele Canevaro, al fine di precludere all'Italia la facoltà di esercitare la protezione diplomatica nei suoi confronti.

A conclusione del procedimento, la CPA accoglieva la tesi del Perù considerando che, per quanto riguarda Raffaele Canevaro, "la legislazione italiana...gli attribuisce la cittadinanza italiana in quanto nato da padre italiano" ma "[c]onsiderato che di fatto Raffaele Canevaro ha in più occasioni agito come cittadino peruviano, sia presentandosi come candidato al Senato, dove non sono ammessi che cittadini peruviani e dove egli si è recato per promuovere la sua elezione, sia soprattutto accettando l'ufficio di Console Generale dei Paesi Bassi, dopo aver sollecitato l'autorizzazione del Governo e poi del Congresso peruviano", ne seguiva che, in tali circostanze, "quale che possa essere la condizione di Raffaele Canevaro in Italia dal punto di vista della sua cittadinanza, il Governo del Perù ha il diritto di considerarlo cittadino peruviano e di negargli la qualità di attore di cittadinanza italiana" ([172]).

In altre parole, il diritto internazionale predilige l'effettività ai collezionisti di passaporti e al trasformismo di certi individui...

Un ridimensionamento dei principi di cui sopra si ritrova nel *caso Florence Mergé*, del 10 giugno 1955, ove la Commissione di conciliazione italo-statunitense ha indicato che:

> "Il principio fondato sull'uguaglianza sovrana degli Stati, che esclude la protezione diplomatica in caso di doppia nazionalità, deve "cedere" dinanzi il principio di cittadinanza effettiva, ogni qualvolta quest'ultima cittadinanza sia quella dello Stato protettore. Ma non deve "cedere" quando questa predominanza non sia provata" ([173]).

~~Una simile~~ precisazione si ritrova all'art. 7 del Progetto CDI sulla protezione diplomatica del 2006 laddove viene previsto che, in caso di doppia nazionalità (dello Stato protettore e di quello offensore), "[a] State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim". Si ricollega dunque l'analisi fattuale a quella temporale.

Alla luce delle considerazioni appena presentate, si comprende la portata innovativa, in un contesto internazionale-regionale, delle regole di cui all'art. 23 TFUE.

Per effetto delle norme di diritto UE, come abbiamo già indicato, diviene possibile l'esercizio della protezione diplomatica anche da parte di uno Stato UE *diverso* da quello di cittadinanza dell'individuo, quale effetto del mero possesso della

---

([172]) Sentenza del 3 maggio 1912, testo in *RGDIP*, 1913, pp. 328-333. Nostra traduzione.

([173]) Si veda *RSA* T. XIV, p. 239. Nostra traduzione. Per applicazioni più recenti si veda: B. LEURENT, "Problèmes soulevés par les demandes des doubles nationaux devant le Tribunal des différends irano-americain", in *RCDIP*, 1985, 273 e 477.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 264 SESS: 68 USCITA:

cittadinanza UE ([174]). Per il momento, tuttavia, tale norma non ha dato luogo ad una prassi significativa.

112. Casi di cambiamento di cittadinanza. — Il mutamento di cittadinanza della vittima o dei suoi aventi diritto pone problemi particolarmente complessi ai fini della protezione diplomatica. *La cittadinanza di un individuo, infatti, può essere presa in considerazione in momenti diversi*: *sia alla data in cui il danno si è verificato, sia alla data di conclusione di un eventuale accordo tra Stati sulla questione, sia alla data della sentenza del tribunale (o collegio arbitrale) internazionale*.

Nel secolo scorso, veniva adottato in modo rigoroso il principio della "continuità della cittadinanza". Ciò, come abbiamo indicato sopra, significava che una persona doveva possedere la medesima cittadinanza dall'inizio alla fine della protezione diplomatica: in pratica, fino alla data della sentenza del collegio giudicante (principio della **"continuità della cittadinanza").**

Tuttavia, tale principio ha subito una certa erosione nel, già citato, caso delle "***vedove del Lusitania***" deciso, il 12 novembre 1923 ([175]), dalla Commissione mista tedesco-americana. Tale Commissione, istituita in base ad un trattato tra i due Paesi, era incaricata di pronunciarsi sulle richieste statunitensi contro la Germania dopo l'entrata in guerra degli Stati Uniti. Il *Lusitania*, un transatlantico britannico affondato dalla marina militare tedesca, aveva a bordo un gran numero di cittadini americani. Qualche tempo dopo l'affondamento del transatlantico, alcune vedove delle persone decedute avevano acquistato un'altra cittadinanza. Potevano, dunque, gli Stati Uniti proteggere le "vedove del Lusitania" dato che non possedevano più la cittadinanza statunitense? In base ai principi tradizionali, la risposta era negativa. Tuttavia, in tale fattispecie, la Commissione ha ammesso la protezione diplomatica statunitense per quelle vedove che possedevano la cittadinanza americana al momento della firma del trattato tra gli Stati Uniti e la Germania dove s'istituiva la procedura di arbitrato.

Tale soluzione, sia pure non molto rigorosa, ci sembra più equa, poiché è coerente con l'esigenza di protezione degli interessi delle vittime e dei loro successori.

B) ***La protezione diplomatica delle persone giuridiche***

113. Premessa. — La protezione diplomatica può essere esercitata da uno Stato anche in favore di società commerciali dotate della personalità giuridica e della propria nazionalità. Qui, occorre considerare principalmente due aspetti: da un lato, quello della protezione della società in quanto ente-soggetto, ossia come persona giuridica; dall'altro lato, la posizione degli azionisti di quella medesima società.

114. Il progressivo riconoscimento della protezione diplomatica a vantaggio di una società commerciale in quanto persona giuridica. — I criteri in base ai quali uno Stato può esercitare la protezione a favore delle persone giuridiche sono stati precisati grazie alla giurisprudenza internazionale a partire dalla seconda metà del XIX

([174]) V. art. 20, c. 2, TFUE ove si stabilisce che "I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro:...*c*) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato".

([175]) *RSA*, vol. VII, p. 32 e ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 265 SESS: 68 USCITA:

secolo ([176]). Ciò spiega perché alcuni criteri formali, quali il luogo di costituzione, la sede, il conferimento della personalità giuridica all'ente da parte di uno Stato, non sono ancora universalmente ed univocamente accettati per giustificare l'esercizio della protezione diplomatica, in quanto la *nazionalità di una persona giuridica* resta una questione diversa da quella *dell'individuazione della legge applicabile alla medesima* (c.d. *lex societatis*) ([177]).

Per contro, è pacifico oggi in diritto internazionale che la protezione diplomatica possa essere esercitata in favore di società commerciali.

Tale principio è stato riconosciuto nel — già citato — *caso della Barcelona Traction* del 1970. Qui, la CIG ha indicato lapidariamente che: "quando si tratta di atti illeciti diretti contro una società a capitali stranieri, la regola generale di diritto internazionale autorizza soltanto lo Stato nazionale di tale società a formulare un reclamo" ([178]).

E poiché, aggiunge la CIG, non esiste un diritto internazionale generale delle società commerciali, ne segue necessariamente che "è a regole generalmente accettate nei sistemi di diritto interno i quali riconoscono la società per azioni il cui capitale è rappresentato da azioni e non al diritto interno di un determinato Stato che il diritto internazionale si riferisce".

Nella fattispecie, la Corte concluse che il Belgio non fosse legittimato ad esercitare la protezione diplomatica di tale s.p.a. nonostante il fatto che alcuni suoi cittadini ne avessero il pacchetto azionario di controllo. La CIG, nel rigettare il *criterio della cittadinanza della maggioranza dei soci della s.p.a.*, indicò che per determinare lo Stato di nazionalità dell'ente che fosse legittimato all'esercizio della protezione diplomatica, occorreva prendere in considerazione i criteri del *luogo di costituzione della società* (che è il criterio comunemente adottato dai Paesi di *Common Law*) e quello *dell'ubicazione della sede principale* (diffuso nei Paesi di Civil Law).

Alla luce di tali premesse, la Corte concluse che, nella fattispecie, solo il Canada fosse legittimato ad esercitare la protezione diplomatica della *Barcelona Traction*, nella misura in cui detta società aveva sede in quel Paese e possedeva la personalità giuridica di diritto canadese. Come abbiamo in precedenza notato, la regola così fissata in via giurisprudenziale per le persone giuridiche diverge da quella del "legame effettivo" fissata per la cittadinanza — e dunque per la protezione diplomatica — delle persone fisiche.

115. Il riconoscimento della protezione diplomatica degli azionisti tramite i BITs. — L'evoluzione della giurisprudenza internazionale a partire dalla seconda metà del XIX secolo, spiega anche come sia eccezionalmente consentito ad uno Stato di esercitare la protezione diplomatica a favore di singoli azionisti di una società commerciale — seppure quest'ultima sia munita di personalità giuridica e persino possieda una diversa cittadinanza rispetto ai propri soci — per il *pregiudizio subito in quanto azionisti* a causa dell'illecito commesso da un altro Stato a danno della società.

La protezione diplomatica degli azionisti di una società straniera venne esercitata per la prima volta, così ci pare, nel ***caso Ruden***, oggetto di un contenzioso tra gli Stati

---

([176]) Cfr. anche per una ricostruzione storica, G. BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, 1957, nonché A. WATTS, "Nationality of Claims: Some Relevant Concepts", in V. LOWE (ed.), *Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, CUP, 1996, pp. 424-39.

([177]) In arg. v. F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., ove riferimenti.

([178]) *Rec.*, 1970, punto 88.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 266 SESS: 68 USCITA:

Uniti ed il Perù ([179]) per poi essere ammessa nel lodo arbitrale nel ***caso della baia di Delagoa riguardante le ferrovie di Lourenço Marquès*** del 29 marzo 1900 ([180]).

In seguito, si è fondata la tutela degli azionisti per trattato internazionale tramite il "sollevamento del velo societario" (***piercing the corporate veil***) ([181]). Ma si tratta di regole a carattere eccezionale e pertanto è prematuro affermare che si sia formato un principio di diritto internazionale generale in tale materia.

Più recentemente, nel ***caso Diallo***, la CIG ha concluso che "dopo aver attentamente esaminato la prassi degli Stati e le pronunce delle Corti internazionali relative alla protezione diplomatica degli azionisti", quest'ultima "non rivela" — almeno per il momento — "un'eccezione nel diritto internazionale consuetudinario che permetta la protezione per sostituzione, così come invocata dalla Guinea". La Corte ha dunque riaffermato che "è... la normale regola della nazionalità che disciplina la questione della protezione diplomatica" delle due società che, nel caso di specie, erano di nazionalità congolese ([182]).

Il *caso Diallo* appare, però, assai significativo dato che, nella fattispecie, Ahmadou Sadio Diallo, cittadino della Guinea residente da molto tempo nell'attuale Repubblica del Congo (RDC), era socio ed amministratore di due società commerciali regolarmente registrate in quest'ultimo Paese ed aveva nel tempo promosso una serie di azioni giudiziarie intese a recuperare dei crediti vantati nei confronti di società pubbliche congolesi. Diallo aveva, a più riprese, denunciato le illegittime ingerenze del Governo della RDC nell'amministrazione della giustizia, con il risultato di subire il suo arresto e la successiva espulsione dal Congo ([183]).

Qui, la CIG ha affermato che, pur essendo da escludere l'esercizio della protezione diplomatica a favore delle società congolesi nei confronti del Congo, la Guinea era comunque legittimata ad agire per proteggere i diritti di Diallo, in quanto suo cittadino (§ 65) nonché socio delle società in questione. La medesima Corte ha però concluso che ciò non era possibile in virtù della circostanza per la quale non erano stati ancora esauriti i mezzi di ricorso interni.

La CIG ha aggiunto altresì che "dal suo *dictum* nel caso *Barcelona Traction* non ha più avuto occasione di pronunciarsi sulla questione se, nel diritto internazionale [esista] un'eccezione alla regola generale secondo la quale il diritto di protezione diplomatica di una società spetta al suo Stato nazionale".

Ciònonostante, osserva la Corte, "*nel diritto internazionale contemporaneo, la protezione dei diritti delle società e dei diritti degli azionisti [nonché] il regolamento delle relative controversie, sono essenzialmente disciplinati da accordi bilaterali o multilaterali concernenti la protezione degli investimenti stranieri*" ([184]).

Ne segue che il "sollevamento del velo societario" e la tutela degli azionisti di una società dipende dal particolare trattato internazionale (quasi sempre un BIT) applicabile al caso di specie.

([179]) Sentenza del 28 febbraio 1870; v. il testo in La Pradelle et Politis, vol. II, pp. 589-593.

([180]) Berna, 1892-1900.

([181]) V. ad es. l'art. 297 *a*) del Trattato di Versailles o l'art. 78, § 4, *b*) del Trattato di pace con l'Italia del 1947.

([182]) CIG, 24 maggio 2007, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 778, punti 88-94, spec. punto 89. Nostra traduzione.

([183]) CIG, 24 maggio 2007, cit..

([184]) Sent. precitata, punti 87-88. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 267 SESS: 68 USCITA:

ii. Il comportamento del soggetto privato leso

116. Piano espositivo. — Il comportamento del soggetto privato leso può incidere in due modi sull'esercizio della protezione diplomatica. La vittima deve avere "le mani pulite" (***clean hands doctrine***) *(a)*, e deve avere "esaurito" i mezzi di ricorso interni (***exhaustion of local remedies rule***) *(b)*.

a) *La regola delle "mani pulite"* (clean hands doctrine)

117. Mitigazione o esclusione della responsabilità. — L'individuo su cui lo Stato esercita o pretende di esercitare la protezione diplomatica non deve aver avuto una "condotta biasimevole" ([185]). Se così fosse, questo tipo di condotta *andrebbe ad attenuare la responsabilità dello Stato* offensore cui viene contestata una violazione del diritto internazionale, o addirittura lo *andrebbe ad esonerare completamente* rendendo la protezione diplomatica irricevibile o, comunque, infondata.

118. Il primo precedente: il *caso Ben Tillett* (1899). — Fattispecie di questo genere si possono presentare quando un individuo abbia intenzionalmente violato il diritto interno dello Stato offensore. Fu così, per esempio, nel *caso Ben Tillett* oggetto di un contenzioso tra la Gran Bretagna ed il Belgio alla fine del XIX secolo ([186]). Qui, nonostante l'avviso d'interdizione delle autorità belghe, un sindacalista inglese, Ben Tillett, si era recato ad Anversa, in Belgio, per prendere parte ad una riunione sindacale che era stata vietata. Tillett fu quindi arrestato ed estradato in Gran Bretagna. La Gran Bretagna, però, chiese al Belgio un risarcimento per quella che, a suo giudizio, era una violazione del diritto internazionale.

L'arbitro, nel caso di specie, respinse le richieste della Gran Bretagna poiché Ben Tillett aveva intenzionalmente violato il diritto interno belga. In breve, non aveva le "mani pulite".

119. Il caso del *Virginius*. — Altre fattispecie, si possono presentare allorquando la vittima abbia violato una norma di diritto internazionale, come, ad esempio, nel caso della commissione di atti contro la neutralità degli Stati attraverso azioni di contrabbando in tempo di guerra. Ciò avvenne nel *caso del Virginius* ([187]), oggetto di un contenzioso tra la Spagna e gli Stati Uniti. Qui, una nave che aveva ottenuto fraudolentemente di battere bandiera statunitense si era data al contrabbando d'armi con gli insorti cubani. Fu catturata in alto mare da una nave da guerra spagnola, condotta a Cuba, e tutti i passeggeri furono sommariamente giudicati colpevoli di pirateria e, come tali, giustiziati.

Anche se la Spagna aveva il diritto di processare quegli individui, il modo con cui si erano svolti i fatti nel caso di specie evidenziarono una cattiva *amministrazione della giustizia da parte delle autorità spagnole locali* e, di conseguenza, la Spagna dovette versare un indennizzo alla Gran Bretagna ed agli Stati Uniti per l'esecuzione sommaria dei loro cittadini. In questo caso, pur se la Spagna fu riconosciuta internazionalmente responsabile, divenne altrettanto evidente che la *responsabilità dello Stato offensore era attenuata* in ragione del fatto che quegli individui erano dediti ad un traffico internazionalmente illecito.

([185]) Si veda J. SALMON, in *AFDI*, 1964, p. 225.
([186]) Si veda *RGDIP*, 1899, 46.
([187]) MOORE, *Digest*, II, cit., p. 895 e ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 268 SESS: 68 USCITA:

b) ***La regola del "previo esaurimento dei ricorsi interni"***

120. Una norma consuetudinaria. — In caso di trattamento di uno straniero contrario al diritto internazionale, la protezione diplomatica dello Stato a cui lo straniero appartiene può essere esercitata solo *dopo che i rimedi ammessi dall'ordinamento interno siano stati inutilmente esperiti dallo straniero* ([188]). Si tratta della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (***exhaustion of local remedies rule***), una *norma consuetudinaria di diritto internazionale* presente da molto tempo nella giurisprudenza internazionale.

Così, ad es., nel caso dell'*Interhandel* oggetto di un contenzioso tra gli Stati Uniti e la Svizzera dinanzi alla CIG, la Corte riconobbe formalmente il carattere consuetudinario di quella norma con queste parole:

"La norma secondo la quale i ricorsi interni devono essere esauriti prima che si possa iniziare una procedura internazionale è una norma di diritto internazionale consuetudinario. Tale norma è generalmente applicata nei casi in cui uno Stato prenda le difese del proprio cittadino i cui diritti sono stati lesi da un altro Stato, in violazione del diritto internazionale. Prima di ricorrere alla giurisdizione internazionale, viene ritenuto, in tali casi, necessario che lo Stato, dove il danno viene subìto, possa rimediare attraverso norme proprie del suo diritto interno" ([189]).

Il medesimo principio si ritrova nel caso *Ambatielos* ([190]) nel 1953, in una controversia tra la Gran Bretagna e la Grecia o anche nel caso dell'*Anglo-iranian* del 1952, tra l'Iran e la Gran Bretagna. Più recentemente, nel caso *ELSI*, oggetto di un contenzioso tra gli Stati Uniti e l'Italia, la CIG si è riferita a tale norma in quanto "importante principio di diritto internazionale consuetudinario".

121. Una norma talvolta prevista negli accordi internazionali. — A volte, il previo esaurimento dei ricorsi interni viene regolato in un trattato internazionale. Così, ad esempio, la CEDU, all'art. 35, precisa che la Corte EDU:

"non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro sei mesi a decorrere dalla data della decisione definitiva".

Si tratta di una norma molto importante nel contenzioso CEDU e su cui la giurisprudenza della Corte EDU ha notevolmente precisato, ai propri fini, la portata di tale istituto.

A livello ONU, si noti che la regola dell'esaurimento dei mezzi di ricorso interni è stata ugualmente riconosciuta dalla *Ris. n. 1803 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* riguardante la "sovranità permanente sulle risorse naturali" come indicato nell'art. 4 ([191]).

([188]) V., *inter multos*, G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967; Witenberg, *La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales*, in *RCADI*, 1932-III, 50 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004; Amerasinghe, *Ricorsi interni nel diritto internazionale*, Cambridge, CUP, 2004.

([189]) CIG, affare dell'*Interhandel* (eccezioni preliminari), *Rec*., 1959, p. 27. Nostra traduzione.

([190]) *Rec.*, 1953, p. 19.

([191]) Secondo il quale "[l]a nazionalizzazione, l'espropriazione e la requisizione dovranno fondarsi su ragioni o motivi di utilità pubblica, di sicurezza o di interesse nazionale, che sono riconosciuti come superiori ai singoli interessi particolari o privati, tanto nazionali che stranieri. In tali casi, il proprietario

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 269 SESS: 68 USCITA:

Infine, va sottolineato che nei *contratti transnazionali tra Stati e privati stranieri* (*State Contracts*) le parti riescono a neutralizzare la regola del previo esaurimento dei mezzi di ricorsi interni introducendo apposite clausole compromissorie nel contratto. Tramite dette clausole tutte le controversie nascenti da questi rapporti saranno risolte in via definitiva ed unica da arbitri internazionali senza attendere l'esaurimento di alcun mezzo di ricorso dinanzi al giudice interno di uno Stato.

122. Ragioni dell'istituto della protezione diplomatica. — Le ragioni dell'istituto della protezione diplomatica appaiono chiare e si possono riassumere nel modo che segue:

a) Si tratta innanzitutto *di evitare la moltiplicazione di controversie internazionali.* È pertanto una norma finalizzata a limitare il contenzioso internazionale.

b) Si tratta, poi, di *una norma di amministrazione della giustizia dettata dal buon senso.* In effetti, si deve presumere che ciascuno Stato possieda un sistema giudiziario completo ed effettivo. Ed allora, lo Stato che ha commesso, attraverso uno dei suoi organi, una violazione di una norma internazionale relativa al trattamento degli stranieri non dovrà essere tenuto responsabile fino a che vi sia possibilità di revisione del provvedimento costitutivo dell'illecito dello Stato. Solo in caso di insuccesso si potrà dunque elevare la controversia al livello internazionale.

123. Eccezioni. — Ferme restando le considerazioni di cui sopra, valgono alcune eccezioni di rilevante importanza pratica.

Innanzitutto, la regola del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni non trova applicazione qualora sia esclusa da un accordo internazionale.

In secondo luogo, *la regola non opera allorquando si dimostri che siano già stati esperiti i mezzi ordinari di ricorso interno* ([192]) o che quest'ultimi siano da considerarsi chiaramente "illusori" e quindi tali da escludere l'esistenza o l'utilità pratica di ricorsi interni a causa del ben conosciuto mal funzionamento della giustizia in quel Paese.

Per citare una celebre frase del Segretario di Stato americano (del XIX secolo), Hamilton Fish: "[u]n individuo, in uno Stato straniero, non è tenuto a rivolgersi alla giustizia se non c'è alcuna giustizia a cui rivolgersi".

Non è però sempre facile determinare quando i ricorsi interni siano stati effettivamente esauriti. Basti pensare all'esempio di uno Stato Federale ove esistono procedure giudiziarie a "vari livelli".

3. — La rinuncia alla protezione diplomatica: la *clausola Calvo*

124. La rinuncia dello Stato alla protezione diplomatica. — La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni e quella della protezione diplomatica possono essere "neutralizzate". Se, infatti, l'esercizio della protezione diplomatica costituisce una

---

riceverà un indennizzo appropriato, in conformità alle regole dello Stato che adotta tali misure nell'esercizio della sua sovranità ed in conformità al diritto internazionale. In ogni caso in cui la questione dell'indennizzo potrebbe dare luogo da una controversia, la giurisdizione nazionale dello Stato che prende le suddette misure, dovrà essere previamente esaurita". Nostra traduzione. Ris. AG 1803 (XVII) del 14 dicembre 1962, adottata con 87 voti a favore (tra cui l'Italia), 2 contrari e 12 astensioni.

([192]) CPGI, A 2, 12. Ciò significa che lo straniero non è tenuto a provocare misure eccezionali di riparazione — diverse da atti giurisdizionali o amministrativi — come ad esempio dei provvedimenti legislativi. Cfr. ancora il *caso Diallo*, di cui alla precitata sentenza CIG del 24 maggio 2007, punti 46-48.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 270 SESS: 68 USCITA:

prerogativa dello Stato, ne segue necessariamente che vi potrà rinunciare anche dopo avervi dato inizio. Ma il dato saliente del nostro tempo è quello per cui gli Stati *rinunciano preventivamente ed espressamente alla protezione diplomatica in appositi trattati internazionali.*

L'esempio più eclatante è offerto **dall'art. 27 della *Convenzione ICSID del 1965***, ove si prevede che le Parti contraenti *rinunciano all'esercizio della loro protezione diplomatica* in caso di clausola compromissoria che rinvii al Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti (ICSID).

125. La rinuncia alla protezione diplomatica da parte dei soggetti privati protetti per effetto della c.d. *Clausola Calvo*. — È valida sul piano del diritto internazionale anche la rinuncia da parte dei soggetti privati alla protezione diplomatica del proprio Stato di cittadinanza?

La clausola di rinuncia alla protezione diplomatica viene spesso denominata "clausola Calvo", dal nome di un celebre Professore di diritto internazionale divenuto Ministro degli affari esteri argentino alla fine del XIX secolo che ne aveva propugnato l'adozione su larga scala.

Questa clausola viene spesso imposta agli individui ed alle imprese straniere che concludono ***contratti con enti pubblici*** ed altri soggetti dell'America latina, soprattutto in materia di appalti pubblici, finanziamenti, concessioni e così via.

Per giustificare l'utilizzazione di tale clausola, Calvo si era avvalso di due considerazioni.

Da un lato, essendo gli Stati liberi, indipendenti e sovrani, *non devono soffrire alcuna ingerenza da parte di altri Stati*: in altre parole, secondo Calvo, l'esercizio della protezione diplomatica costituisce solamente un modo per interferire negli affari interni di un altro Stato.

D'altro canto, — e questo è il secondo argomento di Calvo — gli *stranieri ammessi nel territorio dello Stato, beneficiano dei diritti e dei privilegi che sono concessi ai cittadini di quello Stato*. Se dunque per gli stranieri non può che valere il ***trattamento nazionale***, ne segue necessariamente che, al pari dei cittadini, avranno accesso agli stessi rimedi concessi dal diritto interno dinanzi alle autorità locali.

La "clausola Calvo" ha costituito una reazione rispetto ad abusi avvenuti nel passato. In effetti, la protezione diplomatica era stata concessa troppo facilmente, talvolta in modo abusivo, da parte degli Stati europei a vantaggio dei loro cittadini che risiedevano negli Stati latino-americani. Pertanto, gli Stati latino-americani hanno per lungo tempo considerato la protezione diplomatica un istituto "colonialista" ed imperialista, utilizzato per giustificare un'ingerenza nei loro affari interni e suscettibile, in casi estremi, di degenerare in vere e proprie operazioni militari, una vera e propria "diplomazia delle cannoniere" (*gunboat diplomacy*).

In proposito, valgano le considerazioni presentate dal giudice messicano Padilla Nervo nella sua opinione individuale nel *caso Barcelona Traction* del 1970:

> "[l]a storia della responsabilità degli Stati in materia di trattamento degli stranieri è un susseguirsi di abusi, d'ingerenze illegali nell'ordinamento interno degli Stati deboli, di reclami ingiustificati, di minacce e anche di aggressioni militari sotto la copertura di facciata del diritto

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 271 SESS: 68 USCITA:

di protezione, e di sanzioni imposte con il fine di obbligare un governo a effettuare le riparazioni richieste" (193).

Questo stesso giudice aveva sviluppato delle argomentazioni analoghe davanti alla CDI nel 1957 durante l'esame del progetto di convenzione sulla "Responsabilità internazionale dello Stato per i danni causati sul suo territorio alla persona e ai beni stranieri": ai suoi occhi si trattava di uno strumento tramite il quale le grandi Potenze stabilivano relazioni ineguali con gli Stati più deboli che avevano appena acquisito la loro indipendenza. E quegli Stati, all'epoca, erano essenzialmente gli Stati latino-americani.

Così, per lungo tempo, gli Stati latino-americani hanno fatto della "clausola Calvo" uno dei loro principali cavalli di battaglia, al punto di farne spesso un obbligo costituzionale. Tuttavia, in tempi più recenti, la maggior parte degli Stati latino-americani ha mutato atteggiamento. È così che l'*Argentina*, Paese promotore della "clausola Calvo", la abbandonò formalmente nel trattato del 14 novembre 1991 concluso con gli Stati Uniti a proposito dell'incoraggiamento e della protezione reciproca degli investimenti (194). Un altro strenuo difensore della *clausola Calvo*, il Messico, l'ha abbandonata con la sua Legge quadro del 21 dicembre 1991 (195).

126. Una valutazione diversa. — La prassi internazionale relativa alla "clausola Calvo" è quantomeno contraddittoria:

— se ci atteniamo alla teoria classica in tema di responsabilità internazionale, secondo la quale lo Stato che esercita la propria protezione diplomatica fa valere esclusivamente un *proprio* diritto, *dobbiamo allora concludere che la clausola Calvo è clamorosamente inefficace*. A rigor di logica, infatti, un individuo non può rinunciare a un diritto che non gli appartiene e che, per di più, costituisce una prerogativa di uno Stato sovrano. In altre parole, la rinuncia da parte del cittadino di un dato Stato all'assistenza da parte del proprio Stato e l'impegno da parte del medesimo cittadino a non invocare l'assistenza diplomatica del suo Stato, non precludono l'esercizio della protezione diplomatica da parte di tale Stato. Questa è la più diffusa eccezione rispetto alla clausola Calvo, se ci riferiamo alla dottrina o alla prassi di molti Stati (specialmente gli Stati Uniti). Ed una tale conclusione deriva dalla stessa giurisprudenza della CIG.

— Tuttavia, in alcuni arbitrati si è riconosciuta la liceità internazionale della "clausola Calvo". Si tratta di alcune sentenze della Commissione generale di arbitrato istituita nel 1923 tra Stati Uniti e Messico. In due casi, gli arbitri hanno espressamente riconosciuto la validità internazionale di detta "clausola" (196). Ma si tratta di casi rari e di un vetusto dibattito, sicché appare assai curioso che simili argomentazioni siano riapparse nel nostro tempo a proposito della *querelle* sulla legittimità dei meccanismi di *Investor-state dispute settlement* (ISDS) (197).

---

(193) *Rec*., p. 246. Nostra traduzione.

(194) V. l'art. VII di questo trattato il cui testo è riprodotto in *ILM*, 1992, p. 124.

(195) Si veda l'art. 8 di questa legge riprodotta in *ILM*, 1992, p. 390.

(196) *North American Dredging C°*, 1926, *RSA*, vol VI, p. 26 e ss.; *International Fisheries C°*, 1931, *RSA*, vol. IV, p. 691.

(197) Si rinvia a D. CARREAU, "L'arbitrage transnational entre Etats et investisseurs étrangers à la croisée des chemins" e F. MARRELLA, "International Investment Arbitration and EU reform projects for appellate mechanisms: some critical remarks", entrambi in *Studi in onore di G. Bernini*, cit., p. 511 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 272 SESS: 68 USCITA:

127. Un ruolo raramente riconosciuto ma una possibile eccezione in favore dello Stato ospite. — Sembra comunque che, in alcuni casi, — come quelli affrontati nei due lodi decisi dalla Commissione generale di arbitrato tra Stati Uniti e Messico —, la "clausola Calvo" possa giocare un ruolo, in via meramente accessoria, alla stregua di un'attenuazione dell'esercizio della protezione diplomatica. Da questo punto di vista, il mancato rispetto di tale clausola da parte di un individuo danneggiato potrebbe costituire un elemento di prova per dimostrare che non aveva le "mani pulite", ovvero non aveva esaurito i mezzi di ricorso interni.

4. — Il diritto di "azione diretta" dei soggetti privati sul piano internazionale

128. Premessa e rinvio. — Ci accontenteremo qui di un breve richiamo nella misura in cui a tale questione abbiamo già accennato nella parte relativa alla soggettività internazionale degli individui e vi ritorneremo a suo luogo (*infra*, Cap. XXIV). Abbiamo visto, in effetti, che in un certo numero di casi, ai soggetti privati è stata formalmente attribuita, tramite il diritto pattizio, la legittimazione ad agire — direttamente o indirettamente — dinanzi a meccanismi internazionali di soluzione delle controversie. In questi casi, *gli individui possono agire dinanzi a giurisdizioni internazionali senza passare per il canale della protezione diplomatica degli Stati o della protezione funzionale delle OIG.*

129. (*segue*) La soluzione più favorevole ai privati offerta oggi dalla CEDU. — La reticenza degli Stati era ben visibile nella versione iniziale della *Convenzione europea dei diritti umani del 1950* in cui gli individui dovevano passare necessariamente attraverso la *Commissione europea dei diritti umani* prima di poter accedere alla Corte EDU ([198]). Tale impostazione tradizionale è ancora presente nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani ed in quello della Carta Africana.

Senonché, grazie alla riforma entrata in vigore nel 1998, una volta esauriti i mezzi di ricorso interni, gli individui (ed anche le persone giuridiche di diritto interno come le società di capitali) possono adire direttamente la Corte EDU contro uno dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. Significativamente, dinanzi ai giudici della Corte EDU siedono, da un lato le vittime (persone fisiche o giuridiche private) assistite dal loro avvocato e, dall'altro, il loro Stato (o lo Stato territoriale) assieme al proprio avvocato.

130. La soluzione favorevole ai soggetti privati nella Convenzione ICSID del 1965. — Gli Stati esitano ancora ad accettare sistematicamente l'arbitrato internazionale per risolvere le controversie insorte durante l'esecuzione dei contratti conclusi con imprese private straniere. Ma nel nostro tempo, i circa tremila accordi bilaterali in materia di investimenti (BITs) prevedono un accesso diretto ed immediato dei privati stranieri al contenzioso arbitrale internazionale contro gli Stati. A propria volta, nei contratti internazionali tra Stati e privati stranieri, numerosi Stati si trovano "costretti" ad accettare clausole arbitrali a causa delle pressioni dei mercati internazionali, pur di riuscire ad acquisire la disponibilità di risorse economiche in mano privata. In tutti questi casi, risulta evidente che i soggetti privati hanno acquisito, *volentes nolentes*, nei confronti degli Stati, un importante diritto di agire direttamente dinanzi ad un meccanismo internazionale di soluzione delle controversie ove possono ottenere una riparazione adeguata in caso di violazione dei loro diritti soggettivi.

([198]) V. per tutti A. Cassese, *I diritti umani oggi*, 6 ed., Bari, Laterza, 2019.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 273 SESS: 68 USCITA:

131. La soluzione favorevole ai soggetti privati nel diritto UE. — Il diritto dell'UE costituisce una marcata eccezione nell'ordinamento internazionale. In seno all'Unione europea, un individuo (persona fisica o giuridica) può, infatti, far valere direttamente i suoi diritti davanti a giudici internazionali indipendenti e permanenti: la Corte di giustizia UE. Tuttavia, anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, l'accesso dell'individuo al giudice UE non è generale. In altre parole, gli individui *non hanno la possibilità di esperire ricorsi individuali contro qualunque atto delle istituzioni dell'Unione o del loro Stato.* Ma non v'è dubbio che, come espressamente affermato nel celebre caso *Costa c. Enel*:

"a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico" ed "istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi" ([199]).

132. La rimozione volontaria della protezione diplomatica tramite contratto. — Infine, va osservato che i soggetti privati — spesso società multinazionali — al di là di quanto previsto dalla Convenzione ICSID e dai BITs possono pattuire nei loro contratti con gli Stati (*State contracts*) di ricorrere direttamente all'arbitrato internazionale, eliminando in questo modo la necessità di ottenere la protezione diplomatica del "loro" Stato nazionale. Ciò avviene, di regola, con riferimento ai contratti del commercio internazionale ove si predilige l'arbitrato commerciale internazionale, quasi sempre amministrato da un ente privato di primaria importanza (ICC, PCA, LCIA, AAA etc.). Pur se, come abbiamo già osservato a proposito della *clausola Calvo*, non è possibile per un privato disporre dei diritti del proprio Stato di cittadinanza, è altrettanto vero che la protezione diplomatica è divenuta, progressivamente, una mera soluzione di *default*, da attivare in mancanza di specifici accordi tra Stati e privati stranieri.

§ 3. — *Il contenuto della responsabilità internazionale dello Stato: le conseguenze dell'illecito*

133. Piano espositivo. — Le conseguenze dell'illecito internazionale si articolano attorno a due poli fondamentali: gli *obblighi di cessazione e non ripetizione dell'illecito* (1), e *l'obbligo di riparazione* (2). La riparazione può prendere forme diverse quali la *restitutio in integrum*, la soddisfazione e il risarcimento dei danni, come si vedrà tra breve.

1. — L'obbligo di cessazione e non ripetizione del fatto illecito

134. L'art. 30 degli Articoli CDI, rubricato "Cessazione e non ripetizione" (***Cessation and non-repetition***) indica che:

"Lo Stato responsabile dell'atto internazionalmente illecito ha l'obbligo di:

([199]) Corte di giustizia, 15 luglio 1964, causa n. 6/64, *Costa c. Enel*. V. *amplius* Cap. XVIII.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 274 SESS: 68 USCITA:

a) porre fine a quell'atto se esso continua;

b) offrire adeguate assicurazioni e garanzie di non ripetizione se le circostanze lo richiedono".

La prima conseguenza che, dunque, deriva dalla commissione di un illecito internazionale a carattere non istantaneo ma continuativo, è quella del sorgere di un *obbligo (secondario) di cessazione dell'illecito*. La seconda conseguenza è quella di *fornire adeguate garanzie di non ripetizione* dell'illecito.

Così, **ad esempio**, nel **caso *LaGrand***, la CIG, una volta accertato l'illecito degli Stati Uniti nel non avere concesso l'assistenza consolare a due cittadini tedeschi detenuti negli USA, ha accertato l'impegno di tale Paese ad assicurare l'attuazione dell'art. 36, par. 1, della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari ritenendolo "adeguato a soddisfare le assicurazioni di non ripetizione richieste dalla Germania" (punto 124 della sentenza).

2. — La riparazione

135. Un principio generale di diritto. — L'obbligo di riparazione deriva da un principio generale di diritto e da una norma consuetudinaria ([200]) . Viene enunciato **all'art. 31 degli Articoli CDI** con le seguenti parole:

"Lo Stato responsabile ha l'obbligo di prestare integrale riparazione per il pregiudizio causato dall'atto internazionalmente illecito.

2. Il pregiudizio comprende ogni danno, sia materiale che morale, causato dall'atto internazionalmente illecito di uno Stato".

La commissione dell'illecito crea infatti un diritto soggettivo dello Stato leso ad

---

([200]) Cfr. ad es. SALVIOLI, "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux", *RCADI*, 1929-III, p. 235 ss.; WHITEMAN, *Damages in International Law*, 3 voll., 1937-1943; M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè, 1990; P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles/Paris, 2002 e A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2003; BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, 2009. Nella sentenza del 9 febbraio 2022 sulle *attività armate sul territorio del Congo (Congo c. Uganda*), punto 148, la CIG ha espressamente affermato che "As regards reparation, Article 31 of the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter the "ILC Articles on State Responsibility")...reflects customary international law". Inoltre, la stessa corte ha indicato (punti 93-94) che "[a]s a general rule, it falls to the party seeking compensation to prove the existence of a causal nexus between the internationally wrongful act and the injury suffered. In accordance with the jurisprudence of the Court, compensation can be awarded only if there is "a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act . . . and the injury suffered by the Applicant, consisting of all damage of any type, material or moral"...However, it should be noted that the causal nexus required may vary depending on the primary rule violated and the nature and extent of the injury. In particular, in the case of damage resulting from war, the question of the causal nexus can raise certain difficulties. In a situation of a long-standing and large-scale armed conflict, as in this case, the causal nexus between the wrongful conduct and certain injuries for which an applicant seeks reparation may be readily established. For some other injuries, the link between the internationally wrongful act and the alleged injury may be insufficiently direct and certain to call for reparation. It may be that the damage is attributable to several concurrent causes, including the actions or omissions of the respondent. It is also possible that several internationally wrongful acts of the same nature, but attributable to different actors, may result in a single injury or in several distinct injuries. The Court will consider these questions as they arise, in light of the facts of this case and the evidence available. Ultimately, it is for the Court to decide if there is a sufficiently direct and certain causal nexus between Uganda's internationally wrongful acts and the various forms of damage allegedly suffered by the DRC."

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 275 SESS: 68 USCITA:

ottenere la riparazione del pregiudizio ed in ciò si concretizza la responsabilità internazionale.

L'espressione "riparazione" (***reparation***) è qui usata nel significato più ampio. Posto che ogni illecito causa un pregiudizio alla vittima, si ha che la riparazione è diretta ad eliminare il danno o le conseguenze del pregiudizio, sia che si tratti di un *danno materiale* (cioè a carattere patrimoniale) o *morale* (cioè a carattere non patrimoniale).

Tali principi si ricavano dalla giurisprudenza arbitrale e da quella delle Corti internazionali dell'Aia.

a) ***La prassi arbitrale***

136. Qualche precedente famoso. — Tra un'abbondante prassi arbitrale ci limiteremo a citare solo qualche caso famoso.

Nel precitato lodo *dell'**Alabama***, del 1872, il collegio arbitrale condannò la Gran Bretagna a pagare un risarcimento pecuniario assai consistente agli Stati Uniti per aver violato i propri obblighi internazionali di Stato neutrale nella guerra di Secessione.

Inoltre, in modo più generale, l'arbitro Max Huber, in un lodo del 12 maggio 1925 relativo ai ***reclami britannici nella zona spagnola del Marocco***, enunciò il seguente principio fondamentale: "[l]a responsabilità è un corollario necessario del diritto. La responsabilità dà luogo all'obbligo di riparazione nel caso in cui l'obbligo principale non sia stato adempiuto" ([201]).

b) ***La prassi delle Corti internazionali dell'Aja***

137. Una formula classica nella giurisprudenza delle Corti internazionali dell'Aja. — La CPGI ha avuto occasione di esprimere questo principio in alcune sentenze relative *alla **Officina di Chorzow***. Nella sentenza del 26 luglio 1927, la Corte ha affermato che: "è un principio di diritto internazionale che la violazione di un impegno dia luogo ad un obbligo di riparazione in forma adeguata" ([202]). Successivamente, nella sentenza del 13 settembre 1928, la Corte, riferendosi alla sentenza precedente, aveva affermato che "è un principio di diritto internazionale, anzi un concetto generale del diritto, che ogni violazione di un impegno internazionale comporta l'obbligo di riparazione" ([203]).

Lo ribadiva la CIG nel suo parere consultivo del 1949 a proposito del caso *Bernadotte* ([204]) come pure nel parere consultivo del 9 luglio 2004 nel caso relativo al muro costruito da Israele in Cisgiordania ([205]). L'orientamento è rimasto costante come evidenziano i precitati casi ***Avena*** ([206]), *Ahmadou Sadio **Diallo*** ([207]);

([201]) *RSA*, vol. X, p. 641. Nostra traduzione.

([202]) Ser. A, n. 9, p. 21. Nostra traduzione.

([203]) Ser. A, n. 17, p. 29. Nostra traduzione.

([204]) *Rec.* 1949, p. 184.

([205]) Par. 52.

([206]) CIG, 31 marzo 2004, Mexico v. United States of America, Rec./I.C.J. Reports 2004, p. 59, punto 119.

([207]) CIG, 30 novembre 2010, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo, (merito), *Rec./I.C.J. Reports* 2010, p. 691, punto 161.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 276 SESS: 68 USCITA:

Gabčíkovo-Nagymaros ([208]); della *compensazione dovuta dalla* ***Repubblica del Nicaragua alla Repubblica di Costa Rica*** ([209]). Recentemente, nel caso ***Jadav*** ([210]), la CIG ha rilevato che la riparazione appropriata può consistere anche nella revisione e nel riesame del verdetto di colpevolezza e della pena pronunciata contro un cittadino straniero (nel caso di specie, indiano). Tale riesame e revisione deve essere effettivo.

3. — Le forme di riparazione del pregiudizio

138. — Per quanto riguarda le forme e l'ammontare della riparazione, ordinando le soluzioni di diritto internazionale generale, **l'art. 34 degli Articoli CDI** indica che *"[l]a riparazione integrale del pregiudizio causato da un atto internazionalmente illecito sarà effettuata nella forma della restituzione, risarcimento e soddisfazione, singolarmente o in combinazione*".

a) *La restituzione in forma specifica* (restitutio in integrum)

139. Il ripristino dello *status quo ante*. — La *restitutio in integrum* ***(Restitution)***, ossia la *restituzione* consiste nel ripristinare lo stato di fatto che sussisteva prima della commissione dell'illecito internazionale. Esempi ne sono la riconsegna di beni mobili, di detenuti, l'abrogazione di leggi, l'annullamento di atti amministrativi e così via.

In base all'art. 35 degli Articoli CDI:

"Uno Stato responsabile di un atto internazionalmente illecito ha l'obbligo di procedere alla restituzione, cioè a ristabilire la situazione che esisteva prima che l'illecito fosse commesso purché e nella misura in cui:

a) non sia materialmente impossibile;

b) non comporti un onere sproporzionato rispetto al beneficio derivante dalla restituzione a paragone di quello che deriverebbe dal risarcimento".

Tali regole sono allineate con la giurisprudenza internazionale.

Così, nel ***caso della requisizione di navi norvegesi***, in un lodo CPA pronunciato il 13 ottobre 1922, gli arbitri hanno affermato che "la giusta compensazione implicava di ristabilire completamente lo *status quo*" ([211]). Successivamente, l'arbitro Dupuy, nel **lodo *Texaco*** più volte citato, ha affermato che "la *restitutio in integrum* costituisce... secondo i principi...di diritto internazionale, la riparazione normale nel caso di inadempimento di obbligazioni contrattuali"; essa poteva essere esclusa nel solo caso in cui fosse assolutamente impossibile ristabilire lo *status quo* ([212]). Da parte sua, la CPGI aveva affermato un identico principio nella sentenza precitata del 13 settembre 1928, relativa alle ***Officine di Chorzow***: "il principio essenziale" — dice la Corte — "che deriva dalla nozione stessa di atto illecito e che sembra derivare dalla prassi internazionale, precisamente dalla giurisprudenza dei tribunali arbitrali, è che la riparazione deve, per quanto possibile, eliminare tutte le conseguenze dell'atto illecito e ristabilire lo stato che sarebbe verosimilmente esistito se il detto atto non fosse stato commesso. Restituzione in natura o, se questa non è possibile, pagamento di una somma corrispondente al valore che

---

([208]) CIG, 25 settembre 1997, Hungary v. Slovakia, Rec./I.C.J. Reports, 1997, p. 80, punto 150.

([209]) CIG, 2 febbraio 2018, Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), pag. 14, punto 29.

([210]) CIG, 17 luglio 2019, India c. Pakistan, in *Riv. dir.int*.. 2019, p. 1183 ss.

([211]) *RSA*, vol. I, p. 307.

([212]) Punto 109 della sentenza in *Clunet* 1977, p. 387; v. anche l'analisi della giurisprudenza internazionale contenuta nei par. 97-101. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 277 SESS: 68 USCITA:

avrebbe avuto la restituzione in natura; risarcimento dei danni per le perdite subite che non possono essere coperte dalla restituzione in natura o dal pagamento in sua sostituzione; questi sono i principi su cui si deve fondare la determinazione della somma dell'indennità dovuta in caso di un fatto contrario al diritto internazionale" ([213]). Già nel *caso delle* ***concessioni Mavrommatis*** nel 1925 ([214]), poi in quello *del* ***Tempio di Préah-Vihéar*** nel 1962 ([215]), le Corti internazionali dell'Aja hanno applicato il principio della *restitutio in integrum*. La CIG ha ulteriormente confermato tale orientamento nel suo parere consultivo del 9 luglio 2004 relativo al "muro" costruito da Israele nel territorio palestinese occupato ([216]).

Infine, va segnalato che la *restitutio in integrum* può anche essere un modo di riparazione adeguato persino nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti esteri. Se ne può trovare un esempio nel **lodo ICSID** dell'8 aprile 2013 nel caso ***Franck Charles Lemire c. Moldavia***, ove all'investitore è stato concesso di scegliere tra la restituzione dei beni ed il versamento di un indennizzo (punti 569-572) ([217]).

140. Le nazionalizzazioni illecite. — Nonostante tali precedenti, non è ancora pacifico che il "ripristino dello *status quo*", la *restitutio in integrum*, sia il "modo normale" di riparazione previsto dal diritto internazionale. La *restitutio in integrum* si dimostra, nella maggior parte dei casi pratici, "impossibile" da realizzare nell'ordinamento internazionale. Ciò si verifica puntualmente in materia di nazionalizzazioni o di espropriazioni: in effetti, ripristinare la situazione antecedente a uno Stato che nazionalizza o espropria equivale ad impedirgli di procedere ad una misura economica adottata in base alla propria sovranità territoriale ([218]). Non è mai successo, in passato, che un soggetto privato dopo avere subito una "nazionalizzazione" si sia visto "restituire integralmente i suoi diritti". Per tali ragioni, gli arbitri che hanno conosciuto, ad esempio, le "nazionalizzazioni libiche" hanno concluso che l'unica riparazione possibile fosse nella forma di un risarcimento dei danni ([219]). Del resto, il rimedio della *restitutio in integrum* non è affatto diffuso al livello degli ordinamenti interni dei singoli Stati.

b) ***La riparazione per equivalente: il risarcimento monetario.***

141. — Se la restituzione in forma specifica non è possibile, **l'art. 36 degli Articoli CDI** prevede la riparazione per equivalente, cioè **la liquidazione ed il risarcimento del danno** che, peraltro, può anche aggiungersi alle altre forme di riparazione (ad es. soddisfazione o restituzione). *Consiste, in pratica, nella corresponsione di un indennizzo (****Compensation****), cioè di una somma di denaro, per il danno alla vittima dell'illecito*.

Questa regola venne formulata dalla CPA nel **caso precitato** ***dell'indennità per danni di***

([213]) Ser. A, n. 17, p. 47. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

([214]) CPGI, ser. A, n. 5, p. 45.

([215]) *Rec.*, pp. 36-37.

([216]) V. par. 152-153. Corsivo aggiunto.

([217]) Lodo ICSID No. ARB/06/18, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/244/lemire-v-ukraine-ii- .

([218]) V. Lodo *Texaco* reso dal prof. R.J. Dupuy, cit., par. 110-112.

([219]) V. lodo *Lagergren* del 10 ottobre 1973 nel caso *B.P. c. Libia*, e il lodo *Mahmassani* del 12 aprile 1977 nel caso *L.I.A.M.C.O. c. Libia*, il cui testo è parzialmente riprodotto in *Riv. arb.*, 1980, n. 1, con un commento di B. Stern.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 278 SESS: 68 USCITA:

guerra (Russia c. Turchia) con queste parole: "tutte [le responsabilità], si traducono, o possono essere trasformate, nel pagamento di un indennizzo monetario" ([220]).

La CPGI, nel caso delle ***Officine di Chorzow*** seguì lo stesso approccio, affermando che: "è un principio di diritto internazionale che la riparazione di un torto possa consistere in un'indennità corrispondente al danno subito dai cittadini dello Stato leso in seguito ad un atto contrario al diritto internazionale. È anche la forma di riparazione più utilizzata" ([221]).

Ciò, tuttavia, non significa che *qualunque violazione* del diritto internazionale possa essere sempre sanata con un risarcimento monetario. Si pensi, ad esempio, al ***caso del genocidio*** ove la CIG, giustamente, non ritenne appropriato di ridurre ad un mero risarcimento economico la violazione dell'obbligo di prevenire il genocidio in Bosnia a carico della Serbia. La stessa Bosnia accettò una riparazione in forma di *soddisfazione* ([222]).

142. Difficoltà specifiche del diritto internazionale. — Nel ***caso dei fosfati del Marocco*** del 14 giugno 1938, la CPGI ha affermato che: "trattandosi di un atto imputabile allo Stato, e contrario ai diritti di un altro Stato, la responsabilità internazionale si instaura direttamente sul piano delle relazioni tra questi due Stati" ([223]).

Di qui, la difficoltà specifica nel determinare la misura della riparazione (il *quantum*) in diritto internazionale. In effetti, mentre la responsabilità internazionale, e quindi l'obbligo di riparazione, si collocano sul piano delle relazioni interstatali, può accadere che il danno venga subito da soggetti privati.

143. Danno subìto da un privato e danno subìto dallo Stato nazionale di cui risulta cittadino. — Il diritto al risarcimento del danno spetta sempre al soggetto di diritto internazionale leso, ma la natura della riparazione ed il suo ammontare vanno determinati, nell'ipotesi in cui il danno sia stato subito da un cittadino di uno Stato leso, sulla base del pregiudizio sofferto dall'individuo (persona fisica o giuridica che sia). In questo caso, purtroppo, nel diritto internazionale "pubblico" classico, si tratta sempre di riparazione dovuta *allo Stato* per la violazione di un proprio diritto soggettivo internazionale: il danno al soggetto privato viene preso in considerazione unicamente ai fini della determinazione della natura e della misura della riparazione.

La CPGI, nel ***caso delle Officine di Chorzow***, si è espressa con in queste parole: "la riparazione dovuta da uno Stato ad altro Stato non muta la propria natura nel caso in cui essa prenda la forma di un indennizzo, la cui misura sarà fornita dal danno subito dal privato. Le norme che determinano la riparazione sono le regole di diritto internazionale in vigore tra i due Stati in questione e non il diritto che regola i rapporti tra lo Stato che ha commesso il torto e il privato che ha subito il danno. I diritti o gli interessi, la cui violazione causa un danno ad un privato, si trovano sempre su di un altro piano rispetto ai diritti dello Stato che lo stesso atto può ugualmente pregiudicare. *Il danno subìto dal privato non è mai identico nella sostanza a quello che lo Stato subirà; esso non può che fornire una misura opportuna della riparazione dovuta allo Stato*" ([224]).

([220]) *RSA*, vol. X, p. 440. Nostra traduzione.
([221]) CPGI, 13 settembre 1928, Ser. A, n. 17, p. 27. Nostra traduzione.
([222]) CIG, 3 febbraio 2015, Croazia c. Serbia.
([223]) Ser. A/B, n. 74, p. 28. Nostra traduzione.
([224]) Ser. A, n. 17, 1928, p. 28. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 279 SESS: 68 USCITA:

144. Soluzioni tratte dalla giurisprudenza internazionale classica. — Dalla precitata sentenza della CPGI è possibile dedurre alcuni principi generali:

— *il diritto internazionale della riparazione è autonomo*: esso regola delle situazioni di fatto e di diritto che riguardano i soli Stati (o, nel nostro tempo, anche le OIG), indipendentemente dai rapporti giuridici sottostanti.

— *Il diritto internazionale della riparazione è esclusivo* (salvo accordo specifico): si applica cioè solo il diritto internazionale, con esclusione di ogni altro sistema giuridico. In ipotesi di protezione diplomatica, le regole di diritto interno o quelle eventualmente previste da un contratto internazionale non saranno applicabili; solo il diritto internazionale, infatti, è deputato a regolare la materia della riparazione. Ciò, nella pratica, risulta particolarmente evidente in materia di nazionalizzazioni ed espropriazioni.

— *Il danno subìto dallo Stato* (o da una OIG) *che esercita la sua "protezione" non è uguale a quello subito dal privato*: il soggetto privato, persona fisica o giuridica, soccombe — o quantomeno viene messo "tra parentesi" — a vantaggio di un interesse di natura "pubblicistica" dello Stato protettore; verrà pertanto "riparato" il "danno proprio" dello Stato (o dell'OIG) causato da una violazione del diritto internazionale. Tuttavia, il danno subito dal privato servirà da "strumento di misurazione" per la riparazione dovuta. Qui, l'artificio della protezione diplomatica appare in tutta la sua evidenza: sia nel caso in cui lo Stato protettore o una OIG possono perseguire solo la riparazione del "loro danno"; sia nel caso in cui lo Stato o l'OIG non abbiano subito alcun pregiudizio oltre a quello subito dal loro cittadino o agente.

Alla luce di tali considerazioni, si avrà che lo Stato protettore o l'OIG possono teoricamente ottenere una riparazione maggiore rispetto al pregiudizio subito dal privato ma, nella prassi, la riparazione è quasi sempre di gran lunga *inferiore*.

Alla luce di tali considerazioni, suscita interesse la soluzione — per il momento solo pionieristica — che attribuisce al privato leso *un titolo autonomo nei confronti dello Stato che lo protegge*.

È ciò che ha timidamente riconosciuto la Corte di Cassazione francese nella sentenza del 14 giugno 1977, *S.E.E.E. c. Repubblica socialista federale della Jugoslavia, Francia ed altri* ([225]). Questa sentenza indica, da un lato, la necessità di offrire dei mezzi di ricorso autonomi al soggetto privato in caso di protezione statale "insufficiente"; dall'altro lato, evidenzia il carattere arcaico ed inadeguato dei meccanismi classici della "protezione diplomatica" che sacrificano gli interessi dei soggetti privati privando questi ultimi di ogni possibilità di ottenere giustizia.

145. *Quantum*. — Il risarcimento presuppone che il danno subìto sia economicamente valutabile. L'ammontare dell'indennizzo, infatti, deve corrispondere al ***pregiudizio subìto***. Ma non esiste, in diritto internazionale, alcun metodo obbligatorio per la valutazione del danno, che potrà dunque avvenire anche attraverso la combinazione di vari metodi.

Occorrerà distinguere, ad esempio, le fattispecie in cui l'espropriazione o la nazionalizzazione siano lecite o meno: nella seconda ipotesi, l'ammontare dell'indennizzo *sarà più elevato* ([226]). Al riguardo, la sentenza del 1984 pronunciata dal Tribunale per i reclami tra Iran e Stati Uniti nel **caso *AMOCO*** ha affermato che "l'indennizzo

---

([225]) *RCDIP*, 1978, p. 710.

([226]) V. a tale riguardo, la sentenza n. 17 del 1928 nel *caso officina di Chorzow*, p. 47.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 280 SESS: 68 USCITA:

pieno del pregiudizio, attraverso la concessione alla parte lesa del danno emergente e del lucro cessante, è un principio comune ai principali sistemi di diritto interno e quindi un principio generale di diritto che può essere considerato una fonte del diritto internazionale" ([227]). A propria volta, il medesimo tribunale, ha esposto lo stato attuale del diritto internazionale sulla valutazione dell'indennizzo dovuto in caso di nazionalizzazione o espropriazione ([228]).

Da allora, però, la "giurisprudenza" arbitrale non è stata uniforme. Sebbene la precitata sentenza della CPGI nel ***caso delle Officine di Chorzow*** continui ad essere citata come precedente (persuasivo), nei lodi successivi i criteri da essa individuati vengono utilizzati in modo sempre più attenuato. Come indica il **lodo *AMOCO*** "il valore di un'impresa espropriata non varia in funzione della legalità o dell'illegalità della sua espropriazione" ([229]); aggiungendo che, se quest'ultima fosse lecita, occorrerebbe prendere in considerazione il valore dell'impresa all'epoca della sua espropriazione mentre, se quest'ultima fosse illecita, il suo valore costituirebbe unicamente un elemento del risarcimento complessivamente dovuto.

Successivamente, nella sentenza ***Phillips Petroleum c. Iran***, il Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti osservava che, data l'impossibilità della *restitutio in integrum*, il *quantum* dell'indennizzo doveva essere valutato prendendo in considerazione l'aumento di valore di detta impresa tra la data della sua espropriazione e quella della pronuncia giudiziale o arbitrale con cui sarebbe stato liquidato il risarcimento ([230]). Sembra che oggi questo sia l'orientamento dominante dei collegi arbitrali ma il tema è oggetto di un vasto dibattito ([231]).

146. La riparazione integrale del pregiudizio subìto e gli interessi. — L'art. **36, par. 2, degli Articoli CDI** dispone che:

"Il risarcimento coprirà ogni danno suscettibile di valutazione economica ivi compreso il mancato guadagno nella misura in cui sia determinato".

Di regola, il danno deve essere risarcito integralmente: è quindi indennizzabile sia il danno emergente (il ***damnum emergens***) che il mancato guadagno cioè il c.d. lucro cessante (***lucrum cessans***). Si tratta di principi generali di diritto — interno ed — internazionale che sono stati applicati in innumerevoli pronunzie giurisprudenziali e pertanto l'art.36 degli Articoli CDI costituisce una codificazione del diritto consuetudinario ([232]).

([227]) In *ILR*, v. 89, p. 504. Nostra traduzione.

([228]) *Amoco International Finance Corp. c. Iran*, 14 luglio 1987, in *ILM*, 1988, p. 1314 e, al riguardo, v. P. Juillard, in *AFDI*, 1988, pp. 573-582.

([229]) Par. 197. Nostra traduzione.

([230]) 28 giugno 1989, § 122. V. altresì D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6 ed., cit., p. 673 ss.

([231]) Ad esempio v. i lodi ICSID, *ADL Affiliate c. Ungheria*, del 2 ottobre 2006, par. 479-501, o *Bernardus Enricus Funnkotter c. Zimbabwe*, del 22 aprile 2009, par. 108-111. In arg. cfr. J. Gotanda, "Damages in Private International Law", *RCADI*, v. 326, 2007, p. 83 ss.; J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett, *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2 ed., Oxford, OUP, 2017.

([232]) V., a titolo d'esempio, il caso delle ferrovie dell'*Antiquia* del 1866 in La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (1899) p. 545; il caso della *baia di Delagoa* del 1875, ivi, p. 397; il lodo Asser nel caso del *Cape Horn Pigeon* del 1902, in *RSA*, vol. IX, p. 63; il caso *Shuffeldt*, ivi, vol. 2, p. 1079. A tale riguardo, basti citare anche il lodo *Amoco*, precitato, per una sintesi dell'evoluzione del diritto internazionale in tale materia. V.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 281 SESS: 68 USCITA:

I collegi arbitrali spesso determinano in un'unica cifra forfettaria il compenso per i due tipi di danni che vengono valutati in base agli elementi di prova disponibili. Occorre, però, un rigoroso ed ininterrotto ***nesso di causalità*** (***causal link***) tra il fatto generatore ed il danno secondo una meccanica che si trova assai poco illustrata nel Commentario agli Articoli CDI (233) e pertanto va valutata in funzione delle circostanze del caso di specie.

Inoltre, dal principio di risarcimento integrale del danno, deriva altresì che la vittima ha diritto non solo alla riparazione del danno principale, ma anche dell'ulteriore danno risultante dal *decorso del tempo* tra il momento in cui si è verificato l'illecito e quello in cui avviene la corresponsione dell'indennizzo. Se il danno da ritardo non viene computato forfettariamente nell'indennizzo, può essere liquidato attraverso un ***tasso d'interesse*** sulla somma dovuta a titolo di capitale. Ma sia il tasso che il periodo dipendono dalle circostanze del caso di specie.

Senonché, salvo diversa pattuizione delle parti, non vengono generalmente liquidati gli ***interessi composti*** (234), né ovviamente i c.d. ***danni punitivi*** (*punitive damages*).

Così, nel caso ***Certe attività di condotte dal Nicaragua nell'area di confine*** (Costarica c. Nicaragua) del 2 febbraio 2018, la CIG ha liquidato il danno ambientale subito e gli interessi dovuti per il ritardato pagamento (235). Ciò che ha fatto, con nuova e separata sentenza nel caso Congo c. Uganda a seguito dei falliti negoziati tra i due Stati (236).

c) *La soddisfazione, ossia la riparazione del danno morale*

147. Nozione. — Allorché un fatto illecito internazionale lede un interesse morale di un soggetto di diritto internazionale, la riparazione di tale lesione prende il nome di *soddisfazione* (***satisfaction***).

Come indica **l'art. 37 degli Articoli CDI**, la *soddisfazione* può consistere in un "riconoscimento della violazione, una manifestazione di rincrescimento", nella presentazione di scuse ufficiali, "o altra modalità adeguata" come, ad esempio, la partecipazione del Governo a determinate cerimonie, onori alla bandiera dello Stato offeso, misure disciplinari a carico di funzionari ed agenti responsabili etc. Nella sentenza sulle riparazioni pronunciata il nel caso delle attività militari nel territorio del

---

altresì TIDM, Panama c. Italia, causa n.25 ***M/V Norstar***, sentenza del 10 aprile 2019, punti 97-98: "The Tribunal points out that the ILC Articles on State Responsibility, in article 31, paragraph 1, further provide: "The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act." In this regard, the Tribunal wishes to recall that its Seabed Disputes Chamber, in the Advisory Opinion of 1 February 2011, stated that article 31, paragraph 1, of the ILC Articles on State Responsibility is part of customary international law".

(233) V. il commento *sub* art. 31.

(234) Per una valutazione critica di questa prassi v. F.A. MANN *Compound interests as an item of damage in international law*, in *U.C. Davis Law Review*, 1988, pag. 577. Cfr. altresì, con riferimento al passato, D. ANZILOTTI, "Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di denaro", in *Riv. dir. int.*, 1913, p. 54 ss. Fa eccezione (a favore degli interessi composti) un lodo arbitrale ICSID, del 17 febbraio 2000 nel caso *Compañia de Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, in *ILM* 2000, p. 1317. Nello stesso senso v. pure il lodo ICSID *Joseph Charles Lemire c. Ucraina*, punti 359-361.

(235) CIG, sentenza del 2 febbraio 2018, Certe attività di condotte dal Nicaragua nell'area di confine (Costarica c. Nicaragua), al sito della CIG. V. il commento di M. CASTELLANETA in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019.

(236) CIG, sentenza del 9 febbraio 2022, *Attività armate sul territorio del Congo* (Congo c. Uganda).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 282 SESS: 68 USCITA:

Congo (Congo c. Uganda) la CIG ha osservato che le forme di soddisfazione indicate all'art.37 degli Articoli CDI non sono esaustive potendo anche ricomprendere "measures such as disciplinary or penal action against the individuals whose conduct caused the internationally wrongful act" (237).

148. Riconoscimento formale dell'illecito da parte del giudice o dell'arbitro. — A volte, la soddisfazione può prendere la forma *di un mero accertamento della violazione di un diritto compiuta da uno Stato nei confronti di un altro, da parte del giudice o dell'arbitro internazionale*. Ciò si è verificato, ad esempio, nel caso relativo al ***passaggio nello stretto di Corfù***, tra Regno Unito e Albania. Qui, l'Albania chiedeva al Regno Unito delle scuse per la violazione della propria sovranità territoriale, cioè il dragaggio di mine operato dalla Marina britannica nelle proprie acque territoriali e senza permesso: l'Albania, dunque, non chiedeva un risarcimento in denaro poiché non c'era stato alcun danno materiale.

A tale riguardo, la CIG concluse che: "la constatazione della violazione della sovranità territoriale dell'Albania da parte della marina britannica, la quale aveva provveduto unilateralmente allo sminamento nelle acque territoriali albanesi", costituiva di per sé "un'adeguata soddisfazione per lo Stato albanese" (238).

Allo stesso modo, nel lodo, già citato, del 30 aprile 1990 tra Nuova Zelanda e Francia, nel ***caso del Rainbow Warrior***, il collegio arbitrale, oltre a riconoscere un lauto risarcimento per i danni materiali, dichiarò *pubblicamente* una grave violazione degli obblighi internazionali della Francia e concludeva che ciò costituiva "nel caso di specie, una soddisfazione appropriata per i danni giuridici e morali causati alla Nuova Zelanda" (239).

4. — La ripartizione dell'indennizzo

149. Una competenza discrezionale dello Stato. — Tradizionalmente, si è detto che *lo Stato che riceve da un altro Stato un indennizzo*, resta libero di decidere se, come e quando, ripartire le somme ricevute ai propri cittadini. Questa materia rientrava infatti nella competenza discrezionale dello Stato di cittadinanza nella misura in cui, è bene ricordarlo, tale ente ha fatto valere un "diritto proprio" ad ottenere la riparazione dovuta a causa di una violazione commessa da un altro Stato. Tale principio, in passato, ha conosciuto rarissime eccezioni (240).

150. L'evoluzione verso una "giustiziabilità" interna. — Da qualche tempo, si assiste ad una particolare evoluzione della prassi in tale materia, soprattutto negli Stati Uniti, in Francia e in Gran Bretagna (241). In questi tre Paesi si è assistito ad una vera e propria "giurisdizionalizzazione" della procedura di ripartizione degli indennizzi "internazionali". Ciò deriva dalla sempre più frequente conclusione tra Stati di *accordi globali di indennizzo* (***lump sum agreements***), i quali, da un lato, non individuano in

---

(237) CIG, Attività armate sul territorio del Congo (Congo c. Uganda), 9 febbraio 2022, (*reparations*), cit., punto 738. Nostra traduzione.

(238) *Rec*., 1949, p. 36. Nostra traduzione.

(239) § 123 della sentenza riprodotta in *Clunet*, 1990, p. 861 con un commento di R. Pinto.

(240) Vedi in proposito il lodo *Tinoco* pronunciato nella controversia tra Gran Bretagna e Costa Rica il 18 ottobre 1923, in *RSA*, vol. 1, p. 369.

(241) V. G. Berlia, *Contribution a l'etude de la protection diplomatique*, in *AFDI*, 1957, p. 66 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 283 SESS: 68 USCITA:

modo analitico i debiti il cui pagamento è dovuto; dall'altro lato, prevedono in concreto dei versamenti di gran lunga inferiori al valore dei beni privati espropriati o nazionalizzati.

Pertanto, in quei tre Paesi sono state istituite delle apposite "Commissioni di ripartizione". In Francia l'attività di tali commissioni è soggetta al controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato ([242]); in Gran Bretagna l'apposita commissione funziona come un giudice ordinario. Negli Stati Uniti, la *International Claims Commission* istituita nel 1950 e divenuta nel 1954 la *Foreign Claims Settlement Commission* funziona allo stesso modo dell'autorità giudiziaria ordinaria ma deve espressamente applicare il diritto internazionale consuetudinario e pattizio, i principi generali di diritto nonché i principi di "giustizia ed equità", in modo tale da accordare la più ampia soddisfazione alle pretese dei privati.

151. Conclusioni. — Il diritto alla ripartizione degli indennizzi internazionali ha subito una certa evoluzione ed è oggi più favorevole al soddisfacimento degli interessi privati di quanto si registrava in passato.

— Innanzitutto lo Stato — per lo meno alcuni Stati — non possiede più una mera competenza discrezionale per decidere sul *se, come e quando* ripartire gli indennizzi ricevuti da altri Stati a causa dei danni subiti dai propri cittadini all'estero.

— Inoltre, è ormai universalmente riconosciuto il carattere poco soddisfacente della protezione diplomatica quale meccanismo utile a far valere la responsabilità internazionale di uno Stato straniero a beneficio dei propri cittadini. Infatti, se si tratta di un "diritto proprio" dello Stato protettore che intende far valere nei confronti dello Stato offensore, ne segue necessariamente la discrezionalità dell'intera procedura; anche in fase di ripartizione finale dell'indennizzo.

Se, però, si muove dall'assunto per cui non si tratta di un diritto "proprio", cioè esclusivo, dello Stato (ed abbiamo già notato, che la separazione tra il "diritto dello Stato" e il "diritto dell'individuo" perde il proprio senso non appena si tocca la materia del *quantum* della riparazione del danno) non sarebbe allora meglio associare l'individuo (persona fisica o giuridica) a tutto il procedimento? Oppure riconoscere all'individuo una limitata capacità di agire al fine di far valere direttamente a livello internazionale il "proprio diritto soggettivo" dinanzi a dei giudici internazionali autonomi e imparziali? Il diritto internazionale ha timidamente imboccato questa strada attraverso la Convenzione ICSID del 1965 o ancora, a livello regionale, nel quadro, *inter alia*, della CEDU del 1950 o ancora in quello della UE.

Per il resto, risulta evidente che i "**poteri economici privati**", tramite l'inserimento sistematico di **clausole arbitrali nei loro contratti**, sono riusciti ad ottenere, un po' alla volta, dagli Stati e dalle OIG con cui concludono contratti, **l'accesso a dei *fora* internazionali**. In tal modo, oggi, possono partecipare direttamente alla determinazione del *quantum* dell'eventuale indennizzo ed alla sua corresponsione.

([242]) V. al riguardo D. Carreau, T. Flory, P. Juillard *Chronique de droit international economique*, in *AFDI*, 1976, p. 608 e ss., nonché id., 1978, p. 642 e ss. Più recentemente una commissione di ripartizione *ad hoc* è stata istituita nel 1998 per indennizzare i portatori di titoli del debito russo dell'epoca degli Zar. V. altresì M. Waibel, "Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration", in *AJIL*, 2007, p. 711-759.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 284 SESS: 68 USCITA:

Sezione IV
La responsabilità internazionale delle Organizzazioni intergovernative

Bibliografia sommaria: V. i vari rapporti presentati da G. Gaja alla CDI al sito internet della medesima; P. Klein, *La responsabilità des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998; Id., *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opération de paix et étendu du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *AFDI*, 2007, p. 43 ss.; I. Brownlie, "The Responsibility of States for the Acts of International Organizations", in *Essays in memory of O. Schachter*, a cura di M. Ragazzi, Leiden-Boston, 2005, p. 355 ss.; P. Pustorino, "Responsabilità delle organizzazioni internazionali", in A. Del Vecchio (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 315 ss.; Spagnolo, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle operazioni militari dell'Unione europea*, Napoli, ES, 2016; C. Ferstman, *International Organizations and the Fight for Accountability: The Remedies and Reparations Gap*, Oxford, OUP, 2017; A. Nollkaemper, I. Plakokefalos, *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, CUP, 2017; M. Buscemi, *Illeciti delle Nazioni Unite e tutela dell'individuo*, Napoli, ES, 2020; J. Klabbers (a cura di), *The Cambridge companion to International Organizations Law*, Cambridge, CUP, 2022.

1. — Una responsabilità a carattere internazionale

152. Illeciti e responsabilità delle OIG. — Che le OIG possano commettere illeciti internazionali e quindi si possa e si debba parlare di responsabilità internazionale delle OIG è un dato evidente nel nostro tempo e, per di più, confermato dai recenti lavori della CDI che hanno prodotto nel 2011 il "Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali" (d'ora in avanti ***Articoli OIG CDI***).

A tale riguardo, l'Assemblea Generale ONU ha, per ora, solo "preso atto" di tale Progetto di articoli con Ris. n. 66/100 del dicembre 2011, e va osservato che l'impostazione seguita dal relatore speciale prof. Giorgio Gaja è stata quella di utilizzare come modello di riferimento gli Articoli CDI sulla responsabilità degli Stati. Il chè sicuramente facilita la comprensione e, nei prossimi anni, l'applicabilità di queste norme. Anche per gli Articoli OIG CDI si tratta di offrire un quadro generale volto a precisare solo le ***norme secondarie***, quelle appunto in tema di responsabilità internazionale.

Anche qui, restano ferme e prevalgono le corrispondenti norme di diritto pattizio previste nella Carta istitutiva di ciascuna OIG. In altre parole, l'OMC/WTO e i trattati che pongono obblighi sostanziali in tema di commercio internazionale costituiscono un regime di *lex specialis* (per alcuni si tratta addirittura di un regime autosufficiente). Che cosa significa? Vuol dire che, in caso di violazione di quelle regole, si applicano le regole previste dai trattati istitutivi della OIG.

Per aversi ***responsabilità internazionale di una OIG occorre che i fatti illeciti siano compiuti da suoi organi od agenti e siano ad essa imputabili*** (art. 3 degli Articoli OIG CDI).

Fu così, ad esempio, che venne invocata la responsabilità internazionale dell'ONU per i danni causati, nell'ambito di una operazione di *peace keeping* in Congo, dalle forze di pace ivi inviate. Qui, l'ONU ammise la propria responsabilità e ritenne di dover pagare un indennizzo ai cittadini belgi in base a *principi generali di diritto* ([243]).

([243]) Vedere *AFDI* 1965, p. 468 e ss.: "gli accordi Spaak/ U Thant del 20 febbraio 1965", di J.J.-A. Salmon. V. pure la Ris. n. 2272 (2016) del Consiglio di sicurezza ONU sul rimpatrio delle unità di forze

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 285 SESS: 68 USCITA:

La CIG confermò quell'approccio e riconobbe la responsabilità di una OIG in quanto soggetto di diritto internazionale nel *Parere sull'immunità dalla giurisdizione di un relatore speciale della Commissione dei diritti umani del 1999* (244).

La CDI, a propria volta, ha consolidato le predette norme nei suoi Articoli OIG individuando alcune fattispecie:

a) *Allorquando un organo dello Stato sia* ***messo a disposizione della OIG*** *e quest'ultima ne abbia il* ***controllo effettivo****, ne consegue la responsabilità della OIG e non dello Stato di invio* (art. 7 degli Articoli OIG).

Così, ad esempio, per quanto riguarda le possibili violazioni del diritto dei conflitti armati, le Nazioni Unite sono responsabili per il risarcimento di qualsiasi danno non sia supportato da un'idonea giustificazione di necessità militare fermo restando la possibilità di rivalsa nei confronti del contingente nazionale nel caso di manifesta negligenza o condotta volontariamente illecita.

In giurisprudenza, nei **casi *Behrami e Saramati*** c. *Francia, Germania e Norvegia*, la **Corte EDU** ha respinto i ricorsi individuali indicando che non era possibile attribuire una responsabilità *uti singuli* a quegli Stati ma, semmai, alla stessa ONU la quale aveva agito tramite la UNMIK e la KFOR (quest'ultima, tra l'altro era una forza NATO ma agiva nel quadro di una missione ONU) (245). Allo stesso modo il **TIDM/ITLOS**, tramite il proprio parere consultivo del 2 aprile 2015 (246), ha indicato che la violazione di un trattato concluso tra la UE ed uno Stato terzo relativo alla regolazione della pesca nella zona economica esclusiva di quest'ultimo, comporta solo la responsabilità internazionale della UE (e non degli Stati membri). Ciò in quanto la materia è di competenza esclusiva UE e, nel caso di specie, tale OIG non ha vigilato affinché le navi battenti la bandiera degli Stati membri rispettassero l'accordo internazionale e le leggi dello Stato costiero.

Inoltre, con riferimento all'ordinamento dell'Unione europea, l'art. 215 del Trattato di Roma (divenuto art. 340 TFUE) prevede espressamente una responsabilità della UE indicando che:

---

militari o di polizia facenti parte di contingenti di peace-keeping delle Nazioni Unite ove si siano verificati numerosi casi di sfruttamento o abusi sessuali ad opera di membri di tali unità, *Riv.dir.int*., 2016, p. 668 s. In arg. cfr. DORIGO, "Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite", in *Riv.dir.int.,* 2002, p.903 ss.

(244) CIG, Parere sull'*immunità dalla giurisdizione di un relatore speciale della Commissione dei Diritti umani* del 19 aprile 1999, punto 66.

(245) Per contro, v. il caso del *massacro di Srebrenica* in Bosnia ove si è discusso, sia pure dinanzi al solo giudice interno olandese, della responsabilità dell'Olanda o dell'ONU. Non avendo il contingente olandese impedito tale massacro (un esempio di fatto illecito omissivo), si è posta la questione di stabilire chi controllava i militari olandesi. La Corte Suprema olandese ha concluso, con sentenza del 13 aprile 2012, che si trattava, nel caso di specie, di *controllo congiunto* e dunque di *responsabilità congiunta*. L'ONU, tuttavia, non poteva essere convenuta in giudizio all'Aja a causa dell'immunità dalla giurisdizione ad essa spettante. Sull'intera vicenda v. DANNENBAUM, "Killings at Srebrenica. Effective control and the Power to Prevent Unlawful Conduct", in *ICLQ*, 2012, p. 713 ss.; A. LIGUORI, "Shared responsibility per violazioni di diritti umani nel corso di peacekeeping operations delle nazioni unite: quale ruolo per la corte europea dei diritti umani?", *Riv. dir. int*., 2015, p. 517 ss. Ancora, nel caso *Al Jedda v. Gran Bretagna*, la Corte EDU, con sentenza del 7 luglio 2011 ha concluso che la condotta illecita del contingente britannico, in relazione ai luoghi di detenzione era imputabile esclusivamente alla Gran Bretagna. Infatti, la Ris. n. 1546/2011 del Consiglio di Sicurezza ONU che forniva la base giuridica dell'attività delle forze multinazionali, non regolava il controllo diretto dell'ONU su tali truppe. Sul tema v. M. ARCARI, "Autorizzazione del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso *Al-Jedda* di fronte ai giudici britannici", in *Riv. dir. int*., 2006, pp. 1083 ss.

(246) ITLOS, Parere 2 aprile 2015, *Caso n. 21*, punti 172-173.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 286 SESS: 68 USCITA:

"La responsabilità contrattuale dell'Unione è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa.

In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni".

Qui, l'accertamento delle violazioni viene effettuato dalla Corte di giustizia.

b) *Qualora* ***una OIG****, tramite un suo atto unilaterale*, ***adotti decisioni vincolanti*** *che* ***obbligano gli Stati membri*** *o altre OIG* ***a tenere un comportamento illecito*** *ne segue la responsabilità della OIG* (art. 17 degli Articoli OIG).

Al riguardo, sia consentito ricordare che, avendo acquisito una competenza *espressa ed esclusiva in materia di investimenti diretti esteri*, la UE, oggi, negozia appositi accordi in tale materia con gli Stati terzi (v. ad es. quello con la Cina) ed obbliga gli Stati membri a conformarvisi. Per le medesime ragioni, la UE è esposta, in modo non dissimile agli Stati membri, a procedimenti arbitrali internazionali tesi a metterne in gioco la responsabilità internazionale al fine di ottenere adeguata riparazione ([247]). Proprio a tale scopo, è stato varato il Reg. (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che *istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte.*

c) *Per contro, uno* ***Stato membro di una OIG resta responsabile di un illecito se ha approfittato delle competenze*** *dell'organizzazione* ***per far commettere alla OIG un atto*** *che sarebbe stato illecito se commesso dallo Stato* (art. 61 degli Articoli OIG).

Inoltre, va osservato che la differenziazione delle responsabilità tra la OIG e gli Stati membri ha una necessaria incidenza sull'*an, quantum, quando et quomodo*, (ossia sul se, il come, il quanto ed il quando) della riparazione. A tal proposito, gli Articoli OIG propongono alcune soluzioni pur se si attende il vaglio della prassi internazionale. In dottrina, è significativo osservare che nella manualistica contemporanea, salvo rare eccezioni, agli Articoli OIG, sulla responsabilità internazionale delle OIG sia dedicato solo qualche raro e sparuto cenno.

2. — La "protezione funzionale" degli agenti di una OIG

153. Un regime ricalcato su quello della protezione diplomatica operata dagli Stati. — Quando l'individuo danneggiato a causa di una violazione del diritto internazionale, imputabile ad uno Stato (o anche ad una OIG), è anche un agente o un funzionario di una OIG, quest'ultima può esercitare la c.d. "protezione funzionale". In altre parole, l'OIG può far valere, nei confronti dell'autore del fatto illecito, il "suo diritto" al rispetto del diritto internazionale nella persona dei suoi agenti o funzionari.

a) *La "protezione funzionale" dei propri agenti è inerente ai poteri di ogni OIG*

154. L'apporto del Parere della CIG sul caso *Bernadotte*. — Nel Parere in materia di *riparazione dei danni alle Nazioni Unite* del 1949, sovente citato, si

---

([247]) In arg. cfr. F. Marrella, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, in SIDI, "L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole", a cura di S.M. Carbone, Napoli, ES, 2013, pp. 107-140; B. Cappiello, *Il diritto europeo degli investimenti*, Torino, Giappichelli, 2019; J.R. Mata Dona, N. Lavranos, *International arbitration and EU law*, EE, 2021, ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 287 SESS: 68 USCITA:

ricorderà che il Conte Bernadotte era stato nominato mediatore ONU in Palestina nel 1948, e, poco tempo dopo, era stato assassinato da individui non identificati ma collegati al Governo israeliano. Poteva l'ONU presentare un reclamo internazionale, al fine di ottenere la riparazione dei danni causati alla vittima o ai suoi aventi causa, nei confronti di Israele in quanto responsabile di tale atto illecito? La Corte diede a tale quesito una risposta positiva. Secondo la CIG, l'ONU — e il ragionamento può essere esteso a tutte le OIG — "[a] considerare il carattere delle funzioni affidate all'organizzazione e la natura delle missioni dei suoi agenti, diviene evidente che la capacità dell'Organizzazione di esercitare, in una certa misura, una protezione funzionale dei suoi agenti, è necessariamente implicito nella Carta" ([248]).

155. Un'applicazione specifica della teoria dei poteri impliciti. — Siamo qui, dunque, in presenza di una nuova peculiare applicazione della teoria dei "poteri impliciti". La protezione funzionale, di cui l'ONU è titolare, al parti di ogni OIG, contribuisce ad assicurarle "un esercizio efficace e indipendente delle sue funzioni" oltre a "procurare ai suoi agenti un appoggio effettivo" e a garantire così "la loro indipendenza" nell'esercizio delle funzioni ([249]).

b) *Il fondamento: un "diritto proprio" dell'OIG*

156. Analogia con la protezione diplomatica. — Per analogia, risulta evidente che i meccanismi della protezione diplomatica degli Stati valgono, *mutatis mutandis*, anche per le OIG. La CIG lo ha ben evidenziato: "[q]uando [l'Organizzazione] richiede la riparazione [...] essa invoca un diritto suo proprio, il diritto di vedere rispettati gli obblighi assunti nei suoi confronti [...] *Richiedendo una riparazione fondata sul pregiudizio subito da un suo agente, l'Organizzazione non rappresenta tale agente; essa afferma un proprio diritto, il diritto di garantire il rispetto degli impegni presi verso l'Organizzazione*" ([250]).

Se tale competenza di "protezione funzionale" a vantaggio dei propri agenti trova il suo fondamento nel "diritto proprio" delle OIG, anche le modalità di esercizio di quel diritto e le sue conseguenze obbediscono alla stessa logica. In altre parole, applicando un ragionamento per analogia, si può affermare che le OIG dispongono della stessa libertà degli Stati con riferimento dell'esercizio della loro protezione funzionale nei confronti dei propri agenti. Analoghe considerazioni valgono, poi, con riferimento al regime giuridico della *riparazione* eventualmente ottenuta da una OIG nell'esercizio del proprio diritto di protezione funzionale.

Resta, comunque, sostanzialmente irrisolta la questione di come scindere la protezione funzionale dell'OIG a vantaggio del suo agente con l'eventuale concorrente esercizio della protezione diplomatica dello Stato di cittadinanza dell'agente.

Sezione V

La responsabilità internazionale degli individui e delle imprese transnazionali quali enti non statali a soggettività limitata

Bibliografia sommaria: Th. Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, *AJIL*, 1995, p. 554 ss.; J. Barboza, "International criminal law", *RCADI*, v. 278, 1999, pp. 9-199; A. Cassese, *Lineamenti di*

([248]) *Ibidem*.
([249]) *Rec.*, 1949, pp. 182-183.
([250]) *Rec.*, 1949, p. 184. Corsivo aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 288 SESS: 68 USCITA:

diritto internazionale penale, I, Bologna, Il Mulino, 2005; S. ZAPPALÀ, *La Giustizia penale internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. CLAPHAM, *Non State actors and human rights*, Oxford, OUP, 2005; A. CANÇADO TRINDADE, "International law for humankind: towards a new jus gentium", *RCADI*, v. 316, 2005, pp. 9-439; TH. MERON, *The Humanization of International Law*, Leiden/Boston, The Hague Academy of International Law/Martinus Nijihoff, 2006; W. BENEDEK, K. DE FEYTER, F. MARRELLA, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUO, 2009; F. POCAR, "The International Proliferation of Criminal Jurisdictions Revisited", in *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, 2012, p. 1705 ss.; C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano, Giuffrè, 2012; E. GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, Utet, 2012; A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, 2ª ed., Bari, Cacucci, 2015, p. 221 ss.; F. MARRELLA, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435 ove ampi riferimenti.

157. ***I tre profili di responsabilità internazionale degli enti privati non statali***. — Abbiamo precedentemente indicato che *l'individuo al pari di ogni ente privato può ledere beni ed interessi oggetto di tutela internazionale* e la sua condotta può, all'occorrenza, essere oggetto di norme applicabili nei rapporti tra Stati (Cap. XV). Il caso classico è quello dei ***pirati*** che da secoli sono qualificati *hostes humani generis*, ossia *nemici del genere umano* ([251]). Orbene, nessuno dubita che, per diritto internazionale consuetudinario, ogni Stato abbia il potere di catturare in alto mare e di punire gli individui che abbiano commesso atti di pirateria in alto mare, qualunque sia la loro cittadinanza.

Un altro esempio notevole viene offerto dalle norme di ***diritto internazionale umanitario*** classico relative alla condotta dei conflitti armati e al trattamento dei prigionieri e della popolazione di territori occupati durante la guerra.

Senonché la commissione di particolari fatti illeciti internazionali da parte di individui può essere perseguita sia *dall'ordinamento interno di singoli Stati* (e ritorneremo sul punto parlando della "giurisdizione universale" del giudice interno al Cap. XXV), sia *dall'ordinamento internazionale*: ed è questo il tema che qui ci interessa.

Al riguardo, abbiamo visto a suo luogo (Cap. XV) che si è molto discusso circa la possibilità di considerare ***l'individuo*** e non *lo Stato* il ***destinatario*** di ***obblighi internazionali***. La dottrina classica largamente maggioritaria fino al secolo scorso, negava all'individuo ogni titolarità di situazioni giuridiche internazionali ed indicava, persino, che nel caso dell'adozione di particolari misure nei confronti di criminali di guerra e di pirati, gli individui colpiti sarebbero soltanto *l'oggetto* delle norme in quanto i *destinatari degli obblighi internazionali* sarebbero sempre e solo gli Stati: sono gli Stati a dover adottare le misure repressive. Tale vetusta impostazione, per quanto rigorosa, non è tuttavia in grado di spiegare *tutti* gli sviluppi verificatisi nella prassi del diritto internazionale degli ultimi cinquant'anni e pertanto va considerata solo come un affidabile *punto di partenza* della riflessione giuridica. Ma il punto di arrivo è un altro.

Certo, determinate norme di diritto interstatale possono qualificare e regolare alcuni fatti alla stregua di ***crimini internazionali*** e possono anche conferire appositi poteri agli Stati in ordine alla loro repressione. Senonché, resta il fatto ineludibile e concreto per cui i *crimini internazionali sono solo dei comportamenti di individui* (e *non di Stati*). È vero che tali crimini sono stati inizialmente individuati da norme *consuetudinarie* ma è altrettanto vero che una nuova e più incisiva disciplina ha iniziato a svilupparsi, al termine della Seconda guerra mondiale, ad opera dei

([251]) V. T. TREVES, "Piracy, law of the sea and the use of force", in *EJIL*, 2009, p. 399.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 289 SESS: 68 USCITA:

Tribunali di Norimberga e di Tokyo per poi evidenziare, verso la fine del Novecento, che i crimini internazionali determinano una ***responsabilità penale dell'individuo,*** *non più solo al livello del diritto interno, bensì* ***direttamente a livello internazionale essendo la condotta dell'individuo (e non dello Stato) oggetto del sindacato di una Corte penale internazionale*** (a).

In parallelo agli sviluppi in materia penale internazionale, **l'esperienza dell'Unione europea** ha poi definitivamente dimostrato che l'individuo può essere assoggettato ad una **responsabilità a carattere *sovranazionale-regionale*** (b).

Infine, una terza dimensione della responsabilità internazionale nel diritto internazionale contemporaneo, ancora in fase di sviluppo, è quella **a carattere *transnazionale*** (c).

a) ***La responsabilità internazionale degli individui per crimini di diritto internazionale***

158. L'istituzione di tribunali penali internazionali e la Corte Penale internazionale. — Dopo la fine della seconda guerra mondiale vennero istituiti degli appositi *tribunali militari internazionali*, aventi sede a Norimberga e a Tokyo, che ebbero il compito di giudicare i *criminali di guerra* nazisti e nipponici ([252]). Successivamente, agendo in virtù del Capo VII della Carta, il Consiglio di sicurezza dell'ONU ha deciso l'istituzione di un "tribunale internazionale [incaricato di] giudicare le persone presunte responsabili di gravi violazioni del *diritto internazionale umanitario* commessi dal 1991 nel territorio dell'ex Jugoslavia" ([253]). Qualche tempo dopo, sulla base delle stesse norme della Carta dell'ONU, il Consiglio di sicurezza procedette alla creazione del *Tribunale Internazionale per il Ruanda* ([254]). Queste giurisdizioni internazionali hanno contribuito in modo considerevole alla affermazione della "giustizia penale internazionale ed alla determinazione delle responsabilità in ragione di gravi crimini internazionali" ([255]).

Nel 1998 è stata istituita una giurisdizione internazionale penale permanente: la Corte Penale Internazionale. Ne parleremo a suo luogo (Cap. XXIV).

b) ***La responsabilità a carattere sovranazionale-regionale degli enti non statali per la violazione del diritto UE.***

159. — Alcuni soggetti privati, per esempio le società commerciali, possono essere oggetto di *sanzioni sovranazionali comminate dalla Commissione europea* e possono persino essere *convenute dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea* per violazione del diritto dell'Unione. Basti citare, a tale riguardo, **gli artt. 101 e 102 TFUE** in materia di concorrenza e di abuso di posizione dominante e le sanzioni

---

([252]) In arg. cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, t. I a cura di S. Cannata e t. II a cura di P. Gaeta, Bologna, Il Mulino, 2005; C. Ragni, *I tribunali penali internazionali. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano, Giuffrè, 2012, nonché, in particolare, E. Greppi, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, Utet, 2012.

([253]) V. la Ris. n. 808 del Consiglio di Sicurezza in data 22 febbraio 1993.

([254]) Ris. n. 955 dell'8 novembre 1994.

([255]) Ris. n. 1966 del 22 dicembre 2010.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 290 SESS: 68 USCITA:

irrogate direttamente dagli organi UE a causa della violazione di tali norme. La prassi è particolarmente abbondante ([256]).

Tale modello, si riflette sempre di più nelle nuove forme di cooperazione tra Stati volte ad istituire zone di libero scambio e mercati comuni a cominciare dall'immensa area eurasiatica (l'**Unione economica eurasiatica**) ([257]) per continuare ai nostri giorni in Africa ed in Asia. È ormai pacifico che gli Stati debbano concordare su scala internazionale-regionale apposite norme antitrust sul modello dell'Unione europea.

c) ***Lo sviluppo progressivo di una responsabilità globale a carattere transnazionale dei soggetti privati.***

160. La responsabilità transnazionale come risultato della "giustizia contrattuale transnazionale". — Infine, i soggetti privati, persone fisiche e giuridiche, possono essere chiamate a rispondere dell'adempimento delle **obbligazioni nascenti da contratti stipulati con Stati esteri (State contracts) oppure con OIG** (*supra*, Cap. V). Solo ammettendo che il diritto internazionale contemporaneo sia più vasto del solo diritto internazionale "pubblico" tradizionale (v. Cap. I), diviene possibile cogliere il senso della ***responsabilità transnazionale*** la quale presenta caratteri diversi sia rispetto alla *responsabilità interstatale*, sia al modello della *responsabilità civile* per inadempimento di un contratto interno così come la conosciamo in Italia.

La *responsabilità* derivante dalla violazione di un *contratto internazionale* viene sistematicamente accertata da *arbitri internazionali* in base ad un diritto nazionale dato (ma interpretato ed applicato in senso transnazionale) o di "**regole di diritto**" (appunto transnazionale) ed in esito all'applicazione di *regole di procedura transnazionale* (diverse da quelle che si utilizzano dinanzi ai giudici di qualsiasi Stato) contenute nei più diffusi regolamenti arbitrali a raggio di applicazione transnazionale ([258]). Ed oggi si contano a decine di migliaia i lodi arbitrali che sono stati già pronunciati sia in un quadro non istituzionale (*ad hoc*) che istituzionale.

161. La "responsabilità delle imprese" sul piano internazionale secondo gli *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* del 2011. — Un'ulteriore fonte di nuove e peculiari forme di *responsabilità transnazionale* si sviluppa nel nostro tempo con riferimento alla *vexata questio* della regolazione delle società multinazionali, che dagli anni'60 del secolo scorso è all'origine di un vasto dibattito politico e dottrinale. Le già citate ***Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*** del 2011 costituiscono il punto di arrivo di tale dibattito e rappresentano oggi, lo ***standard* globale di riferimento** in materia; uno standard ove accanto alla responsabilità internazionale degli Stati viene evidenziata una diversa forma di responsabilità "societale" delle imprese.

([256]) V. per tutti: G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, Clueb, 1991; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, 2 ed., Torino, Utet, 2018 e P. Manzini, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2023.

([257]) V. per tutti F. Marrella, P. Barbirotto, "L'Unione economica eurasiatica: una rivoluzione russa per il commercio internazionale?", in *Dir. comm. int.*, 2018, p. 277 ss.

([258]) In base ai quali gli arbitri devono decidere il merito della controversia sulla base di "regole di diritto", come ad esempio, i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali. In argomento cfr., *inter multos*, F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit.; E. Gaillard, "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", in *RCADI*, 2007, v. 329, pp. 49-216; *Redfern&Hunter on International Arbitration*, 6ª ed., a cura di N. Blackaby e C. Partasides, cit., 2015, p. 185 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 291 SESS: 68 USCITA:

I ***Principi Guida*** si strutturano, infatti, in *tre pilastri* e, se nel primo pilastro si ribadiscono gli obblighi (e le responsabilità) degli Stati secondo il diritto internazionale (e ciascuno Stato compila periodicamente un apposito Piano d'azione nazionale per rendere operativi detti Principi) ([259]), nel ***secondo pilastro*** si enuncia e si struttura una peculiare "responsabilità delle imprese" di rispettare i diritti umani rafforzando la mera responsabilità sociale dell'impresa (CSR o *Corporate Social Responsibility*).

Qui, posto che i vigenti trattati internazionali in materia di diritti umani non sono, fino a questo momento, direttamente applicabili alle imprese bensì agli Stati, le ***Principi Guida*** introducono degli obblighi di ***due diligence*** a carico delle imprese volti a "prevenire e mitigare" il rischio di violazioni di diritti umani. E poiché tale standard è stato approvato e condiviso come *standard minimo* da parte degli Stati (all'unanimità), delle OIG, della comunità degli affari e della "società civile" ne è risultata un'aspettativa diffusa che produce una temibile ***market sanction*** (campagne mediatiche denigratorie da parte della "società civile", boicottaggio da parte dei consumatori, eventuale espulsione da parte delle stesse *business associations* etc.).

Così, una volta fissato *a livello transnazionale* lo standard di riferimento, la sua ricaduta al livello degli ordinamenti interni (v. Cap. IX a proposito dei fenomeni di *osmosi normativa*) si manifesta anche negli eventuali **contenziosi *nazionali*** in materia ***civile e penale*** che un'impresa transnazionale si troverà a fronteggiare non solo nello *Stato ospite* ma anche nello *Stato di origine* (v. *infra* Cap. XXV) pur se, dinanzi ad un giudice di uno Stato, saranno sempre le norme tecniche di diritto internazionale privato ad individuare il diritto (nazionale) applicabile e i limiti della *lex contractus* (norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico). Al riguardo, l'attrazione della competenza giurisdizionale verso lo **Stato di origine** di un'impresa transnazionale può già verificarsi in base ad alcune norme nazionali come, ad esempio, la *legge francese sul dovere di vigilanza della società madre* (L. n. 2017-399 del 27 marzo 2017), allo *UK Slavery Act* del 2015, alla legge olandese sulla *Child labour due diligence* del 2019 o all'ATCA negli Stati Uniti. Al momento in cui scriviamo, sono in fase di avanzata discussione delle norme UE in *subiecta materia*, oltre ad un trattato avente ad oggetto la responsabilità delle "multinazionali".

162. (*segue*) Responsabilità transnazionale delle imprese ed accertamento non giudiziale. — L'accertamento della responsabilità transnazionale delle imprese può anche essere effettuata da ***arbitri internazionali*** (fenomeno della *contrattualizzazione dei diritti umani* ([260]) ad es. nei contratti di subfornitura possono essere inserite clausole che rinviano ai diritti umani). A tale riguardo, il 12 dicembre 2019, presso il Peace Palace all'Aja sono state varate le "regole dell'Aja sull'arbitrato in materia di imprese transnazionali e diritti umani" (***The Hague Rules on Business and Human***

([259]) Detto Piano di Azione Nazionale (PAN) è il risultato, in Italia, di un'articolata attività del Comitato Interministeriale per i Diritti Umani (CIDU). Il nostro Paese è stato nel 2016 tra i primi a dotarsi di un PAN 2016-2021. Ora vige il PAN 2021-2026, v. al sito: https://pcnitalia.mise.gov.it/index.php/it/198-notizie-stampa/2036060-piano-di-azione-nazionale-su-impresa-e-diritti-umani-2021-2026 .

([260]) In argomento v. F. MARRELLA, « Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade », in W. BENEDEK, K. DE FEYTER, F. MARRELLA (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 266-310.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 292 SESS: 68 USCITA:

Rights Arbitration) ([261]). Ed anche tale atto evidenzia la direzione di sviluppo del diritto internazionale e la sua dimensione sempre più transnazionale, ricongiungendosi con gli altri ***meccanismi non statali e non giudiziari*** di accertamento come i ***Punti di contatto nazionale*** dell'OCSE, meccanismi che consentono un sempre più vasto accesso ai rimedi da parte dei soggetti privati ([262]).

Titolo II

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INTERNO

Capitolo XVII

RAPPORTI TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO INTERNO

Bibliografia sommaria: V. anche la bibliografia sommaria del Cap. II. Aspetti di teoria generale: H. Triepel, *Völkerrecht Und Landesrecht*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899, trad. it. a cura di Buzzati, Torino, UTET, 1913; D. Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, Zanichelli, 1905; H. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", in *RCADI*, 1923, v. 1, pp. 73-121; H. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international", in *RCADI*, 1926/IV, v. 15, p. 227-331; P. De Visscher, « Les tendances internationales des constitutions modernes », in *RCADI*, v. 80, 1952, pp. 512-578; T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Padova, Cedam, 1950, p. 15 ss.; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., cit., 1967, Cap. IV; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5 ed., cit., 1968, p. 59 ss. e M. Virally, "Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes", in *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488 ss.; A. von Overbeck, "L'application par le juge interne des conventions de droit international privé", in *RCADI*, 1971, v. 132, pp. 1-106; A. Cassese, "Modern Constitutions and International Law", in *RCADI*, 1985-III, pp. 331-476; T. Buergenthal, « Self-executing and non-self-executing treaties in National and International Law », *RCADI*, 1992, v. 235, pp. 303-400; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011; D. Shelton (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011; E. Lagrange, "L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes", in *RCADI*, 2011, v. 356, pp. 239-552; Y. Iwasawa, "Domestic Application of International Law", in *RCADI*, 2016, v. 378, pp. 9-272; H. P. Aust, G. Nolte (eds.), *The interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Convergence, Divergence*, Oxford, OUP, 2016. Per particolari aspetti di interesse comparatistico cfr.: E. Alkema, "Foreign Relations in the Netherlands Constitution of 1983", *NILR*, 1984, p. 307; J.G. Collier, "Is International Law really Part of the Law of England?", *ICLQ*, 1989, p. 924; A. Mahiou, "La Constitution algérienne et le droit international", in *RGDIP*, 1990, p. 419; H. Bribosia, "Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire, réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge", in *RBDI*, 1996, p. 33; L. Henkin, "Foreign Affairs and the U.S. Constitution", 2ª ed., Oxford, Clarendon Pr., 1996; I. Lukashuk, "Treaties in the Legal System of Russia", in *GYBIL*, 1997, p. 141; Y. Iwasawa, "International Law in the Japanese Legal Order: Recent Developments", in *ASIL Proceedings*, 9-12 aprile 1997, p. 301; Id., *International Law, Human Rights, and Japanese Law. The Impact of International Law on Japanese Law*, Oxford, OUP, 1997; J. Dugard,

---

([261]) V. per tutti F. Donovan, R. Zamour, « Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Consent to Arbitrate and Applicable Law », in *Studi in onore di G. Bernini*, a cura di F. Marrella e N. Soldati, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021.

([262]) In argomento v. *amplius* R. Bismuth, *La standardisation internationale privée*, Bruxelles, Larcier, 2014 nonché F. Marrella, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", cit., pp. 33-435. V. altresì M.C. Malaguti su "La Responsabilità sociale dell'impresa nel prisma delle attività di mediazione e monitoraggio dei Punti di Contatto Nazionale. Alcune prime riflessioni", in M. Castellaneta, F. Vessia (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, ESI, Napoli, 2019, p. 291 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 293 SESS: 68 USCITA:

"International Law and the South African Constitution", *EJIL*, 1997, p. 77 ss.; J. MALENOVSKY, "Dix ans après la chute du mur: les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des Pays d'Europe centrale et orientale", *AFDI*, 1999, p. 29 ss.; *Oppenheim's International Law*, a cura di R. JENNINGS e A. WATTS, 9 ed., cit., I, p. 52 ss.; J. BRUNNÉE, S.J. TROOPE, "A Hesitant Embrace: the Application of International Law by Canadian Courts", in *Canadian Yearbook I.L.*, 2002, p. 3; A. REMIRO BROTONS, "La Constitution Espagnole et le droit international", in *Spanish Yearbook I.L.*, 2003, p. 27 ss.; H. GROS ESPIELL, "L'application du droit international dans le droit interne de l'Amérique Latine", in *Mélanges Arangio-Ruiz*, I, 2003, p. 529; F. HORCHANI, "La Constitution tunisienne et les traits après la révision du 1 Juin 2002", *AFDI*, 2004, p. 338; A. ROBERTS, « Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law », in *ICLQ*, 2011, pp. 57-92; *Brownlie's Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, 8ª ed., Oxford, OUP, 2012, cap. 3; C. SANTULLI, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 224 ss.; M. HERDEGEN, *Völkerrecht*, 13 ed., cit., 2014, p. 166-180; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional pùblico*, 18 ed. a cura di C. ESCOBAR HERNÀNDEZ, Madrid, Tecnos, p. 247 ss.; A. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 3 ed., cit., 2015, p. 110 ss. (per la Svizzera); P. ROSSI, "L'adattamento al diritto internazionale nell'ordinamento giuridico della Repubblica Popolare Cinese", in *Riv. dir. int*., 2016, p. 425 ss.; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 12 ed., Paris, LGDJ, 2016, p. 181 ss.; R. RIVIER, *Droit international public*, 3 ed., Paris, PUF, 2017, p. 618 ss.; SIDI, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, ES, 2020; M. SHAW, *International Law*, 9 a ed., cit., 2021, p. 110 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p.497 ss. P.M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 16 ed., Paris, Dalloz, 2022, pp. 465 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 323 ss.; D. CARREAU, A. HAMANN, F. MARRELLA, *Droit international*, 13 éd., cit., 2022, Cap. XVII. V. altresì "L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat", in *Annuaire de l'IDI*, Sessione di Milano, Paris, Pedone, 1993. Un database contenente quasi tutte le costituzioni del mondo può essere consultato al sito: *https://www.constituteproject.org/*.

1. Pluralismo e diversità degli ordinamenti giuridici. Superiorità del diritto internazionale rispetto al diritto interno. — Abbiamo già indicato a suo luogo (*supra*, Cap. II) che l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni di cui i singoli Stati sono portatori, si caratterizzano per essere ordinamenti giuridici *originari* e formalmente *separati*. Storicamente, gli ordinamenti giuridici degli Stati sono sorti in maniera *autonoma* e come ordinamenti *originari* nel senso che la loro giuridicità non è una caratteristica che viene loro attribuita da un altro ordinamento giuridico.

Analogamente, ha carattere ***originario*** ed ***autonomo*** **l'ordinamento internazionale** in quanto le *sue norme* — espressione di una "volontà collettiva" dei soggetti dell'ordinamento (una *vereinbarung* secondo TRIEPEL) e non del "capriccio" di un singolo Stato — non desumono di certo la loro *giuridicità* e *validità* da quelle dell'ordinamento giuridico di cui ciascuno Stato è portatore. Ed alla contemporanea esistenza empirica di una pluralità di ordinamenti giuridici si ricollega il **principio della relatività delle valutazioni giuridiche** secondo il quale ciascun ordinamento giuridico dà la sua valutazione ad un medesimo fatto storico ([263]).

Ferme restando tali premesse, l'autonomia e l'indipendenza reciproca dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti giuridici interni degli Stati non escludono che, a certi fini, possa esistere tra di essi un rapporto di coordinazione reciproca.

Innanzitutto, *l'ordinamento internazionale è superiore al diritto interno*, come abbiamo già evidenziato in questo volume (Capp. II-III), in quanto le norme del primo ordinamento si impongono agli Stati e agli altri soggetti dell'ordinamento internazionale. E tale carattere si evidenzia considerando che diverse norme internazionali possono non implicare alcuna azione al livello del diritto interno, potendo tranquillamente vivere giuridicamente nel solo ordinamento internazionale e nei rapporti tra Stati.

([263]) G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, cit., p. 73 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 294 SESS: 68 USCITA:

Si pensi **ad esempio** al Trattato sull'Antartide del 1° dicembre 1959 (in vigore per l'Italia dal 18 marzo 1981) che congela qualunque rivendicazione di sovranità su tale continente per trent'anni. Tale norma si rivolge solo agli Stati e comporta solo obblighi negativi a carico di essi, ossia di mera astensione della giurisdizione di ciascuno su parti dell'Antartide. Non comporta dunque l'emanazione di alcuna norma di diritto interno.

Senonché, nell'ambito dell'ordinamento interno di cui ciascuno Stato è geloso custode e gestore valgono soltanto le *sue* norme (interne, appunto). In altre parole — e questo può apparire a prima vista paradossale —, *il* ***principio di superiorità del diritto internazionale*** *non implica la sua immediata ed automatica applicazione nell'ordinamento interno dei singoli Stati* ([264]).

2. L'esempio del diritto costituzionale interno. — Anche in quei sistemi giuridici nazionali ove il controllo di costituzionalità è *accentrato* ma non *diffuso* ([265]), la superiorità di una norma costituzionale sulle altre non comporta automaticamente la sua diretta efficacia e la contemporanea disapplicazione delle altre norme di rango inferiore con essa contrastanti. Così, nessuno si stupisce se, nell'ordinamento giuridico di un dato Paese, un precetto costituzionale è formalmente superiore a tutte le altre norme giuridiche ma ciò, nel contempo, non impedisce all'organo legislativo (ad es. il Parlamento) di adottare una legge contraria alla Costituzione. Quella legge continuerà a produrre i propri effetti fino a quando non verrà rimossa dalla Corte Costituzionale. Così, in Italia, l'art. 136, c. 1, Cost. stabilisce che "quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale...la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

3. "Sfasamento" fra la norma internazionale e la norma interna. — Come abbiamo osservato a suo luogo (*supra*, Cap. II), l'ordinamento giuridico internazionale e gli ordinamenti interni differiscono tra loro a causa di diversi elementi strutturali: *a)* la diversa *base sociale*; *b)* le *fonti* di ciascun ordinamento; *c)* il valore obbligatorio e *l'ambito di applicazione* delle rispettive norme; *d)* i *destinatari*, in quanto la qualità di destinatario è conferita dalle norme di ciascun ordinamento.

Ne segue una diversa matrice operativa delle classiche norme internazionali-interstatali rispetto alle norme interne di un dato Stato in quanto le norme internazionali in senso stretto (cioè interstatali) creano normalmente situazioni giuridiche secondo una logica *intergovernativa* e quindi *paritaria*; mentre le norme nazionali, pongono in capo ai loro destinatari situazioni giuridiche soggettive in una logica di *subordinazione* rispetto al Governo (o al legislatore) nazionale.

([264]) Come ha limpidamente illustrato R. Quadri (*Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 51) "La superiorità dell'ordinamento giuridico internazionale vuol dire solamente superiore alle strutture statali, che essa le condiziona, che essa ne dispone. La superiorità del diritto internazionale, in questo senso, non esclude che una norma di diritto internazionale possa restare senza esecuzione per il fatto che lo Stato ha adottato una norma diversa, in quanto l'effettività dell'ordinamento giuridico internazionale non è la stessa di quella delle leggi naturali. Né la superiorità del diritto internazionale esclude la possibilità per lo Stato di mettere in vigore una norma contradditoria rispetto a quelle dell'ordinamento internazionale, in quanto la struttura statale, il cui funzionamento è necessario perché la norma internazionale si traduca in norma di condotta per gli individui, può ben subire delle disfunzioni".

([265]) Nel caso di controllo *diffuso*, la questione di costituzionalità può essere portata dinanzi a qualsiasi tribunale, dal più basso della gerarchia fino al più alto, dato che l'esercizio del controllo di costituzionalità è esteso all'insieme dell'apparato giurisdizionale dello Stato; nel caso, invece, in cui l'esercizio del controllo è 'accentrato', spetta ad un unico tribunale specializzato. In Italia si tratta della Corte Costituzionale.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 295 SESS: 68 USCITA:

4. Piano espositivo. — Pur alla luce delle precedenti considerazioni, spesso accade che una norma interstatale possa e debba essere applicata all'interno di uno Stato. Occorre, tuttavia, superare due serie di ostacoli.

La prima serie di ostacoli attiene alla specifica *qualità giuridica* delle norme del diritto internazionale ed allora occorre porsi la domanda seguente: se ci si colloca dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, è vero che quella norma internazionale (scritta o non scritta) di cui si misura l'applicazione è stata concepita per essere ***direttamente applicabile*** nel diritto interno? (Sezione I). In altre parole, e per dirla con CHRISTOPHER GREENWOOD, si tratta di capire *how International Law looks at Domestic Law*.

Il secondo tipo di ostacoli si coglie *invertendo la prospettiva*, ossia osservando la norma internazionale collocandosi esclusivamente dal punto di vista dell'ordinamento interno di uno Stato dato (Sezione II). Continuando con i brocardi anglofoni, si tratta di capire *how Domestic Law looks at International Law.*

Sezione I

IL "TALLONE D'ACHILLE" DEL DIRITTO INTERNAZIONALE: UN LIMITATO EFFETTO DIRETTO NELL'ORDINAMENTO INTERNO DEGLI STATI

5. I due significati dell'espressione "effetto diretto". — La diretta efficacia del diritto internazionale va esaminata sotto due diversi profili, a seconda che essa venga intesa in senso materiale o formale.

Nel senso materiale, l'effetto diretto del diritto internazionale si riferisce al suo contenuto, alla sua *precisione*, in una parola alla sua *qualità intrinseca*. Si tratta quindi di rispondere a questa domanda: può una norma internazionale, ***così com'è formulata***, creare in capo a singoli individui delle situazioni giuridiche attive e passive che, in quanto tali, possono essere fatte valere davanti a un giudice nazionale? Ed infatti, per ciò che concerne *le norme non scritte del diritto internazionale*, sarà estremamente difficile stabilire se una consuetudine internazionale invocata da un singolo individuo sia direttamente applicabile: quasi sempre la risposta sarà negativa, almeno per le norme consuetudinarie.

Nel senso formale del termine, invece, la efficacia diretta del diritto internazionale va riferita alle proprie *modalità di applicazione nel diritto interno*. Si tratta allora di rispondere ad un'altra domanda: in che modo il diritto internazionale diventa parte del diritto positivo interno di un dato Stato? Ne fa parte immediatamente, o dev'essere "*acquisito*", "*trasformato*", "*trasposto*" o "*recepito*" nel diritto interno, secondo procedimenti di produzione giuridica propri dell'ordinamento giuridico di quello Stato ?

6. Occorrono delle norme internazionali *chiare, precise* ed *incondizionate*. — Per aversi effetto diretto delle norme internazionali nell'ordinamento interno occorre che si tratti di norme *chiare, precise ed incondizionate*.

Una norma internazionale è sufficientemente ***chiara*** e ***precisa*** quando, considerata alla luce del suo scopo e del contesto in cui si inserisce, contiene un precetto sufficientemente definito per i soggetti destinatari e dunque il giudice può applicarla così com'è.

Una norma è invece ***incondizionata*** quando è suscettibile di un'applicazione immediata; quando cioè non è subordinata all'emanazione, da parte del legislatore (o

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 296 SESS: 68 USCITA:

del Governo) nazionale, di ulteriori atti di esecuzione o comunque integrativi del precetto internazionale.

A tale proposito, nella terminologia anglo-americana, si parla di norme internazionali "*self executing*". E, secondo quanto è stato esattamente rilevato in dottrina, "nell'ordinamento statunitense, un accordo *self executing* è un accordo pienamente operante nell'ordinamento medesimo, ma non è necessariamente suscettibile di produrre effetti diretti per gli individui" ([266]), cioè a dire che l'applicabilità interna di un trattato (ad es. da parte degli organi dello Stato) è una condizione necessaria pur se non ancora sufficiente per risolvere il connesso problema dell'***invocabilità* interna** dello stesso trattato dinanzi a un giudice nazionale e a beneficio di un dato individuo o di una data impresa.

§ 1. — *L'imprecisione del diritto internazionale*

7. Premessa. — È molto raro, anche nel nostro tempo, che il diritto internazionale scritto, sia che si tratti di diritto pattizio (ad es. un trattato) *(a)*, sia che si tratti di diritto derivato delle OIG (ad es. una risoluzione) *(b)*, dichiari espressamente *quali* tra le sue norme producano, oltre che obblighi per gli Stati, anche *effetti diretti* a favore dei soggetti privati negli ordinamenti interni delle Parti contraenti o degli Stati membri.

a) *Il diritto pattizio interstatale classico*

8. Trattati. — Se si considera il diritto internazionale pattizio "semplice" — ossia dei "trattati qualunque" — *le norme direttamente applicabili sono rare e convivono con norme* non self executing. Queste ultime sono più facilmente riconoscibili giacché indicano *un risultato* da raggiungere lasciando a ciascuno Stato la facoltà (appunto, tramite misure di diritto interno) di trovare i modi ed i mezzi più appropriati per raggiungere tale risultato.

Senonché, alcune categorie di trattati internazionali si prestano molto più di altre a una diretta applicabilità, come negli esempi che seguono.

Innanzitutto, possono avere effetto diretto le convenzioni che regolano le *relazioni economiche internazionali* quando queste includano la *clausola della Nazione più favorita*, che ha per scopo, come è stato riconosciuto dalla CIG nel *caso dei cittadini americani in Marocco*, "di assicurare e di mantenere l'uguaglianza fondamentale, senza discriminazioni, tra i cittadini di tutti gli Stati interessati" ([267]). Del pari, le ***convenzioni di stabilimento*** hanno come scopo quello di consentire *ai soggetti privati* di fissare il centro della propria attività economica, nel territorio di uno Stato contraente diverso da quello di origine e di appartenenza per cittadinanza ([268]). Anche la clausola del "trattamento nazionale" è, *ex natura rerum*, provvista di effetto diretto nella misura in cui abbia come risultato quello di offrire agli stranieri gli stessi diritti e privilegi di cui godono i cittadini dello Stato territoriale. Così ancora i *trattati bilaterali o multilaterali in materia di* ***investimenti diretti esteri***, o ancora *le* ***convenzioni***

([266]) P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 543.

([267]) In *Rec.*, 1952, p. 192.

([268]) *Supra*, Cap. XIV.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 297 SESS: 68 USCITA:

per evitare le doppie imposizioni fiscali con i quali gli Stati contraenti regolano l'esercizio della propria potestà impositiva al fine di eliminare le doppie imposizioni sui redditi e/o sul patrimonio dei rispettivi residenti a loro beneficio. Nella medesima ottica si annoverano i numerosi **trattati di protezione dei diritti umani**, sia a portata universale sia, *a fortiori*, ad ambito di applicazione regionale, a partire dalla **CEDU**.

Infine, vanno menzionate le ***convenzioni di diritto uniforme***, assai numerose in materia di diritto del commercio internazionale (vendita internazionale, trasporti ecc.) e che, nel loro ambito di applicazione, pur rivolgendosi agli Stati, *regolano direttamente dei contratti stipulati tra privati* una volta entrate in vigore nei rispettivi ordinamenti nazionali. E a tale riguardo occorre verificare sempre attentamente l'ambito di applicazione di ciascuna convenzione di diritto uniforme in quanto non è detto che si applichi solo ai cittadini degli Stati contraenti. Così, ad es., la Convenzione di Vienna del 1980 in materia di vendita internazionale si applica automaticamente, *inter alia*, ad ogni contratto di vendita di beni mobili concluso tra soggetti privati (a prescindere dalla loro cittadinanza) la cui *sede d'affari* si trova in Stati in cui la CISG è in vigore ([269]).

In tale prospettiva, il ruolo dei giudici interni diviene fondamentale, sia per garantire l'*interpretazione uniforme* di una *convenzione di diritto uniforme*, sia per riuscire ad amalgamare le norme internazionali dotate di effetto diretto con le norme nazionali ([270]).

9. Il diritto interstatale pattizio costitutivo di una OIG. — Anche con riferimento alle Carte costitutive di OIG, si deve osservare la mancanza di informazioni circa quali norme producano *effetti diretti*. La Carta dell'ONU, ad esempio, nulla dice al riguardo, ad eccezione degli artt. 104 e 105 riguardanti i privilegi e le immunità di cui beneficia l'ONU nel territorio dei suoi Stati membri: si tratta di disposizioni che possiedono il carattere dell'"immediatezza" pur avendo un contenuto assai impreciso.

Diversamente, gli artt. 101 e 102 TFUE relativi alle pratiche commerciali restrittive e agli abusi di posizione dominante, sono assai precisi e la Corte di giustizia UE ha confermato, da tempo, la loro diretta applicabilità.

Nel caso del FMI solo due norme hanno diretta efficacia negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. La prima è la norma di cui all'art. 9 che riguarda le immunità e i privilegi di cui beneficia il Fondo sul territorio degli Stati membri. La seconda norma è il famoso art. VIII, Sez. II, lett. *b*, che riconosce un effetto extraterritoriale ai controlli di cambio degli Stati membri, a condizione che siano conformi allo Statuto del Fondo ([271]).

b) *Il diritto derivato delle OIG*

10. — Le OIG, come si è detto, dispongono in qualche caso di un vero e proprio potere "normativo" internazionale (c.d. *Law making power*). In alcuni casi, le carte

---

([269]) In arg. si rinvia a F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Pref. di A. GIARDINA, 2 ed., Padova, Cedam-WKI, 2020, p. 225 ss.

([270]) Cfr. art. 7 della CISG: "Nell'interpretazione della presente Convenzione si deve aver riguardo al suo carattere internazionale e alla necessità di promuovere l'uniformità della sua applicazione e l'osservanza della buona fede nel commercio internazionale. — 2. Le questioni concernenti materie disciplinate dalla presente Convenzione che non sono espressamente risolte da essa devono essere risolte in conformità con i principi generali sui quali essa si basa ovvero, in mancanza di tali principi, in conformità con la legge applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato".

([271]) F. MARRELLA, ~~*Manuale di diritto*~~ *del commercio internazionale*, cit., p. ~~488~~ ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 298 SESS: 68 USCITA:

costitutive delle OIG prevedono che alcuni atti abbiano diretta applicabilità. È il caso dell'OMS/WHO ([272]) e, soprattutto, dell'UE, ove il già richiamato art. 288 TFUE precisa che "[i]l regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri... La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi".

Spetta dunque al *giudice* (nazionale, della UE o internazionale) adito riconoscere l'efficacia diretta di tali norme. È chiaro che una simile operazione non è priva di rischi: i giudici di alcuni Stati potrebbero attribuire a una certa norma effetti diretti ed altri, in un altro Stato, o addirittura nello stesso Paese, potrebbero pervenire a soluzioni opposte.

§ 2. — *Il costruttivismo giurisprudenziale*

11. Un'idea statunitense. — In origine, è stata la Corte Suprema degli Stati Uniti ad avanzare la tesi secondo cui il diritto internazionale può godere di diretta efficacia nell'ordinamento interno senza la necessità di una legislazione di "trasposizione" o di "adattamento". Da allora questa soluzione è diventata pressoché universale ed è stata ripresa sia da tribunali nazionali sia da tribunali internazionali quali la Corte di giustizia UE.

a) *La giurisprudenza statunitense e le norme* self executing

12. La sentenza *Foster ed Elam* del 1829. — La Corte Suprema USA riconobbe per la prima volta nel 1829, nel *caso Foster ed Elam, v. Neilson (2)*, Pet. 253 (US 1829), che le norme di diritto internazionale pattizio avevano diretta efficacia nel diritto interno statunitense senza bisogno di un atto legislativo di trasposizione o di recepimento ([273]).

La controversia aveva ad oggetto un trattato del 22 febbraio 1819 tra gli Stati Uniti e la Spagna con cui quest'ultima cedeva la Florida agli Stati Uniti. L'art. 8 riguardava le donazioni di terre fatte dal Re di Spagna prima del 24 gennaio 1818 e stabiliva che gli individui titolari di diritti di proprietà li avrebbero mantenuti come tali. Orbene, si trattava di una norma che conferiva diritti agli individui in possesso di titoli di proprietà "validi" oppure di una norma che creava obblighi solo tra il Governo statunitense e quello spagnolo nel senso che il primo era tenuto a confermare per via legislativa le concessioni effettuate dal secondo? La Corte Suprema, presieduta dal celebre giudice Marshall, ritenne che la norma fosse *self-executing* e che il Congresso non dovesse adottare una legge *ad hoc* per attuarla. In quell'occasione, la Corte enunciò i criteri per stabilire la diretta efficacia di un trattato nell'ordinamento interno: "[u]n trattato è, per sua natura, un contratto tra due Nazioni, non un atto legislativo". Negli Stati Uniti, secondo la Costituzione, un trattato fa parte della "Law of the land". *Di conseguenza*, secondo Marshall, *un trattato deve essere considerato dai tribunali come equivalente ad un provvedimento di legge*, ogniqualvolta esso produca i

---

([272]) Artt. 21 e 22.

([273]) V. in generale su tale questione J.J. Paust, *Self-executing Treaties*, in *AJIL*, 1988, p. 760.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 299 SESS: 68 USCITA:

propri effetti senza richiedere un ulteriore intervento legislativo ([274]). Al contrario, quando ciascuno degli Stati contraenti si impegna ad adottare un atto particolare, allora il trattato è diretto ai rispettivi Governi e non ai tribunali (***the treaty speaks to the Government***) e spetta al legislatore attuare il trattato prima che esso possa essere invocato dinanzi al giudice interno.

In altre parole, il carattere *self-executing* di una norma di un trattato *è determinato dai giudici stessi nei casi in cui il trattato internazionale non si pronunci altrimenti*.

I criteri individuati dal giudice Marshall sono i seguenti:

— il trattato è ***incompleto*** se richiede alle Parti contraenti l'adozione di una legislazione appropriata o se necessita per la sua applicazione dell'intervento del legislatore interno. In tal caso, il trattato non è "*self executing*". Così, ad esempio, i trattati che prevedevano dei pagamenti forfettari a seguito di nazionalizzazione (*lump sum agreements*) rimanevano privi di effetti fintantoché non venivano attuati tramite una legge speciale che regolava i pagamenti da fare ai singoli interessati.

— Un trattato è ***completo*** se non è necessario alcun intervento dello Stato con riferimento al proprio ordinamento interno (***the treaty speaks to the Court***). È questo il caso, ad esempio, dei trattati di commercio o di stabilimento che contengono la clausola della Nazione più favorita o dei trattati che accordano agli stranieri il "trattamento nazionale" in materia commerciale. Certo, le clausole di tali trattati possono differire nella loro estensione, assumendo, a volte, un tenore assai generale; ma altre volte, possono concretizzarsi specificandosi nell'indicazione analitica dei singoli diritti assicurati alle persone fisiche e giuridiche che ne sono oggetto.

13. La sentenza *Fuji* del 1950 sulla Carta ONU. — Così, nel caso *Fuji c/ California* ([275]) la Corte Suprema della California ritenne che *le disposizioni della Carta ONU sui diritti umani* ([276]) *non fossero self-executing*. Per arrivare a questa conclusione, la Corte Suprema della California si basò sull'intenzione delle Parti contraenti della Carta di San Francisco: "*Le disposizioni della Carta, richiedendo la cooperazione (dei suoi Membri) per la promozione e l'osservanza delle libertà fondamentali non presentano i caratteri di obbligatorietà e precisione che indicherebbero un'intenzione di creare, dal momento della ratifica, diritti che i singoli possano fare valere in giudizio. Al contrario, si presentano come una promessa di azione futura per gli Stati membri*" ([277]).

14. (*segue*) Risoluzioni del CdS ONU e sentenze della CIG. — La Corte d'appello degli Stati Uniti (Secondo Circuito federale), ha seguito lo stesso ragionamento con riferimento ad *una risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU* ([278]). Nel caso di specie si trattava della Ris. n. 301 del Consiglio di sicurezza adottata nel 1971, con il voto favorevole anche degli Stati Uniti, che richiedeva agli Stati membri dell'ONU di astenersi da qualsiasi azione che implicasse il riconoscimento della legittimità della presenza del Sud Africa nel sud-ovest africano (Namibia). Alla luce dei criteri fissati dalla Corte Suprema nel caso *Foster et Elam c. Neilson*, la Corte affermò che: "[*p*]*rovvedimenti di questa natura non si rivolgono ai tribunali*. Essi *non conferiscono alcun diritto agli individui*; *si rivolgono ai Governi* affinché questi adottino determinate misure; non conferiscono ai cittadini *uti singuli* diritti suscettibili di essere applicati dai tribunali nazionali americani" (nostra traduzione e corsivo aggiunto). In applicazione dei medesimi

---

([274]) Tale principio è stato recentemente confermato dalla stessa Corte nella sentenza *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

([275]) 217 P. 2d 481 (1950); 38, cal. 2d 718; 242 P. 2d 617 (1952).

([276]) Artt. 1, 55 e 56.

([277]) V. anche *Frolova v. U.S.S.R.*, 761 F. 2d 370, in *AJIL*, 1985, p. 1057. Corsivo aggiunto.

([278]) V. il caso *Diggs c/Richardson* del 17 dicembre 1976, 555, F.2d. 848.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 300 SESS: 68 USCITA:

canoni interpretativi, nella sentenza del 25 marzo 2008, *Medellin v. Texas*, la Corte Suprema, richiamando la propria giurisprudenza, finì col negare efficacia diretta persino alle *sentenze* della CIG, proprio in quanto tali sentenze risultano vincolanti per i soli Stati in causa.

b) ***Il "modello" della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea***

15. ***Applicabilità diretta*** **ed** ***efficacia diretta di una norma UE.*** — La materia della diretta applicabilità e della diretta efficacia del diritto dell'UE nel diritto interno degli Stati membri forma oggetto di una vasta letteratura specialistica e di un corso universitario di diritto UE ad essa dedicata. Qui, ci limiteremo ad osservare che, in origine, il Trattato di Roma del 1957 menzionava in modo vago solo la *diretta applicabilità* di alcuni atti di diritto derivato ([279]). Ma la Corte di giustizia UE ha successivamente affinato tale concetto distinguendo *l'applicabilità diretta* dall'*effetto diretto* di alcune norme del diritto UE.

L'***applicabilità diretta*** è una caratteristica specifica di alcune norme UE (tipicamente dei regolamenti e delle decisioni) *espressamente stabilita dal Trattato* stesso (v. l'art. 288 TFUE) e quindi, gli Stati Membri non possono mettere in atto alcuna forma di recepimento o condizionarne l'applicazione mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale nazionale. L'***efficacia diretta*** è, invece, una qualità intrinseca di una data norma dell'Unione appartenente ad una categoria diversa da quelle aventi applicabilità diretta e che pertanto deve essere accertata caso per caso dal giudice nazionale.

16. (*segue*) I criteri adottati dalla Corte di giustizia UE. — La Corte di giustizia ha enunciato i fondamentali principi del primato e della *diretta efficacia del diritto comunitario* nel celebre caso ***Van Gend en Loos*** ([280]). Secondo la Corte, una norma di diritto comunitario provvista di effetto diretto è destinata a "creare diritti che entrano a far parte del... patrimonio giuridico" dei singoli. E per accertare "se le disposizioni di un trattato internazionale abbiano tale valore, si deve aver riguardo allo *spirito*, alla *struttura* ed al *tenore* di esso" (pag. 22, corsivo aggiunto). Inoltre, la norma, da un punto di vista formale, deve essere formulata in modo "*chiaro*". Infine, deve essere una norma "*incondizionata*", nel senso che l'attuazione della stessa non deve richiedere alcun atto del legislatore interno di uno Stato membro.

In base a tali criteri, la Corte di giustizia ha concluso che tali fossero alcune norme dei Trattati (diritto primario) e di diritto derivato. Ha inoltre indicato che persino una *Direttiva*, atto che per sua natura richiede un intervento del legislatore degli Stati membri, può, in alcune circostanze, essere provvista di effetto diretto (caso *Franz Grad* ([281])). La Corte di giustizia UE ha poi proclamato l'effetto diretto "verticale" — ma non "orizzontale" — delle direttive nella sentenza del 22 giugno 1989 ([282]) seguita da una copiosa giurisprudenza. Oggi, possono avere efficacia diretta le Direttive "scadute", ossia per le quali siano decorsi i termini di attuazione indicati dal legislatore dell'Unione nonché quelle che sono state solo parzialmente trasposte in diritto interno. Ma tale **efficacia diretta** è solo ***verticale*** (attiene alla situazione giuridica del

---

([279]) V. ora art. 288 TFUE.

([280]) Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, Causa 26/62, in *Rec.*, 1963, p. 3, concl. ROEMER.

([281]) Corte di giustizia, 6 ottobre 1970, Causa 9-70, in *Rec.*, 1970, p. 825.

([282]) Corte di giustizia, 22 giugno 1989, Causa C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa c. Comune di Milano*, in *Rec.*, p. 1839.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 301 SESS: 68 USCITA:

privato) e non ancora ***orizzontale*** (non può cioè essere fatta valere da un privato contro un altro privato in un processo dinanzi al giudice interno). Va comunque segnalato che, recentemente, la Corte di giustizia ha elasticizzato tale distinzione ammettendo che "[è] compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto". A rigore, però, non si tratta di un'applicazione orizzontale della direttiva bensì dell'applicazione immediata di un principio generale di diritto UE iscritto nella Carta dei diritti fondamentali UE ([283]).

17. Un'analisi trasponibile dal diritto UE al diritto internazionale pattizio. — Le osservazioni appena presentate vanno ricollegate all'analisi che la Corte di giustizia ha compiuto con riferimento alla diretta efficacia dei trattati conclusi dall'Unione europea. Ben presto, infatti, la Corte si è trovata ad esaminare se una norma del GATT fosse "*self-executing*" ([284]). A tale scopo, la Corte di giustizia analizzò "lo spirito, l'economia e i termini" del GATT per decidere se l'art. XI del trattato fosse direttamente applicabile. La Corte, tuttavia, ha ritenuto che alcuni elementi — quali la flessibilità delle disposizioni dell'accordo, le possibilità di deroga, il sistema quasi-giurisdizionale di soluzione delle controversie — dimostravano che l'art. XI dell'Accordo generale non era di natura tale da creare dei diritti soggettivi che i cittadini degli Stati membri potevano far valere in giudizio.

La Corte, a nostro parere erroneamente, ha successivamente confermato la sua analisi con riguardo all'OMC/WTO, il cui regime giuridico è però profondamente e qualitativamente diverso da quello posto dal GATT nel 1947 ([285]).

Siffatta conclusione, peraltro, stride con quelle raggiunte dalla stessa Corte di giustizia a proposito di alcuni accordi commerciali conclusi con gli Stati terzi ove ritenne che alcune norme della Convenzione di Yaoundé tra l'allora Comunità europea ed un certo numero di Stati africani *fossero direttamente applicabili* ([286]). Ancora, nel caso *Kupferberg* ([287]), la Corte ha confermato tali conclusioni in esito ad un esame in tre fasi: *la natura e l'economia dell'accordo in questione*, il suo *contesto* e infine *i termini utilizzati nell'accordo* ([288]).

Nonostante tutto, ci pare che le tecniche interpretative sviluppate dalla Corte in questa vasta materia possano servire da modello sia per i tribunali nazionali sia per quelli internazionali.

([283]) Corte di giustizia (Grande sez.), 22 novembre 2005, Causa C-26/62, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709. In argomento cfr. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, 7 ed., cit., p. 271 ss. ove riferimenti.

([284]) Corte di giustizia, 12 dicembre 1972, Causa 21-24/72, *N.V. International Fruit Company*, in *Rec.*, 1972, concl. Mayras. La medesima impostazione si ritrova nel "caso delle banane" in cui la Corte di giustizia concluse che le norme del GATT non potevano essere invocate direttamente dai singoli dinanzi al giudice UE. Corte di giustizia, 5 ottobre 1994, Causa C-280/1993, *Germania c. Consiglio*, in *Rec.*, I, p. 4973.

([285]) Per esempio, la pronuncia nella Causa C-149/96 *Repubblica Portoghese c. Consiglio dell'Unione Europea*, 22 novembre 1999, in *Rec.*, p. 8395. In argomento cfr. D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, C. Hamann, *Droit international économique*, cit., nonché F. Marrella, "Tutela dei singoli e diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio", in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 49-99.

([286]) Corte di giustizia, 5 febbraio 1976, Causa C-87/75, in *Rec.*, 1976, p. 129.

([287]) Corte di giustizia, 26 ottobre 1982, Causa C-104-81, *Kupferberg & Cie KG*, in *Rec.*, 1982, p. 3641.

([288]) V. J. Groux e Ph. Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni della Comunità europea, 1984, pp. 122-127.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 302 SESS: 68 USCITA:

Sezione II
La scarsa adeguatezza degli ordinamenti interni alla diretta efficacia del diritto internazionale

18. Premessa. — *Il diritto internazionale non regola le modalità di applicazione delle proprie norme nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato* (1). Gli Stati, come abbiamo indicato, provvedono all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale secondo modalità proprie (2). Pertanto, questa volta osserveremo il diritto internazionale calandoci all'interno dell'ordinamento giuridico degli Stati valutando, secondo la già citata espressione inglese, *how Domestic Law looks at International Law*.

§ 1. — *Il silenzio del diritto internazionale circa le modalità della sua ~~diretta~~ attuazione nell'ordinamento interno dei singoli Stati*

19. Le ragioni. — Le ragioni del silenzio del diritto internazionale circa la sua attuazione nel diritto interno dei singoli Stati sono legate, oltre che all'evoluzione storica della sua struttura, anche a ragioni di carattere logico.

Storicamente, il diritto internazionale era quasi esclusivamente costituito da norme non scritte. E le norme non scritte difettano, in linea di principio, di quella precisione sufficiente affinché esse possano applicarsi direttamente nell'ordinamento interno dei singoli Stati.

Del pari, sul *piano logico*, era difficile, se non impossibile per il diritto internazionale di un tempo, imporre agli Stati delle regole comuni circa le sue modalità di applicazione negli ordinamenti interni. Si sarebbe trattato di un'ingerenza inaccettabile negli affari interni di ciascuno Stato.

Quindi, *il diritto internazionale si limita ad affermare la propria superiorità sul diritto interno degli Stati e lascia agli Stati la libera scelta dei mezzi per assicurarne l'attuazione*: sono quindi gli Stati a dovere assicurare il primato del diritto internazionale nel proprio ordinamento giuridico interno a pena della loro responsabilità internazionale.

20. Le tecniche di adattamento dell'ordinamento statale al diritto internazionale. — Alla luce delle premesse di cui sopra, ogni Stato tende spontaneamente a configurare il proprio ordinamento interno in maniera tale che le sue norme non siano contrarie ai propri obblighi internazionali. Si deve infatti presumere che l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato sia orientato all'adempimento degli obblighi internazionali derivanti dalla partecipazione del medesimo Stato alla vita di relazione internazionale.

Ma allorquando ci sia un disallineamento tra la norma internazionale e quella interna occorre che lo Stato intervenga nel proprio ordinamento per ristabilire l'armonia con l'ordinamento internazionale ed evitare la responsabilità internazionale. Tale intervento dello Stato, che prende il nome di **adattamento del diritto interno al diritto internazionale,** è dovuto a due ragioni concrete.

La prima è che una norma internazionale talvolta impone ad uno Stato di emanare, modificare o abrogare determinate norme giuridiche interne.

La seconda ragione è che, anche in relazione a norme internazionali che attribuiscono ad uno Stato l'obbligo o la *facoltà* di compiere attività diverse da quella di produzione di norme giuridiche, può manifestarsi la necessità di modificare l'ordinamento giuridico preesistente.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 303 SESS: 68 USCITA:

21. Procedimento ordinario. — Nel ***procedimento ordinario*** (o con riformulazione) ciascuno Stato utilizza gli ordinari procedimenti di produzione giuridica per adattare il proprio ordinamento interno alle norme di diritto internazionale. Si tratta, in pratica, di emanare una *norma statale (costituzionale o legislativa od amministrativa) riproduttiva della norma internazionale* che, per forza propria, produca gli effetti voluti nell'ordinamento interno. Così facendo, però, si possono avere due problemi: il primo, è che una norma internazionale assume, nell'ordinamento interno di uno Stato, il **rango della propria norma di attuazione** e quindi può essere derogata da una norma successiva dello stesso ordinamento (*lex posterior derogat priori*); il secondo, è che la *norma nazionale riproduce quella internazionale* ma vive di vita (giuridica) propria: **il rinvio è infatti recettizio** in quanto si concretizza nel travaso *una tantum* della norma internazionale nella norma nazionale perdendo così ogni "cordone ombelicale" (anche se l'*intentio legis* rileva a fini interpretativi). Ciò, concretamente, significa che le vicende della vita giuridica della norma internazionale (creazione, entrata in vigore, invalidità, caducazione ecc.) — le quali, ovviamente, si manifestano solo nell'ordinamento internazionale — non incidono sulla norma nazionale di attuazione la quale continua a vivere di vita propria nell'ordinamento giuridico interno di uno Stato. Del resto proprio a causa della "riformulazione" della norma internazionale, un po' come accade per la replicazione dei virus, potrebbe accadere persino che la norma interna riproduttiva sia scritta in modo difforme dalla norma internazionale.

22. Procedimento speciale. — Alla luce delle suddette considerazioni è chiaro perché il ***procedimento speciale di adattamento*** sia quello preferibile. I procedimenti speciali di adattamento sono quello dell'***adattamento automatico*** e quello dell'*ordine di esecuzione di un trattato*. Nel primo caso, come diceva Nino Cassese, "una norma interna (di rango costituzionale, oppure contenuta in una legge ordinaria o, nei sistemi di *Common Law*, stabilita da decisioni giudiziarie), una volta per tutte, impone agli organi dello Stato e a tutti gli individui presenti sul territorio di applicare le norme presenti e future di diritto internazionale" ([289]). Come vedremo, tra breve, è la soluzione che l'ordinamento italiano ha previsto per l'adattamento alle consuetudini internazionali.

Nel secondo caso, il legislatore statale emana un **atto *ad hoc***, un **ordine di esecuzione** tramite il quale ordina "piena ed intera esecuzione" di un dato trattato e rinvia — si tratta di **rinvio non recettizio** giacché "la norma internazionale, a cui si fa riferimento, rimane tale e non viene assunta nell'ordinamento interno" ([290]) — a quest'ultimo senza riformulazione. In tal modo, le vicende del trattato sul piano internazionale si riflettono automaticamente nell'ordinamento interno tramite, appunto, il rinvio contenuto nell'ordine di esecuzione (anch'esso contenuto in una legge costituzionale, od ordinaria o in un atto amministrativo).

§ 2. — *L'ordinamento giuridico nazionale come freno all'applicazione del diritto internazionale: uno sguardo comparatistico*

23. I modelli teorici: monismo e dualismo degli ordinamenti giuridici. Un breve *excursus*. — Dagli inizi del '900, la dottrina ha studiato in modo approfondito i

---

([289]) A. Cassese, *Diritto internazionale*, 3a ed., cit., p. 325.
([290]) G. Morelli, *Nozioni di Diritto internazionale*, 7a ed., cit., p. 83 s.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 304 SESS: 68 USCITA:

rapporti tra ordinamenti giuridici giungendo a risultati di grande valore teorico a cui conviene fare un rapido cenno. In particolare, è utile visualizzare la distinzione tra concezioni moniste e dualiste.

Secondo **la concezione monista** si tende a ridurre ad unità l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni dei singoli Stati in nome dell'unità del Diritto e di dottrine giusnaturalistiche (o teologiche) che presuppongono l'esistenza di norme universali accolte e comprese in egual modo da tutta l'umanità (o dettate da Dio agli esseri umani). Muovendo da tale assunto, che è quello più antico nella nostra materia (già tardo-medievale) ma che ha ricevuto una moderna sistemazione ad opera della scuola di Vienna (principalmente Hans Kelsen ([291]) e Alfred Verdross ([292])) si postula la supremazia del diritto internazionale sui sistemi giuridici nazionali per giungere alla conclusione che esiste un unico megaordinamento giuridico, fondato su una fantasmatica *grundnorm* a partire dalla quale si collocano, secondo uno schema piramidale, prima le fonti dell'ordinamento internazionale e dopo quelle degli ordinamenti interni. Se così fosse, ne seguirebbe che, ad es. l'ordinamento italiano o quello degli Stati Uniti e della Cina, *al pari delle proprie norme*, sarebbero degli ordinamenti derivati da un unico ed impalpabile diritto originario sovranazionale di cui però non si capisce chi sia il creatore. Dunque, qualunque norma internazionale finirebbe con il poter "atterrare" nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato (in Italia, in Cina, negli USA) non esistendo alcuna "camera di compensazione" rispetto alla *norma aliena*.

Già da questi pochi cenni, appare evidente l'eccessiva astrazione di tale impostazione che non è mai stata in grado di spiegare la realtà dei rapporti tra ordinamenti giuridici, la diversa origine delle varie norme, il loro coordinamento e persino la loro violazione. Per ironia della sorte, nella stessa epoca in cui Kelsen propugnava le sue teorie, in Europa si affermava il nazifascismo e, con esso, anche su impulso dell'internazionalista tedesco Carl Schmitt ([293]), un'opposta teoria, quella del **monismo con primato del diritto interno**. Secondo tale impostazione, esiste una supremazia del Diritto ma è quella del *diritto nazionale* sul *diritto internazionale* che, altro non è se non il "diritto pubblico esterno" di uno Stato-potenza. In tale prospettiva, il diritto internazionale diviene mera espressione della politica estera unilaterale e di potenza di ciascuno Stato; ogni argomento basato sull'esistenza di una comunità internazionale dotata di proprie regole e di meccanismi tecnico-giuridici viene a cadere in secondo piano e diviene oggetto di mera convenienza politica contingente come ancor oggi insegnano alcuni studiosi di politica internazionale ignari dei rigurgiti di tale vetusto approccio nazionalista.

Senonché, tra i due estremi appena identificati si colloca **la concezione dualista** (*rectius* **pluralista**) e positivista degli ordinamenti giuridici, a cui si rifà la moderna dottrina e la giurisprudenza italiana a partire dalle classiche e fondamentali indagini di Heinrich Triepel in Germania nel 1899 e di Dionisio Anzilotti del 1905 (nonché Santi Romano). Anzilotti sviluppa un moderno metodo di indagine scientifica giusinternazionalistica basata rigorosamente sul diritto positivo (a prescindere dal "diritto di

---

([291]) H. Kelsen, "Théorie générale du droit international public", in *RCADI*, v. 42, 1932, pp. 117-352; Id., "Théorie du droit international public", ivi, v. 84, 1953, pp. 1-203.

([292]) A. Verdross, "Le fondement du droit international", in *RCADI*, v. 16, 1927, pp. 247-323; Id., "Règles générales du droit international de la paix", ivi, v. 30/V, 1929, p. 251 ss.

([293]) C. Schmitt, *Il Nomos della terra. Nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, [1974] tr. it., Adelphi, Milano, 1991.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 305 SESS: 68 USCITA:

natura, inteso come un diritto preesistente e trascendente ogni realtà empirica, dedotto dall'essenza invariabile dell'umana natura") e sull'esigenza di ricostruire in modo rigoroso il sistema delle norme internazionali sulla base di una "distinzione netta tra il diritto posto da una volontà normatrice che obbliga per il solo fatto che è posto da tale volontà (diritto positivo), e quel complesso di principi o esigenze ideali che la coscienza sociale afferma desumendoli dalla natura umana e dalla costituzione delle cose in relazione ai fini della convivenza (giustizia o, se vuolsi, diritto naturale)" ([294]). Oggetto del lavoro dell'internazionalista è dunque il *diritto positivo* in tutte le sue manifestazioni; il suo compito è determinare e spiegare le norme vigenti, ordinandole nella *forma logica* di un *sistema*. Ne segue che i problemi *de lege lata* vanno tenuti rigorosamente distinti da quelli *de lege ferenda* e dai "desideri normativi" di alcuni studiosi che talvolta sono vittime di allucinazioni.

Orbene, come aveva già indicato Triepel, le norme di diritto internazionale positivo come quelle di tutti gli ordinamenti traggono origine da un ***atto di volontà***. Se nel ***diritto interno*** la volontà originaria rilevante è quella del *Sovrano*, personificato nello Stato e superiore a tutti gli altri enti del proprio ordinamento giuridico, risulta evidente che in ***diritto internazionale***, data la mancanza di un ente superiore agli Stati in esso consociati, il punto di partenza è radicalmente distinto ed è quello che fa capo ad una diversa *societas*, la *Comunità degli Stati*, che per il fatto stesso di esistere esprime una propria volontà (*Vereinbarung*) e dunque un proprio *ius*: il diritto internazionale. In tale prospettiva, diritto interno e diritto internazionale costituiscono due ordinamenti giuridici originari e indipendenti, separati e distinti; in qualche modo astrattamente *paralleli*.

Pertanto, al fine di poter essere immesse nell'ordinamento interno di uno Stato, è evidente e necessario che le norme dell'ordinamento internazionale vengano "recepite" o comunque *trasformate* in *norme giuridiche interne* attraverso appositi meccanismi e procedure liberamente stabiliti dallo Stato ed appartenenti al *suo* ordinamento giuridico.

24. La prassi degli Stati. — Ferme restando le suddette opzioni teoriche e posto che, anche nell'impostazione dualistica si ammette la supremazia del diritto internazionale ([295]), risulta evidente che, ai fini dell'adattamento, non esiste un'unica soluzione bensì tante soluzioni nazionali quanti sono gli Stati, i quali articolano l'adattamento del loro ordinamento interno alle norme internazionali secondo soluzioni monistiche o dualistiche ed in funzione del carattere: consuetudinario *(a)* o pattizio *(b)* di tali norme.

a) *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale consuetudinario*

25. Premessa. — L'applicazione del diritto internazionale non scritto nel diritto interno è di certo la questione più complicata. Ciò è dovuto al carattere proprio della consuetudine internazionale, una norma non scritta il cui contenuto è spesso poco preciso e che, vivendo sul piano intergovernativo, assai raramente si indirizza all'interno degli ordinamenti statali.

([294]) V. per tutti D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, pref. di T. Perassi, I, 4 ed., Padova, Cedam, 1955, p. 16 ss.

([295]) T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 648 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 306 SESS: 68 USCITA:

26. Prassi costituzionale degli Stati. — Per le medesime ragioni, la Costituzione di ciascuno Stato affronta tale problema tramite espressioni assai vaghe (296). Il dato costante è però quello per cui il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali di diritto non sono trasposti o recepiti mediante un atto legislativo nazionale *ad hoc*, a differenza di quanto accade per i trattati internazionali. Lo *jus cogens* non viene specificamente menzionato ma viene comunque assimilato alle consuetudini internazionali.

A titolo esemplificativo, si può citare la formula utilizzata nel *Preambolo della* ***Costituzione francese*** *del 27 ottobre 1946*, secondo il quale: "[l]a Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle norme del diritto internazionale pubblico". Allo stesso modo, l'art. 7 della ***Costituzione spagnola*** del 1931 prevedeva che "[l]o Stato spagnolo osserverà le norme universali del diritto internazionale incorporandole nel proprio diritto nazionale".

Un po' più dettagliata è la norma di cui all'art. 25 della Legge fondamentale del 1949 della **Repubblica Federale Tedesca** ove si dispone che: "[l]e regole generali del diritto internazionale fanno parte integrante del diritto federale. Esse prevalgono sulle leggi e fanno sorgere direttamente diritti ed obblighi per gli abitanti del territorio federale". Tale norma va letta alla luce dell'art. 100, § 2, punto 31: "[i]l giudice interno può rifiutare l'applicazione delle regole contrarie al diritto internazionale comune".

A propria volta, in molti Paesi di **Common Law**, a partire dal **Regno Unito**, si utilizza la formula, altrettanto vaga, enunciata da Blackstone nei suoi "Commentari" del 1765 secondo la quale — "*International Law is part of the Law of the land*". Ma, ancora una volta, non si spiegano quali siano i concreti meccanismi di adattamento; il coordinamento della norma internazionale con le norme interne; il rango del diritto internazionale nella gerarchia delle fonti nazionali e la sua eventuale invocabilità dinanzi al giudice nazionale.

Il panorama normativo non migliora nemmeno con riferimento alle Costituzioni più recenti. Così, la nuova ***Costituzione russa*** del 1993 prevede all'articolo 15, c. 4, che "i principi generalmente riconosciuti e le norme del diritto internazionale... fanno parte del sistema giuridico" nazionale. Formulazioni analoghe si riscontrano nelle costituzioni di molti Stati ex-socialisti dell'Europa centrale e orientale.

In **Cina**, la posizione delle consuetudini internazionali appare incerta (297).

b) *L'adattamento del diritto interno ai trattati internazionali*

27. — Con riferimento all'adattamento del diritto interno ai trattati internazionali, l'esame della prassi rivela dei peculiari ostacoli di tipo "costituzionale" (1); di tipo "giudiziale" (2); e di tipo "amministrativo" (3).

1. — Gli ostacoli costituzionali

28. Tipologia. — Tali ostacoli si manifestano in modo evidente in caso di contrasto tra un trattato e la Costituzione nazionale o tra un trattato e una legge nazionale posteriore.

---

(296) In arg. v. i riferimenti dottrinali indicati all'inizio di questo capitolo.

(297) V. E. Stein, *International Law in Internal Law: toward internationalization of Central-Eastern European Constitutions*, in *AJIL*, 1994, pp. 445-446; P. Rossi, "L'adattamento al diritto internazionale nell'ordinamento giuridico della Repubblica Popolare Cinese", *Riv. dir. int.*, 2016, p. 425 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 307 SESS: 68 USCITA:

a) ***L'assenza di ostacoli: la superiorità del diritto internazionale secondo la Costituzione nazionale***

29. La soluzione olandese e nel BENELUX. — La Costituzione del Regno d'Olanda contiene la soluzione più favorevole al diritto internazionale pur se appare completamente isolata nel panorama comparatistico. Nel testo attualmente in vigore, l'art. 93 della Costituzione stabilisce che le disposizioni dei trattati e delle risoluzioni adottate da OIG dotate di diretta efficacia nell'ordinamento olandese acquistano tale efficacia *per effetto della pubblicazione*. In tal caso tali *disposizioni prevalgono sulle leggi olandesi* (art. 94).

In seguito, anche il Lussemburgo (art. 49 *bis* della Costituzione modificata il 25 ottobre 1956) ed il Belgio (art. 34 della Costituzione federale del 17 febbraio 1994) hanno adottato l'approccio olandese (tuttavia, una sentenza del 3 febbraio 1994 della Corte d'Arbitrato permette d'esprimere dei dubbi riguardo a questa assimilazione ([298])).

30. La soluzione della *paralisi temporanea*. — Altre volte, le soluzioni di diritto interno possono aprire con maggiore o minore latitudine all'applicazione del diritto internazionale. Il Preambolo alla Costituzione francese del 1946 disponeva che "la Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni si conforma[ava] alle regole del diritto internazionale pubblico...". Inoltre, "con **riserva di reciprocità**, la Francia consente(iva) le limitazioni della sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace...". Oltretutto, l'art. 26 disponeva che "*i trattati diplomatici regolarmente ratificati e pubblicati hanno forza di legge anche nel caso in cui siano contrari alle leggi francesi...*".

Per quanto l'approccio seguito dalla Costituzione del 1946 non facesse alcun riferimento espresso ad altre fonti del diritto internazionale (consuetudini e principi generali di diritto ad es.), con la pronuncia del Consiglio Costituzionale del 10 giugno 2004 sull'"economia digitale", è stata ufficializzata una nuova dottrina, quella della "costituzione schermo", sicché l'art. 54 della **Costituzione del 1958** oggi va inteso nel senso che *l'autorizzazione a ratificare o ad approvare un trattato può intervenire solo dopo una revisione costituzionale.* Non si tratta di un ostacolo insormontabile, anche se, tale soluzione comporta, nell'ordinamento interno, *una paralisi almeno parziale degli effetti di un trattato concluso dalla Francia* ([299]).

31. ***Altri sistemi giuridici*: un ostacolo talvolta insormontabile.** — Nella maggioranza dei casi, il conflitto tra il diritto internazionale e le norme costituzionali di uno Stato non viene disciplinato nella costituzione nazionale. In tal caso, potrebbe essere necessaria una *modifica costituzionale* per dare attuazione ad una norma internazionale incompatibile con la legge fondamentale dello Stato. La "paralisi" può diventare però definitiva se le modifiche costituzionali necessarie siano praticamente impossibili da ottenere. Questo è il caso *degli* ***Stati Uniti****, o degli Stati federali* più in generale, dove gli equilibri sono talmente delicati da rendere estremamente difficile una modifica della Costituzione. Lo stesso vale per la **Costituzione russa del 1993** che

---

([298]) Corte di arbitrato, sentenza n. 12/94 pubblicata nel *Moniteur Belge* dell'11 marzo 1994. V. i punti B. 4 e B. 6 della decisione che collocano il Belgio nella categoria dei Paesi che riconoscono al diritto internazionale solo un primato infracostituzionale.

([299]) V. D. Carreau, F. Marrella, *Droit international*, cit., 12 ed., 2018, per ulteriori ragguagli.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 308 SESS: 68 USCITA:

presenta una netta affinità con quella francese, nel senso che un trattato contrario alla suddetta costituzione non può entrare in vigore senza una precedente modifica della stessa ([300]). In siffatte ipotesi, la Costituzione non rappresenta semplicemente un freno, ma un *ostacolo quasi insormontabile* all'applicazione del trattato (o del diritto internazionale generale) con essa contrastante.

Va tuttavia ricordato che uno Stato non può rifugiarsi dietro la propria costituzione per sfuggire ai propri obblighi internazionali ed evitare la propria responsabilità internazionale.

b) ***La Costituzione "schermo"***

32. La Costituzione-schermo: le *norme interposte*. — Alcuni Paesi assegnano al diritto internazionale un posto nella loro gerarchia interna delle fonti che è *inferiore alla costituzione ma superiore alle leggi dello Stato.* Tale è il caso in Europa, per esempio, dell'**Austria**, del **Belgio** ([301]), dell'**Irlanda**, — in via giurisprudenziale, dell'**Italia** (v. *infra* Cap. XVIII) — o della **Francia** a far data dalla decisione del 10 giugno 2004 del Consiglio costituzionale sull'"economia digitale". La Costituzione francese del 1958 riprende il nucleo essenziale delle disposizioni "internazionaliste" di quella del 1946 con l'aggiunta di una *riserva espressa di reciprocità* ed all'art. 55 così recita:

> "I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascuno accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra Parte".

Senza dubbio, la differenza tra la Costituzione francese del 1946 e quella del 1958 è la previsione di un ***controllo di costituzionalità delle leggi***, il che ha come conseguenza l'inclusione specifica dei trattati, che rientrano nel processo legislativo posto sotto il controllo del *Conseil Constitutionnel.*

In **Cina**, la Costituzione del 1982 (e successive modifiche) nulla dice al riguardo, ma dei riferimenti precisi si ritrovano all'interno delle leggi ordinarie ([302]) lasciando presumere che questo Paese si collochi in tale categoria.

33. La *soluzione tedesca*. — L'ordinamento costituzionale della Germania appare « aperto nei confronti del diritto internazionale » sia per l'orientamento di fondo di politica estera, sia considerando i vari riferimenti presenti nella Costituzione tedesca (***Grundgesetz***, letteralmente: Legge fondamentale, abbreviato in GG), del 23 maggio 1949 ([303]). Cionondimeno, tale "apertura" non va esagerata come dimostra la

---

([300]) Art. 125.6 della Costituzione russa, v. G.M. Danilenko, "The new Russian Constitution and International Law", in *AJIL*, 1994, p. 451 ss.

([301]) V. Corte costituzionale tedesca, 5 maggio 2020, con nota di R. Adam, "Il controlimite dell'"ultra vires" e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020", *Dir. Un. Eur.*, 2020, pp. 9-27.

([302]) Vedi per esempio art. 142, par. 2, della legge riguardante i principi generali di diritto civile del 1986. In arg. v. ora P. Rossi, "L'adattamento al diritto internazionale nell'ordinamento giuridico della Repubblica Popolare Cinese", in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 425 ss.

([303]) V. art. 25 GG (validità nazionale del diritto internazionale generale) art. 24, cpv. 2 GG (integrazione in un sistema di sicurezza collettivo); art. 26 cpv. 1 (pace internazionale, diritti umani e intesa tra i popoli) e art. 23 e 24 cpv. 1 GG (appartenenza all'UE).

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 309 SESS: 68 USCITA:

pronuncia della Corte costituzionale federale circa il Trattato di Maastricht del 12 ottobre 1993 ([304]).

L'art. 24, par. 1, dispone che la "Federazione può trasferire per via legislativa diritti di sovranità ad istituzioni internazionali"; il par. 2 dello stesso articolo precisa che la RFA "può, nell'interesse della tutela della pace, integrarsi in un sistema di sicurezza reciproca. Essa pertanto consentirà alle limitazioni della sua sovranità proprie a realizzare e garantire un ordinamento pacifico e duraturo in Europa e fra tutte le nazioni del mondo".

L'articolo 25 GG statuisce espressamente che le norme di diritto internazionale generale, ossia ***i principi generali di diritto e le consuetudini internazionali***, prevalgono nei confronti delle leggi tedesche. La giurisprudenza e la dottrina tedesche interpretano tale norma costituzionale collocando le norme internazionali in un rango *interposto* tra il diritto costituzionale e quello legislativo. Ciò vale in parte anche per lo *jus cogens*.

Il rango di un ***trattato internazionale*** a livello nazionale è definito in base al suo corrispondente atto di trasposizione, ossia assume il rango di legge federale. Per stabilire il rapporto con gli altri atti legislativi dello stesso rango si applicano le regole generali d'interpretazione e in particolare il principio dell'interpretazione conforme al diritto internazionale. Ne segue che, in Germania, nemmeno la CEDU prevale automaticamente sulle leggi federali. Tuttavia la Corte costituzionale federale tenta di garantire la massima concordanza possibile tra tali diversi ordinamenti.

Per quanto riguarda i rapporti tra il ***diritto dell'Unione Europea*** ed il ***diritto tedesco***, stigmatizzati dalle famose sentenze ***Solange***, la Corte Costituzionale tedesca, il 30 giugno 2009 ([305]), si è pronunciata sulla compatibilità rispetto alla Legge Fondamentale tedesca di tre atti: l'Atto di approvazione del Trattato di Lisbona, l'Atto che modifica la Legge Fondamentale (artt. 23, 45 e 93) e l'Atto che amplia e rafforza i diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* nelle questioni dell'Unione europea. Secondo la Suprema Corte, nonostante l'esistenza di un principio di apertura — ***Europafreundlichkeit*** — costituzionalmente sancito all'art. 23 GG, sussistono nondimeno alcuni principi "strutturali" (come il principio dello stato di diritto, lo stato sociale, la forma repubblicana parlamentare e il rispetto dei diritti fondamentali), che costituiscono l'***identità costituzionale tedesca***. Questo nocciolo duro della Costituzione va letto alla luce dell'art. 79, par. 3, GG, il quale esclude la possibilità di modificare, anche attraverso una revisione costituzionale, tali principi. Esprimendosi, poi, sulla natura dell'UE, la Corte, in linea con quanto aveva indicato nella sentenza sul Trattato di Maastricht, ha affermato che l'Unione europea è uno *Staatenverbund*, ossia un'unione di Stati in cui questi ultimi rimangono i "padroni dei Trattati". Ne segue che l'Unione non gode di una vera e propria sovranità, bensì di una mera "autonomia decisionale" derivata dalla volontà degli Stati membri. In tale prospettiva, anche l'emissione di titoli da parte della BCE appare priva di fondamento.

34. Conflitto tra un trattato internazionale ed una *legge anteriore*. — Non sussistono difficoltà, in tutti i sistemi giuridici nazionali, nel disciplinare il conflitto tra

---

([304]) V. su questa sentenza e sue implicazioni gli articoli di H.J. HAHN, in *RGDIP*, 1994, P. 107 e D. HANF in *RTDE*, 1994 p. 391.

([305]) Corte cost. tedesca, 30 giugno 2009, al sito *http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 310 SESS: 68 USCITA:

un trattato e una *legge nazionale anteriore*. Il principio normalmente applicato è quello secondo il quale la legge più recente — e può trattarsi di quella di ratifica del trattato — prevale sulla legge anteriore (principio *lex posterior derogat priori*).

35. Conflitto tra un trattato internazionale ed una *legge posteriore*. — Il conflitto tra un trattato internazionale ed una *legge nazionale posteriore* è invece più delicato, ancorché raro nella prassi. Un simile conflitto viene disciplinato solitamente dalla Costituzione; tuttavia, nella maggior parte dei casi, la Costituzione non si pronuncia o lo fa in modo ambiguo. Le soluzioni nazionali risultano così molto diversificate e discordanti.

In alcuni Paesi, la legge nazionale *posteriore* non impedisce al diritto internazionale incompatibile con quest'ultima di produrre i suoi effetti. Tale è la soluzione adottata dal **Regno dei Paesi Bassi** (art. 65 della Costituzione) o in **Germania**.

Anche i giudici francesi e belgi hanno fatto prevalere quella soluzione. In Francia, ad esempio, il *revirement* è stato possibile grazie alla giurisprudenza civile e penale. Poi, tali risultati sono stati consolidati dalla Corte costituzionale francese tramite la pronuncia del 15 gennaio 1975 (*caso di interruzione volontaria della gravidanza*) e dalla Corte di Cassazione il 23 maggio 1975 ([306]). Tale giurisprudenza ha, per la prima volta, fatto prevalere le disposizioni di un trattato ([307]) su quelle di una legge nazionale posteriore e contraria. Diversamente, i giudici amministrativi francesi hanno impiegato quasi quindici anni per pervenire al medesimo risultato. Il cambiamento si produsse con la sentenza del Consiglio di Stato del 20 ottobre 1989 nel *caso Nicolo* ([308]). Il Consiglio di Stato riconobbe, l'anno successivo, che una legge francese posteriore doveva essere disapplicata non potendo costituire un ostacolo all'applicazione di un Regolamento comunitario ([309]). Poco tempo dopo, in altre due sentenze, il Consiglio di Stato ha applicato la medesima giurisprudenza alle *Direttive comunitarie,* di modo che anche questi atti di diritto derivato si imponessero al giudice amministrativo francese, *nonostante la loro contrarietà con una legge posteriore* ([310]).

36. (segue) La *legge nazionale posteriore* come "freno provvisorio": la *soluzione italiana*. — In una seconda serie di casi, una *legge nazionale posteriore* contraria "sospende" ma non impedisce l'applicazione del diritto internazionale. Era questa la soluzione italiana, con riferimento al diritto UE, fino alla sentenza ***Granital*** del 1984. Qui, con sentenza del 30 ottobre 1975 ([311]), la Corte costituzionale aveva, da un lato, riconosciuto il primato del diritto comunitario (oggi dell'UE) sul diritto interno,

---

([306]) Cass, 23 maggio 1975, *Cafés J. Vabre*, in *RTDE*, 1975, p. 354, con le conclusioni del Procuratore generale Touffait.

([307]) Nella fattispecie, il trattato di Roma del 1957.

([308]) Tra la vasta letteratura in materia, v. *RTDE*, 1989, p. 771 con conclusioni di Frydman e nota di G. Isaac; J. Dehaussy *La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt Nicolo du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989*, in *Clunet*, 1990, p. 5; R. Kovar, *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire, de l'Etat de guerre à la paix armée*, D. 1990, Cap. X; J.F. Lachaume, *Une victorie de l'ordre juridique communautaire: l'arrêt Nicolo consacrant la supériorité des traités sur le lois postérieures*, in *RMC*, 1990, p. 384.

([309]) CE 24 settembre 1990, *Boisdet*, in *LPA*, 12 ottobre 1990, p. 15 con le conclusioni di Laroque.

([310]) CE Ass. 28 febbraio 1992, *S.A. Rothmans International France e S.A. Philip Morris France*, in *Rec.*, p. 80, in *JCP*, p. 92, ed. G.IV, n. 1318 obs. M.C. Rouault e II, p. 21859, con nota di G. Teboul; in *LPA*, 10 aprile 1992, p. 18 note di Th. Celerier; R. Kovar, *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire: des progrès mais peut mieux faire*, D. 1992, Chr. XLIII, p. 207.

([311]) Corte cost., 30 ottobre 1975 n. 232, *ICIC spa c. Ministero del commercio estero*, in *Giur. Cost.*, 2211.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 311 SESS: 68 USCITA:

dall'altro, aveva affermato la propria competenza nel garantire tale primato. Secondo la Corte, il giudice ordinario *non poteva disapplicare* la norma interna contrastante con la norma comunitaria, ma **doveva *sospendere il procedimento* ed attendere una pronuncia della Corte Costituzionale**. Ciò equivaleva a mettere un "freno", ancorché provvisorio, all'applicazione del diritto internazionale nell'ordinamento interno. La "soluzione italiana" è stata condannata diverse volte dalla Corte di giustizia ([312]) ed ora è stata eliminata per il diritto UE ancorché permanga per altre materie del diritto internazionale (ad es. per la CEDU).

c) *L'equiparazione formale tra un trattato internazionale e la legge nazionale. Risultato: la superiorità della norma interna*

37. La *legge nazionale posteriore* come "schermo totale". — In una terza serie di casi, una legge nazionale posteriore contraria al diritto internazionale blocca completamente l'applicazione del diritto internazionale. È, sfortunatamente, un caso che si presenta nei **Paesi di Common Law** ove è diffusa la soluzione di equiparare un trattato internazionale alla legge nazionale.

38. La *soluzione del Regno Unito*. — Il Regno Unito non ha una Costituzione scritta. Nel 1735, Talbot il *Lord Chancellor* d'Inghilterra aveva affermato, nel caso *Barbuit*, che: "il diritto delle Nazioni... nella misura più ampia era e faceva parte del diritto dell'Inghilterra" ([313]). In seguito, come si è indicato, **Blackstone** nei suoi famosi *Commentaries on the Laws of England* del 1765 aveva osservato che "il diritto internazionale fa parte del diritto del Paese" ([314]). Tale impostazione, senza dubbio innovativa per la sua epoca, sembrava rafforzare l'autorità del diritto internazionale. Ma ciò si rivelò solo parzialmente vero a causa dell'ambiguità di tale formulazione. Se infatti è vero che il diritto internazionale fa parte del diritto positivo interno, ne segue automaticamente che il secondo può modificare il primo, giacché *lex posterior derogat priori*. Ed è proprio in tal senso che i giudici dei Paesi di Common Law hanno finito per interpretare la massima di Blackstone deducendone le seguenti conclusioni: 1) il diritto internazionale vincola solo ed esclusivamente gli Stati; 2) il diritto internazionale fa indubbiamente parte della *Common Law*; 3) il diritto internazionale produce effetti nell'ordinamento interno solo nei casi in cui non sia contrario al diritto vigente o al diritto così come viene interpretato dai giudici nazionali; infine, 4) il diritto internazionale crea diritti in capo ai singoli *soltanto se le sue norme sono state accettate dal Parlamento*. In altri termini, il diritto internazionale, per essere applicato dai giudici interni, dev'essere recepito nell'ordinamento giuridico interno tramite un atto del Parlamento (c.d. "Statute Law") ed acquista automaticamente il rango di quest'ultimo ([315]).

In breve, negli Stati che seguono tale approccio, il diritto internazionale può essere paralizzato in caso di inerzia del legislatore nazionale. Del pari, tale paralisi si verifica anche nel caso in cui il legislatore nazionale adotti una legge posteriore contraria ad una norma di un trattato internazionale anteriormente in vigore.

([312]) V. in particolare il caso già citato *Simmenthal* del 1978 in *RTDE*, 1978, p. 381, con nota di D. CARREAU.

([313]) "The Law of the Nations... in its fullest extent was and formed part of the Law of England", caso *Barbuit, Cases t. Talbot*, 280, 1735.

([314]) *International law is part of the law of the land*.

([315]) Teoria della "sovranità del Parlamento".

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 312 SESS: 68 USCITA:

39. La *soluzione statunitense.* — Negli **Stati Uniti d'America**, ove esiste una Costituzione scritta, la situazione appare più favorevole al diritto internazionale anche se, agli occhi dei giuristi statunitensi, la Costituzione non può in alcun modo essere integrata o modificata o limitata dal diritto internazionale. L'art. VI della Costituzione americana afferma che:

"tutti i trattati conclusi sotto l'autorità degli Stati Uniti costituiranno la legge suprema del Paese ([316]) e saranno obbligatori per tutti i giudici di ciascuno Stato e ciò nonostante le disposizioni contrarie inserite nella Costituzione o la legge di uno qualunque degli Stati".

Tale norma ricorda la massima di Blackstone, ma nella formula statunitense va sottolineato che si parla di "Supreme Law of the Land". Ciò significa che, negli Stati Uniti, *il diritto internazionale prevale sul diritto (incluso quello costituzionale) degli Stati federati e prevale anche sulle leggi federali anteriori*. Il diritto internazionale prevale perché è stato recepito, "trasformato", mediante apposita legislazione del Congresso o perché è *self-executing*, una nozione sconosciuta al diritto positivo inglese. *Tuttavia, per le stesse ragioni ne segue che il diritto internazionale cede di fronte al diritto federale successivo*. Tale soluzione non deve sorprendere in quanto il **diritto internazionale possiede lo stesso rango della legge federale** e quindi opera il principio della *lex posterior*. Al riguardo, i giudici statunitensi hanno precisato che *gli organi giudicanti devono cercare di evitare il conflitto tra un trattato e una legge federale posteriore, in modo tale da consentire ai due ordinamenti, quello interno e quello internazionale, di produrre i loro effetti.* Questo principio è stato formalmente riconosciuto dalla Corte Suprema in una pronuncia del 1888 nel caso *Whitney v. Robertson* (124, US 190). La medesima soluzione venne adottata per risolvere elegantemente il delicato problema della liceità dello stabilimento negli Stati Uniti di alcuni uffici dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP), un'organizzazione ritenuta coinvolta nel terrorismo internazionale ([317]).

Nel primo caso, il Congresso americano aveva votato una legge in virtù della quale l'ufficio dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP), che ospitava la missione dell'OLP alle Nazioni Unite, doveva essere chiuso contrariamente all'accordo di sede che legava l'ONU agli Stati Uniti e ciò avvenne...con grande disappunto del Governo Federale ([318]). Ciononostante, il Tribunale federale adito ebbe l'accortezza di riavvicinare la legge americana agli obblighi internazionali degli Stati Uniti, giungendo alla conclusione secondo la quale la norma nazionale non si applicava alla missione OLP alle Nazioni Unite ([319]). Tuttavia, in epoca successiva, la Corte Suprema riaffermò la superiorità di una legge federale americana del 1996 (in materia di antiterrorismo) rispetto alla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari ([320]) tramite due pronunce del giugno 2006, *Sanchez-Lamas* v. *Oregon* e *Bustillo* v.

([316]) *Shall be the supreme law of the land*.

([317]) Corte distrettuale per il Distretto Sud di New York, 29 giugno 1988, Stati Uniti c. Organizzazione per la Liberazione della Palestina, in *ILR*, 1990, p. 283 ss.

([318]) V. *Le Monde* del 16 marzo 1988 e *AJIL*, 1988, p. 103.

([319]) Il testo della sentenza della U.S. District Court fot the Southern District of New York del 29 giugno 1988 si reperisce in *ILM*, 1988, p. 1055; per un commento v. R. PINTO, "La fermeture du bureau de l'OLP auprès des Nations Unies à New York", *JDI*, 1989, p. 329 e ss., nonché B. STERN, "L'affaire du bureau de l'OLP devant les juridictions interne et internationale", in *AFDI*, 1988, p. 165 ss.

([320]) *Breard v. Greene*, 118 s. ct. 1352 (1998). Nella fattispecie, Breard, cittadino paraguaiano, privato dell'assistenza del Consolato del Paraguay negli Stati Uniti, fu condannato a morte e giustiziato in virtù della sola legge americana, e ciò nonostante le disposizioni della Convenzione di Vienna precedentemente

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 313 SESS: 68 USCITA:

G.M. Johnson ([321]). Il tutto, si noti, nonostante la contraria interpretazione della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari data dalla CIG nelle sue sentenze *La Grand* del 27 giugno 2001 ed *Avena* del 31 marzo 2004 ([322]). Più recentemente ancora e sulla stessa questione, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha perseverato con quell'approccio nella sentenza *Medellin* v. *Texas* del 25 marzo 2008 ([323]), pur essendo pienamente consapevole che la situazione giuridica che ne risultava — il mancato adattamento del diritto interno agli obblighi internazionali degli Stati Uniti — faceva insorgere la responsabilità internazionale di tale Paese. La CIG, a propria volta, non mancò di ricordarlo agli Stati Uniti nella sua pronuncia del 19 febbraio 2009 relativa alla *domanda di interpretazione della sentenza del 31 marzo 2004 nel caso Avena ed altri cittadini messicani* ([324]).

40. La *soluzione russa: la possibile paralisi delle sentenze internazionali.* — A seguito alla riforma costituzionale del 2020, in Russia le "*decisioni degli organi interstatali prese sulla base di Trattati di cui è parte la Federazione Russa o della loro interpretazione, in contrasto con la Costituzione della Federazione Russa non trovano esecuzione*" sul territorio dello Stato (art. 79). Tale limitazione all'esecuzione degli atti di cui all'art. 79 viene estesa mediante l'articolo 125, par. 5.1, lett. *b)* che demanda alla **Corte Costituzionale russa** il compito di decidere se sia possibile o meno procedere all'esecuzione di sentenze di giudici stranieri o internazionali, inclusi i lodi arbitrali, nel caso in cui questi atti fossero contrari all'ordine pubblico internazionale russo.

2. — Gli ostacoli giudiziari: la posizione del giudice nell'ordinamento ~~costituzionale~~ interno

41. Il ruolo del giudice interno. — Il giudice interno, anche quando applica il diritto internazionale, lo fa in veste di *organo di un determinato Stato* e dunque come "giudice nazionale" pronuncia la sentenza "in nome del popolo" dello Stato di cui risulta espressione. Pertanto, affinché il giudice possa dichiarare il primato del diritto internazionale sul diritto interno, ivi compresa la Costituzione, egli deve avere espressamente ricevuto tale potere.

Se però la Costituzione non conferisce al giudice il potere di disapplicare le leggi nazionali contrarie al diritto internazionale, i tribunali interni si trovano disarmati. *Anche laddove gli venga solo richiesto di disapplicare la legge contraria al diritto internazionale, il giudice non possiede di certo la competenza necessaria per pronunciare sentenze sul conflitto tra il diritto internazionale ed una norma interna, a svantaggio della legge nazionale.* Esamineremo la giurisprudenza italiana più rilevante a tale riguardo nel prossimo capitolo (Cap. XVIII).

3. — Gli ostacoli governativi

42. La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ed il mancato deposito della ratifica. — Anche il Governo può paralizzare l'applicazione del diritto internazionale nell'or-

---

citata ed a dispetto di un'altra... ordinanza di sospensione dell'esecuzione della CIG, adita dal Paraguay. Cfr. al riguardo D. VAGTS, "Taking Treaty less seriously", in *AJIL*, 1998, p. 458 e ss.

([321]) Testo in *ILM*, 2006, p. 1204 e ss.

([322]) CIG, Germania c. Stati Uniti, *La Grand*, ordinanza del 3 maggio 1999 e sentenza del 27 giugno 2001, *Rec*., 2001, p. 466; CIG, Messico c. Stati Uniti, *Avena*, ordinanza del 5 febbraio 2003 e sentenza del 31 marzo 2004, *Rec*., 2004, p. 12.

([323]) Testo in *ILM*, 2008, p. 281.

([324]) Punti 43-44 della sentenza cit. alla nota 65.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 314 SESS: 68 USCITA:

dinamento interno. Si tratta di quei casi in cui un trattato internazionale è stato formalmente approvato o ratificato, ma *i diretti interessati non ne siano venuti a conoscenza* perché il trattato non è stato ufficialmente "pubblicato" (325).

Sono due i principi generali in tale materia. Se è vero che *ignorantia legis non excusat*, va altresì sottolineato che *la legge deve essere conosciuta o quantomeno conoscibile*. Alla luce di tali principi, il Governo può paralizzare l'applicazione di una norma di diritto internazionale *non procedendo alla sua pubblicazione.*

Così, in **Francia**, *in virtù di una giurisprudenza costante, affinché da un trattato o una decisione internazionale possano derivare obblighi per i privati è necessario che essi siano pubblicati nella Gazzetta Ufficiale* (326). Successivamente, l'obbligo di pubblicazione è divenuto di natura costituzionale. Si ricorda, in proposito, l'art. 55 della Costituzione del 1958.

In **Italia**, occorre osservare che i testi dei trattati esaminati dal Parlamento, una volta approvata la *legge di ratifica*, sono sempre pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* (GURI). Qualora l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale sia disposto mediante *procedimento speciale*, viene allegato il testo del trattato in una delle lingue ufficiali (di solito il francese o l'inglese) o in una traduzione non ufficiale in italiano. La L. 21 dicembre 1984, n. 839, ha disposto l'inserimento nella Raccolta Ufficiale e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale degli accordi ai quali la Repubblica italiana si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata e che non comportano pubblicazione ad altro titolo (in quanto leggi o decreti). La stessa legge prevede, poi, la *pubblicazione trimestrale* in un apposito supplemento della GURI, nonché la trasmissione ai Presidenti delle due Camere, di "tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati". È infine prevista la pubblicazione annuale, in allegato agli indici della Gazzetta Ufficiale, del ***Repertorio di tutti gli accordi internazionali vincolanti per l'Italia***, predisposto dal Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale. A cura del MAECI è tenuto anche un apposito sito internet, l'Archivio dei trattati internazionali online (ATRIO) che "ha lo scopo di rendere facilmente accessibili le informazioni relative al quadro convenzionale in vigore in Italia sul piano bilaterale e multilaterale" (327)

Per contro, anche nel caso di un trattato internazionalmente in vigore per l'Italia, è bene ricordare che qualora mancasse quel diverso atto di diritto interno che è l'***ordine di esecuzione*** di un trattato, si avrà che quel medesimo trattato pur vincolante sul piano delle relazioni fra Stati non potrà produrre effetti all'interno dell'ordinamento italiano con il risultato che resteranno vigenti le norme italiane contrarie a quelle del trattato (328).

Infine, va ricordato che oltre alla mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, per quegli Stati ove sia necessaria, un Governo può ostacolare l'applicazione di un trattato internazionale a monte, ossia non depositando la ratifica presso il depositario (Cap. IV) ed impedendo così che quel trattato entri in vigore nei propri confronti.

---

(325) V. Le Roy, *La publication des engagements internationaux de la France*, in *AFDI*, 1962, p. 888.

(326) Cass. crim., 28 novembre 1834, S. 1834, I, p. 822 e più recentemente Cass. Com. 2 maggio 1972, *Grossard C. Receveur des Finances de Compiègne*, in *RGDIP*, 1972, p. 1208, con nota di Ch. Rousseau.

(327) V. il sito internet http://atrio.esteri.it/.

(328) Cass. SS.UU. 23 marzo 1972, n. 867; 17 aprile 1972, n. 1196; 8 giugno 1972, n. 1773, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 856 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 315 SESS: 68 USCITA:

43. Il paradosso dell'efficacia internazionale di una norma internazionale e della sua inapplicabilità interna. — Come si è visto, talvolta è possibile che un trattato possieda piena efficacia e forza obbligatoria a livello internazionale, ossia inter-statale, pur restando inapplicabile nell'ordinamento interno di uno Stato dato.

Resta fermo che uno Stato che si astenga dal conferire piena efficacia agli obblighi internazionalmente assunti nel proprio ordinamento giuridico interno può essere chiamato a rispondere di tale inadempimento sul piano internazionale. Infatti, se il mancato adattamento dell'ordinamento giuridico nazionale priva gli stranieri dei *diritti di cui devono godere in base ad un trattato in vigore*, questi ultimi potranno chiedere al proprio Governo di *agire in protezione diplomatica* in loro favore e contro lo Stato inadempiente (Cap. XVI).

44. La tecnica dell'interpretazione conforme. — Infine, pur se un trattato non può essere invocato come tale dai soggetti privati dinanzi ai giudici od alle autorità amministrative nazionali, esiste un ultimo (parziale) rimedio per limitare il rischio di ingiustizia a carico degli individui. Chi vuole invocare a proprio favore un trattato rispetto al quale è mancato l'adattamento dell'ordinamento giuridico interno potrà comunque invocare dinanzi al giudice nazionale la cosiddetta ***interpretazione conforme*** della norma nazionale al trattato internazionale. Sull'esempio *dell'interpretazione costituzionalmente orientata* ben nota nel diritto interno, è dunque possibile armonizzare le norme nazionali con quelle internazionali in via interpretativa. Il ragionamento è il seguente: posto che si deve presumere, *iuris tantum*, che lo Stato voglia adempiere ai propri obblighi internazionali, diviene possibile interpretare la normativa nazionale nel senso più aderente possibile al trattato internazionalmente in vigore.

§ 3. — *L'adattamento* del *diritto italiano* al *diritto internazionale*

Bibliografia sommaria: V. la bibl. cit. all'inizio del Capitolo XVII. *Adde*: G. Morelli, "L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti costituzioni", in *Riv. dir. int.*, 1933, p. 13; T. Perassi, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1952; La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961; L. Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self executing e non self executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1974; A. Cassese, "Il contributo degli internazionalisti ai lavori del Ministero per la Costituente", *Riv. dir. int.*, 1977, 60, pp. 47-58 S. Bariatti, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986; G. Barile, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1987; U. Leanza (a cura di), *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Milano, Giuffrè, 1988; P. Ivaldi, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1990; E. Cannizzaro, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1991; G. Cataldi, "Rapporti tra norme internazionali e norme interne", in *Dig./Pubb.*, 1997, p. 391; S. Amadeo, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999; T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., 2005, p. 645 ss.; F. Salerno, "Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno", in *Riv. dir. int.*, 2006, 340-383; L. Picchio Forlati, "La cultura dei giuristi internazionalisti alla Costituente", in *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, Tomo I, Aracne, 2007, p. 307-320; G. Gaja, "Il limite costituzionale del rispetto degli 'organi internazionali': un parametro solo parzialmente definito", in *Riv.dir.int.*, 2008, p. 136 ss.; F. Salerno, R. Sapienza, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, Giappichelli, 2011; A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2 ed., cit., 2016, p. 251 ss.; C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 602 ss.; F. Salerno, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., 2017, p. 405 ss.; G. Ruotolo, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, Cacucci, 2017; B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 11 ed., cit., p. 339 ss.; D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 483 ss.; N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, ~~6~~ 1 ed., cit., p. ~~255~~ 1 ss.; P. Ivaldi,

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 316 SESS: 68 USCITA:

"L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale (e dell'Unione europea)", in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 124 ss.; T. Scovazzi, *Corso di diritto internazionale*, 3 ed., II, cit., p. 307 ss.; U. Leanza, I. Caracciolo, *Diritto internazionale. Parte generale*, 4 ed., cit., p. 257 ss.. V. altresì in particolare i rapporti del *Committee on International law in National Courts* dell'*International Law Association* alle conferenze di Buenos Aires (1994), di Helsinki (1996) e di Tapei (1998).

45. Premessa. Come si è indicato nella sezione precedente, l'ordinamento giuridico italiano, in linea con la sua tradizione dualista, prevede che il suo adattamento al diritto internazionale, sia generale *(a)*, che pattizio *(b)* o anche per quanto riguarda il diritto derivato delle OIG *(c)*, avvenga, se necessario, tramite un "recepimento" o "trasformazione" delle norme esterne in norme interne.

a) ***L'adattamento del diritto italiano*** **al diritto internazionale generale**

46. L'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano alle consuetudini internazionali. — In Italia, in base all'art. 10 della Costituzione: "*[l'] ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*". Si tratta di un procedimento speciale di adattamento in quanto tale norma produce nell'ordinamento italiano tutte le norme necessarie e sufficienti per adattarlo al diritto internazionale consuetudinario. Il procedimento di adattamento del diritto italiano contemplato all'art. 10 Cost. ha, infatti, carattere diretto, automatico, permanente, continuo e completo.

— *diretto*, in quanto provvede esso stesso ad adattare il diritto interno al diritto internazionale generale, prendendo a riferimento solo le norme di quest'ultimo;

— *automatico*, in quanto l'adattamento si esercita in relazione a ciascuna norma di diritto internazionale consuetudinario non appena questa entra internazionalmente in vigore e senza che occorra un apposito atto di legislazione italiana;

— *permanente e continuo*, perché il funzionamento di questo meccanismo non è limitato nel tempo, sicché qualsiasi variazione di una norma internazionale generale produce immediatamente una corrispondente variazione dei propri effetti all'interno dello Stato italiano;

— infine si tratta di un adattamento *completo*, in quanto introduce nell'ordinamento italiano tutte le norme necessarie per il suo adattamento alle norme del diritto internazionale generale.

In poche parole, secondo una celebre espressione di Perassi, la norma di cui all'art. 10 Cost. è un "trasformatore permanente" di norme di diritto internazionale generale nelle norme interne necessarie per adattare l'ordinamento italiano.

b) ***L'adattamento del diritto italiano ai trattati***

47. Premessa: senso della "recezione" di un trattato. — Perché un trattato produca effetti in un *ordinamento giuridico diverso* da quello *internazionale* in cui è stato creato, deve essere "trasformato", "recepito" nell'ordinamento di uno Stato dato mediante apposite norme interne. Tale è, ad esempio, il sistema del Regno Unito, ove occorre un'apposita legge approvata dal Parlamento di Westminster successivamente alla conclusione di un trattato internazionale.

48. Le due tecniche per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai trattati internazionali. — In Italia, l'adattamento del diritto interno ad un trattato internazionale può avvenire tramite due tecniche generali: quella del procedimento

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 317 SESS: 68 USCITA:

ordinario di adattamento e quella del procedimento speciale di adattamento, tramite ordine di esecuzione di un trattato.

Nell'**adattamento ordinario**, similmente a quanto accade in altri Paesi, l'attuazione di un trattato in Italia comporta — qualora l'ordinamento italiano non sia di per sé già allineato alle norme di quel trattato — *l'emanazione di norme italiane riproduttive del contenuto del trattato*. Tali norme avranno rango costituzionale, legislativo o amministrativo, a seconda delle modifiche (interne) necessarie per assicurare il rispetto a livello nazionale del trattato. Talvolta regoleranno l'eventuale *emendamento* di norme nazionali pre-esistenti oppure l'abrogazione di quelle norme nazionali pre-esistenti in contrasto con i nuovi obblighi di diritto pattizio.

Nell'**adattamento speciale**, invece, il legislatore effettua tramite una propria norma un *rinvio mobile* al trattato internazionale, ordinando semplicemente la "piena ed intera esecuzione" del trattato *de quo* all'interno dello Stato.

49. Basi costituzionali. — La Costituzione italiana — anche per reazione all'epoca fascista — si caratterizza per una significativa apertura al diritto internazionale. Così, si riferisce ai trattati **all'art. 72, c. 4**, circa la procedura da seguire per i d.d.l. di autorizzazione alla ratifica; **all'art. 75, c. 2**, ove *non* si ammette il *referendum abrogativo* di leggi di ratifica di trattati internazionali; **all'art. 80**, in materia di *autorizzazione alla ratifica* al Presidente della Repubblica (art. 87, c. 8) ed **all'art. 117** su cui torneremo anche nel Cap. XVIII. Ai trattati, ci si riferisce pure all'art. **10, c. 2**, in materia di *trattamento dello straniero*, la cui condizione giuridica "è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali". Ed infine, a completamento di tale quadro, va ricordato anche **l'art. 7 Cost**., che attiene ai *rapporti tra Stato e Chiesa*, rapporti che come abbiamo visto in precedenza, sono regolati dai *Patti lateranensi*, i quali costituiscono dei trattati internazionali. Infine, **l'art. 11 Cost**. consente "limitazioni di sovranità" dello Stato italiano a favore di "un ordinamento" — e qui si riconosce l'esistenza del diverso ordinamento giuridico internazionale — "che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo": *in primis*, l'ONU, ma anche l'Unione europea, secondo l'interpretazione che ne ha dato la nostra Corte costituzionale.

50. Mancanza di una norma costituzionale italiana circa l'ordine di esecuzione. — Ebbene, in un quadro così ampio, mancano specifiche norme costituzionali che regolino espressamente l'ordine di esecuzione di un trattato. La Costituzione italiana, infatti, non stabilisce *come* deve essere data efficacia ai trattati nell'ordinamento interno. Pertanto, in Italia, l'***ordine di esecuzione*** resta il frutto della prassi ed *è l'atto specifico mediante il quale si ordina l'esecuzione di un dato trattato il cui testo viene pubblicato nel testo originale (quasi sempre in inglese o francese) in allegato all'atto stesso ed a cui viene fatto rinvio (mobile)*. Tale atto assume la forma di una **legge** (raramente costituzionale, quasi sempre una legge ordinaria) o di un **atto regolamentare**, il quale dichiara che "piena ed intera esecuzione è data al trattato..." di cui è annesso il testo integrale.

Le norme circa la competenza ad emanare l'ordine di esecuzione e quella sulla forma dell'atto (legge, legge costituzionale, decreto etc.) si desumono, come si è detto, dal carattere che devono avere le norme interne la cui emanazione, modifica o abrogazione è necessaria per compiere l'adattamento di cui si tratta.

Quindi se, **ad esempio**, il trattato esige l'abrogazione di una data legge, l'ordine di esecuzione dovrà essere emanato mediante una legge; se esige solo l'emanazione di norme

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 318 SESS: 68 USCITA:

regolamentari, esso potrà essere dato in forma amministrativa. Per contro, se l'esecuzione di un trattato implica modifica di norme costituzionali o deroga ad esse, l'ordine di esecuzione deve essere dato con il procedimento previsto dalla Costituzione per le leggi costituzionali. Va osservato, in tale quadro, che l'adattamento ai trattati istitutivi della CEE, CECA ed EURATOM, nonché a quelli successivi di emendamento fino agli attuali TUE, TFUE ed EURATOM, oggi in vigore, è avvenuto con il procedimento di adattamento speciale dell'ordine di esecuzione e con legge ordinaria. Fino alla L. cost. n. 3/2001 che ha introdotto l'art. 117 oggi vigente, l'art. 11 — che, in realtà, era stato concepito per l'ONU — ha costituito l'unico "ancoraggio" costituzionale del diritto comunitario.

Poiché il *rango interno* delle norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano tramite l'ordine di esecuzione (italiano) è quello offerto da quest'ultimo, non si può escludere *a priori* un'antinomia con una norma italiana di pari grado, successiva o speciale. Così, per limitare tali possibilità, in passato si è parlato di una ***doppia specialità* della norma internazionale**: essa è speciale, sia per la sua *origine internazionale*, sia per *la materia trattata*. Tali effetti, oggi, si ottengono tramite l'art. 117, c. 1, Cost., per cui "[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Secondo una moderna interpretazione, infatti, l'ordine di esecuzione contenuto in una legge di ratifica assume il rango di una *norma interposta*, inferiore alla Costituzione ma comunque superiore a quello delle altre leggi (v. *infra* Cap. XVIII), superando in radice ogni antinomia con le leggi ordinarie e gli atti regolamentari.

51. Momento dell'adattamento dell'ordinamento italiano ad un trattato internazionale. — Inoltre, l'adattamento del diritto interno ai trattati internazionali si verifica operativamente dal momento in cui l'*ordine di esecuzione* diviene giuridicamente efficace. Per tali ragioni, al fine di evitare che vi sia uno *sfasamento temporale* tra il momento in cui un trattato diviene internazionalmente obbligatorio e quello in cui, verificandosi l'adattamento dell'ordinamento italiano, può essere direttamente invocato dinanzi ai giudici interni, nella prassi italiana *l'ordine di esecuzione viene emanato prima dello scambio o del deposito delle ratifiche*. Pertanto, *la legge di autorizzazione alla ratifica contiene anche l'ordine di esecuzione il quale, così facendo, risulta "anticipato" rispetto al momento di entrata in vigore internazionale di un trattato*. Risulta evidente però che l'ordine di esecuzione diventerà efficace solo se il trattato a cui si riferisce diventi internazionalmente obbligatorio e solo dal momento in cui — e fino a quando — quel trattato sia operativo nell'ordinamento internazionale ([329]).

52. L'adattamento *in forma mista.* — Infine, *va osservato che l'ordine di esecuzione è sufficiente solo per le norme internazionali che sono self-executing.* Per le norme *non self executing*, sarà invece necessario adottare norme interne *ad hoc*. Osserva Conforti che le norme *non self executing* vanno circoscritte all'ipotesi in cui attribuiscano una *facoltà* agli Stati contraenti ovvero quando non possano essere eseguite nell'ordinamento interno in quanto mancano gli *organi* o le *procedure* necessarie per la loro esecuzione ([330]). Pertanto, nella prassi si possono verificare dei casi di

---

([329]) Ne segue che se il trattato si estingue, secondo il diritto internazionale, l'ordine di esecuzione perde la sua efficacia; se le norme del trattato si modificano, le norme italiane poste mediante l'ordine di esecuzione si modificano di conseguenza.

([330]) B. Conforti, *Diritto internazionale*, XI ed., cit., 2018, p. 344.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 319 SESS: 68 USCITA:

procedimento misto: qui, la legge con cui si effettua l'adattamento contiene sia l'ordine di esecuzione, sia le disposizioni necessarie alla modifica di alcune norme dell'ordinamento, ad esempio introducendo delle nuove fattispecie di reato e le relative pene ([331]).

53. (*segue*) La posizione delle Regioni e delle Province autonome. — Abbiamo visto nel Cap. IV che, nella vigenza dell'art. 117 Cost., le Regioni e le Provincie autonome partecipano, entro i limiti fissati dalla Costituzione, alla vita di relazione internazionale e possono "concludere accordi con Stati ed intese con enti territoriali interni ad altro Stato". In linea con tale norma che fonda, sia pure a maglie strette, il potere estero delle Regioni e delle Provincie autonome, il c. 5 del medesimo articolo indica che, "nelle materie di loro competenza...provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali". L'art. 117, c. 5, Cost. — introdotto nel testo della Costituzione dalla L. cost. n. 3 del 2001 — riserva alle Regioni ed alle Province autonome, da un lato, l'attuazione degli accordi internazionali, nella parte in cui incidono su materie di loro competenza; dall'altro, prevede che lo Stato, in caso di mancata adozione da parte regionale delle necessarie misure di attuazione, possa esercitare il *potere sostitutivo*, indicando così che l'attività attuativa degli accordi internazionali costituisce per le Regioni l'oggetto di un vero e proprio obbligo finalizzato ad evitare la mancata attuazione degli accordi di cui lo Stato possa essere chiamato a rispondere a livello internazionale.

Per quanto si tratti di uno dei temi del vasto ed importante dibattito sul federalismo ([332]), dal punto di vista del diritto internazionale non si tratta di un meccanismo esorbitante (*mutatis mutandis,* si ha negli Stati federali, si pensi alla Germania o alla Svizzera) giacché l'eventuale responsabilità internazionale verrà sempre e comunque imputata allo Stato italiano. Ma è proprio per questo che tale "potere estero" è destinato a rimanere "in libertà vigilata" sicché il dibattito dottrinale rimane aspro in materia. Secondo *un'impostazione minimalista*, le competenze regionali e provinciali possono essere esercitate solo una volta avvenuto l'adattamento al diritto internazionale da parte del potere centrale. Ma allora ci si può chiedere quale sia la funzione effettiva dell'art. 117 Cost. in tale materia.

Secondo una diversa e *più ampia impostazione*, la competenza normativa concorrente delle Regioni, unitamente al potere di stipulare direttamente accordi con altri Stati ed intese con enti stranieri, costituisce un potere accessorio di darne attuazione locale consentendo, così, all'art. 117 di produrre tutti i suoi effetti. Ma ciò, per assurdo, potrebbe portare ad attuazioni differenziate nelle diverse Regioni e Province autonome.

([331]) V., ad esempio, la L. 14 gennaio 2003, n. 7, Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, fatta a New York il 9 dicembre 1999, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno (GU n. 21 del 27 gennaio 2003). In arg. cfr. S. De Vido, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2013.

([332]) Per una ricostruzione del ruolo delle Regioni e delle provincie nel disegno dell'amministrazione italiana v., con diversi accenti, F. Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996; L. Antonini, *Federalismo all'italiana. Dietro le quinte della grande incompiuta*, Venezia, Marsilio, 2013; M. Bertolissi, G. Bergonzini, *Le Province. Decapitate e risorte*, Torino, Giappichelli, 2017. Tra gli internazionalisti cfr., *inter multos*, L. Daniele (a cura di), *Regioni ed autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006; B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 386 ss.; A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit., p. 336 s.; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, cit., p. 498 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 320 SESS: 68 USCITA:

Al riguardo, la L. 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. *Legge La Loggia*) di attuazione dell'art. 117, precisa all'art. 6, tre casi. Il **primo caso** riguarda ***l'esecuzione di accordi stipulati dallo Stato italiano*** per i quali l'esecuzione, nelle materie di propria competenza legislativa, è prevista "dandone preventiva comunicazione al Ministero degli affari esteri ed alla Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento per gli affari regionali, i quali, nei successivi trenta giorni dal relativo ricevimento, possono formulare criteri e osservazioni".

Il **secondo caso** concerne le ***intese con enti territoriali interni ad un altro Stato***. Qui, si tratta di "intese dirette a favorire il loro sviluppo economico, sociale e culturale, nonché a realizzare attività di mero rilievo internazionale, dandone comunicazione prima della firma alla Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento per gli affari regionali ed al Ministero degli affari esteri, ai fini delle eventuali osservazioni di questi ultimi e dei Ministeri competenti, da far pervenire a cura del Dipartimento medesimo entro i successivi trenta giorni, decorsi i quali le Regioni e le Province autonome possono sottoscrivere l'intesa. Con gli atti relativi alle attività sopra indicate, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano non possono esprimere valutazioni relative alla politica estera dello Stato, né possono assumere impegni dai quali derivino obblighi od oneri finanziari per lo Stato o che ledano gli interessi degli altri soggetti di cui all'articolo 114, primo comma, della Costituzione".

Infine, **il terzo caso** riguarda il *potere di concludere con altri Stati* "accordi esecutivi ed applicativi di accordi internazionali regolarmente entrati in vigore, o accordi di natura tecnico-amministrativa, o accordi di natura programmatica finalizzati a favorire il loro sviluppo economico, sociale e culturale, nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, dagli obblighi internazionali e dalle linee e dagli indirizzi di politica estera italiana, nonché, nelle materie di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, dei princìpi fondamentali dettati dalle leggi dello Stato. A tale fine ogni Regione o Provincia autonoma dà tempestiva comunicazione delle trattative al Ministero degli affari esteri ed alla Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento per gli affari regionali, che ne danno a loro volta comunicazione ai Ministeri competenti. Il Ministero degli affari esteri può indicare princìpi e criteri da seguire nella conduzione dei negoziati; qualora questi ultimi si svolgano all'estero, le competenti rappresentanze diplomatiche e i competenti uffici consolari italiani, previa intesa con la Regione o con la Provincia autonoma, collaborano alla conduzione delle trattative. La Regione o la Provincia autonoma, prima di sottoscrivere l'accordo, comunica il relativo progetto al Ministero degli affari esteri, il quale, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento per gli affari regionali, ed accertata l'opportunità politica e la legittimità dell'accordo, ai sensi del presente comma, conferisce i pieni poteri di firma previsti dalle norme del diritto internazionale generale e dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, ratificata ai sensi della L. 12 febbraio 1974, n. 112. Gli accordi sottoscritti in assenza del conferimento di pieni poteri sono nulli".

Nel momento in cui scriviamo si tratta, comunque, di un problema più teorico che pratico giacché la prassi resta assai scarsa ([333]).

([333]) V. ad es. Corte Cost., 22 ottobre 2010, n. 299, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3895, con nota di F. GHERA.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 321 SESS: 68 USCITA:

c) *L'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano agli atti vincolanti delle organizzazioni internazionali*

Bibliografia sommaria: D. Ruzié, *Le juge français face au droit international*, in *Le juge français face au droit international*, cit., p. 103 ss.; M.P. Lanfranchi, *Le valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité*, *AFDI*, 1997, p. 31; G. Cataldi, "Sull'applicazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza nel diritto interno", in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 1022; R. Pavoni, "UN Sanctions in EU and National Law: the Centro-com case", *ICLQ*, 1999, p. 582; S. Mancini, "Sull'attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento interno", in *Riv. dir. int*., 2000, p. 1027; C. Deffigier, *L'applicabilité directe des actes unilateraux des organisations internationales et le juge judiciaire*, *RCDIP*, 2001, p. 43; Vera Gowland-Debbas, Mariano Garcia Rubio, Hassiba Hadj-Sahraoui, *United Nations Sanctions and International Law*, Springer Netherlands, 2001; Langer, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, cap. II; P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 541 ss.; U. Villani, *L'ONU e la crisi del Golfo*, cit., 2005; A. Ciampi, *Sanzioni del consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, Giuffrè 2007; E. Cannizzaro, "Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi", in *Riv.dir.int*., 2008, p. 1075 ss.; P. De Sena, "Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, art. 103 della Carta ONU e rapporti fra sistemi normativi", in F. Salerno (a cura di) *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, Cedam, 2010, p. 45; F. Vismara, "Il problema dell'efficacia diretta delle decisioni dei Consiglio di sicurezza", in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1065; G. Ruotolo, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, Cacucci, 2017; F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 189 ss.

54. Una materia incerta. — Il diritto costituzionale degli Stati, in generale, non disciplina l'importante questione dell'applicabilità diretta degli atti vincolanti delle OIG in quanto si tratta di un fenomeno assai recente e relativamente raro giacché, come abbiamo visto (Cap. XV), le OIG producono numerosi atti di *soft law* ma ben pochi atti di *hard law* (altro che diritto amministrativo globale!).

55. La soluzione italiana. — Raramente, il trattato istitutivo di una OIG prevede espressamente anche la diretta efficacia dei suoi atti vincolanti: fa eccezione il caso della UE (art. 288 TFUE). Ma nella quasi totalità degli altri casi, il trattato nulla dice e dunque la questione va risolta sul piano del diritto interno ([334]).

La Costituzione italiana non si pronuncia sull'adattamento al c.d. ***diritto derivato***, cioè agli **atti delle OIG**, e quindi non dice se tali atti entrino automaticamente a far parte del nostro ordinamento una volta che sia stata data esecuzione al trattato di base (c.d. *diritto originario*) che prevede la loro emissione. La prassi italiana è generalmente orientata nel senso di adottare, per ciascun atto vincolante di OIG di cui l'Italia è Membro, un singolo atto di esecuzione. Qui si tratta di un *adattamento in forma ordinaria*, ossia *mediante riformulazione della norma internazionale in una norma interna* (Legge ordinaria; D.Lgs. o anche regolamenti amministrativi).

Così, ad esempio, è accaduto per recepire le misure contro la Rhodesia del Sud decise dal Consiglio di Sicurezza ONU fu adottata la L. 19 novembre 1968, n. 1188. Così, ancora, i comportamenti vietati da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza non si trasformano automaticamente in reati senza una precisa norma del codice penale nazionale che disponga in tal senso. Pertanto, la Corte di Cassazione ([335]) ha rifiutato di considerare come reato la violazione dell'embargo contro l'allora Yugoslavia, deciso dal Consiglio di Sicurezza ONU con Ris. n. 713 (1991). Con riferimento agli atti tecnici — ad esempio gli allegati tecnici alla Convenzione ICAO — il codice di navigazione italiano, all'art. 690, prevede che essi siano

---

([334]) Cfr. Ronzitti, ~~*Introduzione al diritto*~~ *internazionale*, cit., p. ~~255~~.

([335]) Cass. pen., 8 luglio 1994, in *RDIPP*, 1995, p. 760 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 322 SESS: 68 USCITA:

trasposti nell'ordinamento interno per via amministrativa, anche mediante l'emanazione di *regolamenti tecnici* dell'ENAC.

Per contro, parte della dottrina, argomentando logicamente, ritiene che l'ordine di esecuzione del trattato istitutivo di una data OIG debba coprire *automaticamente* anche "la parte del trattato che prevede la competenza di quell'organizzazione ad emanare decisioni vincolanti", e dunque attribuisce a queste ultime piena forza giuridica interna. In tale prospettiva, "l'emanazione di singoli atti di adattamento nella forma ordinaria serve, da un lato, a fini di maggiore certezza e dall'altro, e soprattutto, ad integrare il contenuto non sempre autosufficiente (non sempre *self executing*) della decisione internazionale" ([336]). Per quanto condivisibile, resta il fatto che tale impostazione difetta ancor'oggi del necessario supporto della prassi statale la quale, invece, è orientata in senso opposto, richiedendo sempre una "recezione" *ad hoc* del singolo atto unilaterale di una OIG che abbisogna di essere applicato nell'ordinamento italiano.

La soluzione dell'adattamento dell'ordinamento giuridico interno a ciascun atto vincolante di una OIG che necessita di essere applicato in Italia, non viene affatto smentita dalla diretta applicabilità delle misure restrittive UE (ad es. di embargo). Qui, infatti, le misure restrittive vengono adottate tramite un **Regolamento UE** (si pensi all'attuale embargo contro la Russia a seguito della crisi in Crimea ed Ucraina) e pertanto sono direttamente applicabili come tali ex art. 288 TFUE. Altre volte le *decisioni del Consiglio di Sicurezza ONU*, adottate ex Capo VII, si sono tradotte in altrettanti Regolamenti UE. Ma risulta evidente che, in questi casi, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, si tratta sempre di **diritto derivato dell'Unione europea** che gode del primato e della diretta applicabilità in base all'ordinamento giuridico europeo e per effetto della sua integrazione in Italia.

Resta dunque possibile il diverso procedimento di adattamento dell'ordinamento italiano rispetto ad atti vincolanti di OIG diverse dalla UE.

56. L'adattamento dell'ordinamento italiano agli atti della UE. — Per quanto tale questione venga ampiamente trattata nei manuali di diritto UE a cui rinviamo ([337]), occorre comunque fare ancora un cenno (v. anche il Cap. XVIII) all'adattamento dell'ordinamento italiano agli atti della UE dato che, ad oggi, costituisce ancora un particolare tipo di OIG. Qui, basti ricordare che l'art. 117, c. 1, Cost., ha dato un rilievo costituzionale alla partecipazione dell'Italia all'Unione europea imponendo così, sia al legislatore nazionale che a quello regionale e provinciale, il rispetto del diritto UE. La L. 24 dicembre 2012, n. 234 sulle "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea" regola, oggi, la partecipazione dello Stato sia nella fase c.d. *ascendente* (ossia preparatoria degli atti UE); sia in quella c.d. *discendente* (cioè, appunto, di attuazione del diritto derivato UE).

La legge europea annuale con cui l'Italia si adegua al diritto UE si divide in due provvedimenti: la ***legge di delegazione europea***, che contiene le deleghe al Governo necessarie ad *assicurare l'attuazione* delle Direttive UE nonché degli altri atti del-

---

([336]) V. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 363.

([337]) Tra i tanti v. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, 7 ed., Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2020, p. 263 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 323 SESS: 68 USCITA:

l'Unione che abbisognano di attuazione (art. 30, par. 2); la ***legge europea***, tramite la quale vengono *modificate o abrogate le norme italiane vigenti in contrasto con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla UE* (ad es. oggetto di procedure di infrazione e di sentenze della Corte di giustizia) (art. 30, par. 3).

57. (*segue*) Le Regioni e le Province autonome e l'attuazione del diritto UE. — Per quanto riguarda il diverso ruolo delle Regioni e delle Provincie autonome nell'attuazione del diritto UE, va osservato che, ai sensi dell'art. 117, 5° comma, "[l]e Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza". Si tratta della c.d. **fase "ascendente"** ossia della partecipazione di tali enti all'elaborazione degli atti della UE (art. 24 e 26, L. 24 dicembre 2012, n. 234) nonché della c.d. **fase "discendente"** ossia dell'attuazione delle Direttive che rientrano nelle materie di competenza regionale (art. 29, L. 24 dicembre 2012, n. 234)

58. La soluzione giurisprudenziale francese relativa all'adattamento agli atti delle OIG. — Anche la giurisprudenza dei giudici francesi sul punto appare ondivaga. I giudici francesi hanno ad esempio riconosciuto in Francia l'applicabilità diretta degli Allegati alla Convenzione di Chicago del 1944 sull'ICAO/OACI, che non erano mai stati ufficialmente pubblicati ([338]). Al contrario, la giurisprudenza ha negato la diretta applicabilità in Francia del Regolamento sanitario internazionale dell'OMS/WHO del 1951 che, invece, era pienamente applicabile in virtù dell'art. 22 della Carta costitutiva dell'OMS/WHO ed era stato regolarmente pubblicato ([339]).

Per contro si è ritenuto, correttamente, che le "Risoluzioni" adottate dal Consiglio di Sicurezza in virtù del Capo VIII della Carta delle Nazioni Unite "s'impongano ai giudici degli Stati membri, tra cui la Francia, derivando la loro autorità dal trattato istitutivo delle Nazioni Unite"; ciò implicava dunque che i singoli potevano far valere in giudizio i diritti derivanti da tali atti di diritto derivato dell'ONU ([340]). La posizione della Corte d'appello di Parigi è stata censurata dalla Corte di Cassazione in una sentenza del 25 aprile 2006; la Cassazione argomentava, erroneamente, che un simile atto unilaterale doveva essere oggetto di una trasposizione legislativa per beneficiare dell'effetto diretto.

59. L'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano alle sentenze internazionali. — Poiché le sentenze internazionali hanno origine internazionale e provengono da enti internazionali (OIG, Corte Penale Internazionale, TIDM/ITLOS, Corte EDU, CIG, etc.) vanno qualificate alla stregua di *atti unilaterali di OIG*, ossia di "diritto derivato". Ne segue che, dal punto di vista dell'ordinamento italiano e fatta eccezione come sempre per il caso della UE, varranno le medesime considerazioni appena presentate rispetto ad altri atti vincolanti delle OIG (risoluzioni, decisioni). Pertanto, a prescindere dal loro contenuto, le sentenze internazionali non comportano mai per forza propria una "formula esecutiva" automatica nell'ordinamento italiano, pur

---

([338]) V. la sentenza della Corte d'appello di Dakar del 15 maggio 1957, in *RFDA*, 1957, p. 355; Cass. crim. 8 novembre 1963, *Trésor Public c. Buttel*, in *Bull. crim*., p. 666, D. 1964, somm. p. 38.

([339]) V. Cour de Paris, 18 novembre 1967, *Ep. Pivert*, in *AFDI*, 1968, p. 866, in *Clunet*, 1968, p. 728, con nota di Ph. Kahn; in *RCDIP*, 1968, p. 442.

([340]) C.A. Parigi, 20 febbraio 2002, *Iraq c. société Dumez*, in *RGDIP*, 2003, p. 1008. Più estese considerazioni in D. Carreau, F. Marrella, *Droit international*, 12 ed., op. cit..

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 324 SESS: 68 USCITA:

vincolando lo Stato italiano nel suo complesso al loro rispetto. Ne segue che anche le sentenze internazionali necessitano, se occorre, di un provvedimento (italiano) di recezione *ad hoc* per potere esplicare i propri effetti nel nostro ordinamento (v. *infra*, Cap. XVIII).

d) *L'adeguamento spontaneo dell'ordinamento italiano agli atti di* soft law *delle OIG ed al diritto transnazionale di fonte non inter-statuale*

60. Premessa: adeguamento spontaneo e "apertura internazionale" dell'ordinamento interno. — Tradizionalmente la dottrina si è occupata solo dell'adattamento dell'ordinamento giuridico statale alle norme di *hard law* a carattere interstatale (consuetudini, trattati) e, più recentemente, agli atti di *hard law* delle OIG. Nel nostro tempo, tuttavia, vanno rilevate anche le nuove e dinamiche forme di ***adeguamento*** (non usiamo la parola "adattamento" per distinguere questo fenomeno dall'altro) dell'ordinamento italiano ad atti di *soft law* e più in generale di regole transnazionali non direttamente vincolanti per lo Stato. Tale *adeguamento spontaneo* avviene continuamente tramite la prassi dei soggetti privati oppure in via giurisprudenziale.

61. La rilevanza della DUDU nel diritto italiano. — Un primo esempio di adeguamento spontaneo ad un atto di *soft law* è offerto dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, una risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU priva di efficacia vincolante per sè (*supra*, Cap. XV) ma che è stata utilizzata dai giudici italiani a vari fini tra cui quelli di confermare un'interpretazione costituzionalmente orientata di una data norma oppure per esplicitare un principio generale ([341]).

62. La tecnica dell'"interpretazione internazionalmente orientata" di clausole generali dell'ordinamento italiano: l'esempio dell'ordine pubblico internazionale. — Un'altra tecnica usata dalla giurisprudenza è quella di interpretare una *clausola generale* dell'ordinamento italiano ([342]) in senso internazionale. Trattandosi di un'operazione ermeneutica, il giudice italiano non si preoccupa della vigenza di diritto positivo di una norma internazionale nello Stato, bensì conferisce alla norma-clausola generale italiana un *senso universale* tramite il richiamo di norme internazionali.

Un esempio significativo è quello dell'interpretazione della clausola dell'ordine pubblico in diritto internazionale privato. Com'è noto, **l'ordine pubblico internazionale** costituisce il limite generale ultimo all'applicazione del *diritto straniero* richiamato dalle norme di conflitto della *lex fori*: per suo tramite, infatti, si tutelano valori ritenuti fondamentali ed irrinunciabili nello Stato di cui il giudice risulta espressione (v. art. 16 L. n. 218/95 ed artt. 64-65 L. n. 218/95).

Senonché in Italia, all'inizio degli anni '80, la Cassazione ha precisato che, a differenza dell'ordine pubblico interno, attinente all'insieme delle norme imperative, quello "internazionale" attiene a principi generali che sono espressione di esigenze fondamentali della società destinate a variare secondo il momento storico in cui si tratta di tenerne conto. Pertanto, si è fatta strada, in modo sempre più nitido nella giurisprudenza italiana, una nozione di ordine

---

([341]) Cfr. i vari saggi in S. Tonolo, G. Pascale (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2020, ove riferimenti.

([342]) Cfr. Ch. Perelman, R. Vander Elst (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984; F. Galgano, "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", in *Contr. e impr.*, 2005, p. 509 e ss.; S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2016; F. Ricci (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2019.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 325 SESS: 68 USCITA:

pubblico tesa ad individuare "*principi comuni alle Nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*" ([343]).

Tale elaborazione è culminata nella sentenza dell'8 gennaio 1981, n. 189 ([344]), ove la Suprema Corte nel ribadire che l'ordine pubblico internazionale-italiano è costituito dai principi comuni alle Nazioni di civiltà affine — e si noti l'analogia con i "Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" di cui all'art. 38 dello Statuto CIG — intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, ha indicato che tali principi risultano sanciti in Dichiarazioni o accordi internazionali quali, ad esempio, la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948*, la CEDU, il Patto internazionale del 16 dicembre 1966 relativo ai diritti civili e politici, nonché quello relativo ai diritti economici, sociali e culturali.

63. L'adeguamento spontaneo dell'ordinamento italiano alle norme transnazionali per effetto dell'autonomia privata e del "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale". — L'adeguamento spontaneo dell'ordinamento giuridico interno a norme transnazionali può avvenire anche *bottom up*, ossia dal basso, per effetto **dell'autonomia privata di diritto civile** riconosciuta dall'ordinamento italiano ([345]). Così accade per i modelli contrattuali internazionalmente uniformi, i vari "contratti in -ing" come il *franchising*, il *factoring*, il *forfaiting* etc. che, concepiti all'estero e talvolta "codificati" in convenzioni di diritto uniforme, finiscono per circolare in Italia per imitazione fino ad essere utilizzati dagli operatori italiani per gli affari domestici. Del pari, gli *Incoterms* ossia le clausole standard di resa merci elaborate dalla ICC finiscono per essere utilizzati — e su vasta scala — da parte delle imprese italiane anche per l'elaborazione di contratti nazionali e a prescindere dal loro riconoscimento legislativo. Nel diritto marittimo e dei trasporti, accanto alle convenzioni di diritto uniforme in vigore per l'Italia, vivono in Italia numerose norme transnazionali concepite all'esterno dell'ordinamento italiano e circolanti nell'ordinamento per effetto delle clausole *paramount*, del riferimento alle *Regole di York e di Anversa* sulle avarie marittime, dei formulari di noleggio di nave e così via ([346]).

L'autonomia privata di diritto interno diventa così una "calamita" di norme transnazionali (anche di *soft law*) e dunque costituisce un meccanismo atipico ma potente di adeguamento spontaneo dell'ordinamento italiano al diritto internazionale in senso lato. Lo ha riconosciuto la nostra Cassazione indicando che « le esigenze del commercio internazionale sempre più

([343]) Cfr. ad es. Cass. 24 novembre 1989, n. 5974, *Sorichetti* c. *Monass*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 155 ss. V. pure Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Dir. e Giust*., 2003, 3, p. 96 e Cass. 26 aprile 2013, n. 10070. In dottrina: F. Mosconi, « Art. 16 », in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n°218 — Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 1995, p. 981; Id., *« Exception to the operation of choice of law rules »*, in *RCADI*, 1989/V, p. 9 ss.; Barile, voce *« Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale) »*, in *Enc. dir*., XXX, Milano, 1980, p. 1106 ss.; Id., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969, *passim*; Badiali, voce *« Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale) »*, in *Enc. giur*., XXII, Roma, 1990; P. Benvenuti, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977, p. 1 ss.; Sperduti, *« Ordine pubblico internazionale ed ordine pubblico interno »*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 82 ss.; Id., *« Sul limite dell'ordine pubblico »*, in *Riv. dir. int*., 1960, p. 303 s.; Id., *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, cit., p. 473 ss.

([344]) Cass., 14 aprile 1980, n. 2414, in F. Capotorti, V. Starace, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale 1967-1990*, Milano, 1991, p. 1401 ss.

([345]) Si rinvia a F. Marrella, "Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto", in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 15-65. V. altresì S. M. Carbone, "Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione", in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2013, pp. 569-592; A. Giardina, "L'autonomia delle parti nel commercio internazionale", in *Fonti e tipi del contratto internazionale*, a cura di U. Draetta e C. Vaccà, Milano, 1991, p. 33 ss.

([346]) Si rinvia a F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2 ed., cit., p. 236 ss.; S.M. Carbone, P. Celle, M. Lopez de Gonzalo, *Diritto marittimo*, 6 ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 17 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 326 SESS: 68 USCITA:

esteso e dei connessi rapporti interbancari hanno determinato la prassi di contratti fideiussori in parte svincolati dal negozio principale garantito » e pertanto il giudizio di meritevolezza degli interessi privati di cui all'art. 1322, c. 2, cod.civ.it. va espresso alla luce della grande diffusione internazionale di tali forme di garanzie, con riferimento alla conseguente *tipicità sociale* che attribuisce alla stessa garanzia *universale validità* finanche alla **"permeabilità" del nostro ordinamento**, oltre che alle esigenze economiche, anche alle influenze di figure giuridiche già codificate all'estero » ([347]).

Si tratta, come ha affermato la stessa Cassazione, di "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale" ([348]) che si realizza attraverso la giurisprudenza sui limiti dell'autonomia contrattuale dei privati di cui all'art. 1322, c. 2, cod.civ.it. e che, come si è appena detto, determina anche l'apertura dell'ordinamento giuridico italiano a regole e valori metanazionali. E una maggiore apertura unilaterale dell'ordinamento giuridico italiano tramite l'interpretazione giudiziale "internazionalmente orientata" è stata auspicata da più parti anche con riferimento al processo civile ([349]) e soprattutto all'arbitrato ([350]).

64. Adeguamento spontaneo ad altri atti unilaterali transnazionali: rinvio al Cap. IX. — Infine, occorre richiamare in questo contesto quanto abbiamo già esaminato nel Cap. IX a proposito degli atti unilaterali transnazionali e la loro attuazione spontanea al livello del diritto interno. Gli esempi sono numerosi: la *lex sportiva*; il diritto finanziario; il diritto contabile; la nuova *lex mercatoria* e i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali.

([347]) Cass., 1° ottobre 1987, n. 7341 e le osservazioni di F. GALGANO, in *Tratt. di dir. civ*., III, 2010, Padova, Cedam, p. 385 ss. Grassetto aggiunto.

([348]) Cass., 10 aprile 1994, n. 3375 e su cui v. F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, Cedam, 2007, p. 552 ss.

([349]) P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, Giuffrè, 1997.

([350]) S. M. CARBONE, "Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo", in *Riv. arb*., 2015, pp. 429-448.

Capitolo XVIII

IL DIRITTO INTERNAZIONALE NEI GIUDIZI INTERNI

1. Premessa. — Abbiamo detto che il giudice nazionale, in quanto organo dello Stato di cui risulta espressione si trova "in prima linea" sia nell'applicazione del diritto internazionale che in quella del diritto UE. Il dato oggi è sotto gli occhi di tutti ma non si tratta di un fatto nuovo. Oltre un secolo fa, Anzilotti aveva evidenziato quanto segue: "[g]li organi giurisdizionali interni si trovano...chiamati ad applicare principi e norme di diritto internazionale in occasione di controversie svariatissime fra loro...personalità e condizione giuridica internazionale degli Stati...governi di fatto e loro legittimazione ed effetti nei rapporti internazionali...estensione giuridica del mare territoriale e natura dei diritti dello Stato sopra di esso...natura ed estensione delle immunità diplomatiche...natura giuridica ed effetti dei trattati internazionali...natura giuridica ed effetti del lodo arbitrale internazionale...effetti della guerra sui trattati-...questioni di competenza, validità ed effetti di determinati atti o negozi giuridici, responsabilità civile o penale, legalità degli atti compiuti dai funzionari, applicabilità di certe norme giuridiche...gli stretti rapporti che passano fra il diritto interno applicabile dai detti organi ed il diritto internazionale, fanno sì che non sia quasi mai possibile l'interpretazione ed applicazione del primo senza l'interpretazione ed applicazione del secondo...Sia che la stessa legge interna rinvii al diritto internazionale, o sia che il riguardo alle regole di questo diritto venga implicitamente presupposto dalle norme di diritto interno che regolano una data materia, certo è che il giudice, tenendone conto, adempie, così nell'uno come nell'altro caso, la volontà dello Stato di osservare e rispettare quei dati principi del diritto internazionale" ([1]). Sarà quindi utile esaminare brevemente la posizione della Corte Costituzionale (I), della Cassazione (II) nonché dei giudici amministrativi (III), prima di esaminare gli effetti delle sentenze internazionali nell'ordinamento italiano (IV).

Sezione I

La Corte Costituzionale italiana e il Diritto internazionale

Bibliografia sommaria: v. la bibliografia indicata al Cap. XVII. *Adde*: S. Amadeo, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999; A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, RomeTre Press, Roma, 2014; V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2016; G. Tesauro, "Costituzione e norme esterne", *Dir. UE*, 2009, p. 195 ss.; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, 7ª ed., Padova, Cedam, 2012, p. 199 ss.; R. Bin, "L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014", in SIDI, *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* a cura di P. Palchetti, Napoli, ES, 2016, p. 191 ss.; A. M. Calamia, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Milano,

([1]) D. Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, Zanichelli, 1903, pp. 170-173.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 328 SESS: 68 USCITA:

Giuffrè, 2018, p. 143 ss.; U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 6ª ed., Bari, Cacucci, 2020, p. 449 ss.; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, 8 ed., Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2022, p. 273 ss.; SIDI, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, ES, 2020.

§ 1. — *La Corte Costituzionale e le consuetudini internazionali*

2. — Dopo avere definito, nel Cap. XVII, le modalità attraverso le quali si realizza l'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale generale ai sensi dell'art. 10 Cost., occorre ora soffermarci su un ulteriore problema e cioè quello della collocazione delle norme di diritto internazionale generale nella gerarchia delle fonti del diritto italiano secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale. Diciamo subito che, sul punto, la Corte costituzionale ha ritenuto illegittime le norme di legge che si pongono in contrasto con le norme di diritto internazionale generale. In altri termini, l'orientamento giurisprudenziale pressoché univoco ritiene che l'adattamento realizzato attraverso l'art. 10 Cost. sia sufficiente ad estendere il valore costituzionale alle norme di diritto consuetudinario da esso richiamate. Pertanto, in ipotesi di contrasto, si realizza, seppure in via indiretta, una violazione dell'art. 10 Cost. censurabile dalla Corte. Del pari, se le consuetudini internazionali hanno nell'ordinamento italiano il rango costituzionale dell'art. 10 Cost., le leggi ordinarie e le altre fonti gerarchicamente subordinate e confliggenti non le possono in alcun modo derogare, anzi risultano costituzionalmente illegittime ([2]).

Più complesso, invece, è il *rapporto tra le norme consuetudinarie immesse dall'art. 10 Cost. e le altre norme costituzionali*. Al riguardo, nella sentenza del 18 giugno 1979, n. 48 (**caso *Russel***), la Corte si è riferita alle consuetudini internazionali preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione, nel caso di specie quelle in materia di immunità diplomatica (su cui v. *supra* il Cap. XV), per dedurre che le deroghe alla giurisdizione conseguenti al riconoscimento dell'immunità non sono necessariamente in conflitto con l'art. 24 Cost. Senonché, osserva la Corte:

> "[o]ccorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)" ([3]).

In pratica, secondo la Corte, le norme internazionali consuetudinarie sulle immunità diplomatiche ***preesistenti*** alla Costituzione repubblicana prevalgono a titolo di specialità su qualsiasi norma costituzionale, mentre le norme consuetudinarie formatesi ***successivamente*** *all'entrata in vigore della Costituzione* prevalgono nella misura in cui non violino i "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" che dunque risultano inderogabili dalla norma internazionale.

3. La sentenza n. 238 del 2014. — La Consulta ha poi precisato il proprio orientamento tramite la sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 *per affermare che anche*

([2]) V. ad es.: Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 67, *Penso e Baracchini*, in *Riv. dir. int*., 1961, p. 271; 13 luglio 1963, *Guerrato*, in *Riv. dir. int*., 1963, p. 451; 15 maggio 2001, n. 131, in *Riv. dir. int*., 2001, p. 807 ss.

([3]) Corte cost., 18 giugno 1979, n. 48, *Russel*, in *Riv. dir. int*., 1979, p. 797.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 329 SESS: 68 USCITA:

le consuetudini internazionali preesistenti all'entrata in vigore della Carta costituzionale non possono comunque derogare ai principi fondamentali ed ai diritti inalienabili della persona. Secondo la Corte:

"[n]on v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un "limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione" (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali 'controlimiti' all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988). In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali... Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza (sentenza n. 284 del 2007); ed ancora, precisamente con riguardo al diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), che il rispetto dei diritti fondamentali, così come l'attuazione di principi inderogabili, è assicurato dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2014)." ([4])

§ 2. — *La Corte Costituzionale e i trattati internazionali*

4. Premessa. — Per quanto riguarda l'adattamento dell'ordinamento italiano ai trattati internazionali, sappiamo che fino alla riforma del Titolo V della Costituzione ed al varo dell'art. 117 Cost. le norme convenzionali hanno assunto il rango tra le fonti del diritto interno dell'atto normativo nazionale che contiene l'ordine di esecuzione.

La Corte costituzionale lo ha ribadito a chiare lettere nella sentenza del 6 giugno 1989, n. 323 con queste parole:

"Emerge in modo inequivocabile dai lavori dell'assemblea costituente — e dottrina e giurisprudenza sono concordi — che l'art. 10 comma 1 Cost. prevede l'adattamento automatico del nostro ordinamento esclusivamente alle <norme del diritto internazionale generalmente riconosciute>, intendendosi per tali le norme consuetudinarie.

L'adattamento alle *norme internazionali pattizie* avviene invece per ogni singolo trattato con un atto *ad hoc* consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria. Ne consegue che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva. È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale o comunque superiore, così da non poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. In tal modo si

---

([4]) Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 330 SESS: 68 USCITA:

verrebbe a ricondurre le norme internazionali pattizie sotto l'impero dell'art. 10 comma 1 Cost., mentre — come si è detto — esso è stato così formulato proprio per limitarlo alle norme generali materiali ed escludere dalla sua sfera di applicazione i trattati, in quanto la norma generale *pacta sunt servanda* è norma strumentale non suscettibile di applicazione nell'ordinamento interno.

Questa Corte non può quindi non confermare la propria costante giurisprudenza che esclude le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. (sent. n. 153 del 1987, 96 del 1982, 188 del 1980, 48 del 1979, 104 del 1969, 32 del 1960)" ([5]).

In tale contesto, le **sentenze gemelle del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349** completano il percorso giurisprudenziale della Consulta con riferimento all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale pattizio. Certo, tali sentenze si riferiscono al delicatissimo tema dei diritti umani iscritti nella CEDU. Ma il ragionamento della Corte appare paradigmatico e valevole anche al di là della CEDU.

5. L'art. 117 Cost. e la norma CEDU come "norma interposta". — Nella **sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348**, la Corte ha ben evidenziato che:

"[l]a distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto.

L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, ha confermato il precitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte. La disposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'"ordinamento comunitario" da quelli riconducibili agli "obblighi internazionali".

Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale.

Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale — pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti — da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri...L'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come

---

([5]) Corte cost., 6 giugno 1989, n. 323, *SIBRAM c. Alitalia*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 400. Corsivo aggiunto.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 331 SESS: 68 USCITA:

naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 188 del 1980, n. 315 del 1990, n. 388 del 1999).

4.3. — Rimanevano notevoli margini di incertezza, dovuti alla difficile individuazione del rango delle norme CEDU, che da una parte si muovevano nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana, ma dall'altra mantenevano la veste formale di semplici fonti di grado primario. Anche a voler escludere che il legislatore potesse modificarle o abrogarle a piacimento, in quanto fonti atipiche (secondo quanto affermato nella sentenza n. 10 del 1993 di questa Corte, non seguita tuttavia da altre pronunce dello stesso tenore), restava il problema degli effetti giuridici di una possibile disparità di contenuto tra le stesse ed una norma legislativa posteriore" ([6]).

Pertanto, muovendo da tali considerazioni, la Corte ne deduce che:

"il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi...Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione" ([7]).

Nella **sentenza n. 349 del 2007** ([8]), la Corte costituzionale osserva ulteriormente che, pur essendo indubbio che la nuova formulazione dell'art. 117 Cost. ha colmato una lacuna dell'ordinamento italiano, ciò non significa che "con l'art. 117, 1 comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, come è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli 'obblighi internazionali' di cui all'art. 117, 1° comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta...ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.".

Pertanto, la Corte Costituzionale ha conclusivamente affermato che, in caso di contrasto tra una norma interna e la CEDU, *"al giudice comune spetta interpretare la*

([6]) Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 198.
([7]) *Ibidem*.
([8]) Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 230.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 332 SESS: 68 USCITA:

norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma".

6. L'obbligo di applicazione della norma CEDU così come interpretata dai giudici di Strasburgo. — Pochi anni dopo, la Corte Costituzionale è intervenuta nuovamente per chiarire quale sia il ruolo dei giudici italiani nell'interpretazione e nell'applicazione della CEDU. Così nella sentenza n. 311 del 2009 la Corte, dopo aver ribadito il suo orientamento precedente, ha stabilito che *"al giudice nazionale, in quanto giudice comune della CEDU, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti"* (9).

Qualora esista un contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale deve pertanto operare un'interpretazione della norma interna che sia il più conforme possibile alla norma della CEDU "*fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni*". *Nel caso in cui ciò non sia possibile, il giudice interno dovrà sollevare* ***questione di costituzionalità***, ***non potendo disapplicare la legge interna***.

Inoltre, secondo la Corte Costituzionale, una volta sollevata la questione di costituzionalità, la Corte stessa ha il compito di verificare che il contrasto sussiste e che sia insanabile in via interpretativa, e, "*in caso di contrasto, essa dovrà dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU"*.

Nella stessa occasione, la Corte Costituzionale ha anche ribadito il principio della superiorità della Costituzione italiana rispetto alle norme internazionali di origine convenzionale che assumono il rango di "norme interposte" in virtù dell'art. 117, 1 comma, Cost.; infatti, la Corte ha affermato che, pur essendo ad essa precluso di sindacare l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, *"alla Corte Costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost."*, con la conseguenza che in tal caso si dovrà dichiarare l'illegittimità della legge di adattamento. In tal modo, si opera un bilanciamento fra due esigenze costituzionali dell'ordinamento italiano: il rispetto degli obblighi internazionali da un lato, e la supremazia del "nocciolo duro" della Costituzione stessa nell'ordinamento italiano dall'altro.

§ 3. — *La Corte Costituzionale e il diritto dell'Unione europea*

7. Il primato e la diretta applicabilità del diritto dell'Unione europea. — Sin dalle prime pronunce giurisprudenziali dei primi anni '60 del secolo scorso, la Corte di

---

(9) Corte cost. 16 novembre 2009, n. 311, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=311. Per gli sviluppi più recenti v. le sentenze n.49 del 2015 e n.25 del 2019 nonché, in dottrina, P. IVALDI, "Le norme pattizie come parametro nella giurisprudenza costituzionale: profili internazionalistici", in SIDI, *Il Diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, cit., 2020, p. 389 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 333 SESS: 68 USCITA:

giustizia ha indicato che due caratteristiche proprie di alcune norme di diritto dell'Unione Europea (art. 288 TFUE) sono il "primato" rispetto al diritto interno e la "diretta applicabilità" (o l'"effetto diretto") negli ordinamenti nazionali. Il ***primato*** delle norme del diritto dell'Unione si sostanzia nella loro prevalenza sulle norme di diritto interno di uno Stato membro con esso contrastanti, *precedenti* o *successive* e di qualsiasi rango, anche costituzionale (per lo meno dal punto di vista della Corte di giustizia UE). Per ***diretta applicabilità***, come abbiamo visto nel Cap. XVII, ci si riferisce all'idoneità delle fonti di diritto dell'Unione europea a creare autonomamente in capo ai singoli, persone fisiche o giuridiche, delle situazioni giuridiche soggettive direttamente azionabili davanti al giudice nazionale. Sappiamo anche che, mentre la diretta applicabilità è una caratteristica tipica dei Regolamenti UE ([10]), definita come tale dal TFUE (ossia viene individuata dal "legislatore UE"), l'***effetto diretto*** discende dalla struttura della singola norma ed è il risultato di un'operazione interpretativa del giudice, *in primis* della Corte di giustizia UE.

La combinazione dei caratteri ora ricordati comporta **l'obbligo per il giudice nazionale di *disapplicare* la norma interna contrastante con la norma dell'Unione**. Non solo: ulteriore corollario è l'obbligo, per la Pubblica Amministrazione, di non dare esecuzione ad un atto amministrativo in contrasto col diritto UE. Insomma, l'obbligo positivo di dare piena e totale attuazione al diritto dell'Unione europea incombe non solo sul giudice interno, ma su tutte le articolazioni dell'apparato statale (ad es. sui funzionari dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli). I giudici nazionali, tuttavia, a differenza degli altri rami della Pubblica Amministrazione possono presentare un *rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE laddove, in corso di giudizio, il giudice abbia un dubbio circa la validità di una norma UE oppure circa l'esatta interpretazione da darne. Per lungo tempo la Corte costituzionale ha considerato il diritto comunitario (successivamente divenuto diritto dell'Unione europea) coperto dall'art. 11 Cost. e non v'è dubbio che oggi tale "copertura" sia rafforzata tramite l'art. 117 Cost.

8. Responsabilità dello Stato e responsabilità del giudice nazionale nell'applicazione del diritto dell'Unione europea. — È pacifico, per chi conosce i meccanismi della responsabilità dello Stato in diritto internazionale (Cap. XVI), che nell'ordinamento dell'Unione europea lo Stato italiano è responsabile non solo per gli atti legislativi (ad

---

([10]) Non si creda che tutti i Regolamenti UE siano direttamente applicabili in tutte le loro parti. Esistono, infatti, dei Regolamenti che, oltre a norme direttamente applicabili, definiscono un quadro normativo che deve essere attuato da altri Regolamenti UE oppure da norme nazionali degli Stati membri. Per un es. v. il Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE). In tale materia, il Regolamento *de quo* è stato completato dalla Direttiva 2001/86/CE del Consiglio, del 8 ottobre 2001 per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società. Insomma, la SE è regolata sia da un nucleo di base di norme UE che si applicano indipendentemente dal luogo in cui tale società viene costituita ed ha la propria sede (purché, ovviamente, essa sia posta all'interno di uno Stato membro), sia da norme nazionali dei singoli Stati Membri, in parte da dettare appositamente per la SE, in parte desumibili dalle disposizioni relative alle s.p.a. locali, variabile in funzione del luogo in cui viene posta la sede unitamente all'amministrazione centrale della singola società. In arg. cfr. M.R. Marletta, "Lo statuto di Società europea e la partecipazione dei lavoratori", in *Dir.pubb.comp.eur*., 2001, pp. 1941-1961; A. Malatesta, "Il regolamento CE 2157/2001 sulla società europea: il difficile parto di una forma societaria comunitaria", in U. Draetta, F. Pocar (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 5 ss.; S.M. Carbone, "La 'corporate governance' della 'Società europea' nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato", in *Dir. comm. int*., 2002, pp. 133-144.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 334 SESS: 68 USCITA:

es. per mancata attuazione degli obblighi derivanti dal diritto UE, a cui conseguirà una procedura d'infrazione) ma anche per gli atti giurisdizionali. Ciò accade quando il giudice interno (civile, penale, tributario o amministrativo che sia) non abbia rispettato nella propria pronuncia il diritto dell'Unione, inclusa la giurisprudenza della Corte di giustizia. Si pensi al caso della mancata disapplicazione di una norma nazionale contrastante con una norma UE; al mancato rinvio pregiudiziale, qualora ne ricorrano gli estremi, da parte dei giudici di ultima istanza oppure, in via indiretta, in caso di mancata interpretazione delle norme nazionali in senso conforme a quelle dell'Unione ed alla giurisprudenza dei giudici dell'Unione ([11]).

Così, era prevedibile che la Corte di giustizia avrebbe censurato — com'è puntualmente avvenuto tramite la sentenza del 24 novembre 2011 ove l'Italia è stata anche condannata al pagamento delle spese processuali — la normativa italiana in materia di *responsabilità civile dei magistrati* (art. 2, legge n. 117 del 1988), deducendone la contrarietà al diritto dell'Unione europea *laddove detta normativa limiti la responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli* a seguito di una violazione del diritto dell'Unione ed imputabile a un organo giurisdizionale nazionale *di ultimo grado*, alle sole ipotesi di *dolo* o *colpa grave* ed esclude *tale responsabilità*, *qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo.* Pertanto, tale legge è stata modificata tramite la L. 27 febbraio 2015, n. 18, emanata — così recita testualmente l'art. 1 — "al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea". L'art. 2 della L. n. 117/1988 così come modificato dalla L. n. 18/2015 ora prevede che:

> "[c]ostituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione".

Al riguardo, la Corte Cost., con sentenza del 12 luglio 2017, nel dichiarare inammissibili ed infondate le questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla sua cognizione, ha indicato che tale normativa bilancia due interessi contrapposti: il diritto del soggetto ingiustamente danneggiato da un provvedimento giudiziario a ottenere il ristoro del pregiudizio patito; la salvaguardia delle funzioni giudiziarie da possibili condizionamenti. E tale bilanciamento — afferma la Consulta — "è stato operato anche dalla legge di riforma n. 18 del 2015, fondamentalmente tramite una più netta divaricazione tra la responsabilità civile dello Stato nei confronti del danneggiato ...e la responsabilità civile del singolo magistrato". Ciò perché il legislatore della riforma ha "mirato a superare la piena coincidenza oggettiva e soggettiva degli ambiti di

---

([11]) Corte di giustizia (Terza sezione), sentenza 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2011:775. In dottrina cfr. C. Schepisi, "La responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici di ultima istanza: da Köbler a Lucchini", in *Studi in onore di U. Leanza*, II, 2008, pp. 1301-1326; C. Amalfitano, F. Persano, "Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine prescrizione dell'azione risarcitoria", in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2012, p. 111-132; A. Di Marco, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazioni del diritto dell'UE*, Napoli, ES, 2017.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 335 SESS: 68 USCITA:

responsabilità dello Stato e del magistrato", con una scelta (l'abolizione, appunto, del filtro di ammissibilità) "funzionale al nuovo impianto normativo" ([12]).

9. Un difficile dialogo tra Corti. — I suddetti principi costituiscono il punto di arrivo di un importante contrasto giurisprudenziale tra la Corte di giustizia UE e la Corte Costituzionale italiana in quanto l'orientamento della Consulta, fino ad un recente passato, si caratterizzava per una tradizionale e rigorosa impostazione "dualista" dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale a cui non faceva eccezione il diritto dell'Unione. Tale approccio che considerava l'ordinamento italiano e quello, all'epoca, comunitario come due ordinamenti autonomi e distinti, entrava in rotta di collisione con l'orientamento "monista" della Corte di giustizia la quale invece, a partire dal caso *Simmenthal* ([13]), ha sempre preteso la più ampia applicazione del diritto dell'Unione, considerando così l'ordinamento UE per così dire "integrato" nell'ordinamento giuridico degli Stati membri. Nel seguito presenteremo i passaggi fondamentali di detta giurisprudenza suddividendoli, in modo evocativo, in *round*...anche se la boxe qui non c'entra.

10. Il primo *round*: il caso *Costa c. Enel* (1964) e l'equiordinazione delle fonti. — Il primo scontro di vedute fu il celebre caso *Costa c. Enel.* In tale occasione, la Corte Costituzionale italiana, assegnando il rango di *norma ordinaria* alla legge di adattamento ai Trattati istitutivi, ha affermato che, in caso di contrasto tra una legge interna ed un atto di diritto comunitario (oggi dell'Unione europea) valeva necessariamente il principio *lex posterior derogat priori.*

Secondo la Consulta:

> "[l']art. 11 viene qui in considerazione per la parte nella quale si enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto. Né si può accogliere la tesi secondo cui la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato." ([14]).

Investita della medesima questione, la Corte di giustizia perveniva a conclusioni diametralmente opposte. Secondo i giudici europei, infatti, con la creazione della

---

([12]) Corte Cost., 12 luglio 2017, n. 164, in *Giur. Cost*., 2017, p. 1483.

([13]) Corte di giustizia, 9 marzo 1978, Causa C-107/77, *Simmenthal*, in *Racc*., p. 629 ss., punto 17: "Inoltre, in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche — in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri — di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie".

([14]) Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 295.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 336 SESS: 68 USCITA:

Comunità europea prima (e dell'Unione europea oggi), gli Stati hanno dato vita ad un ordinamento *sui generis*, un sistema monista-europeista. Diretta conseguenza di tale presupposto è il *primato* del diritto dell'Unione sul diritto interno dei singoli Stati e la conseguente *disapplicazione* delle normative interne di quegli Stati che contrastano con i Trattati e gli atti di diritti derivato dell'Unione ([15]).

11. Il secondo *round*: la sentenza *Frontini* (1973). — In seguito, la distanza delle posizioni di partenza delle due giurisdizioni coinvolte nel caso *Costa c. Enel* è gradualmente diminuita. Prima pietra miliare di questo *iter* è rappresentata dalla sentenza *Frontini* ([16]). Qui, la Corte costituzionale ha rilevato, tra l'altro, che:

"[e]sigenze fondamentali di eguaglianza e certezza giuridica postulano che le norme comunitarie —, non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno —, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari".

Perciò, imboccando questa via, la Corte Costituzionale, è giunta, non senza difficoltà, a riconoscere il primato del diritto UE e la diretta applicabilità dei Regolamenti UE configurando, per la prima volta, un fondamento costituzionale alla legge di ratifica dei Trattati istitutivi. Pertanto, in caso di contrasto tra una norma interna e il diritto dell'Unione, il giudice nazionale avrebbe dovuto sollevare la questione di costituzionalità della prima giacché solo la Consulta è il giudice delle leggi italiane.

12. Il terzo *round*: la sentenza *Granital* (1984), ossia l'apertura dell'ordinamento italiano e i "controlimiti". — La predetta soluzione della Corte costituzionale non incontrò il favore della Corte di giustizia che, nella nota sentenza *Simmenthal* ([17]), ribadì che *l'effetto diretto del diritto dell'Unione europea impone la* ***disapplicazione*** *delle norme interne con esso contrastanti*: tali norme, infatti, in quanto contrastanti con l'ordinamento sovranazionale, non possono trovare applicazione e dispiegare effetti nell'ordinamento interno. Una diversa soluzione avrebbe, tra l'altro, inevitabilmente pregiudicato l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri.

Alla luce di tale pronuncia, la Corte Costituzionale ha parzialmente riconsiderato la propria posizione. Così, nella sentenza *Granital*, del 5 giugno 1984, n. 70 ([18]), la Consulta, pur senza rinunciare al proprio approccio dualista, ha utilizzato una diversa impostazione. Ha rilevato che:

"[l]'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, è venuto evolvendosi, ed è ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali

---

([15]) Corte di giustizia, 15 luglio 1964, Causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.*, p. 1127 ss.
([16]) Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in *Riv. dir. int.*, 1970, p. 130.
([17]) Corte di giustizia, 9 marzo 1978, Causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, p. 629 ss.
([18]) Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, in *Riv. dir. int.*, 1984, p. 360 ss.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 337 SESS: 68 USCITA:

va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato... Quando, poi, vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, è quest'ultima, in ogni caso, a prevalere. Tale criterio opera, tuttavia, diversamente, secondo che il regolamento segua o preceda nel tempo la disposizione della legge statale. Nel primo caso, la norma interna deve ritenersi caducata per effetto della successiva e contraria statuizione del regolamento comunitario, la quale andrà necessariamente applicata dal giudice nazionale...Diversa è la sistemazione data fin qui in giurisprudenza all'ipotesi in cui la disposizione della legge interna confligga con la previgente normativa comunitaria. È stato invero ritenuto che, per il fatto di contrastare tale normativa, o anche di derogarne o di riprodurne il contenuto, la norma interna risulti aver offeso l'art. 11 Cost. e possa in conseguenza esser rimossa solo mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale. La soluzione testé descritta è stata delineata in altro giudizio (cfr. sentenza n. 232/75) ed in sostanza così giustificata: il trasferimento dei poteri alla Comunità non implica, nella materia a questa devoluta, la radicale privazione della sovranità statuale; perciò si è in quell'occasione anche detto che il giudice nazionale non ha il potere di accertare e dichiarare incidentalmente alcuna nullità, dalla quale scaturisca, in relazione alle norme sopravvenute al regolamento comunitario, 'un'incompetenza assoluta del nostro legislatore', ma è qui tenuto a denunciare la violazione dell'art. 11 Cost., promuovendo il giudizio di costituzionalità. La Corte è ora dell'avviso che tale ultima conclusione, e gli argomenti che la sorreggono, debbano essere riveduti".

In particolare, richiamando la precedente sentenza *Frontini*, la Corte ha indicato che, fermo restando che l'ordinamento nazionale e quello comunitario sono "distinti e al tempo stesso coordinati", l'accoglimento del principio del primato diviene possibile in quanto

"presuppone che la fonte comunitaria appartenga ad altro ordinamento, diverso da quello statale. Le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento. In questo senso va quindi spiegata l'affermazione, fatta nella sentenza n. 232/75, che la norma interna non cede, di fronte a quella comunitaria, sulla base del rispettivo grado di resistenza. I principi stabiliti dalla Corte in relazione al diritto — nel caso in esame, al regolamento — comunitario, traggono significato, invece, precisamente da ciò: che l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'avere la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate".

In conclusione, secondo la Corte, il *giudice italiano* dispone del potere di *disapplicare direttamente* la norma nazionale contrastante con una norma comunitaria (oggi "unionale" o, come anche si dice, "eurounitaria"). La Corte costituzionale potrà intervenire solo in caso di contrasto insanabile tra tali norme.

Nel contempo, tuttavia, la Corte ha affermato la propria competenza in due ulteriori situazioni: essa sarà competente a conoscere della norma comunitaria contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano, alla luce della dottrina dei *controlimiti* precedentemente menzionata, nonché della costituzionalità della norma interna diretta a pregiudicare i principi essenziali del Trattato. In quest'ultimo caso, infatti, sarà necessario espungere la norma dall'ordinamento giuridico mediante declaratoria di incostituzionalità della stessa.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 338 SESS: 68 USCITA:

Secondo la Corte costituzionale:

"[l]e osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronunzia. Nel presente giudizio cade opportuno un altro ordine di precisazioni. Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari. Nel caso che qui è previsto, la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statuale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.".

13. Il quarto *round*. Leggi regionali e responsabilità dello Stato: dalla sentenza del 10 novembre 1994, n. 384, al caso *Taricco*. — In una quarta fase, la Corte costituzionale si è pronunciata sull'impugnazione di una *legge regionale* non ancora entrata in vigore — per mezzo dei poteri di controllo preventivo del Governo precedenti alla riforma del titolo V della Costituzione — in sede di verifica della compatibilità di tale legge con le norme comunitarie (oggi dell'Unione). Qui, la Corte ha osservato che:

"[v]a considerato che di fronte alla Comunità europea è lo Stato a essere responsabile delle violazioni del diritto comunitario, anche quando derivino dall'esercizio della potestà legislativa della Regione; e che il mantenimento, nell'ordinamento interno, di un provvedimento incompatibile con le disposizioni del Trattato — oltre a creare situazioni di fatto ambigue — è considerato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee quale trasgressione degli obblighi posti dal Trattato stesso. Per quanto, poi, attiene specificamente alle competenze regionali, questa Corte ha chiarito che esse sono suscettibili di operare solo ove i loro contenuti non risultino contrastanti con le discipline e i limiti introdotti dalla normativa comunitaria e dai conseguenti provvedimenti attuativi (nella giurisprudenza di questa Corte, v. da ult. la sent. n. 224 del 1994, nn. 5 e 8 del considerato in diritto).

Senza voler stabilire, qui, una gerarchia di norme (nella specie, tra il regolamento comunitario e la legge regionale), come teme la difesa della Regione, si tratta di verificare, nel presente giudizio, se il perfezionamento del procedimento legislativo regionale non determini l'introduzione, nel nostro ordinamento, di normativa obiettivamente contraddittoria con la preesistente normativa comunitaria... Ora, una cosa è risolvere il problema del contrasto tra la norma comunitaria, direttamente applicabile, e quella interna vigente che risulti incompatibile, demandandone la soluzione ai giudici di merito; altra — e ben diversa — è la verifica di legittimità costituzionale delle deliberazioni legislative dei consigli regionali, che in pendenza dell'impugnativa promossa dal Governo innanzi al giudice delle leggi non possono completare l'iter formativo con la promulgazione, e acquisire efficacia con la pubblicazione" ([19]).

Alla luce di tali considerazioni, la Consulta ne deduce che: "[è] dunque da ammettere l'impugnativa promossa dal Governo avverso la legge regionale, non ancora entrata in vigore, che si sospetti in contrasto con la normativa comunitaria. È

([19]) Corte cost., 10 novembre 1994, n. 384, in *http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0384s-94.html.*

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 339 SESS: 68 USCITA:

appena il caso di aggiungere che non vale la reciproca: l'impugnativa della legge dello Stato da parte della Regione tocca un atto già in vigore, e il contrasto tra la norma interna e quella comunitaria potrà essere definito dai giudici di merito" ([20]). Tale principio giurisprudenziale, ci sembra valevole anche nell'attuale vigore dell'art. 127 Cost., nonostante oggi il sindacato di costituzionalità sia solo successivo all'entrata in vigore delle leggi regionali.

In conclusione, l'art. 117 Cost. oggi lascia spazio a ben pochi dubbi circa il primato delle norme dell'Unione sulle norme interne di qualsiasi rango (sia pure con la riserva dei contro-limiti) e con esse contrastanti ([21]).

L'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte costituzionale evidenzia la fine del contrasto giurisprudenziale ed il dialogo tra Corti che si è concretizzato con diverse ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera della stessa Consulta ([22]). Ne è testimonianza la recentissima sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, ove la Corte, ha sviluppato e sintetizzato la propria giurisprudenza precedente. Pertanto, appare utile indicarne qui un ampio stralcio:

"il contrasto con il diritto dell'Unione europea condiziona l'applicabilità della norma censurata nel giudizio a quo — e di conseguenza la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale che si intendano sollevare sulla medesima (da ultimo, ordinanza n. 2 del 2017) — soltanto quando la norma europea è dotata di effetto diretto. Al riguardo deve richiamarsi l'insegnamento di questa Corte, in base al quale "conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando — se del caso — il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta — contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia — e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)" (ordinanza n. 207 del 2013).

Pertanto, ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice — fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o, se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale — applica direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare.

Viceversa, quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza di questa Corte, senza delibare preventivamente i profili di

---

([20]) *Ibidem*.

([21]) Cfr. T. Treves, *Diritto internazionale*, cit., p. 710: "Eventuali leggi statali o regionali che dessero luogo al mancato rispetto di norme comunitarie, oltre ad essere disapplicate pur rimanendo in vigore, alla stregua della ora esaminata giurisprudenza, potrebbero infatti anche vedersi abrogate in seguito a un giudizio specifico di costituzionalità per violazione indiretta dell'art. 117".

([22]) V. Corte cost., Ord. 15 aprile 2008, n. 103; 28 gennaio 2010, n. 28 e 3 luglio 2013, n. 207; 31 marzo 2015, n. 56 in *Dejure*.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 340 SESS: 68 USCITA:

incompatibilità con il diritto europeo. In tali ipotesi spetta a questa Corte giudicare la legge, sia in riferimento ai parametri europei (con riguardo alle priorità, nei giudizi in via di azione, si veda ad esempio la sentenza n. 197 del 2014, ove si afferma che "la verifica della conformità della norma impugnata alle regole di competenza interna è preliminare al controllo del rispetto dei princìpi comunitari (sentenze n. 245 del 2013, n. 127 e n. 120 del 2010)".

Una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007, ratificato ed eseguito dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (da ora: CDFUE), equiparandola ai Trattati (art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea).

Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S, M.B.).

Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13).

Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE).

D'altra parte, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali. A tale proposito, di fronte a casi di "doppia pregiudizialità" — vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione —, la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 341 SESS: 68 USCITA:

legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli).

In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE" ([23]).

Sezione II
La Cassazione e il diritto internazionale

14. La Cassazione è un giudice interno. — Il giudice interno di uno Stato, anche quando applica il diritto internazionale, lo fa in nome del popolo dello Stato di cui esso risulta espressione. Ed affinché il giudice possa dichiarare il primato del diritto internazionale sul diritto interno, ivi compresa la Costituzione del proprio Paese, deve avere espressamente ricevuto tale potere.

Se la Costituzione non conferisce ai giudici il potere di disapplicare le leggi nazionali contrarie al diritto internazionale, i tribunali interni si trovano disarmati. Anche laddove venga richiesto di disapplicare la legge contraria al diritto internazionale, il giudice non possiede la competenza necessaria per pronunciare sentenze sul conflitto tra il diritto internazionale e una norma interna, a svantaggio della legge nazionale. Ecco perché le precitate sentenze della Corte costituzionale costituiscono una preziosa guida per il giudice ordinario.

15. L'esperienza italiana fino alla L. cost. n. 3 del 2001. — Poiché, come si è visto, nella maggior parte dei casi, *l'ordine di esecuzione* è contenuto in una legge ordinaria, le norme internazionali si ponevano, tradizionalmente, sullo stesso piano delle leggi ordinarie. Ciononostante, la giurisprudenza era pervenuta ugualmente alla prevalenza delle norme internazionali pattizie mediante l'applicazione del ***principio di specialità***. Infatti, le norme di origine pattizia immesse nell'ordinamento italiano andavano considerate come norme "speciali", sia in ragione del loro campo di applicazione, sia in ragione della volontà dello Stato di rispettare gli impegni internazionali ([24]). In questo modo, il principio di (doppia) specialità paralizzava gli effetti dell'applicazione del principio di successione delle leggi nel tempo, che avrebbe comportato la prevalenza di una legge interna posteriore sulle norme di un trattato internazionale anteriore facendo sorgere la responsabilità internazionale dell'Italia per il mancato adempimento degli obblighi internazionalmente assunti.

16. L'articolo 117 della Costituzione. — A seguito delle modifiche introdotte tramite la L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3: "[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato

---

([23]) Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269, v. *https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=269.* Altri riferimenti in L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, 7 ed., cit.

([24]) Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 329.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 342 SESS: 68 USCITA:

e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Il giudice interno, dunque, laddove ravvisi un contrasto insanabile tra la legge interna e un trattato internazionale ratificato ed immesso nell'ordinamento interno dovrà sollevare un giudizio di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale. In tal senso si è già espressa la Corte costituzionale con riferimento alla CEDU. Le norme pattizie, secondo i giudici, *sono norme "interposte"*, che si collocano cioè ad un livello subcostituzionale.

17. Il giudice interno e la consuetudine internazionale. — L'art. 10 della Costituzione italiana afferma che "l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute". Ne consegue che il giudice interno, una volta accertata l'esistenza di un *contrasto insanabile* tra una legge ordinaria ed una consuetudine internazionale, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della prima per contrasto con l'art. 10 della Costituzione.

La Cassazione italiana ha distinto le consuetudini preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione da quelle successive. Nella sentenza del 3 agosto 2000, n. 530, pronunciata a Sezioni Unite a proposito del tragico **incidente del *Cermis*** ([25]), la Corte si è allineata alla giurisprudenza della Corte costituzionale precisando che:

"[i]l precetto dell'immunità della giurisdizione civile dello Stato estero è sancito da una norma consuetudinaria internazionale, attualmente in vigore nell'ordinamento italiano in virtù della norma di adeguamento automatico di cui all'articolo 10 comma 1 della Carta costituzionale. Come è unanimemente riconosciuto, esso precetto comporta, non già l'insussistenza di qualsiasi tutela giudiziaria nei confronti dello Stato estero, sebbene soltanto, ed unicamente, la preclusione a che i giudici di uno Stato diverso da quello convenuto (quand'anche quelli nazionali dell'attore e competenti secondo le convenzioni internazionali sulla materia oggetto del giudizio) conoscano di una domanda proposta nei confronti dello Stato estero convenuto: da ciò, appunto, l'usuale definizione della regola col broccardo *par in parem non habet iurisdictionem*. Ne consegue che nell'ambito del nostro ordinamento positivo, l'applicazione del principio determina il difetto della giurisdizione del giudice italiano in ordine ai giudizi civili proposti nei confronti di uno Stato estero, e non l'improponibilità nel merito della relativa domanda...La regola consuetudinaria così ricostruita preesisteva all'entrata in vigore della Costituzione italiana, ed ha assunto valore cogente nel nostro ordinamento in virtù della clausola di adeguamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute dettata dall'articolo 10 comma 1 della Costituzione, e non (come assume la controri-

---

([25]) Si tratta di un incidente avvenuto il 3 febbraio 1998 nei pressi di Cavalese, nota località sciistica delle Dolomiti. Venti persone rimasero uccise quando un aereo militare statunitense, volando a una quota inferiore a quanto concesso e in violazione dei regolamenti, tagliò il cavo della funivia del Cermis, in Val di Fiemme, facendo precipitare la cabina e provocando la morte dei venti occupanti. Il 13 luglio 1998 la federazione italiana lavoratori trasporto della provincia di Trento e altri avevano citato a giudizio dinanzi al tribunale di Trento gli Stati Uniti d'America, chiedendo che fosse accertato e dichiarato che l'attività di addestramento svolta dai velivoli militari statunitensi sopra il territorio della provincia autonoma arrecava grave pericolo all'incolumità fisica degli abitanti, chiedendo in via principale la pronuncia di una condanna del governo statunitense, la cessazione immediata dell'attività pericolosa accertata, e in particolare il sorvolo del territorio con caccia militari, e in via subordinata l'adozione di ogni più opportuna cautela per limitare tale attività, per escludere qualsiasi pericolo per la vita, la salute e l'integrità fisica dei lavoratori addetti ai trasporti su fune. Tuttavia, con regolamento preventivo di giurisdizione, gli Stati Uniti d'America e il Governo italiano proposero ricorso alla Corte di Cassazione perché dichiarasse il difetto assoluto di giurisdizione del giudice italiano, in forza del principio di diritto internazionale dell'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato estero. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 530/2000, in accoglimento del ricorso, pronunciarono il difetto assoluto di giurisdizione.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 343 SESS: 68 USCITA:

corrente nel suo ultimo rilievo) in forza di una norma avente efficacia di legge ordinaria. Ne deriva che quella regola è stata recepita nel nostro ordinamento nella sua interezza; e che, rispetto ad essa, non si pone, né si può porre, la questione di compatibilità con il nostro sistema costituzionale" ([26]).

Nel corso del presente volume sono state molte le pronunce dei giudici italiani che abbiamo citato. Pertanto, rinviamo il lettore all'indice delle sentenze alla fine di questo libro per il loro puntuale reperimento.

Sezione III
Diritto internazionale e giudice amministrativo

18. Diritto internazionale e giudice amministrativo italiano (rinvio). — Abbiamo già indicato a suo luogo ([27]) il rapporto tra gli organi amministrativi dello Stato e la responsabilità internazionale che può insorgere a causa di atti illeciti degli organi amministrativi. In questa categoria sono ricompresi sia gli organi dell'amministrazione centrale che quelli dell'amministrazione periferica, comprese le Regioni, nell'esercizio del loro c.d. *potere estero*. L'illecito internazionale dello Stato può consistere non solo in atti commissivi ma anche in atti omissivi (ad esempio omissione di adeguate misure di polizia a protezione della sede di un'ambasciata).

In breve, anche la Pubblica Amministrazione si trova in "prima linea", sia per quanto riguarda il corretto adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano alla UE, sia per quanto riguarda il rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento internazionale. Le ricorrenti condanne subite dall'Italia dinanzi alla Corte EDU, e persino la possibilità — da poco realizzatasi — per lo Stato italiano di subire arbitrati ICSID a causa della violazione degli *standard* di trattamento economico degli investitori stranieri sono là a testimoniarlo.

19. La CEDU ed il diritto amministrativo in Italia. — Non mancano importanti contenziosi in materia di occupazione acquisitiva ed indennizzo da espropriazione. La base giuridica è l'art. 1 del Primo Protocollo della CEDU il quale prevede una nozione autonoma di diritto di proprietà meritevole di tutela internazionale: "[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale" ([28]). Va notato, altresì, con riferimento alla disciplina del processo amministrativo in Italia, che la nozione di "giusto processo", prima della riforma dell'art. 111 Cost. si riferiva all'art. 6 CEDU. Nel vigore del nuovo art. 111 Cost. è da ritenere che il rinvio mobile sia implicito in quanto si tratta di norme oggetto di una copiosa e continua giurisprudenza della Corte EDU. Anche le Autorità amministrative indipendenti si trovano soggette alla CEDU e si registra un crescente numero di pronunce della Corte EDU sia con riferimento alla violazione del diritto di *privacy* delle società oggetto di un procedimento in materia di

---

([26]) Cass., SS.UU., 3 agosto 2000, n. 530, in *Riv. dir. int*., 2000, p. 1156.

([27]) *Supra*, Cap. XVI.

([28]) In arg. cfr. M. L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2003. Tra la giurisprudenza della Corte EDU v. le sentenze del 30 ottobre 2003, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*; 11 dicembre 2003; 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, tutte disponibili al sito internet della Corte.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 344 SESS: 68 USCITA:

concorrenza, sia, *inter alia*, con riferimento alla violazione del principio del contraddittorio da parte della CONSOB ([29]).

20. Diritto dell'Unione europea e giudice amministrativo. — Nel corso degli oltre sessant'anni trascorsi dall'istituzione della CEE, la progressiva integrazione tra l'ordinamento dell'Unione europea e l'ordinamento nazionale ha prodotto numerosi mutamenti sia in quanto il diritto dell'Unione europea è progressivamente assurto a parametro di legittimità dell'attività amministrativa italiana; sia per quanto riguarda l'organizzazione dello Stato italiano e della Pubblica Amministrazione, che ha dovuto adeguarsi a tale evoluzione. Così, alcuni settori del diritto amministrativo nazionale oggi sono disciplinati quasi *in toto* dal diritto dell'Unione europea, come appunto avviene per la materia del diritto doganale, degli appalti pubblici, dell'ambiente e della regolamentazione del mercato.

L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul diritto amministrativo italiano viene confermata in modo formale dalla L. n. 15/2005 che, apportando modifiche alla L. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, ha indicato anche i *principi dell'ordinamento comunitario* (art. 1), quali fonti cui deve attenersi la Pubblica Amministrazione nell'esercizio delle proprie attività.

Per altro verso, il primato del diritto UE può produrre particolari effetti per quanto riguarda i limiti del potere di ordinanza, con particolare riferimento alle ordinanze di necessità e urgenza e alle misure cautelari del giudice amministrativo ([30]).

Sotto il primo profilo, se il potere di ordinanza per ragioni di necessità e urgenza, può, in alcuni casi, derogare a norme di legge dello Stato italiano, riteniamo che non possa essere esercitato nei confronti della normativa vincolante dell'Unione europea, in quanto appartenente ad un altro ordinamento cui l'ordinamento italiano riconosce il primato.

Sezione IV

L'efficacia delle sentenze internazionali nell'ordinamento italiano

Bibliografia sommaria: G. Morelli, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931; A. Giardina, "La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux", in *RCADI*, 1979-IV, v. 165, pp. 233-352; L. Condorelli, *L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes*, in *La juridiction internationale permanente*, Parigi, 2007, p. 277 ss.; L. Padelletti, "L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità della giurisdizione nel caso Germania c. Italia: un caso in salita?", in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 444 ss.; F. Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, ES, 2008; Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, OUP, 2009; J. Merrils, *International Dispute Settlements*, 5ª ed., Cambridge, CUP, 2011; A. Ciampi, "L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia", in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 146-149; E. Sciso, "L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 543-551; R. Pisillo Mazzeschi, "La sentenza 238 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto interno", in *DUDI*, 2015, p. 23-40; G. Cataldi, "La mise en oeuvre des décisions des tribunaux internationaux dans l'ordre interne", in *RCADI*, 2017, v. 386, pp. 267-428.

([29]) Corte EDU, sentenza del 4 marzo 2014, Ric. n. 18640/10, *Grande Stevens et alt. c. Italia*, disponibile al sito internet della Corte.

([30]) In arg. cfr. C. Schepisi, *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, ES, 2013; AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2018.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 345 SESS: 68 USCITA:

§ 1. — *L'efficacia delle sentenze della Corte internazionale di giustizia (CIG)*

21. — Le sentenze della CIG costituiscono, per la maggior parte, delle *sentenze di mero accertamento* comportanti un obbligo per lo Stato soccombente di adottare tutti i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta. Un obbligo specifico per lo Stato italiano a dare esecuzione alle sentenze della CIG si ricava dall'art. 94 della Carta dell'ONU, il quale prevede che:

> "1. Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte.
>
> 2. Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione".

È quindi da escludere, in linea di principio, la *diretta efficacia* delle sentenze CIG nell'ordinamento italiano ([31]). L'esecuzione di una sentenza CIG nell'ordinamento italiano comporta l'adozione di provvedimenti legislativi *ad hoc.* Così, a seguito della controversia tra **Germania e Italia** decisa con la **sentenza del 3 febbraio 2012,** nel **caso delle immunità giurisdizionali dello Stato**, la CIG ha disposto che "la Repubblica Italiana, promulgando l'opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta, dovrà fare in modo che le decisioni dei suoi giudici e quelle di altre autorità giudiziarie che violano l'immunità riconosciuta alla Repubblica Federale di Germania dal diritto internazionale siano rese inefficaci" ([32]). Al fine di adempiere agli obblighi internazionali, nonché di adeguarsi alle decisioni della CIG (*ex* art. 94 Carta ONU), è stata promulgata la L. n. 5/2013 con la quale, in primo luogo, l'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni e poi si prevede espressamente all'art. 3 che "quando la Corte Internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio ed anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione (...), il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo". Non sorprende dunque che, alla luce di tale intervento normativo, la Corte di Cassazione abbia dovuto procedere ad un *revirement* della propria precedente giurisprudenza.

Senonché, ma limitatamente a questa sentenza della CIG, come si è già osservato altrove (Cap. XV), la Corte Costituzionale, ha ribadito, nella sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, che il vincolo stabilito dall'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite di rispettare le sentenze rese dalla CIG in controversie di cui l'Italia sia parte costituisce una delle ipotesi di limitazione della sovranità, ai sensi dell'art. 11 Cost., a cui lo Stato italiano ha consentito con riferimento a quelle OIG, *in primis* l'ONU, volte ad assicurare pace e giustizia fra le Nazioni. Ma detta limitazione di sovranità è stata consentita nel limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione italiana. Pertanto, poiché la sentenza della CIG che ha

---

([31]) V. N. RONZITTI, ~~*Introduzione al diritto*~~ *internazionale*, cit., p. ~~255~~.

([32]) V. CIG, 3 febbraio 2012, *caso delle Immunità giurisdizionali dello Stato*, Germania c. Italia (Grecia interveniente), *CIJ/ICJ Rec.*, 2012, p. 99.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 346 SESS: 68 USCITA:

interpretato la norma internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri come comprensiva dell'ipotesi di atti ritenuti *jure imperii* qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, comporta una lesione di diritti inviolabili della persona, si evidenzia un contrasto insanabile della L. 17 agosto 1957 n. 848 di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite con gli artt. 2 e 24 Cost. È dunque tale legge, una legge italiana, che deve essere dichiarata illegittima a causa del contrasto con i principi costituzionali fondamentali.

In conclusione, tale sentenza — anche richiamando la **giurisprudenza *Kadi*** della Corte di giustizia UE — applica la ***dottrina dei "controlimiti"***: qui, la Corte costituzionale ha ribadito, sul piano del diritto interno e con ottica *dualistica*, il primato dei principi fondamentali della Costituzione sulla norma internazionale contraria; sul piano internazionale, ha espresso l'intenzione dello Stato italiano di non adeguarsi ad un atto giurisdizionale dell'ONU che ritiene illegittimo in quanto lesivo dello *jus cogens.*

Non stupisce pertanto che la Cassazione pronunciandosi a Sezioni Unite con sentenza del 29 luglio 2016, n. 15812, nel caso ***Gamba***, ha considerato "cancellato dall'ordinamento l'art. 3 della legge n. 5 del 2013; venuto meno l'obbligo del giudice italiano di adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012". Pertanto, ha ritenuto la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano a statuire sulle domande risarcitorie proposte dai ricorrenti contro la Germania.

Se sul piano del diritto interno la questione appare sopita, occorrerà seguire nel prossimo futuro gli ulteriori sviluppi sul piano internazionale di questo caso giacché, potenzialmente, dal lato della Germania potrebbe ora essere invocata una violazione dell'art. 94 della Carta ONU.

§ 2. — *L'efficacia delle sentenze della Corte EDU*

22. Mancanza di diretta efficacia in senso pieno. — Come si è precedentemente indicato, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, le disposizioni della CEDU (a differenza delle sentenze della Corte di Giustizia UE) non posseggono i caratteri *del primato e della diretta efficacia all'interno dell'ordinamento italiano* nel senso che, in caso di contrasto insanabile tra una norma della CEDU ed una norma italiana, non è consentito al giudice di merito disapplicare automaticamente la seconda per applicare la prima. Gli Stati contraenti della CEDU *ex* art. 46 della stessa convenzione, "si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti", ma ciò non significa che si creino situazioni giuridiche soggettive direttamente azionabili in capo ai singoli. Le vittime, dunque, dovranno inevitabilmente passare per il "filtro statale" per vedere resi effettivi i diritti eventualmente riconosciuti dalla Corte di Strasburgo.

A corollario di ciò, il quarto e quinto comma dell'art. 46 CEDU affermano che: "[s]e il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. (5) Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 347 SESS: 68 USCITA:

caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame".

23. La revocazione della sentenza interna per sopravvenuto contrasto con sentenza definitiva della Corte EDU. — Un contrasto tra l'"ordinamento della CEDU" e l'ordinamento italiano può crearsi anche allorquando una sentenza del giudice italiano, pur se passata in giudicato, si riveli in contrasto con una successiva pronuncia della Corte EDU. Al fine di riallineare l'ordinamento italiano con gli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU, in tempi recenti, si è ~~impugnato~~ lo strumento della revocazione.

Si tratta di un istituto contemplato sia dal sistema penale che dal sistema civilistico e amministrativo, posto che l'art. 106 del codice di procedura amministrativa rubricato "casi di revocazione", afferma che "[s]alvo quanto previsto dal comma 3, le sentenze dei tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato sono impugnabili per revocazione, nei casi e nei modi previsti dagli articoli 395 e 396 del codice di procedura civile."

24. La revocazione nel processo penale. — L'articolo 630 cod. proc. pen. è già stato oggetto di sentenza additiva della Corte Costituzionale, la quale, tramite la pronuncia n. 113 del 2011, ne ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale [...] nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Dunque, tramite tale intervento, la Corte Costituzionale ha inserito tra i casi di revocazione anche quello della *sopravvenuta sentenza della Corte EDU*: così, seppure una sentenza della Corte EDU non abbia diretta efficacia nell'ordinamento italiano, l'effetto equivalente viene raggiunto tramite un atto di diritto interno, dotato di una forza tale da consentire la riapertura di un processo penale terminato con sentenza passata in giudicato.

25. La revocazione in ambito civilistico ed amministrativo. — Se quanto detto vale per l'ambito penale, un discorso analogo si può sostenere anche in materia civilistica ed amministrativa, ambito in cui, tuttavia, la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana appare meno sviluppata.

Allo stato attuale, infatti, non pare si sia ancora consolidato il principio della revocazione di cui agli artt. 395 e 396 del cod. proc. civ. per il caso di sopravvenuta pronuncia (contraria al *dictum* del giudice nazionale) della Corte EDU. Al riguardo, il Consiglio di Stato, con sentenza del 11 giugno 2015, n. 2866 (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 418 s.) ha indicato che "[è] del tutto pacifico che le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo non sono contemplate tra i titoli per l'esecuzione dei quali può essere proposta, ai sensi dell'art. 112 cod. proc. amm., l'azione di ottemperanza e ciò non solo perché...non può dedursi un ampliamento della nozione evincibile dalla lettera *d)* del suddetto articolo (in riferimento alle sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti ad essi equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza) solo per ragioni storiche e sistematiche, ma soprattutto perché gli strumenti di adeguamento a decisioni di giudici non nazionali trovano compiuta

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 348 SESS: 68 USCITA:

regolamentazione in altri settori dell'ordinamento (e in generale nella L. 31 maggio 1995, n. 218 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" che, all'art. 2, fa rinvio ai modi di applicazione delle diverse convenzioni internazionali)". Si tratta di un'evoluzione giurisprudenziale tuttora in corso.

§ 3. — *L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia UE*

26. Premessa. — Non è ovviamente possibile illustrare in questa sede tutti gli aspetti dell'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia nell'ordinamento italiano e non possiamo che rinviare alla letteratura di settore per un più approfondito esame dell'argomento. Qui, ci soffermeremo, dunque, solo su alcuni tra gli aspetti più significativi.

27. La sentenza di annullamento di un atto di diritto derivato dell'Unione europea. — La sentenza emessa a termine di un ricorso in annullamento *ex* artt. 263 e 264 TFUE produce, in caso di accoglimento, l'*eliminazione dell'atto* impugnato con effetto *ex tunc*, fermo restando che la Corte potrà limitarne gli effetti *ex nunc* per esigenze di certezza del diritto. L'annullamento dell'atto ha, inoltre, efficacia *erga omnes.*

Qualora, invece, il ricorso non venga accolto, nulla vieterà ad altri soggetti legittimati di impugnare il medesimo atto chiedendone l'annullamento, purché entro i termini.

La sentenza ha diretta efficacia in tutto il territorio dell'Unione e quindi anche in territorio italiano.

28. La sentenza di accertamento dell'infrazione statale *ex* artt. 258-260 TFUE. — Un discorso diverso vale per la sentenza che, al termine della procedura di infrazione *ex* artt. 258-260 TFUE, accerta la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dello Stato italiano. Tale sentenza, *ex* art. 260 TFUE, ha efficacia meramente dichiarativa. Questo ultimo principio si deduce dall'art. 344 TFUE, che afferma che "gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dai trattati stessi".

L'esecuzione della sentenza è quindi rimessa alla "volontà" dello Stato soccombente, che dovrà conformarsi al *dictum* della Corte in un tempo idoneo, non essendo specificato dal Trattato alcun termine perentorio.

Se prima del Trattato di Maastricht era possibile esperire una seconda procedura di infrazione contro lo Stato inadempiente (c.d. sistema della *doppia condanna*), tale trattato ha aggiunto la possibilità di comminare una sanzione pecuniaria allo Stato che non abbia ottemperato alla prima sentenza di condanna. A tal proposito, tramite il Trattato di Lisbona si è introdotto l'art. 260, comma 2, il quale stabilisce che "se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione, dopo aver posto tale Stato in condizione di presentare osservazioni, può adire la Corte. Essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze." Come si evince dalla lettura della norma, la seconda procedura è una procedura "accelerata", dal momento che non richiede l'invio di un parere motivato da parte della Commissione allo Stato inadempiente, parere invece richiesto in sede di prima procedura.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 349 SESS: 68 USCITA:

Un'altra novità introdotta tramite il Trattato di Lisbona è rappresentata dal terzo comma dell'art. 260 TFUE: "[l]a Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze.

Se la Corte constata l'inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell'importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza".

29. La sentenza come titolo esecutivo di diritto interno. — La sentenza, infine, è *titolo esecutivo* all'interno degli ordinamenti nazionali *ex* art. 280 TFUE, che rinvia all'art. 299 TFUE. Nello specifico, quest'ultimo, afferma che "[g]li atti del Consiglio, della Commissione o della Banca centrale europea che comportano, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo. L'esecuzione forzata è regolata dalle norme di procedura civile vigenti nello Stato sul cui territorio essa viene effettuata. La formula esecutiva è apposta, con la sola verificazione dell'autenticità del titolo, dall'autorità nazionale che il governo di ciascuno degli Stati membri designerà a tal fine, informandone la Commissione e la Corte di giustizia dell'Unione europea. Assolte tali formalità a richiesta dell'interessato, quest'ultimo può ottenere l'esecuzione forzata richiedendola direttamente all'organo competente, secondo la legislazione nazionale. L'esecuzione forzata può essere sospesa soltanto in virtù di una decisione della Corte. Tuttavia, il controllo della regolarità dei provvedimenti esecutivi è di competenza delle giurisdizioni nazionali".

Si nota quindi come il giudice nazionale non ha alcuna discrezionalità riguardo al merito della questione, essendo il suo sindacato limitato al vaglio dell'autenticità della sentenza della Corte (33).

Malgrado l'art. 280 TFUE non faccia distinzioni di sorta, risulta evidente che le sole sentenze che possono essere portate ad esecuzione forzata sono quelle che condannano un privato, uno Stato membro o l'Unione al versamento di somme di denaro a titolo di riparazione (si pensi, ad esempio, alle sanzioni comminate ai testimoni che rifiutano di prestare il proprio ufficio) del danno, nonché i capi di sentenza relativi alle spese processuali. L'art. 280 TFUE, inoltre, è soggetto ad interpretazione estensiva: è possibile portare ad esecuzione forzata anche le ordinanze munite di clausola di condanna.

Non sono titolo esecutivo le sentenze di annullamento pronunciate ex *art. 263 TFUE, le pronunce pregiudiziali della Corte e le sentenze pronunciate al termine di una procedura di infrazione, che hanno natura esclusivamente dichiarativa.*

30. Efficacia di cosa giudicata. — Benché il combinato disposto degli artt. 280 TFUE e 244 TCE non faccia menzione dell'efficacia di cosa giudicata delle sentenze della Corte, ma si limiti alla forza esecutiva delle stesse, non si può negare che le pronunce della Corte siano dotate di *efficacia di cosa giudicata in senso formale e sostanziale*.

---

(33) In arg. v. *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2014.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 350 SESS: 68 USCITA:

Quanto alla prima, la si può dedurre da una lettura *a contrariis* del regolamento di procedura della Corte, che nel qualificare l'opposizione di terzo e la revocazione come mezzi straordinari di ricorso esperibili anche verso le sentenze del Tribunale, ammette in via indiretta l'efficacia di cosa giudicata in senso formale della sentenza, dal momento che i mezzi straordinari di ricorso sono esperibili proprio contro sentenze ormai passate in giudicato.

In merito all'efficacia di *cosa giudicata in senso sostanziale*, ossia all'idoneità della sentenza di costituire *lex specialis* tra le parti producendo un effetto di accertamento anche al di fuori del processo al termine del quale si è formata, la dottrina è divisa. Alcuni, infatti, ritengono che tale efficacia debba desumersi dal sistema generale intessuto dai Trattati. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che ciò sia implicitamente affermato nel (e quindi desumibile dal) dettato dell'art. 280 letto in combinato disposto con l'art. 299 TFUE e non manca chi afferma che sia, invece, l'art. 65 del regolamento della Corte ad istituire la forza di giudicato in senso sostanziale delle sentenze della stessa, affermando che "[l]a sentenza della Corte ha forza obbligatoria dal giorno in cui è pronunciata".

La questione, ancorché rilevante, cede comunque il passo al diritto vivente della Corte, che ha più volte invocato espressamente l'autorità di cosa giudicata delle proprie sentenze.

31. La sentenza che accerta una responsabilità extracontrattuale dell'Unione. — Va ricordato, inoltre, che l'art. 340, c. 2, TFUE impone all'Unione di risarcire "conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni". Sono risarcibili sia il danno morale che quello materiale, sia il danno emergente che il lucro cessante. Gli interessi moratori decorrono dalla sentenza che accerta la responsabilità dell'istituzione o degli agenti dell'Unione.

32. L'efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia. — Va sottolineato che quando la Corte di giustizia si sia pronunciata su questioni di interpretazione di norme dell'Unione, la sua decisione produce *effetti obbligatori per il giudice (nazionale) del rinvio.* Quest'ultimo, dunque, deve attenersi alla pronuncia della Corte ed alla interpretazione datane.

Senonché, è altrettanto noto che l'efficacia delle sentenze interpretative rese dalla Corte di giustizia nell'ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale non rimane confinata al contesto processuale che le ha provocate, ma si "impone con effetti *erga omnes*, nel senso che la disposizione in causa deve essere da chiunque interpretata ed applicata così come indicato dalla Corte" ([34]), rendendo superflua la proposizione di un nuovo rinvio sulle medesime questioni da parte del giudice nazionale in casi analoghi ([35]).

Parimenti, va osservato che le sentenze interpretative della Corte di giustizia hanno normalmente *efficacia retroattiva*, trovando applicazione anche nei rapporti giuridici originatisi in precedenza, con il limite dei diritti acquisiti e delle situazioni già esaurite: ciò in quanto l'attività interpretativa della Corte non crea diritto, ma si limita

---

([34]) R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 4a ed., cit., p. 261 ss.

([35]) In dottrina v. per tutti L. Daniele, *Dig. Disc. Pub.*, Torino, Utet, p. 240 ss.; in *giurisprudenza it.* v. Cass., SS. UU., n. 12067 del 24 maggio 2007. In giurisprudenza cfr. Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Denkavit italia*, *Racc.*, p. 1205; 3 ottobre 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, *Racc*., p. I-8191.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 351 SESS: 68 USCITA:

a chiarire e precisare il significato e la portata della norma quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Tale principio non prevede eccezioni con riguardo agli effetti endoprocessuali. Invece, quanto agli effetti *erga omnes* che si producono al di fuori del processo, la regola della retroattività può essere temperata in ragione di alcune condizioni come il principio del legittimo affidamento e la portata "innovativa" della sentenza pregiudiziale. La Corte di giustizia, infatti, si è riservata in alcuni casi il potere di limitare nel tempo la portata delle proprie sentenze, tanto interpretative quanto di validità (applicando analogicamente l'art. 264, 2° comma, TFUE), in particolare quando dalle sue pronunce, se applicate retroattivamente, sarebbero scaturite rilevanti ripercussioni finanziarie interne. Solo in via eccezionale, dunque, la Corte, considerati i gravi sconvolgimenti che la sua pronuncia potrebbe provocare nei rapporti giuridici costituiti, ha la facoltà di limitare la possibilità di far valere la disposizione interpretata allo scopo di rimettere in discussione situazioni già definite. Tutt'al più, l'interpretazione della Corte potrebbe esplicare i suoi effetti relativamente a quanti avessero già azionato la propria pretesa in giudizio anteriormente alla pronuncia pregiudiziale.

33. Conferma giurisprudenziale in Italia. — La Corte costituzionale italiana ha adottato un approccio molto deciso circa il valore da attribuire alle sentenze della Corte di giustizia (36). Sin dal 1985 ha precisato che "la normativa comunitaria [...] entra e permane in vigore nel nostro territorio senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato" e questo principio vale "anche per le statuizioni [...] risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia" (37). In successive pronunce, ha ulteriormente chiarito che le statuizioni contenute nelle pronunce interpretative della Corte di giustizia entrano ad ogni effetto nell'ordinamento interno, sicché la fattispecie concreta ricade "sotto il disposto del diritto comunitario destinato a ricevere immediata e necessaria applicazione nell'ambito territoriale dello Stato", con la conseguenza della inammissibilità della questione di costituzionalità eventualmente sollevata dal giudice comune (38). Questi principi costituiscono ormai giurisprudenza costante della Corte costituzionale come è possibile riscontrare dalla sentenza n. 284 del 2007 (39).

A propria volta, la Corte di Cassazione italiana ha espressamente riconosciuto "l'immediata applicabilità nell'ordinamento interno e la efficacia vincolante delle decisioni della Corte di giustizia pronunciate in sede di interpretazione pregiudiziale" (40) spingendosi a riconoscere un vero e proprio "valore normativo" alle stesse (41).

Anche in tempi recenti, la Corte di cassazione è tornata a ribadire che l'esistenza di "precedenti pronunce della Corte di giustizia" rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale (42), spingendosi in termini espliciti a riconoscere un vero e proprio "valore normativo" delle pronunce interpretative della Corte di giustizia, con

---

(36) V. *inter multos*, E. GHERA, "Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia", in *Riv. dir. cost.*, 2000, I, p. 1193 ss.

(37) Corte Cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 694.

(38) Corte Cost., ord. 23 giugno 1999, n. 255, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2203.

(39) Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 284, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4.

(40) Cass., sez. lav., 16 aprile 1999, n. 3830, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 503.

(41) Cass., 30 dicembre 2003, n. 19842.

(42) Cass., SS.UU., 24 maggio 2007, n. 12067, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 31, p. 35.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 352 SESS: 68 USCITA:

la conseguenza, ad esempio, di rendere vincolante nell'ordinamento interno una definizione di "ramo di azienda" offerta dalla Corte di giustizia e recepita, molto tempo, dopo da una direttiva comunitaria (43).

Se ne può concludere che le interpretazioni fornite dalla Corte di giustizia abbiano efficacia generale nell'ordinamento interno degli Stati membri, compresa l'Italia, i cui giudici avranno, solo in casi particolarmente dubbi, facoltà di operare un ulteriore rinvio pregiudiziale per sollecitare un ripensamento della Corte. Ma cosa accadrebbe se i giudici nazionali interpretassero le norme interne in modo contrastante con il diritto UE, cagionando in tal modo un danno agli interessati?

Il "valore" che la Corte di giustizia annette alle proprie sentenze si apprezza anche sotto questo ulteriore profilo. Infatti, la Corte ha da qualche tempo iniziato a qualificare in termini di illecito dello Stato le violazioni del diritto UE da parte dei giudici nazionali (44) non senza precisare che il giudice interno commette una violazione sufficientemente caratterizzata quando pronuncia una sentenza "ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia" (punto 56).

§ 4. — *L'efficacia delle sentenze della Corte penale internazionale*

34. Necessità di un atto di adattamento. — Per quanto riguarda le sentenze della Corte penale internazionale (CPI) si tratta di atti che, pur avendo carattere internazionale, non hanno come destinatari ultimi i singoli Stati bensì *singoli individui*. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, stante l'impostazione dualista, occorre tuttavia uno specifico atto di adattamento, cui ha provveduto la L. ~~n. 6 dell'8 gennaio 2013~~.

35. I rapporti di cooperazione. — I rapporti di cooperazione tra l'Italia e la CPI sono affidati in via esclusiva al Ministro della giustizia, competente a ricevere le istanze di cooperazione. Per gli aspetti legati alla consegna, alla cooperazione e all'esecuzione delle pene si applicano le norme del libro undicesimo del codice di procedura penale italiano, titoli II (estradizione), III (rogatorie internazionali) e IV (effetti delle sentenze penali straniere). Nel caso di richieste concorrenti provenienti dalla Corte penale internazionale e da Stati esteri l'ordine di priorità è fissato dagli artt. 90 e 91 dello Statuto della CPI.

36. La custodia cautelare. — Con riguardo alla custodia cautelare compete al Procuratore generale della Corte di appello di Roma dare esecuzione alla richiesta della CPI. Nell'ipotesi in cui il destinatario del provvedimento richieda la libertà provvisoria, le norme dello Statuto della CPI vanno coordinate con quelle del codice di procedura penale italiano. Sull'istanza deciderà, con ordinanza, la Corte di appello di Roma, che può rifiutare la consegna se sia stata già pronunciata una sentenza definitiva nei confronti della stessa persona e per lo stesso fatto.

37. L'esecuzione della pena. — Per quanto riguarda la pena nei casi in cui sia indicato lo Stato italiano come luogo per la detenzione, la legge prevede una procedura di riconoscimento della sentenza della CPI da parte del Ministro della

---

(43) Cass., sez. lav., 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095.

(44) V., tra le tante, Corte Giust., 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Gerard Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.*, 2003, I-10239.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 353 SESS: 68 USCITA:

giustizia, attraverso un'istanza al Procuratore generale presso la Corte di appello, escludendo, quindi, l'automaticità degli effetti della pronuncia internazionale. Per l'esecuzione delle pene detentive in Italia è prevista una procedura di riconoscimento della sentenza della CPI dinanzi alla Corte d'appello di Roma. Tra le condizioni ostative al riconoscimento della sentenza penale internazionale si hanno: il carattere non definitivo della pronuncia in base allo Statuto, la presenza di disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, la circostanza che per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona sia stata già pronunciata dallo Stato italiano una sentenza irrevocabile. La legge disciplina anche gli aspetti legati all'esecuzione delle pene pecuniarie e degli ordini di riparazione, inclusa la confisca di profitti, beni o averi disposta dalla Corte penale internazionale.

§ 5. — *L'efficacia dei lodi arbitrali internazionali*

38. — In linea con la prospettiva da noi utilizzata, ossia quella di esaminare il diritto internazionale contemporaneo anche nella sua dimensione transnazionale, è opportuno ora, dato l'importante ruolo dei c.d. non *State actors* nella vita di relazione internazionale, offrire qualche cenno circa l'efficacia di particolari "sentenze internazionali" ottenibili dalla persone private, individui o persone giuridiche, ed eseguibili direttamente nei confronti di altri Stati ed OIG. Faremo pertanto ora cenno sia all'esecuzione dei lodi arbitrali ICSID (1), sia a quella di altri lodi pronunciati sulla base di contratti tra Stati e privati stranieri (*State contracts*) o di contratti tra OIG e stranieri (2).

1. — L'efficacia dei lodi ICSID

39. — Abbiamo già osservato che le peculiarità dei rapporti economici da cui originano le controversie hanno suggerito la creazione di meccanismi arbitrali internazionali retti da un insieme di regole specificamente elaborate a tal fine. È il caso della Convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), e delle *Arbitration Rules* del medesimo Centro, per la soluzione delle controversie tra Stati e privati relative ad investimenti.

La Convenzione ICSID impone agli Stati contraenti di riconoscere il carattere vincolante del lodo arbitrale e di garantire l'esecuzione nel proprio territorio degli obblighi che ne derivano come se si trattasse di sentenze definitive dei propri giudici nazionali. L'obbligo di esecuzione del lodo sussiste non solo tra le parti della controversia ma per tutti gli Stati contraenti. In poche parole, il sistema dell'ICSID si distingue per l'efficacia autonoma e, soprattutto, *per la diretta efficacia dei lodi che possiedono il valore di cosa giudicata presso tutti gli Stati contraenti*, senza che possa essere richiesto alcun controllo specifico al giudice interno dello Stato dell'*exequatur.*

L'esecuzione del lodo avviene secondo le regole nazionali in vigore nello Stato in cui è richiesta. *Non vi è alcuna possibilità di ricorrere contro il lodo dinanzi a un giudice nazionale* proprio in virtù dell'autonomia che caratterizza l'arbitrato ICSID, né vi è un meccanismo di appello nazionale. L'unica forma di appello è la possibilità di richiedere l'annullamento del lodo ad un comitato *ad hoc* nominato dal presidente del consiglio di amministrazione ed esclusivamente per i motivi indicati all'art. 52 della Convenzione ICSID, ovvero: vizio nella costituzione del tribunale arbitrale, manifesto

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 354 SESS: 68 USCITA:

eccesso di potere da parte del tribunale, corruzione di un membro del tribunale, inosservanza grave di una regola di procedura fondamentale, difetto di motivazione della sentenza.

Come si è in precedenza osservato (Cap. XV), l'eccezione dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva eventualmente sollevata dallo Stato soccombente, per quanto ammessa, è di interpretazione restrittiva.

2. — L'efficacia dei lodi commerciali internazionali (*State contracts*)

40. — Pur in presenza di meccanismi arbitrali specifici, quali quello dell'ICSID, le controversie possono trovare soluzione, come di fatto spesso avviene, attraverso le ordinarie forme di arbitrato commerciale internazionale. Giova a tal proposito ricordare come la stessa disciplina uniforme della Legge modello UNCITRAL, ai fini della sua più ampia applicazione, ricomprenda nella materia commerciale, cui essa è espressamente consacrata, anche rapporti tipicamente intercorrenti tra Stati e privati, quali quelli relativi ad investimenti e concessioni pubbliche, per non parlare dei contratti del commercio internazionale.

Sia che si tratti di arbitrato *ad hoc* (si pensi al lodo *Texaco* precedentemente citato), sia che si parli di arbitrato amministrato (dalla CCI, dalla Camera di Stoccolma, LCIA, AAA, CIETAC etc.), se un soggetto privato risulta vittorioso in un arbitrato internazionale contro uno Stato straniero, od anche una OIG, dovrà richiedere al giudice interno di un altro Stato di apporre la formula esecutiva onde aggredire il patrimonio della parte soccombente ([45]).

41. — Un apposito trattato internazionale, la Convenzione di New York del 10 giugno 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri, in vigore tra 168 Stati (al maggio 2021) tra cui l'Italia, prevede che i giudici dei singoli Stati contraenti riconoscano ed eseguano "*delle sentenze arbitrali che sono rese nel territorio di uno Stato diverso da quello in cui il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze sono richiesti e che concernono controversie tra persone fisiche o giuridiche. Essa si applica altresì alle sentenze arbitrali che non sono considerate come sentenze nazionali nello Stato in cui il loro riconoscimento e la loro esecuzione sono richiesti*".

Al contraente privato, dunque, basterà chiedere al giudice nazionale dello Stato contraente, l'*exequatur* del lodo risultante dall'arbitrato internazionale che si è celebrato e lo ha visto uscire vittorioso. Come si è osservato in precedenza (Cap. XV), l'eccezione dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva eventualmente sollevata dallo Stato soccombente, per quanto ammessa, è di interpretazione assai restrittiva.

Per contro, in caso di vittoria dello Stato, lo stesso procedimento "facilitato" varrà per lo Stato vittorioso nei confronti del privato soccombente all'estero.

42. — Per quanto riguarda l'Italia, il riconoscimento di un lodo straniero (si intende tale il lodo pronunciato nel territorio di un altro Stato) viene richiesto con un ricorso al Presidente della Corte d'Appello nella cui circoscrizione risiede la parte contro cui il lodo deve essere eseguito.

([45]) In arg. v. F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2 ed., cit., p. 792 ss.; nonché M. Benedettelli, C. Consolo, L. Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, 2a ed., Padova, Cedam, 2017 ove riferimenti.

NOMELAV: 2023_0004477 PAG: 355 SESS: 68 USCITA:

La procedura è enunciata nel codice di procedura civile, nonché, principalmente nella Convenzione di New York del 1958. La parte che richiede il riconoscimento deve produrre, in originale o in copia autentica, con una traduzione autenticata, il contratto che prevede la clausola arbitrale e il lodo arbitrale. Il giudice si pronuncia entro un termine piuttosto breve, limitandosi a verificare l'esistenza dei requisiti richiesti.

I motivi che devono sussistere per opporsi all'*exequatur*, così come previsti dalla Convenzione di New York e dal nostro codice di rito, sono tassativi, e riguardano:

— l'incapacità delle parti o l'invalidità della clausola secondo la legge a cui è stata sottoposta, o secondo quella dello Stato in cui il lodo è stato pronunciato.

— la mancata informazione, nei confronti della parte contro cui il lodo è stato pronunciato, della designazione dell'arbitro o dell'esistenza del procedimento stesso o l'impossibilità per la parte di far valere la propria difesa nel procedimento.

— la pronuncia su una controversia non contemplata nel compromesso o nella clausola compromissoria, o fuori dai limiti della clausola arbitrale

— la costituzione del collegio arbitrale o del procedimento arbitrale in modo non conforme all'accordo delle parti o, in mancanza di tale accordo, alla legge del luogo di svolgimento dell'arbitrato.

— la mancata definitività del lodo o il suo annullamento o la sua sospensione da parte di un'autorità dello Stato in cui è stato reso.

È possibile presentare opposizione entro 30 giorni dalla avvenuta notificazione del decreto con il quale è stato concesso il riconoscimento. La Corte d'Appello può, in pendenza di opposizione, concedere la provvisoria esecuzione del lodo.