

Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Ferrara

2

STUDI GIURIDICI
IN RICORDO DI
GIOVANNI BATTAGLINI

A CURA DI

GAETANO ARANGIO-RUIZ – FRANCESCO SALERNO
CRISTIANA FIORAVANTI



Jovene editore
2013

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2013

ISBN 978-88-243-2245-4

JOVENE EDITORE

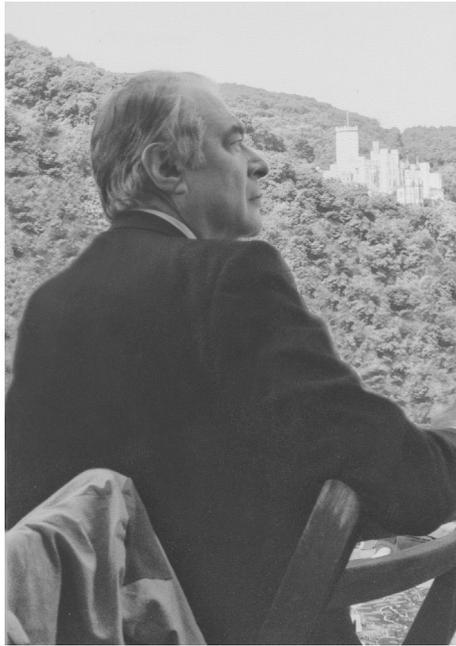
Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia



Giovanni Battaglini

INDICE

| | | |
|---|----|------|
| <i>Abbreviazioni</i> | p. | IX |
| <i>Presentazione</i> di Francesco Salerno | » | XIII |
| <i>Un ricordo</i> di Gaetano Arangio-Ruiz | » | XV |
| CRISTIANA FIORAVANTI | | |
| Giovanni Battaglini: Bibliografia | » | XVII |
| GAETANO ARANGIO-RUIZ | | |
| The «Dual State», International Law and the UN: A Reply to Charles Leben | » | 1 |
| ALDO BERNARDINI | | |
| Prima traccia di ragionamento sul tema del consolidamento del fatto in effettività per il diritto internazionale (<i>in primis</i> , problematica degli insorti) | » | 43 |
| BENEDETTO CONFORTI | | |
| Il contributo di Giovanni Battaglini allo studio della protezione di- plomatica | » | 71 |
| LUIGI COSTATO | | |
| L'agricoltura, Cenerentola d'Europa | » | 79 |
| CRISTIANA FIORAVANTI - GIUDITTA BRUNELLI | | |
| «Geometria con fantasia». Ovvero: diritti umani e convenzioni in- ternazionali nell'insegnamento di Giovanni Battaglini | » | 91 |
| SERENA FORLATI | | |
| The Legal Obligation to Prevent Genocide: <i>Bosnia v Serbia</i> and Be- yond | » | 123 |
| ALESSANDRA GIANELLI | | |
| Sul significato attuale della nazionalità quale presupposto per l'eser- cizio della protezione diplomatica di individui | » | 141 |
| PAOLO GROSSI | | |
| Il punto e la linea (Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti) | » | 171 |

| | |
|---|--------|
| GIUSEPPE PALMISANO | |
| Sulla duplice valenza, diplomatica e giurisdizionale, della conciliazione internazionale | p. 181 |
| ALESSANDRA PIETROBON | |
| Il mosaico incerto degli ordinamenti giuridici operanti nel Kosovo, secondo il parere della Corte internazionale di giustizia | » 209 |
| ANDREA PUGIOTTO | |
| L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali | » 229 |
| MAURIZIO RAGAZZI | |
| Banca mondiale ed articolato sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali: un'opera in tre atti | » 263 |
| FRANCESCO SALERNO | |
| La funzione di controllo del Presidente della Repubblica sul rispetto degli obblighi internazionali | » 283 |
| <i>Notizie sugli Autori</i> | » 299 |

ABBREVIAZIONI DI RIVISTE

| | |
|---|--------------------------------------|
| Archivio giuridico Filippo Serafini | <i>Archivio Serafini</i> |
| Affari esteri | <i>Affari esteri</i> |
| American Journal of Criminal Law | <i>American Journal Crim. Law</i> |
| American Journal of International Law | <i>American Journal Int. Law</i> |
| Annuaire de l'Institut de Droit International | <i>Annuaire</i> |
| Annuaire français de droit international | <i>Annuaire français droit int.</i> |
| Archivio della nuova procedura penale | <i>Arch. nuova proc. pen.</i> |
| Archivio giuridico | <i>Arch. giur.</i> |
| Austrian Review of International and European Law | <i>Austrian Review int. Eur. Law</i> |
| British Yearbook of International Law | <i>British Yearbook Int. Law</i> |
| Case Western Reserve Journal of International Law | <i>Case Western Int. Law</i> |
| Cassazione penale | <i>Cass. pen.</i> |
| Comunicazioni e Studi | <i>Com. Studi</i> |
| Corriere giuridico | <i>Corr. giur.</i> |
| Critica del diritto | <i>Critica dir.</i> |
| Critica penale | <i>Critica pen.</i> |
| Democrazia e diritto | <i>Dem. dir.</i> |
| Digesto delle discipline pubblicistiche | <i>Digesto⁴</i> |
| Diritti umani e diritto internazionale | <i>Dir. um. dir. int.</i> |
| Diritto di famiglia e delle persone (II) | <i>Dir. fam. pers.</i> |
| Diritto e giustizia | <i>D&G</i> |
| Diritto penale e processuale | <i>Dir. pen. proc.</i> |
| Diritto pubblico comparato europeo | <i>Dir. pubbl. comp. europeo</i> |
| Diritto romano attuale | <i>Diritto romano attuale</i> |
| Enciclopedia del diritto | <i>Enc. dir.</i> |
| Enciclopedia giuridica Treccani | <i>Enc. giur. Treccani</i> |
| European Journal of International Law | <i>European Journal Int. Law</i> |
| Famiglia, persone e successioni | <i>Fam. pers. succ.</i> |
| Foro amministrativo | <i>Foro amm.</i> |
| Foro italiano | <i>Foro it.</i> |
| Forum SIDI | <i>Forum SIDI</i> |

| | |
|--|---------------------------------------|
| Gazzetta Ufficiale | <i>Gazz. Uff.</i> |
| Genocide Studies and Prevention | <i>Genocide Studies</i> |
| German Yearbook of International Law | <i>German Yearbook Int. Law</i> |
| Giornale di diritto amministrativo | <i>Giorn. dir. amm.</i> |
| Giurisprudenza costituzionale | <i>Giur. cost.</i> |
| Giustizia penale (La) | <i>Giust. pen.</i> |
| Guida al diritto | <i>Guida dir.</i> |
| Human Rights Law Review | <i>Human Rights</i> |
| I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie | <i>Dir. uomo</i> |
| Indice penale | <i>Indice pen.</i> |
| International and Comparative Law Quarterly | <i>Inter. Comp. Law Quart.</i> |
| International Court of Justice Judgments | <i>ICJ Reports</i> |
| International Journal of Human Rights | <i>Int. Jour. Hum. Rights</i> |
| International Legal Materials | <i>Int. Legal Materials</i> |
| Iustitia | <i>Iustitia</i> |
| Journal of Conflict and Security Law | <i>Journal of Conflict</i> |
| Journal of International Criminal Justice | <i>Journal Int. Crim. Justice</i> |
| Journal of Markets & Morality | <i>Journal Markets & Morality</i> |
| Journal of the History of International Law | <i>Journal History</i> |
| La comunità internazionale | <i>Comunità internazionale</i> |
| Legislazione penale | <i>Leg. pen.</i> |
| Leiden Journal of International Law | <i>Leiden Journal Int. Law</i> |
| Max Planck Encyclopedia of Public International Law | <i>Max Planck Enc. Publ. Int. Law</i> |
| Max Planck Yearbook of UN Law | <i>Max Planck Yearbook</i> |
| Nederland Tijdschrift voor Internationaal Recht | <i>Nederland Tijdschrift</i> |
| Netherlands Yearbook of International Law | <i>Netherlands Yearbook</i> |
| Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs Report | <i>NJW-RR</i> |
| Nordic Journal of International Law | <i>Nordic Journal</i> |
| Novissimo Digesto italiano | <i>Nov. dig. it.</i> |
| Nuovo diritto | <i>Nuovo dir.</i> |
| Politorbis | <i>Politorbis</i> |
| Quaderni costituzionali | <i>Quad. cost.</i> |
| Quaderni di diritto e politica ecclesiastica | <i>Quad. dir. pol. eccl.</i> |
| Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia | <i>Raccolta</i> |

| | |
|--|-------------------------------------|
| Rassegna giustizia militare | <i>Rass. giust. mil.</i> |
| Recueil des Cours de l'Académie de droit international | <i>Recueil des cours</i> |
| Repertorio del Foro italiano | <i>Rep. Foro it.</i> |
| Reports of International Arbitral Awards | <i>Reports</i> |
| Review of International Studies | <i>Rev. Int. St.</i> |
| Revue belge de droit international | <i>Revue belge droit int.</i> |
| Revue générale de droit international public | <i>Revue gén. droit int. public</i> |
| Rivista dell'arbitrato | <i>Riv. arb.</i> |
| Rivista di diritto civile | <i>Riv. dir. civ.</i> |
| Rivista di diritto internazionale | <i>Riv. dir. int.</i> |
| Rivista di diritto pubblico | <i>Riv. dir. pubbl.</i> |
| Rivista di studi di politica internazionale | <i>Riv. studi pol. int.</i> |
| Rivista internazionale dei diritti dell'uomo | <i>Riv. int. dir. uomo</i> |
| Rivista italiana di diritto e procedura penale | <i>Riv. it. dir. proc. pen.</i> |
| Rivista penale | <i>Riv. pen.</i> |
| Rivista trimestrale di diritto e procedura civile | <i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i> |
| Rivista trimestrale di diritto pubblico | <i>Riv. trim. dir. pubbl.</i> |
| Rivista della cooperazione giuridica internazionale | <i>Riv. coop. giur. int.</i> |
| Società e storia | <i>Società e storia</i> |
| Studi parlamentari e di politica costituzionale | <i>Studi parl. e di pol. cost.</i> |
| Studium iuris | <i>Studium iuris</i> |
| UN Treaty Series | <i>UNTS</i> |
| Vanderbilt Journal of International Law | <i>Vanderbilt Journal</i> |
| Yearbook of the International Law Commission | <i>ILC Yearbook</i> |
| Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht | <i>ZaöRV</i> |

Sigle e altre abbreviazioni

| | |
|-----------|---|
| BIT | Bilateral Investment Treaties |
| CDI | Commissione del diritto internazionale/ILC: International Law Commission |
| CEDU/ECHR | Convenzione europea dei diritti dell'uomo/European Convention on Human Rights |
| CIG | Corte internazionale di Giustizia/ICJ International Court of Justice |
| CR | Court Report |
| CPGI | Corte permanente di giustizia internazionale |
| CPI | Corte penale internazionale |
| CSCE | Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa |

| | |
|----------|--|
| ECtHR | European Court on Human Rights |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| ICRC | International Committee of the Red Cross |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investment Disputes |
| ICTY | International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia |
| ILA | International Law Association |
| NATO | North Atlantic Treaty Organization |
| NU/UN | Nazioni Unite/United Nations |
| OCSE | Organization for Security and Co-operation in Europe |
| OMC | Organizzazione mondiale del commercio |
| OUA | Organizzazione per l'Unità africana |
| TFUE | Trattato sul funzionamento dell'Unione europea |
| UE | Unione europea |
| UNCITRAL | UN Commission on International Trade Law |

PRESENTAZIONE

Questa raccolta di contributi per Giovanni Battaglini vuole essere un ricordo della Persona che Egli è stato da parte di quanti, curatori e contributori, hanno potuto conoscere ed apprezzare le sue particolari doti umane nel campo dell'insegnamento universitario. Nato ad Udine il 28 novembre 1923, Battaglini si laureò il 12 marzo 1946 in Scienze Politiche presso l'Università di Padova. Diviene assistente presso la cattedra di diritto internazionale della Facoltà di Giurisprudenza (dal 1948 come incaricato e dal 1952 quale assistente ordinario), tenuta prima da Rolando Quadri e poi (dal 1955) da Gaetano Arangio-Ruiz.

Nel 1959 Gli viene attribuito l'incarico di insegnamento di diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, sostituendo Angelo Piero Sereni che era stato chiamato l'anno precedente a coprire la cattedra di diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna. Pur continuando a svolgere attività didattica presso l'Università di Padova, Battaglini ebbe costantemente rinnovato l'incarico di insegnamento presso la Facoltà ferrarese e vi compie tutti i passaggi successivi della propria carriera accademica. A Ferrara Battaglini ottiene la chiamata al ruolo di professore straordinario (1° aprile 1976) e quindi di ordinario (1° aprile 1980), restandovi fino a quando il 1° novembre 1999 va in pensione.

I quaranta anni ininterrotti di insegnamento di diritto internazionale a Ferrara rendono l'idea del modo presso che esclusivo con cui Battaglini s'identifica con l'Università di Ferrara. Del resto è stata quasi assoluta la dedizione di Battaglini all'insegnamento. Le Sue lezioni andavano ben oltre l'orario curricolare, tanto da rendere costantemente necessaria in Facoltà la disponibilità di un'aula non a caso denominata "aula Battaglini". Battaglini mirava alla formazione culturale in senso lato dello studente, fino a trovare confortevole la collocazione al primo anno dell'insegnamento di diritto internazionale perché gli permetteva di poter introdurre lo studente allo studio del diritto.

L'impegno "formativo" si prolungava ulteriormente nei colloqui privati (sovente anche nella Sua abitazione padovana), negli esami parziali che annotava in appositi registri, nelle schede in cui riportava i dati e le

vicende dei suoi studenti anche dopo la laurea. Tutti elementi che componevano la concezione assolutamente peculiare con cui Battaglini intendeva la propria funzione di “Maestro” e che giustificavano ampiamente l'affetto con cui era ricambiato dai Suoi allievi. Lo stesso avveniva per i colleghi della Facoltà, i quali oltre ad ammirare l'impegno profuso nell'insegnamento da Battaglini, ne apprezzavano le doti non comuni di equilibrio. Mai incline a sollevare conflitti quanto invece sempre disposto a ricercare una soluzione funzionale all'interesse complessivo ed unitario della Facoltà senza egoismi di disciplina.

Già nel 1999 la Facoltà di Giurisprudenza Gli tributò un convegno per il suo collocamento in pensione. Era però rimasta l'esigenza di quanti legati da forti rapporti umani con Battaglini, ne volevano offrire un proprio ricordo. Se ne è reso interprete Gaetano Arangio-Ruiz avviando questa iniziativa e spiegandone nelle pagine che seguono le proprie motivazioni. Il ricordo del ruolo svolto per tanti anni da Battaglini nella Facoltà ferrarese è d'altronde tuttora così forte che l'attuale Dipartimento di Giurisprudenza ha ben accolto la proposta di inserire i contributi in Suo ricordo nella propria collana, offrendo un'opportunità tangibile di unire ancora una volta questa straordinaria Persona all'istituzione universitaria in cui, come Egli stesso era solito esprimersi, aveva dedicato larga parte della propria “breve” esistenza terrena.

Ferrara, gennaio 2013

FRANCESCO SALERNO

UN RICORDO

A Giovanni Battaglini debbo proprio molto, e per tante ragioni.

Quando, nell'inverno del 1955, arrivai nella Facoltà di Giurisprudenza della prestigiosa Università di Padova per ricoprire la cattedra di diritto internazionale ero piuttosto intimidito. Non essendo mai stato assistente ad una cattedra ed avendo trascorso i due anni precedenti nelle piccole e semivuote aule camerti e in quelle meno piccole ma altrettanto poco frequentate dalla studentesca non esclusivamente giuridica del Collège d'Europe a Bruges, ero quasi digiuno di pratica didattica. La si maturava naturalmente, quella pratica, assistendo un professore: ma io non avevo purtroppo voluto approfittare dell'offerta di Morelli – rimasto a Napoli mentre la mia famiglia si spostava a Roma – di propormi come assistente a Perassi, il quale insegnava nella stessa Facoltà di mio padre.

La folta, ben vestita e disciplinata classe padovana mi dava un certo timor panico: sia a causa della scarsa esperienza, che mi faceva sentire tecnicamente inadeguato, sia perché sulle facce educate degli studenti (veneziani, trevigiani, vicentini, padovani) temevo di dover leggere la poco gradita sorpresa – ma forse mi sbagliavo – per il mio deciso accento terrone, tanto diverso dalla gentile parlata veneta. Gli altri membri della Facoltà erano quasi tutti “locali”, tranne, almeno, il simpaticissimo e benevolo Voci, romanista e meridionale. Mi salvò Giovanni Battaglini, la cui presenza in aula mi dava ben altro affidamento, *absit iniuria*, che quella del preside Opocher il quale formalmente mi presentava. Giovanni Battaglini, al quale avevo detto delle mie preoccupazioni sin dal giorno prima, mi aiutò generosamente, e senza parere, a fronteggiare la simpatica, ma per me imprevedibilmente numerosa classe. La verità è che Battaglini era stato il più che meritorio animatore della cattedra prima tenuta per incarico da Manlio Udina.

Il seguito della mia esperienza padovana confermò pienamente, insieme con l'amicizia e grazie alla gran fiducia che Giovanni Battaglini mi ispirava, l'impressione felice dei primi giorni. Portato, come allora io ero, dai preziosi insegnamenti morelliani e perassiani, a dare più peso alla teoria che alla prassi, imparai facilmente da Battaglini, senza sforzo e con gratitudine crescente, ad apprezzare il valore della casistica sia nell'insegnamento che nel lavoro scientifico. Le esercitazioni, come allora si chia-

mavano i seminari, rivelarono infatti presto la ricchezza della conoscenza della prassi da parte di lui e ancor più la vivacità, fino all'entusiasmo, che animava la sua calorosa partecipazione a quegli esercizi.

Con l'andare del tempo, e poi con il valido aiuto di Laura Picchio Forlati e Alberto Miele, fu grazie a Giovanni Battaglini che riuscimmo a introdurre il doppio esame, scritto ed orale, novità che gli studenti, inizialmente timorosi, finirono per apprezzare grazie alla riduzione dell'ansia della prova orale. Vi furono così altre gradevoli occasioni di vicinanza a Battaglini nella lettura degli scritti e nei successivi scambi all'orale. E sempre a Battaglini (oltre che al caro romanista Voci) facevo capo per consiglio, sia riguardo ai miei rapporti con gli studenti e gli assistenti, sia riguardo ai non sempre facili rapporti con alcuni dei colleghi della Facoltà di stretta osservanza democristiana, da me non condivisa. Battaglini era, in molti casi, un prezioso consolatore oltre che avveduto consigliere.

Né mi mancò l'aiuto di Battaglini nella delicata vicenda dell'incarico di diritto costituzionale, affibbiatomi sin dal momento del mio arrivo in Facoltà. Tenevo quell'insegnamento, si fa per dire, proprio di malavoglia. A cavallo degli anni quaranta, il costituzionale a Napoli si studiava proprio male ed era ampiamente infarcito di dottrina sullo Stato fascista, Data la mia ignoranza della materia, io dovevo, a Padova, prepararmi *ex novo*, praticamente lezione per lezione: con risultati a mio avviso tutt'altro che degni di una materia che per fortuna non era più incentrata sullo Stato fascista. Insegnare una disciplina poco studiata e nella quale non avevo mai scritto una riga mi ripugnava: e mi riusciva comunque male. Intervenne per fortuna un incidente che, nonostante la cautela suggeritami, come sempre, da Giovanni Battaglini, mi aiutò a liberarmi dal peso.

Mi assisteva validamente – e certo comprendeva la mia riluttanza a quell'insegnamento – nientemeno che Lorenza Carlassare, assistente straordinaria (nominata dal Consiglio di Facoltà sulla cattedra di diritto costituzionale fino allora tenuta per incarico da Feliciano Benvenuti). Sta di fatto che un bel giorno, grato per l'aiuto e conscio dell'alto valore della persona, proposi alla Facoltà la nomina di Lorenza Carlassare ad assistente ordinario. Quanto alla Facoltà, essa non ne volle proprio sapere. Dominato com'era in prevalenza da fieri conservatori, il Consiglio oppose un rifiuto talmente assurdo (un paio dissero persino: “è una donna!”) che io per reazione rinunciai all'incarico. Contro questa decisione si era espresso Giovanni Battaglini. Lorenza Carlassare doveva diventare presto sua moglie.

Mi mancano molto le visite a Roma di entrambi, quando andavano o venivano da Morcone.

Roma, gennaio 2013

GAETANO ARANGIO-RUIZ

CRISTIANA FIORAVANTI

GIOVANNI BATTAGLINI: BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE: *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957; *La condizione dell'Antartide nel diritto internazionale*, Padova, 1971; *I diritti degli Stati nelle zone polari*, Torino, 1974; *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova, 1999; *Materiali per un corso breve di diritto internazionale, (Formazione delle norme e adattamento)*, a cura di Giovanni Battaglini e Cristiana Fioravanti, Torino, 1991.

ARTICOLI: *L'appartenenza allo Stato negli ordinamenti complessi*, in *Com. Studi*, vol. X, 1960; *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 1982; *Diritto internazionale privato e cittadinanza italiana tra giudizio della Corte e legge di riforma, commento a Corte costituzionale 9 febbraio 1983, n. 30 (cittadinanza del minore)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, vol. n. 4, 1983; *Riflessione breve su di un tema della sentenza n. 295, con variazioni*, in *Giur. cost.*, fasc. 6, 1985; *Commento agli artt. 11-16 della Convenzione europea per la repressione del terrorismo*, in *Leg. pen.*, vol. n. 3, 1986; *Riflessioni intorno al Capo VII dello Statuto N.U. – 1. Dalle NU alla Società delle Nazioni: un ritorno o una nostalgia?*, in *Annali della Università di Ferrara*, Nuova Serie, Sez. V, Scienze Giuridiche, vol. VI, 1992; *L'affare Silvia Baraldini e dell'imprudenza in diritto*, in *Ex Aequo*, periodico della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, n. 8, marzo 1996; *Istruzione religiosa e diritti umani (in margine a Cass. sez. un., 11.11.1987, n. 11432)*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4, 1998; *NU e NATO negli interventi armati* (scritto insieme a Cristiana Fioravanti), in *Politica del diritto*, 1999; *Diritti umani autotutela e interventi armati*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Nuova Serie, Sez. V, Scienze Giuridiche, vol. XIV, 2000; *An International Environmental Tribunal Between Law and Equity*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001.

CONTRIBUTI: *L'interaction des droits des peuples et des droits de l'homme*, in *Droits de l'homme et droits des peuples*, San Marino, Fondation Internationale Lelio Basso et République de San Marino, 1983; *Lineamenti della controversia per le Falklands o Malvinas*, in *Crisi Falkland-Malvinas e organizzazione internazionale*, a cura di L. Forlati e F. Leita, Padova, 1985; *Il giudice interno come «primo organo» di garanzia della convenzione europea dei diritti umani*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988; *Opinioni ed idee per la disciplina internazionale uniforme e la cooperazione in Europa*, in *Pathos o Thanatos?* Atti del Convegno internazionale «I luoghi della

morte: norme e mentalità»; 24-25 novembre 1989, a cura del Centro Studi Ferraresi Antigone, Ferrara, 1989; *Ordinamenti statali e principi internazionali sull'obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Profili giuridici e prospettive legislative*, Collana «Studi e ricerche sui diritti umani», n. 2, Padova, 1989; *Il Tribunale internazionale dell'Ambiente: una proposta conclusiva*, in ICEF - *Towards the World Governing of the Environment, IV International Conference*, ed. by G. Cordini e A. Postiglione, Venice, 2-5 June 1994, *Forum 2. The Contribution of Law; Parlamento, Amministrazione e Trattati. Linee per una riflessione*, in *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, a cura di Giovanni Battaglini e Lorenza Carlassare, Padova, 1997; *Usi della forza e diritti umani nel sistema delle NU*, in *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto interno e internazionale*, a cura di M. Dogliani e S. Sicardi, Torino, 1999; *Guerra ed interventi armati nella società internazionale (abstract)*, Contributo alla conferenza «Guerra ed interventi armati nella società internazionale» (12 maggio 1999, Biblioteca Comunale Ariostea), Ferrara Pubblicazioni, Centro italiano Studi per la pace, in www.studiperlapace.it; *Guerra al terrorismo «extra moenia» autotutela e responsabilità*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Scienze Giuridiche, Nuova Serie, Sez. V, Scienze giuridiche, vol. XVII, 2003; *Dedica al Consiglio d'Europa*, in *Problemi della protezione internazionale dell'ambiente*, (a cura di G. Battaglini), in *Annali dell'Università di Ferrara*, Scienze Giuridiche, Nuova Serie, Saggi II, Ferrara, 2005; *Sovranità - Non «Potesà di Governo» (o supremazia) in diritto internazionale - richiamando Alberico Gentili e Hans Kelsen -*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Scienze Giuridiche, Nuova Serie, Sez. V, vol. XIX, Ferrara, 2005.

STUDI IN ONORE: *Amministrazione e sovranità nell'ex territorio libero di Trieste*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano, 1975; *Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto*, in *Studi in onore di Roberto Ago*, I, *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, Milano, 1987; «Azione» e «iter processuale» nei giudizi internazionali, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Facoltà di Economia e commercio, Istituto di diritto pubblico dell'Università di Venezia, Venezia, 1996; *Le «Potenze» e i diritti umani nel sistema delle norme internazionale (in margine al «Progetto Antigone»)*, in *Fraterna Munera*, *Studi in onore di Luigi Amirante*, a cura delle Università di Ferrara e Salerno, 1998; *L'equità infra legem nei giudizi internazionali*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004; «Valori» e rispetto del «Diritto internazionale» nello spirito di Giovanni Paolo II, *Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV Anno di Pontificato* (a cura di A. Loiodice e Massimo Vari), Bardi ed., Libreria Editrice Vaticana, 2003; *War Against Terrorism Extra Moenia, Self-Defence and Responsibility. A Pure Juridical Approach*, in *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, ed. by M. Ragazzi, Leiden, Brill, 2005.

VOCI: *Zone polari*, *Novissimo Digesto italiano*, vol. XX, Torino, 1975; *Occupazione (diritto internazionale)*, *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1979; *Artico (oceano)*, *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988; *Protezione diplomatica*, *ibidem*, vol. XXV, Roma, 1991; *Antartide*, *ibidem* (Aggiornamento I), vol. II, Roma, 1991; *Nazionalizzazione (Diritto internazionale pubblico)*, *Nov.mo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1999.

GAETANO ARANGIO-RUIZ

THE «DUAL STATE», INTERNATIONAL LAW AND THE UN:
A REPLY TO CHARLES LEBEN

TABLE OF CONTENTS: I. Introduction. – 1. Object of writing. – II. Main Divergencies. – 2. Respective essential premises: the notion of *personnes morales*; and the relationship of international law and interindividual (municipal and international) law. – III. Law and Fact in the Juristic Person. – 3. The juridical and the factual concepts of juristic persons: *a*) Chief Justice Marshall's definition of a corporation; *b*) the widespread confusion of juristic persons with their *substrata*. – 4. Significant historical distinctions between the juristic person and its *substratum*: *a*) the admission of a State under the United States Constitution; *b*) juristic persons and *substrata* of the Confederate States in the course of the American Civil War; *c*) instances during the Second World War; *d*) and the proper concept of *personnes morales*. – IV. *Staaten im Sinne des Völkerrechts* Identified. – 5. The nature of the States' international persons in light of the proper notion of juristic persons. – 6. The presence of international allegedly «State (or government)-making or unmaking norms» as a *primissima facie* (untenable) justification of the theory of the «Creation of States in International Law». – 7. *a*) Proper understanding of the impact of the said norms; *b*) lack of foundation of the theory of «States creation in international law»; *c*) Factuality of the State's international person and its confirmed distinction from the State's *personne morale* of municipal law. – V. Comparative Tests. – 8. The establishment and *status* of States' international persons from the standpoint of international law compared with: *a*) the admission of a new State into a federal State; *b*) the admission of a State to the United Nations; *c*) probative value of such analyses in support of the distinction of the States' international persons from the respectively relevant juristic persons of municipal law. – VI. The Factuality of International Persons' Impact on International Law. – 9. Added consistency to the dualist theory. – 10. Distinction of «statehood» and international personality. – 11. Attribution of conduct to international persons (for purposes of responsibility). – 12. Domestic Jurisdiction. – 13. International organization(s): the UN. – VII. Conclusive Remarks. – 14. Summing up main divergencies. – 15. Different visions on the role of international law (in view of Thomas Lorimer's «ultimate solution»).

I. *Introduction*

1. *Object of writing*

Giovanni Battaglini's adherence to the factual concept of international persons – notably in his «*Il diritto internazionale come sistema di*

diritto comune» and earlier writings¹ – encourages me to dedicate to his memory my answer to the recent reappearance, in an English version, of Charles Leben's *critique* of the present writer's view of that concept. I refer to the English version of that eminent Colleague's article on *The State within the Meaning of International Law and the State within the Meaning of Municipal Law (On the Theory of the Dual Personality of the State)* that I find in Leben's recent book on the advancement of international law². The dialogue that my few answers might open could be made easier by the fact that at the present stage we both express ourselves in a language other than his French or my Italian.

II. *Main Divergencies*

2. *Respective essential premises: the notion of personnes morales; and the relationship of international law and interindividual (municipal and international) law*

Charles Leben's known and long-standing adherence to the main tenets of Kelsen's theory of law and State stands out by far – as will be shown further on – like the most fundamental premise dividing his view and mine of the State's international person. Only in some part the distance is reduced by the fact that I whole-mindedly share, as well as

¹ G. BATTAGLINI, *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova, 1999.

² C. LEBEN, *The Advancement of International Law*, Oxford, 2010, p. 219 ff. The original French edition of that article was included in A. GIARDINA and F. LATTANZI (eds.) *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, vol. I, p. 131 ff. I like to quote here my Friend Charles Leben's thought (concluding the French as well as the English edition of his comments) that «being criticised is not, as Max Weber observed, an inevitability of scientific research but on the contrary its very purpose»: LEBEN, *The Advancement*, p. 254. This applies as well, of course, to the present *réplique* to Charles Leben's learned *critique*; with the addition of the expression of the present writer's deep gratitude for extending his attention to other works of the Italian School. Although my thinking has remained essentially unchanged, I must add, to the works mentioned by Professor LEBEN, G. ARANGIO-RUIZ, *La persona internazionale dello Stato*, Torino, 2008 (*infra*, para. 7 d)), where the distinction of the State's international person from the State of municipal law is more neatly set out.

Having learnt only recently of the interesting article by Professor M. FORTEAU, *L'Etat selon le droit international: une figure à géométrie variable*, *Revue gén. droit int. public*, 2007, p. 737 ff., I have not been able to take account of his interesting thoughts in the present writing. Considering that much of that author's attention is focused on attribution of conduct, I propose to deal with his views in the article I propose soon to complete on that subject.

Leben, that same Master's normative concept of the State in municipal law. I might add that it is precisely by sharing Kelsen's and Leben's normative concept of the State in municipal law that I rightly or wrongly feel able better to perceive the corporeal, factual nature of the State's international person. The contrast seems to me manifest.

Back to my eminent critic, what specifically divides us, with regard to the State's international person, are two interrelated premises. One premise is the concept of juristic persons, the French term *personnes morales* being in my view more consonant than *legal* persons with the nature of the entities in question³. The other premise is the issue, widely disregarded in contemporary teaching, manuals and encyclopaedias – but in my opinion increasingly relevant – of the relationship between international law and municipal law or, better (as I believe one should properly put it), the relationship between international law and interindividual law: the latter (broader) distinction inevitably following from the essentially different nature of inter-State and interindividual relations: another point briefly to be resumed further on⁴.

Terminology is not irrelevant for the purposes of this discussion. Unlike the French expression *personne morale*, that keenly marks the difference between juristic and natural persons, the English «*legal person*», generally preferred, conceals an ambiguity. It seems obvious that the natural person (*persona fisica*, *personne physique*) also qualifies – once endowed with juridical capacity – as a «*legal person*». The latter coincidence reduces, in my view, the immediacy of perception of the radical difference between the two classes of persons. Hence my preference, at least for the present purposes, for the admittedly uglier «*juristic person*» instead of the more general «*legal person*»⁵. Be it as it may, it seems better not to blur the difference between natural persons and juristic persons by adjectivizing both classes of persons as *legal*.

³ The Italian «*persona giuridica*» is only a little better than «*legal person*». Both terms are rendered ambiguous by the fact that «*persona fisica*» (the English «*natural person*») is vested with legal personality and in that sense is also a «*legal person*».

⁴ The said concept is more thoroughly studied, although still inadequately, in ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, *Riv. dir. int.*, 2003, p. 909 ff., notably at pp. 988-996 with reference to various kinds of interindividual international law (993-994). See also para. 13*v*-*vi*) and notes 66 and 78, and para. 14*b* as well as para. 7 with note 16. *Adde*: A. NOLLKAEMPER and J. NIJMAN, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007. See also note 76.

⁵ It will incidentally also be noted, to complete the picture, that the English expression «*natural person*» presents the advantage over the French and Italian «*personne physique*» and «*persona fisica*», of a greater precision.

III. *Law and Fact in the Juristic Person*

3. *The juridical and the factual concepts of juristic persons: a) Chief Justice Marshall's definition of a corporation; b) the widespread confusion of juristic persons with their substrata*

The difference between the two kinds of persons is indeed quite clear-cut.

a) In vesting a natural person with juridical capacity or personality, the law accomplishes only the *single* operation of endowing a human being with legal capacity, namely the capacity of rights and obligations, and in that sense of legal personality. In creating a juristic person (*personne morale*) the legal system performs instead two operations consisting respectively in erecting an artificial entity, on the one hand, and endowing it with legal capacity or personality, on the other hand. The fact that the two operations are frequently not distinguishable, in time or otherwise, one from the other, does not obliterate, together with the distinction, the essential difference between juristic and natural persons.

The difference resides indeed in the fact that while the natural person is merely the *given* target of the legal qualification (legal capacity or capacity of rights and duties), in the juristic person the target of the legal qualification – namely, personality – is *also* a creation of the law. To put the juristic person's concept with a well-known English language, authoritative *dictum*, «[a] corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence»⁶.

Although it only mentions corporations, this definition applies *mutatis mutandis* to any private or public *personne morale*: from private associations and foundations to municipalities, counties, provinces, cantons and federated States; ultimately to the State itself, unitary or federal, as a *personne morale* in its own municipal law⁷. As I rightly or wrongly under-

⁶ Chief Justice Marshall of the US Supreme Court: from PH. L. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law*, Oxford, 1993, p. 26.

⁷ With regard to the State itself (in national law), I share the view of those who think that the establishment of a human aggregation's governmental structure – and in that sense the birth of a State – is not to be envisaged, despite what *prima facie* one might think, as the pre- or meta-legal phenomenon envisaged by the theory that the law is just a product of the State's will, namely that there is no law, within a society, before that society is organized into a State. The State's organization takes shape within a legal community, not within a lawless aggregation of humans. Rather than just a *posterius* of the State's, the community's law precedes in a relevant part the State's organization. The formation of the basic «secondary» rules (in Hart's sense) is at most concomitant with the organisation. While not sharing Santi Ro-

stand it, Marshall's definition of corporations, as extended to the other artificial entities, is essentially shared not only by Kelsen but by the host of writers, from Savigny onwards, who profess a juridical, as opposed to factual or corporeal, notion of juristic persons.

b) One could leave the matter at Marshall's quoted *dictum* (as extended to the other private and public juristic persons) were it not for the widespread tendency of scholars to assume that in the case of juristic persons the personified entity is, as well as in the case of natural persons, a given, corporeal or even ideal entity, such entity being mostly identified in the so-called *substratum* of the juristic person. According to that arbitrary view, a private company would consist of the *substratum* represented by the corporation's members, agents and perhaps its name, purpose, assets. Similarly, the *substratum* of a municipality would be the city's inhabitants, the mayor, the municipal civil servants and the city's patrimony. Moving upward in the scale of public *personnes morales* one identifies, *mutatis* the many necessary *mutandis*, the Swiss cantons, the French *départements*, the Italian provinces and regions, the German *Länder*, and the member States of the United States of America, not with the relevant incorporeal juridical entity but with each entity's population, territory, organisation and assets. The juristic person of the United States of America in US municipal law (if any) would be identified, under the questionable concept in question, with the *substratum*, roughly consisting of the *ensemble* of the fifty member States' *substrata*, namely, people, territory and any assets⁸.

mano's notion that the society's factual organization is an integral part of the law, I believe that that eminent author is essentially right where he stresses the said concomitance: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, esp. p. 46 ff.; ID., *L'ordre juridique*, Paris, 1975, p. 34 ff. My position remains the one I took in *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, p. 98 ff., esp. pp. 100-109. Further developments in *L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international*, Bologna, 1975 authorized *tirage à part* from *Oesterreichische Zeitschrift oeffentliches Recht*, vol. 26 (1975), also cited by Leben, *passim*. Romano noted, with regard to the relationship between the State and the law, that «[l']affirmation que la poule naît de l'œuf ne contredit pas celle que l'œuf naît de la poule» (pp. 34-35, note 1 of the Paris edition, pp. 47-48, note 33 *bis* of the Italian 1951 edition).

⁸ By all means, the presence of a more or less cohesive and organized group of individuals underlying the juristic person is an incontestable fact. Such a physical presence mostly precedes the very establishment of the artificial entity. Obvious instances are: a group of individuals getting together in order to set up a company, a single person establishing a foundation, or a *de facto* committee promoting the establishment, by legislation or other normative act, of a new municipality, a new province or a new member State of a federation. More importantly, elements such as these will normally continue to be present in the course of the legal person's life-span. As long as the juristic person is there, the underlying group dissolves, for any purposes of the incorporating legal order, into its individual members and agents. Much as it may serve the purpose of presenting the matter to first-year law students,

4. *Significant historical distinctions between the juristic person and its substratum: a) the admission of a State under the United States Constitution; b) juristic persons and substrata of the Confederate States in the course of the American Civil War; c) instances during the Second World War; d) and the proper concept of personnes morales*

Considering, however, that the confusion of juristic persons with their *substrata* seems to be more persistent than it deserves and rather widely professed (including by my eminent critic), it seems useful to go back – more thoroughly than I did in the past – to the very telling historical example represented by the vicissitudes of a number of the member States of the United States of America.

a) Apart from the 13 former colonies, by then States, which were the original members (and the founders) of the Union, almost all of 28 States acquired their membership in the Union, as *juridical* members, through manifestly *juridically* creative processes involving a more or less substantial part of each territory's population, on the one hand, and the United States Congress, on the other hand: the population's representatives petitioning for Union member State *status* and the Congress authorizing the steps through which a constitution could be submitted, first to the territory's population's approval, subsequently to be the object of examination and acceptance by Congress, the latter finally to enact an Enabling Act involving recognition of the territory as a Union's member State. In a number of cases the final congressional Act was preceded by the imposition of further conditions by Congress and their fulfilment by the territory, and in at least one case the President himself intervened. It was actually within that American constitutional process that the term «statehood» (clearly ambiguous and much abused with regard to James Crawford's alleged «creation of States in international law») has a full juridical significance⁹.

the notion that a corporation would consist of the «group of individuals» while the physical persons consists of a single individual, is a very poor approximation. It is not the group that acts or acquires rights or obligations under the law; and the «acts» of the corporation remain, under the relevant domestic law, the acts of one or more of the corporation's agents; in the eyes of the law they are not really «collective» acts. However useful it may be (for students) to speak of rights and obligations of a juristic person as a legal situation of a collective physical unit, the rights and obligations of a company or subdivision are legally converted into rights and obligations of individual members or agents through the operation of the latter's charter, statute or by-laws, which are an integral part – an «articulation» – of the relevant domestic system. After coexisting with the legal entity during the latter's life-span, the so-called *substratum* may even survive for some time – although no more as a legal unit – the corporation's or subdivision's liquidation, suppression or dismemberment.

⁹ It must further be noted that the U.S. Congress also intervened, under the Constitution, in cases of separation of one State from another (Vermont, Kentucky, Tennessee, Maine

b) Not less remarkable are the vicissitudes undergone by the Confederate States in the course of the 1861–1865 Civil War: events illustrating even more egregiously, if possible, the distinction of law and fact and their interrelationship in the life of North American federated States. Indeed, the entities adhering to the rebel Confederation and waging the Civil War were not the respectively relevant juristic persons belonging – as dependent legal systems – to the Union created by the 1789 Federal Constitution. Rebels were the physical collective bodies underlying those legal orders, namely the *substrata* of the legitimate States' derivative legal systems. In the course of the conflict, the eleven States' legal orders remained «virtually» valid (though more or less ineffective) within the American Union's federal order. It was not those dependent legal orders, surely, that fought the Civil War.

c) Illustrations of the distinction between the legal person of a State in national law and the respective *substratum* possibly attaining international personality – or approaching the threshold thereof – can be found in the situations where a State has undergone a temporary dismemberment into two or more political aggregations. Problematic examples are the coexistence, in the course of the 2nd World War, of Vichy's France with France Libre and the rebel Fascist Republic (RSI) of Northern Italy with the King's government in the South, ultimately to be known as the only constitutionally legitimate government under Italian law.

It seems thus reasonable to conclude, in light of the above considered theoretical and historical data, as well as Marshall's definition of corporation, that private or public juristic persons are, as taught by Kelsen, just legal orders, such conclusion extending in particular to States from the viewpoint of their respective municipal legal orders.

IV. Staaten im Sinne des Völkerrechts *Identified*

5. *The nature of the States' international persons in light of the proper notion of juristic persons*

It is now in the light of (and in contrast with) the proper concept of legal persons (as opposed to their prevailing rudimental concept as corporeal entities «other than human beings», or as the so-called *substrata*)

and West Virginia). Exceptions to the summarily described constitutional process are not numerous and they all confirm (as well as the case of admission of the independent Texan republic) the exquisitely juridical essence of the federated member States' birth, accession, dismemberment and other vicissitudes.

that one should determine the nature of the entities – States and independent entities «other than States» – composing the constituency of international law: a matter closely cognate to the dualism/monism alternative.

Confining our discourse to States, international juridical realities offer a host of data proving that, although endowed with legal personality under international law, States are in no sense creatures of that law: not in any sense comparable either to the sense in which private or public juristic persons under municipal law are creations of the latter – in conformity with Chief Justice Marshall's *dictum* – or in the sense in which the State itself of national law is a creation of the national community's law¹⁰.

Indeed, as the present writer has shown in writings generously considered by Professor Leben, solid pieces of evidence demonstrate that from the standpoint of international law the States' international persons come into being *de facto*, cease *de facto* to exist, and *de facto* are modified in the course of their (*factual*) existence as international persons¹¹.

Kelsen's assertion – my adherence to his views at this point failing – that «the international legal order, by means of the principle of effectiveness, determines [...] the reason of validity of the national legal orders» is unacceptable as a proposition of positive – namely existing – international law. The truth is clearly expressed by Kelsen himself when, within the same passage, he states: «The historically first constitution is valid *because the coercive order exerted on its basis is efficacious as a whole*», namely, I add, as a fact from the standpoint of international law. What Kelsen calls the *principle* of effectiveness is not a legal principle. It is just a tautological rule, namely, no (juridical) rule¹². While confirming my

¹⁰ Cf. *supra*, note 7.

¹¹ Although I consider my seasoned 1951 work on the subject still valid (*supra*, note 7), the present writing contains a few not insignificant developments, precisions; and the corrections of some errors.

On the equally factual nature (from the standpoint of international law) of international persons «other than States», see ARANGIO-RUIZ, *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Annali Univ. Camerino, Milano, 1954, p. 39 ff.

I leave out international organizations although they also are, in my view, primary persons as well States and the other persons «other than States» (*The Federal Analogy*, *European Journal of Int. Law*, 1997, pp. 15-18, and references therein).

¹² An egregious example of the factuality of a State's international person's birth is of course the establishment of Israel.

Equally factual was the cessation of the German Reich's international personality in 1945, following the taking over of Germany's government by the four occupying powers. I refer on this point to H. KELSEN, *The Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, *American Journal Int. Law*, 1945; and ID., *Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?*, *American Political Science Review*, 1947, as well as to the

adherence to Hans Kelsen's (and Leben's) juridical concept of the State in so far as it refers to municipal law, I stress my dissent from both authors with regard to the State's international person.

There follows that the States' international persons are not creations of international law itself, and coincide not with the respectively relevant *personnes morales* of municipal law. They are instead the corporeal entities roughly coinciding with those juristic persons' *substrata*.

6. *The presence of international allegedly «State (or government)-making or unmaking norms» as a primum in facie (untenable) justification of the theory of the «Creation of States in International Law»*

While relying upon my dated studies considered by Charles Leben for the demonstration of the States' international persons corporeity and their distinction from the relevant municipal law *personnes morales*, I presently think, however, in light of contemporary realities and taking due account of more recent studies on the subject, that more attention must be given – also in order better to respond to Professor Leben's *critique* – to the fact that the setting up and other vicissitudes of States are frequently contemplated not just by international political instruments but also by international treaties and customary law (not to mention soft law instruments). James Crawford's well-known writings offer at a glance a rich *corpus* of international instruments of the said kind featuring not just in contemporary international relations but also in the more or less distant past.

One admits, therefore, that international norms set forth with increasing frequency rights and obligations relating to conduct that States should take with regard to the establishment, modification or dissolution of given or, for that matter, even all States. There are also norms binding States to adopt or not, or to maintain or not, a given regime or a given kind of regime¹³. The purpose of the said norms is obviously to favour or

works cited by T. TREVES, *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 79, note 69, esp. M. Giuliano's and A. Bernardini's essays. An opposite view is expressed by Ress (EPIL), cited in Treves' manual [as well as by a formidable host of contemporary German scholars accurately listed by GIULIANO, *La situazione attuale della Germania secondo il diritto internazionale*, 1949, pp. 4-5]. A significant work describing the regime established in occupied Germany, is M. VIRALLY's *L'administration internationale de l'Allemagne du 8 mai 1945 au 24 avril 1947*, Paris, 1948, *passim*. Virally was at the relevant time «Adjoint au Directeur des Services juridiques et de Législation du Gouvernement de la Zone française d'occupation».

¹³ Although it is focused on the problem of democracy in international organizations, E. STEIN's article (*International Integration and Democracy: No Love at First Sight, American*

hinder – such as by recognition or, respectively, non-recognition by other States – the creation, modification, dismemberment or dissolution of a given State, or the change or maintenance of a given *régime* or kind of *régime*, in one or more (but possibly even all) States. The last few decades have also witnessed a relative frequency of interventions of the «international community» – through merely political action, or on the ground of more or less strict norms, on the vicissitudes of States. Where interventions of such nature are not prompted by possibly unlawful attempts to secure influence or material advantages, they may well be among the positive consequences of the «humanization» of international law through the promotion and protection of human rights, the international prosecution of crime, and the favouring of the exercise of self-determination¹⁴. Another matter is, of course, the role of the more or less justified political or military pressure exercised by some States.

The presence of what one may roughly call «States or governments making or un-making rules» indicates that the establishment and the vicissitudes of States' international persons is increasingly *relevant* from the standpoint of international law. One cannot share entirely, therefore, the views expressed in the past by Kelsen and Perassi about the «indifference» of international law with regard to States' regimes, or the «liberty» of States with regard to their organization; ideas presently perhaps implicit in Hervé Ascensio's formula of «phénomène extérieur»¹⁵.

Journal Int. Law, 2001, p. 489 ff.), offers interesting data and thoughts with respect to the role of international law and organization in the development of democratic government at the national level (pp. 490, 493, 534). More directly the topic of democratic State government is dealt with by T.M. FRANCK, *The Emerging Right of Democratic Governance*, *American Journal Int. Law*, 1992, p. 46 ff. I believe, however, that any contribution of international law (by treaty or custom) to the democratization of the States' governments and in that sense to the States' organization, remains in the same realm of the so-called State or government-making norms as discussed in the present paragraph and para. 7.

¹⁴ On the impact of self-determination on States' regimes see G. PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna, il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milano, 1997, esp. p. 335 ff. and pp. 422-470.

¹⁵ I disagree with the cited scholars, where they speak of (or imply) «indifference» of international law to the formation or government of States (H. KELSEN, *The Communist Theory of Law*, London, 1955, pp. 169-170) or of a «freedom of organisation» enjoyed by States with regard to their structure (T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1955, p. 102 ff.).

Apart from the fact that, as noted in the text, this does not seem to be quite true at the present time, the question is not whether or to what extent (surely still considerable) general international law is «indifferent» or to what extent (also considerable) States are, or remain, «free» to organize themselves as they please. As explained further on in the text, the question is: a) whether the real or supposed international State or government-making or un-making norms *juridically* attain the State's *constituencies* themselves namely, the target State's people

7. a) *Proper understanding of the impact of the said norms*; b) *lack of foundation of the theory of «States creation in international law»*; c) *Factuality of the State's international person and its confirmed distinction from the State's *personne morale* of municipal law*

Contrary, though, to the apparently prevailing understanding of the said norms – a tendency emerging also from the titles of some scholarly works – the treaty or customary rules in question do not perform any direct juridical function with respect to the affected States' constitutional events. They do so neither with regard to the setting up, modification or dissolution of a State nor with regard to the legitimation of a government or government-modification *vis-à-vis* the State's people (or, for that matter, any other peoples): not, surely, in any sense similar to the sense in which the rules of a domestic legal order relating to the comparable vicissitudes of juristic persons or other domestic law subdivisions – not to mention the State itself under domestic law – do perform a direct normative function *vis-à-vis* the membership, agents and/or beneficiaries of a juristic person or of the State itself. In other words, the international norms in question do not directly bring about – whatever their possible political (*i.e.* factual) impact on the behaviours of States, individuals or peoples – interindividual rights and duties legitimizing or de-legitimizing, according to the case, the target State (or government). They do not bring about, in other words, interindividual *constitutional* effects as was instead the case in the instances considered in paragraph 4.

This excludes any analogy between the role played by the allegedly «State-making» or «government-making» norms in question in the estab-

and possibly other peoples; and *b*) whether non-compliance with those norms has any *juridical* bearing upon the «target» States' *existence* as international persons and upon the consequences thereof. Subject to the qualifications following in the text, the setting up of a State or its regime may well be, though, *legally relevant*, from the viewpoint of international rules restricting, in the sense explained in the text, the liberty of States. This means not, however, as explained further on, that international law *creates* States or governments in any proper juridical sense, particularly in the sense of legitimising or delegitimising States or governments in the eyes of their own or other peoples.

Issue might also have respectfully to be taken with Morelli's opinion that the formative process of the State (*qua* international person) is «irrelevant» (*Nozioni di diritto internazionale*, 1968, Padova, p. 127). To the extent that the formative process of a State is the *object* of international norms (notably treaty rules or decisions of a competent international body) binding two or more (other) States, that process could be relevant in the sense of triggering obligations/rights situations as between the latter. However, Morelli's position could be envisaged as a correct one, if it were understood just in the sense that the *formative process of a State is of no consequence* for the purposes of the acquisition, by that State, of international juridical personality.

lishment of States or regimes, on the one hand, and the role played by norms of national law in the comparable vicissitudes of personified or not personified national subdivisions – and the State itself – on the other hand. Much of the confusion on the matter arises either from the ambiguity (or ambiguous use) of the term «relevance» in a technical sense, or, perhaps more frequently, from the widespread neglect, to say the least, of essential juridical features of *personnes morales* and their vicissitudes.

a) Restraining the discourse for brevity to the making and unmaking of States, two capital differences must be acknowledged that may partly explain Perassi's and Kelsen's above-cited drastically negative propositions as well as the untenable theory of an international law's State-creation role.

It will firstly be noted that, however strictly the relevant international rules may have been complied with by the States involved, a State set up or modified in disregard of the applicable international rules may nevertheless obtain the allegiance of its people (as well as the respect of other peoples), the possible reaction of the interested other States not bearing a *direct* juridical effect at the interindividual national level or levels. *Vice versa*, a State set up or modified in conformity with the relevant international rules may well be lawfully resisted or otherwise opposed – at the national level – by the people and possibly other peoples. The concerned States' possible reaction bears again *no direct interindividual juridical effect* at national level or levels, except, of course, in the eyes of our friends the constitutionalists. In other words, no direct effect on peoples – in terms of interindividual legal rights or obligations related to the legitimacy or illegitimacy of the event – derives from the applicable international rules and from compliance or noncompliance therewith. For such effects to occur there should come into operation not just international – namely, *inter-State* – legal rules. Only (international) *interindividual* rules ascribable to some kind of that universal (or regional) public law of men and women that the constitutionalists deem to exist, could perform a directly interindividual legitimation/delegitimation function comparable to the function performed by the rules governing, within any national legal system, the creation, modification or dissolution of legal persons or subdivisions, or of the State itself from the standpoint of its municipal law.

Indeed, rules such as the latter are assumed to exist by scholars reasoning under the influence of untenable federal analogies; and it is to those scholars that must be ascribed the arbitrary use, in a literal sense, of such a concept as that of international «State-making» or «un-making» norms. The fact remains that the rights and obligations – even when embodied in so-called «constitutional» treaties – remain an inter-State af-

fair just as well as any rights or obligations deriving from any other rule of international law.

b) Secondly, even at the level of strictly inter-State relations, the relevant events' conformity, or non-conformity with the international provisions in question is *not juridically decisive* of the legal condition of the State possibly at stake from the viewpoint of international law itself. No doubt, the given State's establishment or modification may be condemned as unlawful under those norms and possibly opposed by the other States concerned: this by any measures including, possibly, denial of recognition, refusal to establish or maintain diplomatic relations, or denied admission to international organizations. The target State will nevertheless be a State and an international person.

c) It must be acknowledged in conclusion, if one wants to envisage the matter with the necessary rigour, that – from the standpoint of interindividual, as well as inter-State, legal relations – the situation differs in quality so radically from the comparable situations involving national *personnes morales* or other juridical subdivisions, that to speak of the «creation» of States or the setting up of governments «*by*» (or «*through*») international law is nonsensical¹⁶.

¹⁶ The best way to clarify, to my critic Charles Leben, my position on *Staat im Sinne des Völkerrechts* is perhaps to compare it with the position expressed by K. MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Geneva, 1968, and by J. CRAWFORD, first in *The Criteria for Statehood in International Law, British Year Book of Int. Law*, 1975, *passim*, esp. p. 95, and later in *The Creation of States in International Law*, 1979, the latter author kindly (but not quite accurately) mentioning, in his 1975 article (p. 95) the position of the present writer regarding the States' international persons and Kelsen's relevant theories, as well as the «centralized» or «decentralized» nature of international law. I have taken up the cited authors' points in *Dualism* (note 4 *supra*), pp. 954-956 esp. in note 73 (notably at 955-956).

As explained in the text above, the allegedly international State-or-government-making norms make the birth and other vicissitudes of States legally *relevant* in the sense that they create rights/obligations relationships among the States concerned. However, unlike the allegedly similar rules of municipal law relating to juristic persons and other subdivisions, those rules do not operate directly, at the interindividual or inter-State level, a *legitimation or de-legitimation of the target State or government's birth, change or dissolution* (see sub-*paras a), b) and c)* of the present paragraph). The cited authors, and a considerable number of other scholars seem not to acknowledge this capital difference.

James Crawford's studies confirm, by a thorough analysis of international practice, that any entity large or small provided with some people, some government and (possibly but not indispensably) some territory, meets the requirements of international personality and in that sense of statehood (unless it is a church or an international organization): provided, of course, that it is not a structural dependency of another entity. Those very studies fail to demonstrate, however, that any of the evoked, allegedly State-making or unmaking norms determine: *a)* in addition to primary inter-State obligations and rights relating to such makings (or unmakings) and any possible «secondary» inter-State obligations and rights deriving from non-compliance therewith; *b)* the legitimation or delegitimation of the State's or government's creation, modification or un-making. The latter phenomenon occurs neither at the

Recalling the point made earlier, the setting up of legal persons of national law – and of the State itself under that law – is a juridical *event* (or *effect*) with regard to *both* the setting-up of the entity and its elevation to legal personality. The setting up of a State's international person is a juridically relevant *fact*, the only juridical *event* attached thereto by international law being the attribution to the (factual) entity of legal personality, namely, international rights and obligations, or the capacity thereof. The only tenable analogy applicable to the setting up of a State's international person is thus – *mutatis*, of course, most fundamental *mutandis* – the biological coming into existence of a human being as a juridical relevant fact (*fatto giuridico, fait juridique*) to which (national) law attaches the legal *event* or *effect* consisting in the acquisition of a legal personality by the individual. It is in that sense that I maintain that the setting up of States and governments is, from the standpoint of international law, a factual, not a legal event. The proper understanding of the so-called international State-making norms confirms the conclusion reached in para 5, *supra*.

d) Concerning more precisely the «dual» State concept, or the State's «dual meaning» – to which Charles Leben refers – I deem it useful to stress, in light of both his *critique* and a recent addition to my research, that I am not really suggesting two different concepts of the same thing. It is not a matter of two different concepts of the State. It is, rather, the distinction between the State of municipal law, on the one hand, and *that* State's *international person*, on the other hand, the *former* being the more familiar juristic person of municipal law, the *latter* being the former's corporeal, factual *substratum*. In so thinking I do not duplicate one and the same State, as one of my early reviewers seemed to fear in 1953¹⁷. I simply see two distinct and different entities operating and personified under two separate and different legal systems¹⁸.

interindividual nor at the inter-State level. Similar considerations apply to Marek's views of the vicissitudes of States affecting their continuity or identity from the standpoint of international law.

The ineptitude, so to speak, of international law to legitimise or delegitimise a State (or government) is merely a consequence, and also a cause, of the fact that international law is not the law of a legal community of mankind and, therefore, does not *create* States in the sense that national legal systems create legal subdivisions. Were I able, which I surely am not, to devote a work to the topic treated by James Crawford, I would entitle the book «The creation of States *and* International Law» or, perhaps better, «International Law *and* the Creation of States». The reasons are, I assume, obvious.

Further argumentation in ARANGIO-RUIZ, *Dualism Rev.*, *supra*, note 4, p. 910 ff.

¹⁷ M. MAZZIOTTI, *Riv. trim. dir. pub.*, 1953, p. 153 ss.

¹⁸ In other words, I do not duplicate anything, as well as E. FRAENKEL's, *The Dual State*, Oxford, 1941 did not duplicate the German Reich in the 1940s; and just as well as French

V. Comparative Tests

8. *The establishment and status of States' international persons from the standpoint of international law compared with: a) the admission of a new State into a federal State; b) the admission of a State to the United Nations; c) probative value of such analyses in support of the distinction of the States' international persons from the respectively relevant juristic persons of municipal law*

The factuality of international persons' establishment – and those persons' distinction from their respective municipal law juristic counterparts (*pace* my eminent French Colleague) – is confirmed by a comparison between the entry of a new State in the «international community», on the one hand, and, *a)* the admission of a new State to a federal union like the United States of America; and, *b)* the acquisition by a State of membership in the United Nations (or any other international organization)

a) Were an extraneous State applying for admission to the North American Union – for example, a seceding English speaking province of the Canadian Commonwealth (*absit iniuria*) – I venture to assume that the admission process would be based essentially – *mutatis mutandis* – upon the above-considered principles and provisions of the United States Constitution for a US Western (or Mid-Western) territory to acquire member State *status*¹⁹. The new State in question would become the 51st member of the North American federal State after the supreme institutions of the United States municipal legal system – Congress and the President – had satisfied themselves, on behalf of the American nation, that the candidate State's constitution was (following conceivable, possible adaptations) in conformity, or not in contrast, with the United States Constitution. As a result of such a summarily described process, the admitted entity would be endowed with a US member State's legal order constitutionally «derived» from the American federal legal order, its territory with its people being integrated with the United States territory and the people of the American nation as a part of that people. In other words, the new member State would become an additional public juristic person within the American legal system, at the side of the other federated States, its *substratum* becoming the *substratum* of the new

scholars quoted by Charles Leben do not duplicate the French State when distinguishing, within French law, the State *tout court* and l'«Etat administration». Further, hopefully clearer, developments in ARANGIO-RUIZ, *La persona* etc., *supra*, note 2.

¹⁹ Cf. *supra*, para. 4.

member State of the American Union, that *substratum* having automatically lost in the process the juridical personality it previously enjoyed under international law.

The new member State's legal order would become – once the process was completed – a partial legal order within the American nation's federal system. The constitutional process (possibly preceded by an annexation agreement between the applicant new State and the United States) leading to such outcome, did not involve, in principle (except for possible border issues with one or more of the existing member States), an active role of such States: either of their respective legal orders or (with the said, possible, exceptions) of the latter's *substrata*. In other words, the essential portion of the constitutional admission process is just and simply – with the said possible (for our present purposes) marginal exceptions – a matter involving the Constitution and the whole legal system of the American nation and its *substratum*. There is no such thing as an inter-State process, the admission of the new State bringing about, simply, the... fusion, so to speak, of the new federated State within the United States federal system, the fusion including, in the physical sphere, the integration of the new member State's population and territory with the population and territory of the United States. The same discourse would apply to any human aggregate joining a federal State as a new member State (or, for that matter, joining a unitary State as a new province, department or county).

b) Although it should be hardly necessary to say so, it better be said that nothing of the kind occurs when a State requests admission to the United Nations, or to any other intergovernmental organisation.

Once the UN General Assembly and the Security Council have created the conditions indicated in the Charter's Article 4, thus completing the admission procedure, the new member State enters the UN just in the same way as an additional State becomes a party to any multilateral treaty. The new UN member remains the sovereign it was before, its legal system remaining an original order – namely an «underived» legal system – as it was before. The latter legal order becomes not a partial, derivative legal system within the UN Charter. The Charter and the several internal legal orders of UN organs being not – despite the confusion characterising the relevant literature – the law of the legal community of mankind, or even of the *ensemble* of the peoples of the United Nations, far less of the United Nations' people, no such derivation occurs. The Charter explicitly involves not a «United Nations people» but just «peoples of the United Nations». The Charter's initial sentence honestly reads: «We, the peoples of the United Nations». Only the

imagination of a surprisingly and increasing number of writers could envisage any form of incorporation or annexation of the new member State's territory into an (inexistent) United Nations territory²⁰. In other words, the new member State joins just a treaty. It enters not a community. It becomes not a subject of such a «community's» legal system except by way of saying²¹.

c) To be sure, even less appropriately could an analogy be envisaged – much as this may be difficult to accept, or even grasp, by those I call, with respect, the «constitutionalists» – in the case where a State, an insurgent party, a movement such as OLP or any other relatively independent entity, appears on the scene of international relations and joins the «international community». No analogy is discernible in the phenomenon with the acquisition of membership in a federation, either from the side of the new State or from the side of the society of existing States.

At the former side the new State appears to the external world as a human aggregation whose legal system stands by itself in a... «space» of inter-State relations where each State's legal system is equally an original one not derived from an international law, wrongly confused with an imaginary legal community of mankind²². At the... receiving end – the «international community» – there is the coexistence of about two hundred human aggregations severally and separately constituted; each with its own people, territory and «original» legal system, discontinuous both with its siblings' municipal legal orders and international («inter-State») law.

The persistent essentially inorganic condition of the inter-State society²³, surely not remedied by the creation of the United Nations²⁴, excludes – if one sets aside, as they deserve, imaginative literary trends, any possibility of a proper centralized admission procedure for new States. No such procedure can be identified either in the UN admission procedure (achieving at most a form of collective (declaratory) recognition, or in the sparse express or implied several acts of (declaratory) recognition by any number or even by all the existing States. Whatever the degree of

²⁰ Someone does speak of a territory of the Universal Postal Union: but that is just a literary image to indicate that the provisions of the treaty establishing the UPU and the rights and obligations deriving therefrom extend in space to the territories of all the UPU's member States.

²¹ See, instead, T. PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, Padova, 1962.

²² See W. SCHIFFER, *The Legal Community of Mankind. A Critical Analysis of the Modern Concept of World Organization*, New York, 1954.

²³ *Infra*, para. 13 *i*).

²⁴ *Infra*, para. 13 *ii-vi*).

their importance for the new State to consolidate its presence and its relations with the existing States, collective or severally granted recognitions are hardly comparable, given also their merely declaratory value, to a form of organic «admission» to the inter-State society. The UN rather primitive admission procedure is hardly comparable to the federal system's.

It follows that far more clearly than in the latter case, the entry of a State into the «international community» achieves neither the merging of the new State's *substrata*, namely peoples and territories, with the existing States' *substrata*, nor the derivation of the new State's legal system from a universal international or interindividual-international legal system. None of the so-called elements of the new State's *substrata* merges with the peoples, the territories or the legal systems of the existing States, let alone into a legal community of mankind or any significant part thereof. It would thus be incongruous to think of the new State acquiring the features and the condition of a *public juristic person* within the «international community»: a community of States (or sovereign governments) not of human beings, the latter remaining objects of inter-State relations and norms even where they appear as subjects of the legal orders of international commissions or courts of human rights or of international criminal tribunals. Hence – *pace* my eminent French critic – the inevitability of the *distinction* between the juristic person of the State of municipal law, on the one hand, as a subject of national law, and the State's international person – the former's *substratum* – as a subject of the «law of nations».

Conclusively, the establishment of a State undergoes no process other than the mere acquisition of international legal personality (as above specified) *vis-à-vis* the existing membership of the «community» as just another *factual*, independent, or relatively independent, human aggregation.

VI. *The Factuality of International Persons' Impact on International Law*

9. *Added consistency to the dualist theory*

Having thus clarified, I hope, my position on international persons, it is hardly necessary for me to call my critic's attention to the fact (easily perceptible in works he has thoroughly considered) that the finding of the States' international persons' factuality and their distinction from the respectively relevant municipal *personnes morales*, proves to be anything

but an abstract, sterile exercise. On the contrary, that finding proves to be, in my immodest opinion, a fruitful scientific tool that explains – and is confirmed by – a number of features of international law. I confine myself here to the most important items.

Firstly, the finding in question brings a higher degree of consistency to an apparently dormant dualist doctrine, increasingly misunderstood or misrepresented in the contemporary literature²⁵. It eliminates the contradictory (express or implied) «publicistic» presentation of the members of international law's constituency as *personnes morales*, created by the law of a legal community of mankind, currently referred to by constitutionalist writers: not the same thing as the positive international law of our time.

It also helps to warn the excessively optimistic idea, entertained by an increasing number of internationalists (Denis Alland among them) who advocate the replacement of the (too «modest»?) denomination of «International Law» by a more appealing «*International Legal Order*», in the sense of Santi Romano's *ordinamento giuridico*²⁶. Within the magnifying framework of Santi Romano's general concept of law it would of course be easier to think of an international law's State-making role (*à la* Crawford) than of a passive acceptance of States as *faits accomplis*, or, to put with Hervé Ascensio, «phénomènes extérieurs» to international law. Furthermore, I doubt, for that matter, that Santi Romano himself viewed international law as an «ordinamento». I remember his manual's numerous editions as speaking merely of «*diritto internazionale*» not *ordinamento*; and «La Sapienza»'s able librarian assures me that my recollection is correct.

10. *Distinction of «statehood» and international personality*

Secondly, the factual concept of the States' international persons helps – or should help – reduce the currently increasing abuse of the questionable «statehood» concept: a concept brought about, I guess, by the above-mentioned idea of an international law's «States-creating»

²⁵ An important example is described in note 76, *infra*. A recent one is in M. SASSOLI, *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, in *Revue gén. droit int. public*, 2002, p. 791 ff. On that Author's constitutional and administrative *couche*, see para. 13 *v*), *infra*.

²⁶ A concept that should imply the presence of customary or contractual (legislative) institutions that are still absent, despite questionable literary allegations, in a society of States optimistically elevated to the rank of a legal community of mankind.

function²⁷, and arbitrarily viewed by some writers as a synonym of international juridical personality. Those writers should consider, however, that although the denomination of «State» – or its features – may well be a condition to become a party to a treaty, or for admission to an inter-governmental organisation (although exceptions could be found or should be considered), international law had started taking its shape a few centuries before Westphalia: another point well stressed by the scholar to whose memory these pages are dedicated²⁸.

Moreover, and more importantly, the constituency of international law, rightly described in the just recalled book as exclusively or mostly composed of entities other than States, is in any case nowadays not confined to States. It includes entities whose features would surely not fit in the statehood concept²⁹. Insurgents, and liberation movements are the most obvious examples, not to mention failing States. An egregious example is of course the Catholic Church, which has existed for centuries – including the time when the Holy See was identified with the Roman Pope's person – as an international person distinct from the «Pontifical State» until September 1870; and from «Stato della Città del Vaticano» since 1929. It survived as an international person (and a power!) not only during the period (1870-1929) when it had become a guest of Italian territory, but also during that short period of Napoleonic seizure of the pontifical State that at one point had seemed to remove the main obstacle to Italian unification. I leave it to the believers in the State-creating abilities of international law to tell us whether the Vatican City is really endowed with statehood for the purposes of the Holy See's participation in the Postal Union or other temporal finalities. The Vatican's condition is surely not one of independence. The City is just a... temporal instrument or arm of the Roman Church, sovereignty – in the sense of both independence and territorial domain – belonging exclusively to the Holy See or the Church³⁰.

²⁷ *Supra*, paras. 4, 6 and 7.

²⁸ Much as one speaks of «statehood», causing not little confusion between the quality of State and the broader concept of international personality, the truth, as Giovanni Battaglini well stresses in his *Diritto internazionale come sistema di diritto comune, supra*, note 1, is that the State is only one among international persons, which over time have included an array of lay and ecclesiastical seigneurs, kings, cities.

²⁹ I also refer to the works cited *supra*, note 11.

³⁰ Although the Holy See's – or the Pope's – international personality presumably survived Napoleon Bonaparte's seizure of the pontifical State, I leave it to any curious reader to find the plausibly existing evidence. The nature of the Holy See's international personality is dealt with in works cited by Charles Leben.

11. *Attribution of conduct to international persons (for purposes of responsibility)*

Thirdly, the corporeity of the States' international persons and their distinction from their municipal law counterparts is a crucial *datum* for a proper approach to the attribution of conduct to international persons (I refer, for the present, only to primary persons). A proper factual notion of the persons in question casts serious doubt over the so-called normative (or juridical) theory of the attribution process as adopted since 1971 within the framework of the International Law Commission (ILC)'s work on State responsibility. As explicitly recognized by Klaus Kress – a persistent and active adherent to the dominant normative theory – that theory is not the last word; and he refers as an alternative to the position taken by the present writer in his second report (as Special Rapporteur) to the ILC, and elsewhere³¹. As the present writer has maintained since

³¹ Second Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/425, Addendum; and G. ARANGIO-RUIZ, *State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance*, *Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p. 28 ff. A further *datum* proving the weakness of the normative theory of attribution relates to the organisation of States from the standpoint of general international law. Unlike national legal systems, which contain (interindividual) rules appointing physical persons empowered to act as agents of juristic persons or subdivisions, general international law contains no rules appointing individuals empowered to «will» and «act» on behalf of the State for the purposes of international (or, for that matter, national law itself): namely, for such purposes as treaty-making or liability for internationally unlawful acts. A State behaves, for international legal purposes, through any individuals factually connected with it and/or factually behaving and accepted as that State's organs within the national community.

In other words, those organic theories of the so-called volition and action of collective bodies, which are utterly inappropriate for juristic persons or subdivisions of national law, suit very well, on the contrary, the volition and the action of a State's international person. The comparison is made in ARANGIO-RUIZ, *Gli enti*, *supra*, note 7, pp. 121-173 and 319-371, esp. 343 ff., respectively; and further developed in *L'Etat*, *supra*, note 7, pp. 311-331. Roberto Ago's *Third Report*, para 117, esp. note 204, stresses that the State's organization is established not by international law.

In maintaining the views expressed in the cited works, and further developing them, I find substantial comfort in M. SPINEDI, *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI and M.L. ALAIMO (eds.), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Milano, 2006, pp. 67-103, esp. 85-92. See also ARANGIO-RUIZ, *La persona internazionale*, *supra*, note 2.

The attribution by the observer of individual wills or acts to a State as an international person, is thus merely a factual operation based upon merely factual elements, the latter elements including any norms of national law. As stressed further on, the attempts to «juridicize» international «imputation» in general or in some special instances are unconvincing. A keen description of attribution of «subjective» elements of a delict as fault and *dolus*, is that of G. PALMISANO, *Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi*, *Com. Studi*, 1992, p. 670 ff.

1951 – lately in *La persona internazionale dello Stato*³² –, the determination of the States' international persons conduct is based, from the viewpoint of international law, on purely factual data, the entity's municipal law coming into the picture just as a part of the factual data reconstructing the entity's conduct in conformity with the above-cited, famous – and never seriously contradicted – *dictum* of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in various cases³³. In other words, the attribution of conduct for the purposes of international responsibility is normally, for judges or arbitrators, part of the *quaestio facti*, namely of the determination of the facts that trigger the international person's international responsibility.

Inappropriately applied to the determination of the conduct of juristic persons (*personnes morales*), the organic theories of the so-called «collective entities» (a concept wrongly extended to *personnes morales* themselves), find their most natural field of application in the determination of the behaviour of the States' international persons. Despite the fact that a number of rightly renowned scholars (Anzilotti and Starke *inter alios*) professed the view that attribution of conduct to States was a juridical operation based upon rules of international law (just as it was and is surely the case for *personnes morales*, State included, in municipal law), the practice preceding the 1970s – when the ILC first dealt with attribution (or, as it was then called, «imputation») – indicates a predominance of a factual approach to attribution of conduct for the purposes of international responsibility.

The normative theory – perhaps too hastily espoused and applied by the ILC – is also contradicted by a number of data that the present writer is collecting for a monographic work on the subject. Those data include, for example (even apart from the factual nature of the States' international persons), the absence of any mention of attribution (or, for that matter, «imputation») in the 1927 International Law Institute's Lausanne resolution on State responsibility; and Ago's own admission that the attribution of conduct to a State (in municipal law) and to that State's international person, do not necessarily coincide: the former, for instance, not «acting» while the latter is acting, or *vice versa*. Data such as these, however, are only the most banal as compared to the host of data in the same sense emerging from the study of the jurisprudence preceding and following the significant watershed of the nineteen seventies, including important decisions of the International Court of Justice (ICJ).

³² ARANGIO-RUIZ, *La persona internazionale*, *supra*, note 2, pp. 88-91.

³³ *Infra*, para. 14, note 76.

12. *Domestic Jurisdiction*

Fourthly, the perception of the States' international persons' nature helps better to understand the domestic jurisdiction reservations (like those of para. 8 of Article 15 of the Covenant and para. 7 of Article 2 of the Charter) as limitations that are really implied in the said persons' sovereign-independence.

Considering, on the one hand, the lack of a demonstration of the existence of *matières* reserved to States, either because of their mere nature or because they are not covered by international obligations – and, on the other hand, the constantly broadening *ratione materiae* scope of international regulation and the consequent extension of the area of obligations imposed on governments – it is hardly credible that the limitation in question is intended to protect States from obligation, namely, to protect their liberty. Even if such an understanding could have been plausible when the reservation was first introduced in the Covenant (at a time when the area covered by international obligations was considerably less extended than at present), it is hardly of any use nowadays when the area of liberty is much more restricted. I am not convinced by a recent contribution supporting the dominant view on the subject³⁴.

It stands to reason that the States' main concern is likely to be not so much to be able to get rid of claims having no basis in existing regulation, or to avoid or thwart the creation of further restrictions of their liberty by treaty or custom. It seems more rational, especially in view of the proliferation of intergovernmental organisations, that States seek protection of their sovereignty-independence, even more than their liberty. Every State would actually be naturally inclined to resist, in order to protect its sovereign independence, any conceivable (and not infrequently attempted) extraneous intrusion into its *domain* – on the part of international organs or of other States – by claiming direct action *vis-à-vis* its institutions, its officials or its nationals or residents: to resist, in particular, international organs' attempts to exert supranational power where only international action is envisaged by existing law.

There is actually significant evidence in international practice that such preoccupation arose at the time of the League of Nations and had become even more evident at the time when paragraph 7 of Article 2 of the Charter was formulated³⁵. My main work on *domaine réservé* con-

³⁴ R. KOLB, *Du domaine réservé, réflexions sur la théorie de la compétence nationale*, *Revue gén. droit int. public*, 2006, p. 598 ff.

³⁵ G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé*, *Cours général de droit international public*, *Recueil*, 1990-VI; Id. *The Plea of Domestic Jurisdiction before the International Court of*

tains abundant illustrations showing the different evocation of sovereignty-independence and sovereignty-liberty in the practice of both the League of Nations³⁶ and the United Nations³⁷. That same book explains that the *Nationality Decrees* case would not have been so poorly handled by the Court³⁸ if all concerned had reckoned with the said difference. Although it was unquestionable that France was right in claiming that the grant of French nationality was a matter of domestic legislation or administration reserved to France – only France being manifestly entitled to grant French nationality – the United Kingdom could just as well have alleged that, by treaty or otherwise, specific grants of nationality by French authorities violated a French obligation toward the United Kingdom. That the obvious solution (instead of the Court's poor escape of «conclusion provisoire»), was not reached, it was perhaps a consequence of the fact that one of the oral pleadings had been so long that some of the judges had fallen fast asleep³⁹.

A significant *démenti* of any concept of domestic jurisdiction based upon the equation *domaine réservé* = *matières non liées* is the statement by the US Secretary of State Foster Dulles effectively explaining the gist of paragraph 7 of Article 2 by the proposition that UN organs should confine themselves to *dealing with governments*. The implication was that the UN was to deal with the States' establishments' apexes and not directly with a State's people as a whole or any given organs, individuals or officials. Foster Dulles was clearly thinking neither of *matières* naturally reserved nor of *matières* not covered by obligations. He was concerned simply with *how* UN organs should act, namely through governments, not about *what* they should deal with. In other words, Article 2.7 was meant to protect the States' sovereignty by prohibiting as a rule (failing proper conditions) the kind of direct authoritative interference which is typical of a federal power. I also refer my generous critic Professor Kolb⁴⁰ to the review of the cases in which the present «world» Court (the ICJ) dealt with pleas of domestic jurisdiction. They all show the incongruity of the maxim «domaine réservé/matières non liées». I assume, of course, that the cited author is at least as aware as I am of the distinction between international obligations, namely restrictions of States' *liberty*,

Justice: Substance or Procedure?, in LOWE and FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996.

³⁶ ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé*, p. 282 ff., esp. pp. 295-297.

³⁷ *Ivi*, p. 352 ff., esp. pp. 353 and 354 ff.

³⁸ *Ivi*, p. 173-184.

³⁹ *Ivi*, p. 179.

⁴⁰ KOLB, *supra*, note 34.

on the one hand, and limitations of sovereignty, namely of *independence*, on the other hand. Although it is inherent in the very existence of international law, the distinction seems not to be universally understood⁴¹. I wish that Professor Kolb had cared less, in his interesting article, about the present writer's alleged «grande puissance de pensée», and a little more on the substance of that *pensée*; and even more about the rich evidence upon which it was based. It might thus have occurred to him how weak, in light of the cases discussed in the book he quoted from, was the very superficial *critique* he adhered to. I refer particularly to the *Nationality Decrees* case and to the League's and the UN's practices' distinction between restrictions of liberty and restrictions of independence.

⁴¹ An egregious example of disregard for the distinction is that of P. GAETA, *On What Conditions Can a State be Held Responsible for Genocide?*, *European Journal Int. Law*, 2007. After noting in the text that «treaties in contemporary international law can be construed more liberally than in the past when the dogma of State *sovereignty* was a dominant feature [...] in the international community» and that «[n]owadays the application of the principle of restrictive interpretation, *whereby limitations of State sovereignty* cannot be presumed or inferred by implications (*in dubio mitius*) is subject to other more liberal principles and criteria», the cited author evokes in support, the PCIJ's Advisory Opinion on the *Interpretation of Art. 3, para. 2 of the treaty of Lausanne*, Series B, n. 12, p. 25 (footnote 31). Reference is also made by her to D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, S.I., 1915, p. 103; to A. VERDROSS and B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*³, Berlin, 1984, p. 493; and A. CASSESE, *International Law*², Oxford, 2005, pp. 178-179.

Intrigued, especially by the reference to Anzilotti, I tried to check. The cited PCIJ Adv. Op., pp. 25-26, speaks only of obligations and once of undertakings, no mention of sovereignty being made. Not finding the cited ANZILOTTI's *Corso*, I looked instead at Anzilotti's extensively elaborate dissenting opinion on the Austro-German Customs Union, *Rivista dir. int.*, 1931, pp. 522-534, where he lucidly and repeatedly stresses the distinction between international *obligations* and *limitations of independence*: and concludes in the sense of compatibility of the Austro-German Custom union with the former State's *independence*. I refer in particular to para. 3, esp. sub-para 4 and 5 and para. 9, last sub-para. (pp. 529-530). Regarding VERDROSS's, *Universelles Völkerrecht*, p. 493, mention is made there of *Einschränkungen staatlichen Freiheit*, sovereignty again unmentioned.

The only support of the curious proposition seems to come from Cassese, above cited book, where the author repeatedly speaks, indifferently (pp. 138-139), of subjection to obligation and limitations of sovereignty as if they were the same thing. This disregard for the distinction – a capital one – reminds me of my Friend Cassese's sarcasm at what he considered to be Gaetano Morelli's and Giorgio Balladore Pallieri's opposing lucubrations about the question whether arbitral decisions were juridical *acts* or *facts*: apparently a distinction that made him... impatient. I find it hard to believe, though, that he was equally impatient at the distinction between international obligations and restrictions of sovereignty.

Be that all as it may, if all States' obligations purported restrictions of sovereignty, the philosopher cited (*infra*, note 67), would be correct in fabulating that sovereignty is just a «superstition». Anyway, considering the increase in number of international obligations in the course of the last century, not a single sovereign State would survive; nor, for that matter, international law.

The cited author's writing leads me to wonder whether a correct understanding of *domaine réservé's* real purpose, is actually not implicit – à bien regarder – in the very idea expressed in his *résumé*. I refer to the passage where he speaks of «la protection de *certaines matières étroitement liées* à [la] *souveraineté* [des Etats]». Indeed, is there a *matière* more «étroitement liée» to a State's sovereignty-independence than that exclusivity of the State's power relationship with its organs and its nationals, that represents the core of sovereignty-independence? The *matière réservée* is just, as stated in the *résumé*, the condition of sovereignty with its implications. In that sense domestic jurisdiction is a vertical limit intended to the protection of sovereignty rather than a (horizontal) limit *ratione materiae* – in the sense of subject-matter – envisaged instead by the above-mentioned superficial doctrine preferred by Professor Kolb.

A perfect example is the area of nationality. The more international rules restrict the States' liberty to grant their nationality, the more frequent are likely to be occasions for domestic jurisdiction to be evoked in order to preserve the unquestionable exclusivity of the States' power to grant or deny their respective nationalities⁴².

13. *International organization(s): the UN*

Mention at this point cannot be avoided of international organization, notably the United Nations (UN): another subject on which the present writer is unable to share the constitutionalists' – presumably also Charles Leben's – views.

i) The factuality of the States' international persons seems to be, at one and the same time, an effect and a consequence of the lack of integration of mankind in a universal legal community. And the lack of such integration is a major obstacle not just to the establishment of a world government, but even to the setting up of effective inter-State unions.

Of course, the States' international persons could hypothetically even all merge, someday, into a federation that, while substituting mere autonomy for their independence, would place above them a central government and embrace national legal orders, peoples and territories within the framework of a universal constitutional system. Within such a system, the States' international persons would forfeit their international personality and become *personnes morales* under the universal, supranational system.

⁴² Domestic Jurisdiction is better understood by G. BATTAGLINI, *Diritti umani e autotutela e interventi armati*, *Annali dell'Università di Ferrara*, 2000, p. 15 ff.

Short, though, of such an immeasurably distant portentous development, the States' international persons only establish among themselves international organisations that are hardly endowable, by mere treaties, with adequate governmental authority: a difficulty that seems to be inadequately reckoned with – if at all – by the dominant doctrine of international organization⁴³.

Of course, the prevalent doctrinal view is that inter-State compacts establishing organizations such as the UN are suitable instruments to create legal supra-subordination relationships amongst the participants: mainly, between the international organisation on the one hand, and the member units (with their respective constituencies), on the other hand. The majority of scholars place actually the whole law of international organisation – encompassing both the constituent instrument and its organs' internal law – within the framework of their imaginary all-embracing global legal system, allegedly undergoing a centralisation process. Hence the dominant doctrine's resort to the questionable transposition, into international law, of the public, constitutional corporate body's model of municipal law. The Covenant and the Charter are thus envisaged as constitutions of an ambiguously conceived, but equally imaginary, universal community of mankind.

Much as it may be tempting, the municipal law model is not transposable into a society such as that of factual States' international persons, governed by a legal system rightly envisaged by Th. E. Holland as «private law writ large», particularly with the above proviso of the lack, under or above such «private» law, of any of those «public» law rules that are placed by Hart in the category of «secondary» norms. Within a national legal system, the creation (by private or public initiative) of organisations other than the all-embracing organisation of the State, is naturally subject both to the *control* and, more importantly, to the exercise by the central government of an *enabling role* with regard to the creation of intermediate institutions. This model, however, fails to materialise in international law, where the prevailing constitutional principle seems to be the equality of the States' international persons – and the non-subordination of such entities to any authority.

⁴³ As international organisation was only at its inception in 1899 and 1905, we miss the more significant views that Triepel and Anzilotti could have expressed over that phenomenon, particularly the impact of instruments like the League's Covenant or the United Nations Charter upon the constituency and the structure of the international system. Inevitably, the subject has come largely, though not totally, under the spell of the tendentially publicistic concept of international law. The present writer immodestly believes that his works on the topic may help fill in the gap of the dualist theory in that respect.

Considering, however, that the present writer's works on international organisation are familiar to Professor Charles Leben, who recalls some of them, the present author refrains from extending much further his reply to the eminent French Colleague's *critique*. He confines himself to adding to the referred works a few considerations⁴⁴.

ii) In believing that supranational organisations cannot be set up by mere inter-State compacts, I draw substantial comfort from the position taken by Judge Fitzmaurice when, in the context of the ICJ's treatment of the question that opened the way to Namibia's independence, he rejected the «Organised World Community Argument» resorted to by one of the pleaders as an alleged juridical ground of continuity from the Covenant to the Charter for the purposes of a – so to speak – *ope legis* succession of the UN to the League in the functions relating to the Covenant's Mandates system⁴⁵. In Sir Gerald's keen language:

«the [pleader's reasoning] had no [...] basis [in the Organised World Community Argument] because the *so-called organized world community* is not a separate juridical entity with a *personality over and above*, and distinct from, the particular international organizations in which the idea of it may from time to time find actual expression. In the days of the League *there was not (a) the organized world community, (b) the League*. There was simply the League, *apart from which no organized world community would have existed*. The notion therefore of such a community as a sort of permanent separate residual source or repository of powers and functions, which are reabsorbed on the extinction of one international organization, and then automatically and without special arrangement, given out to, or taken over by a new one, *is quite illusory*»⁴⁶.

While subscribing to the statement that an organised international community as a separate juridical entity *with a personality over and above* was lacking both at the time of the Covenant and of the Charter, the present writer maintains, with respect for Sir Gerald's thought, that the lack of «an organized world community [...] as a sort of permanent separate

⁴⁴ See LEBEN, *supra*, note 1, pp. 219-229. I recall: *Rapporti contrattuali fra Stati ed organizzazione internazionale: per una teoria dualista delle unioni di Stati*, Arch. Giur. Filippo Serafini, 1950, p. 38 ff., esp. p. 57 and pp. 73-77; *Reflections on the Problem of Organisation in integrated and Non Integrated Societies*, Rivista dir. int., 1961, pp. 585-603; *The Federal Analogy and the UN Charter Interpretation*, European Journal Int. Law, 1997, p. 1 ff, pp. 12-18 and pp. 27-28; *The Normative Role of the General Assembly of the UN and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, Recueil, 1972-III, p. 419 ff., esp. 629 ff.

⁴⁵ I refer to the opinion expressed by Sir Gerald in the course of the case *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports (1971), p. 220 ff..

⁴⁶ Cited Opinion, p. 241.

residual source or repository of powers and functions» or as «a separate juridical entity with a personality over and above», excludes *not just* the automatic succession of a new international organisation to a previous one but also – and mainly – the fitness of bald treaties like the Covenant or the Charter to create, in addition to the reciprocal contracting parties rights and obligations among themselves, any power of the organisation «over and above» the participants, and the latter's subordination thereto. The reason seems to be that in so far could an inter-State compact create an entity «over and above» the contracting parties, as the latter had acted – this is precisely the impact of the States' international persons' factual sovereignty – in the juridical capacity of organs of a universal legal community of mankind (or of States) conceivable «as a sort of permanent source or repository of powers and functions». Of course, the peoples – were they really involved – could create the juridical entity over and above the States: but the States themselves – the sovereign States *alone* – could not do so, just as well as they could not, alone, create, by treaty, *ipso facto* a federation.

Embodied as it was in the peace treaties of the first world war, the Covenant had come into being outside of any involvement of peoples, let alone mankind. In the different S. Francisco situation, the founders of the UN, though well aware of the essentiality of their peoples, were unable to do anything more than just mentioning them (as «the peoples» – and in the plural). It is just that element – a popular presence in the form of Fitzmaurice' «organised world community [over and above]» – that was inevitably lacking at S. Francisco as the indispensable source of the (specific) legitimisation of the contracting governments – the Charter's *only* authors – to set up the UN as an «over and above [States]» organisation. The mere inter-State compact signed at S. Francisco could not alter the typical structure of the international system more than a merely inter-State compact like the so-called EU «*constitutional* treaty» – had it not been rejected – could have created a really constitutional European fabric⁴⁷. There again the constitutionalists – Fitzmaurice surprisingly with them – seem to ignore that the transposition of the public corporate body model of municipal law is inconsistent with international law's inorganic, purely inter-State «private» law nature: a private law – better repeat it – not surmounted by a public law or, for that matter, by any principle of organisation of the society of States (or of mankind)⁴⁸.

⁴⁷ I refer here to Tommaso Padoa Schioppa's article cited *infra*, sub-para *vi*) of the present paragraph, and note 68.

⁴⁸ The view authoritatively professed by G. MORELLI, *Stati e individui nelle organizzazioni internazionali*, *Rivista dir. int.*, 1957, p. 3 ff., p. 8, with regard to the impact of treaties

As Alberto Miele rightly put it:

«Nonostante talune apparenze, nonostante la facile e corrente analogia tra lo Stato federale e le Nazioni Unite (apparentemente dirette verso l'integrazione giuridica del pianeta e quindi verso un governo mondiale) la realtà della Comunità internazionale appare – oggi come ieri – molto diversa. “Incommensurabili differenze” dividono la comunità orizzontale retta dal diritto internazionale, dalla società verticale, retta dal diritto costituzionale. I rapporti fra i soggetti internazionali sono paritari (come la Carta stessa afferma) per cui le forze che agiscono nella Comunità internazionale seguono ritmi ben diversi dalle correnti ascensionali (i c.d. “poteri impliciti”) propri di ogni forma – anche primitiva – di società integrata. Manca – tra l'Organizzazione e gli Stati membri – la relazione di disegualianza, su cui fondare la correlazione fondamentale “potere-soggezione”»⁴⁹.

The essential point – surely implied by the quoted author – was the lack, in the contracting parties, of the specific creating power emanating from a world legal community worthy of the name.

iii) Confining my discourse to the UN, it is precisely because of the lack of a proper foundation that the Charter remains within the realm of ordinary, bald treaty law. Neither the rules directly setting forth the members' rights and obligations, nor the rules contemplating the establishment and functioning of organs and the latter's task to address decisions or recommendations, bring about an alteration of the international system's inorganic private law structure. In establishing or joining the UN the States' international persons remain the sovereign factual entities they normally are, in exclusive control, in principle, of their respective structures, peoples and territories⁵⁰. The Charter rules in question introduce no prodigies: neither an alteration of the members' condition of «sovereign equality» among themselves (under general international law) nor a relinquishment of their independence to the organisation. Prodigies are accomplished neither in the sense of placing the organisation «over and above» the members, their territories or their peoples, nor in the sense of placing given members (such as the permanent members of

does not affect, in my view, the present writer's position. Morelli rightly states that in view of the absence of objective limits «qualsiasi effetto giuridico può conseguirsi mediante [le norme pattizie], *nell'ambito dei soggetti partecipi all'accordo*» (emphasis added). Considering that neither the League nor the UN has been a party to the Covenant, respectively, the Charter, my position is not in contrast with Morelli's opinion.

⁴⁹ A. MIELE, *Introduction*, in PICCHIO FORLATI (ed.), *Le Nazioni Unite*, Torino, 1998, pp. 4-5.

⁵⁰ Cf. *supra*, paras. 8 (b) and 12.

the Security Council) «over and above» other members. In other words, the relations governed by the Charter are by no means «hierarchized» as they are in any municipal law organization⁵¹. No such transformations are envisaged, let alone directly affected – by instruments like the Charter, except in the wishful thinking of the constitutionalists⁵². Any prevalence of given UN members other than in the voting procedure in the Security Council, is just a matter of a factual hegemony of those powers over others. Hegemony is a historical, factual state of affairs not legitimised by international law any more than war is so legitimised⁵³. The structure of the international system seems not to be altered.

In a Hague Academy lecture of the late 1960s, Leo Gross, a rightly renowned authority on the Charter, keenly observed that «the United Nations is not like the United States *even in its infancy*». He added, though, in a vein of optimism: «[t]he possibility, of course, cannot be ex-

⁵¹ Even a federal or confederal compact is *per se* inadequate to effect the metamorphosis of the participants from the factual condition of States' international persons – namely, sovereign aggregations – into legal subdivisions and *personnes morales* within a federal order, turning at the same time the peoples and the territories involved into portions of the people and territory of the federal State, all to be subject to the latter's authority. Although provided for in the treaty, such metamorphoses are only effected by the *operation* of the *contractually agreed federal constitution*, even where the treaty embodies the latter's draft. In so believing I find support in T. PERASSI, *Confederazione di Stati e Stato federale, Profili giuridici*. 1910, p. 40 ff., esp. p. 43. A significant reference to the EU so-called “constitutional” treaty is mentioned in subparagraph *vi) infra* and note 68.

⁵² The Charter was not seen as a constitution of the international community, for example, by J.L. BRIERLY, *The Law of Nations*, Oxford, 1989, p. 46: «The League of Nations was the first experiment [for States] to work together for common ends [...] and we know that it did not succeed. We are making a second attempt with the United Nations, and hitherto this too has disappointed our hopes». Three pages before (p. 43) Brierly quoted Hobbes famous *dictum* where Kings and persons of sovereign authority are described as «in the state and posture of gladiators [...], which is a posture of war» (*Leviathan*, Chapter 13).

According to Dag Hammarskjöld, Secretary General: «the United Nations is not an institution set apart and *above the governments* and to be judged as such. It offers a meeting place, and a moral impetus, an institutional framework for the cooperation of those Governments in programs of common benefit» (*UN Press Release SG/406* of 17 November 1954 – emphasis added). Another example (among many) of an express denial of any structural change in the relations among UN member States is in R. AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite, La comunità internazionale*, 1950, p. 21 ff. Giovanni Battaglini sounds well aware of the UN Charter's limitations in his *Lineamenti della controversia per le Falklands o Malvinas*, in L. PICCHIO FORLATI and F. LEITA (eds.), *Crisi Falkland-Malvinas e organizzazione internazionale*, Padova, 1985, p. 260 ff.

Strikingly different views on international organisation are instead those expressed, for example within the framework of his well-known federalistic concept of international law, by G. SCELLE, *Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre*, *Revue gén. droit int. public*, 1954, p. 5 ff.

⁵³ ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role* etc., *supra*, note 46, p. 132 ff., esp. 138-142.

cluded that after a century, and as Mr Justice Holmes said, much sweat and blood – not to mention Winston Churchill’s tears – the United Nations will acquire the degree of integration which will make the *comparison* with the federation of the United States *more tenable*⁵⁴.

A look at the UN as they are after about three quarters of Leo Gross’ «century», a tenable comparison with the United States Constitution’s «infancy» appears to have been, with all respect, a daring overstatement.

iv) Indeed, a fundamental element of any genuine constitutional union among States is the direct availability of armed forces to the central authority in order to face external or internal violence. The founders seem to have thought about that: but the Charter’s provisions they optimistically or otherwise adopted in that respect (Articles 43 ff.) have remained a dead letter since the outset; surely not just because of the East-West Cold War. The chances of their early implementation are as scarce as an early creation of a world government⁵⁵. Hence the prediction «that the most serious crises are met by States outside of the UN framework»⁵⁶.

After a beginning where the inevitable reliance on the members’ forces seemed to be viewed as an acceptable *pis-aller* (as in the 1950 Korean and the 1956 Suez crises) under a perceptible Security Council control, the history of UN collective security operations marks a relatively constant degeneration from «collective» to «unilateral» action by single or associated powers, particularly by the United States, hardly subjected to adequate control by the Security Council: a trend that culminates in the 2002 formulation by the United States President Bush, of *The National Security Strategy of the United States of America* – the theory of «pre-emptive» self-defence – confirmed in 2006 and slightly re-dimensioned in 2010⁵⁷. It was actually within the framework of the policy defined in the said document(s) that the leaders of two of the most solid and respectable democracies resorted to the series of *mesquin* tactics and lies, masterfully denounced by the regretted Thomas Franck, in order to

⁵⁴ L. GROSS, *The International Court of Justice and the United Nations, Recueil*, 1967-I, p. 403 (emphasis added); *Id.*, *Selected Essays on International Law and Organisation*, New York, 1993, p. 460.

⁵⁵ Even in the supposedly «integrating» – European context, the «Defense Community» never came into being.

⁵⁶ PICCHIO FORLATI, *supra*, note 49, pp. 52, 53.

⁵⁷ See M. ARCARI, *Legittima difesa e (inazione) del Consiglio di sicurezza della Nazioni Unite*, in A. LANCIOTTI and A. TANZI (eds.), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, pp. 69-74. As stressed by the author, the issue of «compétence de la compétence» under Article 51 was particularly stressed in the *Falklands* case (p. 55).

justify their premeditated aggression against Iraq on the pretext of the presence, in that country, of mass destruction weapons that were demonstrably inexistent⁵⁸. A host of international legal scholars⁵⁹ severely condemned, together with the breach of the Charter and general international law, the lack of any Security Council reaction to the aggression – a lack enhanced by the absence of any condemnation in the General Assembly of Bush's, Blair's (and accomplices') ruthless crime against peace and humanity. While a condemning joint declaration was issued by Russia, France and Germany, the only UN sign about that dramatic set of breaches of international law was a painfully reticent admission by Secretary-General Kofi Annan that a breach of the prohibition of the use of force had occurred⁶⁰. Vain reactions had come from the Troika of the Non-Aligned Movement against the United States President's announcement of the imminent military attack on Iraq⁶¹; later, when the action was in progress, from the League of Arab States requesting that the Arab Group at the UN call for an urgent meeting of the Security Council, with a view to the adoption of a decision to halt the aggression⁶². To my knowledge, no such call came about.

v) Prior and after the aggression against Iraq, the UN Security system proved to be inactive or inefficient in a number of other occasions that would have demanded intervention under Chapter VII. The crises in the Balkans and the Nato bombing on Yugoslavia⁶³, Al Qaeda's ter-

⁵⁸ T.M. FRANCK, *What Happens Now? The United Nations After Iraq*, *American Journal Int. Law*, 2003, p. 607 ff., esp. pp. 610-614. No one did better to describe in detail the premeditation and the gravity of the two leaders' and their advisers' crime; and to praise the few who clearly and openly resisted. The latter notably included the deputy legal adviser of the British Foreign Office: a worthy successor of the members of that legal department who had expressed themselves against the UK's and France's Suez intervention in 1956.

One must sadly mention, on the contrary, Berlusconi's servile, vainly masked adherence to the criminal action: he sent soldiers to fight in manifest breach of the Italian Constitution's Article 11, under an alleged questionable "non-belligerency" posture.

On the impact of Bush's and Blair's aggression see particularly P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e la degenerazione dell'unilateralismo*, *Rivista dir. int.*, 2003, pp. 329-393, esp. pp. 380-384; and ARCARI, *supra*, note 57, pp. 37-79.

⁵⁹ Particularly, to my knowledge, in Belgium and Italy.

⁶⁰ The weakness of the UN's reaction could not be better described than by the Secretary-General's reluctance, in the course of a BBC interview (16 Sept. 2004), to admit the action's patent illegality. The interviewer had to reiterate his question («was it illegal?») before Kofi Annan assented.

⁶¹ UN Gen. Ass. and Sec. Council, Doc A/58/68 and Doc. S/2003/357.

⁶² UN Sec. Council, Doc. S/2003/365.

⁶³ See E. SCISO (ed.), *L'intervento in Kosovo*, Milano, 2001. In that book, the use of force is severely condemned, in particular (together with the UN's inaction) by Professors Sciso, Palmisano, Marchisio and Pistoia.

rorism, the problems raised by the Arab revolutions have been or are still left in the hands of more or less arbitrary action by the Nato alliance or by single States or groups of States, the UN having little or nothing to say. Most egregious is the long-lasting, shameless failure of the UN system to intervene in the chronic Arab-Israeli conflict, in particular with regard to the implementation of resolution 242, the endless unilaterally decided settlements in Palestinian territory and the Wall construction condemned by an ICJ Advisory Opinion: inaction hardly attenuated by the General Assembly's votes in favour of Palestine becoming a non-Member Observer State⁶⁴.

The Security Council record after 1990 seems to be frequently questionable not only under the Charter's rules or principles but also, as rightly stressed by Paolo Picone, under important and even imperative rules of general international law⁶⁵.

While repeatedly failing to accomplish its statutory peace preservation tasks, the Council seems to prefer to act as a legislator or a judge without any attempt to justify its action except by questionably evoking threats or breaches of the peace that would only justify police action. In particular, it devotes preferably its attention to the – legally questionable – establishment of *ad hoc* international criminal tribunals. Much as the

⁶⁴ A. BERNARDINI, (O)NU *non deviate o Nato (e oltre): diritto o forza*, Teramo, 2002, speaks of the Security Council's failures as a sign of a «deviated» United Nations.

Considering, though, that the dramatic failures of the organisation in the proper maintenance of peace and security find their ultimate origin in the S. Francisco document itself, one wonders whether the deviation did not occur in the minds of the leaders to whose statesmanship, according, for instance, to BRIERLY, *supra*, note 52, pp. 45-46, incumbend the (admittedly tremendously hard) task to establish, if not a real world constitution, at least a less imperfect world organisation.

Incidentally, I fail to see in what sense Aldo Bernardini should have been «embarrassed» (PICONE, *supra*, note 58, p. 391 note 157), for adopting a more severe view than the stand taken by me with regard to the Security Council's peace and security (rather than judicial or legislative) functions (Picone's note, p. 155).

I still maintain the view that the Security Council's function remains, under existing Charter law, just the maintenance of peace and security – in full respect of general international law – and does not extend to the Council's action as a judge or as a law-maker. Regarding Paolo Picone's suggested remedy to the Council's failures, I am not convinced that any real verticalization of international law occurs whenever any State or States unilaterally resort to force («*uti universi*») against violations of *erga omnes* obligations. Those States operate illegally unless they act in demonstrable self-defence (Article 51) or on Security Council authorization under Chapter VII: and in either case under the effective monitoring of the Security Council. When the law is breached, the scholars' task should be, in my view, to assert and re-assert illegalities rather than exert their ingenuity in order to put questionable legal mantles over the law's violations.

⁶⁵ PICONE, *supra*, note 58.

latter bodies' activity may be morally and politically a positive one, the Council's practice in question denotes an inevitably selective judicial policy not compatible with a proper understanding of the fundamental principles of criminal law. The suspicion seems not to arise in the minds of the leaders of the Council's permanent members that a true and just international criminal law should be more appropriately and less selectively applied by a universally accepted ICC not subject to any control by the Security Council. It seems ironical that so much praise should be expressed by scholars for international criminal law and its implementation as to raise it to the level of a «couche [of international law] constituée du droit constitutionnel et administratif de la communauté composée des six milliards d'êtres humains»⁶⁶.

vi) So, the UN's record is hardly of a nature to justify the arbitrary, overemphasized fabulation, by political scientists, of a constitutional nature of the Charter or of the whole international law, accompanied by the assertion that State sovereignty is an overcome superstition⁶⁷. The arguments supporting the UN Charter's constitutionality appear rather otiose to any European witnessing with discomfort the inability of the EU member States to attain with the required urgency that really constitutional stage that so far has manifested itself only in the abortive, although utterly inadequate, allegedly «*constitutional treaty*». Pertinently Tommaso Padoa Schioppa referred to that «*treaty*» as «*Il cammello di Giscard*»⁶⁸.

In conclusion – due to the persistent members' sovereign independence – the UN remains and seems bound to remain no more than the (undoubtedly) useful instrument of multilateral diplomacy – and a meeting place for the member governments – as defined since the outset by Secretary General Dag Hammarskjöld⁶⁹. In that capacity, the UN has made most remarkable contributions to the advancement of international law (especially through the General Assembly and its subsidiary or *ad*

⁶⁶ SASSOLI, *supra*, note 25, pp. 791-792. I am not convinced by his «deux couches» theory (*infra*, para. 14 b)).

⁶⁷ With regard to the latter point, I confine myself to a reference to L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno, nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma, 2004. I find far more persuasive – not without reservations with regard to the concept's factual or legal nature – the opinions expressed by M. BETTATI, R. DE BOTTINI, R.-J. DUPUY, P. ISOART, J. RIDEAU, J.P. SORTAIS, J. TOUSCOZ and A.H. ZARB in R.J. DUPUY (eds.), *La souveraineté au XXème siècle*, Paris, 1971. Sovereignty (and I mean external sovereignty) is a factual situation of independence (however relative that situation may be); and it is surely not the object of an *octroi* by international law. On the distinction between limitations of freedom and limitation of sovereignty, cf. *supra*, para. 12, with note 41.

⁶⁸ *Corriere della Sera*, June 19, 2003.

⁶⁹ *Supra*, note 52.

hoc organs) in innumerable areas. Main examples are Human Rights, Self-Determination, Decolonisation, Codification of various fields of the law, etc. Despite any such advancements, however, no progress is perceptible in the direction of any federal or even confederal development – namely, of a constitutionalization trend – that would justify the recognition in the Charter of anything more than the constituent instrument of a strictly inter-State organisation, let alone the constitution of the society of States or of the universal community of mankind. The advancements achieved by States, in the above mentioned areas, through the UN or by UN recommended treaties or domestic legislation, consist mostly of what I call the (problematic) interindividual international law (para. 2 *supra* with note 4, and further references therein).

VII. *Conclusive Remarks*

14. *Summing up main divergencies*

I hope that the above pages contain a not too inadequate, if not exhaustive, answer to Charles Leben's welcome and stimulating *critique*. I hope, particularly, that in the preceding paragraphs I have made clear the impact of the States' international persons' factual nature (and their distinction from the respective municipal law *personnes morales*), upon a number of important issues of international law, including particularly the nature of the UN Charter.

As noted earlier, however, Charles Leben's views and mine differ for reasons that reside far beyond the concept of *personnes morales*, or even the State's uniqueness or duality – and even farther, of course, from the question of the nature of «State contracts». One essential divide resides in the fact that while Charles Leben belongs to the widespreading (and dominant) class of scholars I denominate «constitutionalists», I subscribed, and find nowadays even more reasons to subscribe – to Holland's *dictum* that «[t]he Law of Nations is *but private law writ large*»⁷⁰, and in the once well-known Heinrich Triepel's and Dionisio Anzilotti's

⁷⁰ T.E. HOLLAND, *Studies in International Law*, 1898, p. 152. He further explains: «It is an application to political communities of those legal ideas which were originally applied to the relations of individuals. Its leading distinctions are therefore naturally *those with which private law has long ago rendered us familiar*» (emphasis added). As noted in para. 13 *i*), however, it is, to be sure, a “private” law not surmounted or supported by a normative structure of public law.

I deem it useful to recall, although my view is less pessimistic, Vincenzo ARANGIO-RUIZ's (my father) opinion recalled in *Dualism Rev.* (note 4 *supra*), notes 96 (page 968) and 143 (page 999).

theory of the relationship between international law and municipal law: except for substituting, interindividual law for municipal law: the latter numerous legal orders being the main but not the only species of interindividual law⁷¹.

The comparison of my critic's position and mine calls for some specifications.

a) It is of course not for me to find (let alone tell) where the roots reside of Charles Leben's conception of international law. I only venture to guess – with all respect and subject to correction – that they can be traced to three factors. One factor is that the French internationalists are, so to speak, «recruited» by law faculties through the system that Paul Reuter once described to me. It is the «agrégation de droit public»: a system that while ensuring, no doubt, a broader and deeper vision of law in general to the teachers and their students (a decisive advantage, for example, over the Italian, perhaps too specific, recruiting system in force at my youth, in which the teaching of international law was perhaps exceedingly «specialized» and isolated), places the latter discipline too decisively, I submit, within the framework of the public law family, at the side of constitutional, administrative and related branches of (municipal) law. Hence, presumably, a certain *penchant* of French internationalists for a publicistic view of *droit des gens*. A second factor, not unrelated to the first, is the perceptibly considerable influence exercised on French internationalists by George Scelle's federalistic vision of international law in his masterly *Précis de Droit des Gens*⁷² and, more generally, by that Master's publicistic approach to international law⁷³. A third factor, also related to the other two, is, presumably, the impact exercised on the outlook of most internationalists (but perhaps particularly on Charles Leben's) by the impressive development of the *ratione materiae* scope of international regulation. Although he wisely warns his readers that a «clearer theoretical understanding of what constitutes true advancement in international law» (such understanding including particularly, I believe, a [proper] theory of what I call the States' international persons) «should give pause to both those who argue that hardly any progress has

⁷¹ *Infra*, sub-para. b) of the present paragraph; and *Dualism Revisited*, *supra* note 4, pp. 988-993, paras. 34 b)-36.

⁷² G. SCELLE, *La Doctrine de Duguit et les Fondements du Droit des Gens*, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1932, Paris; Id, *Précis de Droit des Gens*, Paris 1932-1934.

⁷³ An egregious example is G. SCELLE, *Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre*, *Revue gén. droit int. public*, 1954, pp. 5 ff. (cited and discussed also by SCHIFFERS, *The Legal Community of Mankind*, 1954, p. 260 ff.).

been made, and to those who are overly fanciful about progress»⁷⁴. Also in light of my eminent Friend's warning, I am unable to dismiss the impression that the internationalists I rightly or wrongly classify as «constitutionalists» are perhaps, in general, somewhat «overly fanciful» when they interpret the said developments as signs of a current... demise of the States' sovereignty and as steps in the direction of a publicistic tendency of international law to centralization. As rightly or wrongly I see it, the horizontal extension of international regulation to new subject-matters does not really bring about any verticalization of the existing inter-State system. I refer again to the concept of domestic jurisdiction briefly recalled⁷⁵.

For due respect, and for the sake of brevity, I dare not pursue any further the analysis of Professor Leben's views about a proper, balanced evaluation of the present stage of international law that would avoid both the extremes he prudently warns against. I confine myself briefly to indicate, for the purposes of the argument about the notion of the State's international persons (and the impact thereof for the proper understanding of the current stage of international law) my own position as it stands on the ground of dated works well-known to Professor Leben (adding perhaps a few additions or corrections).

b) As earlier pointed out, the present writer studied under the Italian school's Masters (Morelli, Perassi, Ago) adhering to, and developing, Triepel's and Anzilotti's dualist/pluralist outlook of the relationship among legal systems, notably international law and the several municipal systems: a relationship the treatment of which, regrettably, is becoming increasingly out of fashion in the recent literature⁷⁶. After initially trying

⁷⁴ Ch. LEBEN, *The Advancement*, *supra*, note 2, introduction.

⁷⁵ *Supra*, paras. 12, 13 (ii-vi) and subpara. (b) in the present paragraph.

⁷⁶ Remarkable exceptions are C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique: étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, 2001, and NIJMAN and NOLLKAEMPER (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007. A thorough study of the matter (esp., but not exclusively, with regard to the status of national law in international law) remains SANTULLI's impressive work.

As the present (dualist) writer sees it, while the status of international law in municipal law ultimately depends in principle upon the express or implied constitutional and/or legislative and jurisprudential choices of each one of the single municipal systems, the *status* of municipal law from the standpoint of international law and international tribunals, remains essentially that expressed in the following unequivocal (although frequently ignored, misunderstood or misrepresented) terms by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in 1926: «It might be asked whether a difficulty does not arise from the fact that the Court would have to deal with the Polish law of July 14th 1920. This, however, does not appear to be the case. From the stand point of International Law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in

simply to strengthen that theory – in vain, according to my American reviewer Joseph L. Kunz, the benevolent fustigator of dualists – with the

the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to *interpret the Polish law as such*; but there is nothing to prevent the Court giving judgment on the *question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention*» (Case of *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, judgment of 25 May 1926, p. 19, emphasis added). The same view was expressed in *Serbian Loans* (A, 20-21).

Confirmed by subsequent pronouncements of the same PCIJ and by its successor, the ICJ, this well-known dictum is not infrequently viewed with disfavour by writers who fail to see, under the spell of monist theories, that whenever some consideration of the municipal law of a State appears to be necessary in order to determine the conduct of that State for international legal purposes, that law is not called upon by the international tribunal to exercise a *normative* function with respect to the international issue or dispute it is called to decide, the latter issue or dispute remaining subject exclusively to international law. In other words, the consideration of the municipal law – even where it is improperly termed «application» – remains a part of the *quaestio facti*, the *quaestio iuris* to be dealt with by the tribunal under international law and the principle *iura novit curia*. It is essentially this point that K. MAREK misunderstands or neglects (*inter alia*) in her well-known *Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, *Revue générale de droit int. public*, 1962, p. 260 ff. Manifestly biased and erroneously argued, the latter article is thoroughly discussed by the present writer in *Dualism*, *supra*, note 4, para. 9, p. 931 ff., esp. note 39, pp. 932-935.

It is surprising that the entry on *International Law and Domestic (Municipal) Law* in the 2012 edition of the Max Planck *Encyclopaedia of Public International Law* (EPIL) does so little justice to the Hague Courts' position and its theoretical and practical significance (not without a hint at some undemonstrated influence – on the practically *unanimous* above-cited 1926 judgment – of such renowned authorities as Judges Huber and Anzilotti). Conversely, the cited entry highlights the very questionable Marek critique (in the entry's paras 9, and 28-40). The same entry refers, in para. 22, to Sir Gerald Fitzmaurice statement (really a *boutade*) that «the entire monist-dualist controversy is unreal, artificial and totally beside the point» (at 71 of his 1957 Hague Academy lectures) and reports Sir Gerald's view that there was no «common field in which the two legal orders under discussion both simultaneously have their sphere of activity» (*ibidem*), concluding that Sir Gerald's «appeal» has «struck a responsive chord even among modern writers outside the sphere of the common law». The entry mentions in that respect, in the same para. 22, a [Mosler's 1957] odd suggestion that «Instead of maintaining the dogmatic controversy [those modern writers] consider it more important to contribute to a solid foundation of international law as a legal order». Unless I am mistaken, Sir Gerald Fitzmaurice – whose view on dualism/monism is thoroughly discussed in *Dualism* (*supra*, note 4), para. 27, p. 975 ff., was really, as obvious in the very passage quoted in the EPIL entry (namely, *The General Principles of International Law*, *Recueil*, 1957-II, p. 71 (verbatim also reported in *Dualism*, p. 975), a *quite firm dualist*. That is the meaning of his contention that for international law and municipal law to be in a relationship of *coordination* or *subordination* [in either case a monistic relationship] they should be «applicable in the same field – that is to the same set of relations and transactions». As recalled in *Dualism*, pp. 957-958, Sir Gerald's (ultra) dualistic stand is stressed by him further on, where he shows his reluctance to depart from Kelsen (in note 1 of his page 79). For the picture to be less incomplete, *Dualism* (*supra*, note 4) also addresses the positions on the topic held by Oppenheim (1910) and Eisemann, quoted at pages 937-939 and 928 (note 31) respectively, while a

1951 work on international persons⁷⁷, I was led by further reading to deepen the scope of my study to what I thought should be a completion of the original dualist/pluralist doctrine. I tried to give adequate account – within the dualist framework – of the most significant developments undergone by international law after World War II. Considering that Triepel's and Anzilotti's had naturally not touched significantly upon such developments, I attempted to broaden the scope of the dualist/pluralist theory to the area of international organization, human rights and international criminal law. On the first matter, I extended the contractual concept of international organizations to the Charter, distinguishing, within the UN, the internal legal orders of UN bodies from the purely inter-State rules of the Charter, the former orders belonging, in my view, to what I call interindividual international law, evidently different, in constituency and structure, from the «private» nature of the Charter's strictly inter-State norms. As I see it, the law of human rights and international criminal law (together with the respectively relevant institutions) belong entirely, as well as Dekker's *Droit privé des peuples* and *lex mercatoria*, to the said interindividual international law, where the word international is used of course not as a synonym of inter-State⁷⁸.

15. *Different visions on the role of international law (in view of Thomas Lorimer's «ultimate solution»)*

I realize, on the other hand, and I believe my eminent Colleague will agree, that our divergencies go even further, beyond the specific question of the nature of the States' international persons and even its impact on the dualism/monism alternative and the various above-considered issues.

critical review is also addressed to Kelsen's positions, Jennings-Watts's and Partsch's, The essential points on Fitzmaurice's stand are dealt with above in the present note.

Considering the increasingly scarce attention and frequent misrepresentation of the dualist theory in the contemporary literature, *Dualism* also contains (paras 7-8, pp. 928-931), a reminder of H. Triepel's and D. Anzilotti's original formulations of that theory, including the list (note 36, p. 931) of the former author's accurately identified typologies of the international properly understood impact on municipal law. The same article explains the untenability of the monist theory (paras 5-6, pp. 918-927).

Kunz's *critique* of the present write's dualism is in the *American Journal of International Law*, 1957, p. 849, and (on *Gli Enti* and *Rapporti Contrattuali*) in *Oesterreichische Zeitschrift f. öff. Recht*, 1955, p. 105: about which see *Dualism Rev.* (note 4 *supra*), 910, 912.

It is regrettable that the above reviewed EPIL article on the subject should have appeared in an encyclopaedia produced in Heinrich Triepel's country.

⁷⁷ I refer to Charles Leben's own references to my works.

⁷⁸ Compare SASSOLI, *supra*, notes 25 and 66; *adde* references to interindividual international law in para. 2 with note 4.

Those divergencies relate to the role that international law – today’s international law – can be trusted to play in favouring, or even determining, the progress of the world toward the establishment of that integrated legal community on which mankind’s peace and prosperity ultimately depend. About that role, our views fundamentally differ.

My eminent French Colleague seems to believe, together with a host of «constitutionalists», that international law, thanks particularly to what he rightly sees as the post World War II «advancements», can be relied upon to turn itself, in the more or less long run, into an integrated, hopefully democratic, world federation or confederation.

On the contrary, the present writer, while confident that the post Second World War era has marked significant, though not entirely unquestionable, advancements of international law in some very important areas, remains unable to believe, mainly in light of the persistent factual nature of the States’ international persons and their persistent sovereignty’s impact, that it is not reasonable to expect that international law possesses the means to metamorphose into the legal community of mankind. The attainment of the latter ultimate end and the existence of international law are, in his view, reciprocally exclusive. More... drastic – I dare say (technically) «revolutionary» – steps should be taken by the world’s statesmen in order to break up the vicious circle alluded to in the opening sub-paragraph *i*) of para. 13.

This pessimistic view is not unrelated to the origin of international law as vividly illustrated by Giovanni Battaglini in the rich pages of his above-cited book⁷⁹. To put it bluntly, just as international law stemmed not from a decentralisation of the *civitas maxima* more or less effectively headed by Emperors and Popes, the birth of a world State, in any more or less distant future, would be not the result of a simple centralisation of international law itself⁸⁰. I am unable to believe, in other words, that the above-mentioned advancements, particularly the UN Charter, have introduced the constitutional developments that would supply international law with, so to speak, those «public law» features, the persistent lack of which justifies Thomas Erskine Holland’s above-mentioned *dictum* as I understand it⁸¹.

There is, though – I like to believe – one point of agreement between Charles Leben and the present writer: that a world federal union

⁷⁹ G. BATTAGLINI, *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, *supra*, note 1, pp. 5-15, 75 ff. and 135-152.

⁸⁰ ARANGIO-RUIZ, *L’Etat supra*, note 7, esp. pp. 337-348.

⁸¹ *Supra*, para. 13 *i*) and note 70.

is in any case the inevitable ultimate destiny of the human kind. Charles Leben's philosophical culture – far superior to mine – could surely help in exploring James Lorimer's thought about what the latter scholar called the «ultimate solution»⁸². Within that «solution», no «dual States» should survive.

⁸²J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations, a Treatise on the Juridical Relations of Separate political Communities*, Edinburgh, 1884; and ID., *Principes de Droit international*, French transl. by E. NYS, Bruxelles, 1885.

ALDO BERNARDINI

PRIMA TRACCIA DI RAGIONAMENTO
SUL TEMA DEL CONSOLIDAMENTO DEL FATTO
IN EFFETTIVITÀ PER IL DIRITTO INTERNAZIONALE
(IN PRIMIS, PROBLEMATICHE DEGLI INSORTI)

SOMMARIO: 1. Fattualità ed effettività ai fini del diritto internazionale. – 2. Gli insorti come figura specifica di soggetto internazionale alla stregua della concezione tradizionale. – 3. Normative internazionali relative al fenomeno degli insorti. – 4. Una concezione alternativa in tema di soggetti internazionali e il gioco «integrativo» della norma sull'uguaglianza sovrana degli Stati. – 5. Lo Stato come soggetto internazionale peculiarmente connotato – 6. Stato costituito e insorti – 7. Ente-soggetto e apparato organico: profili discretivi – 8. Questioni particolari: Cina ed ex-Jugoslavia.

1. *Fattualità ed effettività ai fini del diritto internazionale*

Si svolgono alcune iniziali, non definitive considerazioni sul tema dell'effettività per il diritto internazionale, come prima traccia provvisoria di un discorso meritevole di ben altra elaborazione e ricerca di prassi, giurisprudenza e dottrina.

L'effettività quale elemento portante del sistema giuridico internazionale, come espressione di un dato strutturale alla base di questo sistema normativo, non si esaurisce, o non si esaurisce sempre, secondo molto spesso invece si ritiene o si implica, nel mero puntuale fatto, nell'istantaneo realizzarsi di una situazione oggettiva concreta. Tale essa può qualche volta porsi, ma sovente si attua piuttosto come processo: ciò che non resta indifferente ai fini del diritto internazionale.

Una dialettica va infatti tenuta presente tra il fatto (nuovo), costitutivo, modificativo, estintivo di situazioni oggettive¹, e un'eventuale opposta pretesa, soprattutto concretantesi in azione, di resistenza e contrasto, giuridicamente fondata nell'ordinamento internazionale², o comunque

¹ Situazioni inerenti alla stessa esistenza di uno Stato, a sistemazioni territoriali, all'identificazione degli apparati degli enti indipendenti (Stati e altri), ecc.

² Manteniamo questa nozione come sinonimo di sistema normativo internazionale.

alla stregua di questo riconosciuta, che venga fatta valere – in base a modalità e con intensità diverse³ – da un avente titolo⁴ nei confronti di una o più parti contrapposte, portatrici della situazione nuova: pretesa e/o azione che, senza obliterare il fatto *in itinere* più o meno avanzato, lo connotano, escludendone – almeno sotto dati profili, sovente di significato determinante – una valenza assoluta, definitiva. Manca al fatto in casi del genere quella stabilizzazione, quel *consolidamento* che lo sottragga al gioco di un processo in atto indicantene la *precarietà* e dunque la *reversibilità* e che potrebbe comportarne la *reversione*⁵. Naturalmente, al rafforzarsi della tendenza, ad es. costitutiva, del fatto nuovo corrisponde un affievolimento di correlative situazioni oggettive contrapposte: ma solo la definitiva stabilizzazione delle nuove consolida, oltre che quelli costitutivi, fenomeni estintivi o modificativi delle preesistenti⁶.

Si può dunque distinguere tra mera *fattualità* ed *effettività* in senso pieno, realizzantesi, quest'ultima, con il *consolidamento* del fatto⁷. La distinzione riguarda in larga misura, oltre e più che quelli – siano o meno di rilievo internazionale – tra le parti contendenti o comunque contrapposte, i rapporti con i terzi Stati, i quali sotto il profilo almeno della *liceità* – se ne discorrerà più ampiamente – sono da essa condizionati. Perché, in pendenza di consolidamento della situazione nuova, quella preesistente facente capo ad un dato soggetto resta normalmente, nei confronti degli altri soggetti internazionali, tutelata, *sub specie* di liceità, da una norma internazionale generale, che – come citeremo – trova poi espressione esplicita, e sia pure in modo frantumato, nella Carta NU e, partendo dall'uguaglianza sovrana degli Stati, contempla il rispetto di in-

³ Con il conflitto armato, ma anche con attiva lotta politica, diplomatica ecc., protratta nel tempo, proteste e disconoscimenti ecc.

⁴ Stato costituito, Stato in tutto o in parte occupato, movimenti di liberazione nazionale e di autodeterminazione in senso anche solo sostanziale, ma rilevante per l'ordinamento (popoli sotto dominio coloniale).

⁵ Deve venire in gioco, nel contrasto al mutamento, una prospettiva non puramente velleitaria, bensì dotata di realistica potenzialità di successo o almeno di ostacolo. Non dovrebbe esservi bisogno di sottolineare che non si tratta qui della usuale storica modificabilità delle cose umane.

⁶ Per totale, definitivo, irretrattabile venir meno della pretesa e/o azione di resistenza, atti di riconoscimento, validi sotto ogni profilo, delle situazioni nuove da parte dell'avente titolo, ecc.

⁷ Come da premessa, non si ripercorre qui lo svolgimento della dottrina in tema di effettività. Si accenna solo che la distinzione in parola, per quanto ci risulta, è generalmente oggetto di cenni privi di svolgimenti e approfondimenti. Per parte nostra, la avevamo menzionata in A. BERNARDINI, *Diritto internazionale* (voce), in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Scienze politiche, Relazioni internazionali*, 1973, II, p. 151 ss. Si veda, per una chiara implicazione, R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁵, Napoli, 1968, p. 444: vi si parla del «requisito dell'effettività, nel quale è implicito un elemento di stabilità ed una prospettiva di permanenza».

dipendenza politica, integrità territoriale ecc. e il divieto di ingerenza dall'esterno.

Può peraltro certo constatarsi subito che anche al *fatto* non consolidato vengono spesso considerati ricollegati, da soggetti internazionali terzi, determinati effetti giuridici. Accade così non di rado che alla situazione *non consolidata* si considerino riconnessi da dati soggetti internazionali (per possibilità diremmo «materiale» o fattuale⁸) effetti quali (per intero o in parte) quelli usualmente conseguenti all'effettività (piena): con l'eventualità però almeno, si è appena avvertito, dell'*illiceità* se non altro nei confronti di un avente titolo, ma anche della caduta – in piena liceità – di quegli effetti in caso di reversione della situazione *in fieri*, pure comunque con l'opposta possibilità di sanatoria anche retroattiva nel caso inverso⁹.

Per meglio intendere: il detto processo non è disciplinato dal diritto internazionale (eccetto, secondo quanto vedremo, eventuali limitati aspetti), come da questo non è disciplinato in via generale tutto il profilo dell'effettività. Con la problematica qui sollevata si pone in evidenza come di frequente ci si trovi di fronte ad una processualità, alla stregua della quale il fatto nuovo non potrebbe senz'altro considerarsi definitivo. Con ciò si rimane comunque nella semplice rilevazione di dati di fatto, peraltro non sempre di agevole determinazione e suscettibili, nella vita delle relazioni internazionali, di esiti ed «utilizzazioni» diverse: se su un diverso livello, quello vero e proprio della valutazione giuridica (e torneremo su questo profilo), non fosse dato constatare l'esistenza della menzionata norma internazionale generale, che chiude il cerchio della questione. E cioè: è l'esistenza di questa norma che blocca, almeno limita, il gioco dell'effettività comunemente intesa (portando anzitutto a distinguere i due rilevati gradi¹⁰), perché un contrasto attivo e durevole di un

⁸ Questa possibilità «materiale» si può tradurre, ad es., nel considerare come soggetto internazionale un ente indipendente di fatto, ma in situazione non consolidata, quale quello costituito da insorti: a pena però di *illiceità* verso un avente titolo, lo Stato costituito (in questo caso, salvo e nei limiti in cui si realizzino determinate condizioni di diritto internazionale generale). A parte l'ultima notazione in tema di liceità, si tratta di un risultato che converge (sia pur non integralmente) con quello affermato da una teoria di decisiva importanza in tema di soggettività internazionale, quale quella di Arangio-Ruiz, di cui si discuterà appresso. Da notare comunque che la dottrina tradizionale si esprime in genere nel senso dell'assenza (o limitazione) della capacità giuridica degli enti così riferiti: in tale prospettiva resterebbe paralizzata la detta possibilità «materiale» o fattuale.

⁹ Questo come schema generale, che può subire varianti in base ad eventuali norme internazionali soprattutto generali.

¹⁰ La distinzione da semplice oggetto di rilevazione fattuale (in qualche modo di buon senso, che certo non è moneta corrente nelle relazioni internazionali) si rende elemento discriminante per l'individuazione della fattispecie della detta norma: fattispecie che si dà esclusivamente, ai fini della prevista tutela (delle situazioni nuove), in presenza di situazioni consolidate.

avente titolo su fondamento solido – è il punto centrale di queste pagine – porta a prevalenza, senza meno in una fase iniziale, la situazione preesistente: nel senso che, pur questa di fatto intaccata, risulta *vietato* a soggetti terzi, a pena di illiceità, di considerarla superata e sostituita dalla situazione nuova (se non eventualmente entro i ristretti limiti consentiti dal diritto internazionale).

Trattandosi di situazioni eminentemente dinamiche, la presa in considerazione del non consolidamento può, in pratica, avvenire secondo gradazioni diverse. Non potrebbe che essere massima in costanza di un conflitto armato in atto e delle sue immediate sequele, sfumerà nel contesto di situazioni storiche diverse che, in casi-limite, potrebbero protrarsi per lungo tempo, anche decenni (ad es., in caso di occupazione coloniale o straniera di un territorio). Sì da far apparire o da far considerare più facilmente, in quest'ultimo caso, la situazione di fatto *nuova* come stabile a fronte di quella che resta una contestazione sempre più solo politica e di principio, dunque ognora meno idonea a condizionare nella realtà la situazione (comunque per sé ancora solo fattuale) nuova. Con sempre maggior propensione di Stati terzi a trattare la situazione nuova come *effettiva* (nel senso pieno) e quindi a porre nell'oblio, pur in principio senza cancellarla, la questione della *liceità*. Ma certo senza illiceità da parte di quegli altri soggetti internazionali che sostenessero invece la *pretesa* contestativa perdurante con l'occhio alla situazione preesistente e quindi a non considerare effettiva (in senso pieno) la situazione nuova¹¹.

Questo è l'effetto della norma sull'uguaglianza sovrana ecc.: essa impone di dare rilievo al non consolidamento di una situazione nel segno della dovuta non ingerenza, del rispetto dell'indipendenza politica, integrità territoriale ecc. del soggetto (Stato) tutelato; d'altro canto esclude che la situazione di fatto nuova, per quanto, eventualmente in modo indebito, assimilata da soggetti terzi a situazione effettiva, come tale da essi trattata, *debba* venir così ritenuta da tutti: cosicché, si ripete, a suo pro non scatta la tutela della evocata norma internazionale generale e leciti

¹¹ Pensiamo al Kosovo, la cui separazione dalla Serbia è stata illecitamente riconosciuta da diversi Stati: gli Stati che sostengono le ragioni della Serbia non si limitano a negare il riconoscimento al preteso nuovo Stato, ma *lecitamente* non lo tengono affatto in considerazione quale Stato indipendente e sovrano. In questo caso si può certo procedere dal non consolidamento del distacco del Kosovo dalla Serbia: l'illiceità di tale distacco dà solido fondamento alla pretesa serba di reintegrazione. Si coglie l'occasione per precisare che in casi-limite può non venire in questione la violazione della norma sull'uguaglianza sovrana ecc. degli Stati, in quanto manchi uno Stato portatore della pretesa: ad es., per un territorio destinato all'autodeterminazione ma indebitamente detenuto da uno Stato. Si pensi alla situazione della Namibia prima dell'indipendenza o a quella di Gerusalemme-est occupata da Israele.

restano l'azione dell'avente titolo per il ripristino della situazione preesistente, come pure l'atteggiamento a ciò conforme di altri soggetti internazionali.

I processi in discussione, si è detto, non sono di regola per sé disciplinati dal diritto internazionale (generale), rientrano bensì nel regno del *presupposto*. A partire dai rapporti fra i confliggenti o comunque parti in antitesi, ma fundamentalmente per il rilievo nei confronti dei terzi: qui però, pur nel gioco del presupposto (situazione non consolidata, in ipotesi), potrà entrare in azione in senso permissivo il diritto internazionale sotto l'evocato profilo della liceità. Si danno infatti anche istituti giuridici, la cui disciplina, almeno secondo larga parte della dottrina, è delineata dal diritto internazionale (anzitutto generale) in relazione proprio alla situazione di non consolidamento, e dunque di precarietà¹².

Vicende di tal fatta risultano ovviamente collegate in particolare, pur se non imprescindibilmente, a conflitti armati in atto o alle loro sequele. Alla tematica degli insorti, prima di tutto. L'occupazione bellica o altre forme di occupazione e amministrazione di territori non propri ne è altra ipotesi di elezione, che in questa occasione tralasciamo di esaminare.

2. *Gli insorti come figura specifica di soggetto internazionale alla stregua della concezione tradizionale*

Il discorso vale quindi, e si tratta di un'ipotesi di particolare significato, a proposito dei conflitti interni (guerre civili, insurrezioni...), che assumono un peculiare rilievo per il diritto internazionale – secondo una concezione che direi classica – quando si realizzi la situazione del governo di fatto locale, quando cioè gli insorti, perdurando il conflitto, acquistano il controllo «esclusivo» di una parte di territorio (e di popolazione) di uno Stato costituito, incidendo sulla corrispondente situazione di questo. Si tratta, com'è chiaro, di situazioni solitamente non statiche, bensì mobili e quindi eventualmente relative a singole fasi del conflitto. Connaturata al fenomeno è una connotazione, come anticipato, di *precarietà*, se non altro perché intrinseca è la possibilità che l'insurrezione venga soppressa dallo Stato costituito, ma per contrapposto anche che, se vittoriosa, si realizzi il *consolidamento* della situazione stabilita dagli insorti, in concreto venendo così comunque meno tale figura, sempre alla stregua della configurazione classica, e sia pure secondo esiti differenziati.

All'affermarsi *in fatto* di una situazione *oggettiva nuova* (insorti con controllo territoriale) si contrappone una resistenza e vischiosità della si-

¹² V. nota 9.

tuazione *preesistente* (Stato costituito), in un contesto complessivo che potrebbe, si ripete, comportare il riassorbimento del nuovo nel preesistente. Di fronte allo schema generale sopra delineato, con questo di peculiare, e lo si è già adombrato: che mentre, in astratto, il diritto internazionale non «entra» nelle situazioni fattuali non consolidate, limitandosi principalmente alla salvaguardia – secondo parametri di liceità e sotto il profilo, fra l'altro, della tutela da ingerenze esterne, come ancora e meglio si svolgerà – della situazione oggettiva preesistente, si tratta invece, con gli insorti con controllo territoriale (si ripete, alla stregua della configurazione classica), di figura che *può* venir resa rilevante¹³ anche per il diritto internazionale generale, il quale in siffatta ipotesi «penetra» pertanto, con una sua speciale disciplina in materia, nella fase della fattualità non consolidata: quindi, per un possibile peculiare rilievo di diritto internazionale, in particolare per gli Stati terzi, appositamente dato al gioco del fatto non consolidato, in senso derogatorio dello schema generale¹⁴. Mentre normalmente dunque una situazione del genere, e cioè non consolidata, può comportare per gli Stati terzi problemi di *liceità* (verso lo Stato costituito o anche, aggiungiamo senza ulteriori svolgimenti, nel quadro di un'organizzazione internazionale competente), qualora al fatto non consolidato, e finché non consolidato, vengano collegate (da uno Stato terzo) le conseguenze, o parte di esse, riconducibili ad una situazione effettiva (in senso pieno), la previsione di diritto internazionale generale della figura degli insorti (con controllo territoriale), e lo si sta per svolgere nel prossimo paragrafo, attenua un tale esito, consentendo, per quel che riguarda essenzialmente gli Stati terzi e proprio nel senso della liceità, di collegare al fatto medesimo *determinati e limitati* (e solo tali) effetti, che tengano conto della situazione di fatto pur non consolidata. Ciò non sarebbe possibile senza questa disciplina speciale. Di minor rilievo per il diritto internazionale, in quanto «naturalmente» possibili comunque, secondo quel che si comprenderà, dati rapporti degli insorti con lo Stato costituito.

3. *Normative internazionali relative al fenomeno degli insorti*

Una normativa internazionale di carattere pattizio considera la figura degli insorti con controllo territoriale ma a fini ben precisi. Se si ri-

¹³ *Può*: per l'impostazione classica, attraverso il riconoscimento (considerato costitutivo) da parte dello Stato costituito e/o di Stati terzi.

¹⁴ Schema che resta convalidato proprio dall'eventuale possibile deroga per previsione normativa: ove questa non si dia, nessuna sia pur parziale e limitata deroga al divieto di ingerenza può sussistere.

tiene, come riteniamo, che il II Protocollo alle Convenzioni di Ginevra del 1949, adottato nel 1977 (e non importa se munito di poche ratifiche, ma comunque in vigore), relativo all'applicazione di specificate norme umanitarie ai «conflitti interni» (in concreto, quelli con insorti con controllo territoriale), si fonda ed anzi esprime «salvaguardia» di norme generali in materia o delle loro necessarie implicazioni, esso prima di tutto indica che gli insorti, persino con controllo territoriale, costituiscono problema di diritto interno dello Stato centrale costituito. Che resta, se non altro, tutelato dal divieto di ingerenza di Stati terzi. Il Protocollo dà rilievo al requisito del controllo territoriale da parte degli insorti ai soli fini della disciplina internazionale pattizia da esso stabilita (possibilità pratica dell'applicazione delle norme umanitarie ivi previste), ma mantenendo esplicitamente il carattere *interno* del conflitto (ciò che, per contrasto, risulta anche dalla parallela esistenza del I Protocollo, riguardante i conflitti di autodeterminazione, qualificati *tout court* come internazionali¹⁵). L'assetto normativo del II Protocollo riguarda, come proprio oggetto, il rapporto fra Stato centrale costituito e insorti in quanto soggetti *interni*: non prevede, a differenza del I Protocollo, un rapporto pattizio fra i confliggenti, solo stabilendo che l'obbligo dello Stato costituito, contraente del II Protocollo e naturalmente nei confronti degli altri Stati parti di questo, è condizionato al rispetto della prevista disciplina umanitaria da parte degli insorti¹⁶. Il II Protocollo, prima di tutto, nella sua sostanza, ha comunque cura di «esprimere» salvaguardia del diritto internazionale generale sul problema di fondo: riafferma la spettanza esclusiva allo Stato costituito del contrasto all'insurrezione e il divieto di intervento di Stati terzi (art. 3). Per essere precisi, è tale divieto il contenuto precettivo della norma generale «salvaguardata»: la spettanza esclusiva allo Stato costituito del contrasto all'insurrezione e quindi il carattere interno di questo non sono certo contenuto normativo della norma internazionale (quasi che il diritto internazionale attribuisca esso siffatto carattere e conferisca allo Stato costituito quella potestà), bensì dato di fatto presupposto dal diritto internazionale. La competenza esclusiva dello Stato costituito non è conferita dal diritto internazionale che la presuppone e la sancisce con i divieti della norma sull'uguaglianza degli Stati e i suoi corollari.

¹⁵ Secondo la concezione generale, che qui mutuiamo da Arangio-Ruiz, il diritto internazionale non attribuisce esso tale qualifica al conflitto di autodeterminazione: la implica in qualche modo, in quanto consente un'ampia incrinatura del principio di non ingerenza.

¹⁶ Non prendiamo in considerazione situazioni diverse (sommosse, ribellioni: art. 1, 2° comma, II Protocollo), né le differenziazioni fra insorti semplici e insorti belligeranti. Preme

Il pilastro fondamentale della disciplina in materia – che sta alla base dell'art. 3 del II Protocollo¹⁷ – è dunque la norma internazionale generale cogente (corrispondente essenzialmente all'art. 2, par. 1; 2, par. 4; nonché 2, par. 7, della Carta delle NU: tutela dell'uguaglianza sovrana, indipendenza politica, ecc... degli Stati¹⁸), che, per ciò che qui ci riguarda, protegge lo Stato centrale costituito, a fronte degli insorti anche con controllo territoriale, a pena di *illiceità* degli atti contrastanti di Stati terzi. Siamo in verità nello schema fondamentale del fenomeno complessivo in esame: se al fatto non consolidato (nel nostro caso, insorti con controllo territoriale) vengono da Stati terzi ricollegati – come è «materialmente» possibile a fronte di situazione sia pur precaria ma di fatto – effetti simili a quelli del fatto consolidato (cioè, effettivo in senso pieno), o anche effetti *minoris generis*, consegue la qualifica dell'illiceità, sotto il profilo dell'indebita intrusione ai danni dello Stato costituito.

Nella visione tradizionale, di cui si va dicendo e secondo quanto si è anticipato, vi è però qualcosa di più. Gli insorti con controllo territoriale, al di là di quel che risulta dal II Protocollo, sono considerati destinatari – così viene predicato nella dottrina prevalente – della norma internazionale generale *pacta sunt servanda*: questo in ragione della circostanza che, sia pur transitoriamente, vi è un potere esclusivo (in un determinato ambito territoriale e di popolazione) non subordinato in fatto a potere esterno. Una situazione analoga a quella dello Stato costituito (salvo – ma è decisivo – la precarietà).

invece sottolineare che non di insorti (né di ribelli) si tratta, bensì di *resistenti*, per le forze che si oppongono ad un'occupazione straniera in ipotesi totale, e ad un eventuale governo fantoccio in quest'ambito installato, soprattutto se si tratti di forze in continuità con il precedente governo «debellato». Qui in realtà la presa in conto del profilo del consolidamento, e della relativa assenza in caso di resistenza consistente, potrebbe giocare di brutto ai danni degli occupanti. Cfr. A. BERNARDINI, *Il terrorismo, quale terrorismo?, e il Consiglio di sicurezza delle NU*, in *Sanzioni «individuali» del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, a cura di F. Salerno, Padova, 2010, p. 3 ss.

¹⁷ Tale art. 3, intitolato al «non intervento», suona: «1. Nessuna disposizione del presente Protocollo potrà essere invocata per attentare alla sovranità di uno Stato o alla responsabilità del governo di mantenere o di ristabilire l'ordine pubblico nello Stato, o di difendere l'unità nazionale e l'integrità territoriale dello Stato con tutti i mezzi legittimi. – 2. Nessuna disposizione del presente Protocollo potrà essere invocata per giustificare un intervento, diretto o indiretto, quale che ne sia la ragione, in un conflitto armato o negli affari interni o esterni dell'Alta Parte contraente sul cui territorio avviene detto conflitto».

¹⁸ E si veda la dichiarazione dell'Assemblea generale delle NU 2625 (XXV) sulle relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati del 24 ottobre 1970 (cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of international Law*, Roma-Leyden, 1979). Categorica circa i principii qui sostenuti la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 27 giugno 1986 sull'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), in *JCJ Recueil*, 1986, p. 14 ss.

Dunque, la peculiare disciplina è in ragione del fatto che tali insorti figurano quale ente indipendente in fatto, che sempre in fatto intacca la sfera sovrana di uno Stato costituito (sia pur provvisoriamente, per carenza di consolidamento). Considereremo fra breve come un'impostazione alternativa presenta la questione. Nella visione tradizionale, alla cui stregua si procede, almeno in partenza, dal carattere di conflitto interno, proprio del conflitto insurrezionale (anche con controllo territoriale), il discorso va però precisato e meglio inteso: si tratta essenzialmente di spazi di *liceità*, del tutto limitati, che il diritto internazionale generale apre agli Stati terzi nei rapporti con gli insorti (con controllo territoriale). Il gioco della norma *pacta sunt servanda* – così come viene configurato, si vedrà, a favore degli insorti – non è in tale contesto a tutto campo, bensì opera (*utilmente*, potrebbe dirsi, per l'incombente gravame a titolo di illiceità¹⁹) solo ai limitati fini consentiti in proposito dal diritto internazionale generale.

Una più lucida considerazione ci spinge a «ricollocare la questione sui piedi»: si è implicato, in precedenti considerazioni generali, che un ente di fatto indipendente, pur non consolidato, è suscettibile («materialmente») di venir trattato come soggetto internazionale, inclusa la possibilità di accordi: il problema si sposta quindi sul profilo della liceità. Non viene allora in questione il gioco della norma *pacta sunt servanda* in sé, bensì, di fronte alla situazione contemplata dal diritto internazionale generale (insorti con controllo territoriale), si verifica un'apertura nel senso della liceità dell'accordo *limitato* (fra Stati terzi e insorti con controllo territoriale: riconoscimento come insorti)²⁰. Venendo quindi in essere accordi (esprimenti riconoscimento) con Stati terzi, si instaurerebbero fra i contraenti (Stati e insorti) limitati rapporti internazionali. In ragione, lo si è affermato, delle caratteristiche del fenomeno che, attraverso il controllo territoriale e di popolazione da parte degli insorti, si presentano simili (salva sempre appunto la precarietà) a quelle per tradizione riconosciute nello Stato, lo Stato che nella concezione classica costituisce la categoria centrale dei soggetti internazionali. Ecco dunque, secondo i più, una figura a sé e *sui generis* di soggetto internazionale (diversa dallo Stato), in quanto *precaria*. E cioè nel contesto di una situazione di fatto non consolidata. Nei rapporti con Stati terzi, ciò consente, sul piano della *liceità*, un'incrinatura del divieto di ingerenza, purché nei limiti pre-

¹⁹ Si è già notato che, secondo la dottrina tradizionale, nel caso degli insorti (come in generale per tutte le figure di non-Stati, di cui più avanti), emergerebbero soprattutto profili di carenza o limitazione di capacità giuridica degli enti implicati (cfr. nota 8).

²⁰ Per fini quali la tutela degli interessi dello Stato terzo nel territorio controllato dagli insorti o l'applicazione di norme del diritto bellico (neutralità).

visti dal diritto internazionale generale e in rapporto agli Stati terzi riconoscenti. E su ciò ancora più avanti.

Quanto allo Stato costituito, l'accordo con gli insorti (con controllo territoriale) potrebbe restare di diritto interno. O potrebbe, secondo una concezione di cui più avanti, eccezionalmente sfociare in un' «autolimitazione» dello Stato costituito, almeno parziale, nei confronti di quegli insorti, elevati allora a soggetto internazionale, sia pur precario²¹, per l'atteggiamento dello Stato costituito e relativamente a quest'ultimo.

4. *Una concezione alternativa in tema di soggetti internazionali e il gioco «integrativo» della norma sull'uguaglianza sovrana degli Stati*

Tutto questo viene contestato da una corrente di pensiero alternativa «realistica», che nega la possibilità di distinzioni essenziali nell'ambito dei soggetti internazionali («potenze»), in specie da parte di quell'autorevole dottrina più radicale (Arangio-Ruiz)²², che potremmo intitolare «teoria pura del soggetto internazionale»: l'ente costituito da un apparato indipendente («potenza») quale figura di soggetto internazionale indifferenziata e indifferenziabile (Stati e non-Stati²³), struttura di fatto presupposta, in nessun modo disciplinata all'interno dal diritto internazionale, con coincidenza senza residui fra apparato «organico» ed ente-soggetto internazionale: al di fuori di ogni rilievo, per l'identificazione del soggetto internazionale stesso, di elementi da considerarsi esterni (territorio, popolazione, ordinamento giuridico interno), quindi a netta differenza da concezioni tradizionali relative alla tematica dei soggetti internazionali. In questo contesto teorico, a proposito degli insorti, il connotato della precarietà perde di ogni rilievo. Nel quadro di tale visione alternativa in versione «radicale», è poi da menzionarsi sin d'ora, si

²¹ Dunque, come vedremo, quale soggetto per sé «relativo» solo allo Stato centrale costituito «riconoscente». Ma ne conseguirebbe l'effetto anche di escludere la responsabilità di questo per le attività compiute nel territorio controllato dagli insorti: A. VERDROSS, *Völkerrecht*, Wien, 1964, p. 205 ss. Ciò porterebbe ad un rilievo degli insorti anche per eventuali Stati terzi che facessero valere situazioni di responsabilità a loro carico. Ma questo implicherebbe riconoscimento da parte di tali Stati terzi.

²² Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951; ID., *Rapporti contrattuali fra Stati e organizzazione internazionale*, in *Archivio Serafini*, VIII, serie 6, 1-2, p. 7 ss.; ID., *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Camerino, 1954 sino a ID., *La persona internazionale dello Stato*, Torino, 2008 (oltre le altre opere dello stesso autore, citate e non in questo scritto); e si aggiunga QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁵, cit., p. 423 ss.

²³ Fra i non-Stati, Chiesa cattolica o Santa Sede, Ordine di Malta, insorti, movimenti di liberazione nazionale (autodeterminazione), governi in esilio, ecc.

dilegua anche il requisito del controllo territoriale e di popolazione da parte degli insorti.

Viene così meno, secondo l'impostazione in discorso e per ripeterci, ogni distinzione, quanto all'«essenza», fra soggetti internazionali, in particolare ogni rilievo «di fondo», per il diritto internazionale, della nozione di Stato. Conta l'apparato²⁴ *indipendente*, che costituisce l'ente soggetto in quanto «potenza»: tale, rispetto a poteri esterni, in riferimento ad una propria «sfera di azione», data anzitutto dalla propria organizzazione interna e dalle relazioni, per propri interessi, con altri soggetti internazionali, con altre «potenze».

Questa configurazione è in astratto, e comunque sotto decisivi profili, corretta – in modo assoluto per l'aspetto del soggetto internazionale quale ente di fatto, presupposto e non disciplinato nel suo interno dal diritto internazionale – nonché utilizzabile, anzi preziosa, come spiegazione chiarificatrice della fenomenologia della soggettività internazionale, quale si manifesta in tanti episodi della vita reale internazionale. Ma, per così dire, «prova troppo».

Non va perso di vista che, se l'indipendenza in rapporto ad una sfera d'azione²⁵ comprendente organizzazione interna e relazioni con altri soggetti, di cui si è parlato, è il requisito necessario e sufficiente, così sottolinea Arangio-Ruiz, per fare di un apparato un soggetto internazionale, esistono apparati che certo rispondono a quel requisito, ma lo vedono iscritto in una situazione più ampia e complessa: per la quale la sfera di azione, rispetto a cui si esercita l'indipendenza, va oltre, comprende – con l'occhio alla singola «potenza» di tal sorta – una cerchia (di potere e di imperio, cioè di sovranità interna, si può con tranquillità precisare), «materialmente» circoscritta, esclusiva ed escludente, rispetto ad analoghe cerchie proprie di altre similari «potenze». Ciò si può per ora portare a sintesi con l'utilizzo della nozione di comunità territoriale, e cioè territorio e popolo (cui può aggiungersi l'ordinamento giuridico interno originario). Si tratta dei classici elementi per tradizione considerati costitutivi dello Stato ma coerentemente espunti, quanto a siffatta supposta funzione²⁶, alla stregua della dottrina ora in parola, con riguardo al fondamento della soggettività internazionale: «redivivi» peraltro, da re-

²⁴ Organizzazione o apparato «governativo», dice G. ARANGIO-RUIZ: per tutti, cfr. *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, 1972, p. 45 ss. (ma non nel senso dell'esercizio di funzioni di governo, dal punto di vista del diritto internazionale).

²⁵ Desumiamo da considerazioni in ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 50.

²⁶ Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *L'état dans le sens du Droit des Gens et la notion du Droit international*, Bologna, 1975, p. 295: «Si donc les personnes "étatiques" apparaissent pourvues d'éléments additionnels par rapport aux entités "autres" ...».

cuperarsi cioè, per gli aspetti che si vanno qui considerando. Perché, di fronte a soggetti internazionali così muniti, e che sono poi gli Stati nel senso classico, si rilevano almeno due implicazioni: una «sostanziale», e cioè che una serie di enti predicati quali soggetti internazionali («potenze»), quelli ricompresi fra i non-Stati, appaiono, di regola, appunto «materialmente» inseriti nella sfera di azione e di imperio di una o più «potenze» Stati; l'altra «giuridica», nel senso che di fronte alla «potenza» Stato, e riteniamo solo di fronte ad essa, scatta l'operare della (già evocata) norma generale (cogente) sulla tutela dell'uguaglianza sovrana ecc. degli Stati.

Ciò comporta quanto segue: una situazione di indipendenza predicata per una qualunque «potenza» o «apparato», che si presenti destituita di ogni «appoggio» o base materiale in elementi sia pur ad essa esterni (sotto il profilo della raffigurata indipendenza), elementi che dovrebbero comunque essere distintivi ed «escludenti» rispetto a quelli invece propri di altri apparati («potenze»), può costituire il risultato di retrocessione o «ritiro» e astensione di tali altri apparati («potenze» più munite), nella cui «sfera di azione» quell'apparato, appunto predicato come indipendente, per sé «materialmente» rientra: ritiro costituente un'«autolimitazione», sia pure a volte determinata da oggettive o storiche situazioni forzose (ad es., insorti, ma non solo), da parte della «potenza», la cui «sfera di azione» e di imperio di conseguenza figura finalmente come intaccata (anche solo in via provvisoria e precaria, così nel caso degli insorti con controllo territoriale rispetto allo Stato costituito)²⁷. Si pensi a una *corporation*, a un'organizzazione mafiosa o ... all'Ordine di Malta²⁸. Se – volontariamente o forzatamente – una «potenza» (in modo specifico, uno Stato) rinuncia o si astiene dall'esercizio dei poteri sovrani, che pur «materialmente» avrebbe nei suoi confronti²⁹, quell'ente appare, anzi è, in fatto indipendente e viene trattato «alla pari» dalla «potenza»

²⁷ Si veda ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale*, cit., p. 39. La rinuncia cioè a condizionare dall'interno enti che «materialmente» sarebbero condizionabili: ARANGIO-RUIZ, *L'état* cit., p. 290: «Cette condition peut bien être déterminée... par le fait que l'ordre interindividuel dont ce conditionnement pourrait être effectué s'abstient simplement de l'exercer par nécessité ou par choix». Lo stesso autore evoca il caso di entità che possiedono i caratteri della «potenza» ma che non sono soggetti internazionali (ordine cavalleresco, grande sindacato, mafia, ecc.). L'esclusione di siffatte «potenze» dal campo del diritto internazionale sarebbe «question de milieu» (*op. cit.*, p. 291). In questi termini crudi, il discorso lascia perplessi.

²⁸ ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale*, cit., pp. 83 s., 92. Per parte nostra, A. BERNARDINI, *Ordine di Malta e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1967, p. 528 ss.

²⁹ Cosa diversa dal ritirarsi di uno Stato quanto alla sua sfera territoriale e di popolazione per consentire, nel «vuoto» così creatosi, il sorgere, ad es., di un nuovo Stato (Vaticano).

in questione ed eventualmente da altre «potenze» (cioè soggetti internazionali). Come soggetto internazionale, dunque.

La tesi di Arangio-Ruiz fornisce la spiegazione per situazioni del genere, presenti nella realtà, ma non esaurisce la questione. Essa funziona in un'ottica di relazioni internazionali, diciamo, «elementari», da «stato di natura», un ambito permeato dal rilievo della «relatività delle valutazioni giuridiche»³⁰, per cui un soggetto determinato, a fronte di un ente che appaia, o sia da esso delineato, come indipendente, lo tratta (lo può trattare) quale soggetto internazionale: l'Ordine di Malta o uno Stato fantoccio. Oppure un ente non consolidato (insorti). E così via. Salvi – è la nostra riserva – eventuali problemi di *liceità* nei rapporti con dati altri soggetti. E questo può poi venir fatto anche da altri soggetti: ma per converso è possibile che venga ignorato da ancora altri soggetti (in concreto, si capirà, essenzialmente Stati), i quali non ne prendano per nulla in conto la (da altri configurata) qualifica di soggetto internazionale. Qualifica che, nel quadro di questa ottica delle relazioni internazionali, si manifesta pertanto come *relativa*³¹.

³⁰ G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁶, Padova, 1963, p. 73 s., ma con estensione all'interno dell'ordinamento internazionale nel senso di raggruppamenti parziali di Stati, soprattutto per ambiti convenzionali, nei quali vigano valutazioni di conio «relativo», operanti solo per il gruppo parziale.

³¹ Un esempio che sembra di buona evidenza: nel quadro di un'occupazione del territorio di un dato Stato viene costituito un ente «autoctono» che, totalmente dipendente nella realtà dallo Stato occupante, va considerato uno Stato fantoccio. Ma la potenza occupante tende a farlo figurare come indipendente, e almeno in parte si «autolimita» in tal senso, trattando (essa e i suoi alleati) lo Stato fantoccio quale soggetto internazionale. Che tale appare solo per quel gruppo di Stati, non certo su un piano oggettivo ed *erga omnes*. In questo ordine di idee può darsi anche che l'«autolimitazione», nei confronti di un dato ente, da parte di uno o più Stati, sia più profonda e reale, sicché questo goda di una indipendenza fattuale più sostanziale: Ordine di Malta o più «auguste» figure. Ma sempre solo in rapporto agli Stati «autolimitantisi» o «riconoscenti». Va ricordato che, secondo ARANGIO-RUIZ (ad es., *Diritto internazionale*, cit., p. 262 ss.), si tratta invece sempre di personalità primaria, cioè *erga omnes*.

Parliamo di ottiche diverse: potremmo riferirci anche a differenti livelli normativi. Si pensi al caso di Taiwan (cfr. più avanti). Strutturalmente la situazione di Taiwan (salvo eventuali profili di Stato fantoccio) è quella di un ente indipendente munito dei caratteri della statualità. Molti Stati terzi considerano Taiwan in tal senso. È questa l'ottica che scaturisce immediatamente dalle concezioni di G. ARANGIO-RUIZ (si veda specificamente *La questione cinese*, in *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, I, 1957, p. 65 ss.). Ma è soluzione non «oggettiva», non valida *erga omnes*. Sotto questa diversa ottica, Taiwan è ente di fatto non consolidato (oltre che, forse non realmente indipendente) rispetto a cui si contrappone una valida pretesa attiva di reintegrazione da parte della Cina popolare (e di ciò in fine). Trattare Taiwan alla stregua di Stato indipendente costituisce *illicito* nei confronti della Cina popolare: l'ottemperanza al relativo precetto si concreta non nel semplice mancato (o ritirato) riconoscimento (diplomatico), bensì nella denegazione della qualità di Stato in Taiwan. E ciò è avvenuto proprio da parte degli Stati Uniti che di fronte all'intenzione di Taiwan di chiedere l'ammissione alle NU hanno emanato una dichiarazione del 19 giugno 2007, denegante la statualità di

Va preso atto che vi è però un'ulteriore ottica delle relazioni internazionali, da embrionale *pactum societatis* (espressione qui approssimativa), un'ottica concomitante – anzi, quella vera e propria delle valutazioni del diritto internazionale in quanto sistema normativo complessivo –, per la quale gli enti soggetti («potenze») sono tali non più in senso relativo, nei rapporti reciproci entro ambiti soggettivi limitati, ma vanno considerati nella loro valenza *erga omnes*. Segno distintivo: il corredo, o meno, della tutela dell'uguaglianza sovrana, indipendenza politica ecc.: dunque, la presenza – presupposta, questo resta vero, non regolata dal diritto internazionale – degli elementi che integrano la sfera di azione indipendente del soggetto nel senso da ultimo detto, proprio degli Stati³².

È giocoforza allora rimettere in campo la nozione di Stato. Il fenomeno che stiamo ora esaminando non pare possa verificarsi se non nel quadro di quelle «potenze», peculiarmente caratterizzate, che sono gli Stati. Sono questi a risultare muniti di una «sfera di azione», anzi può dirsi di imperio, a partire dalla quale, per la accennata «autolimitazione», possono figurare costituite anche «potenze» non-Stati: enti figuranti come indipendenti (di fatto ma non consolidati, o pure di altro genere) che si pongono – vengono posti – quali soggetti internazionali a fianco degli Stati, come insegna Arangio-Ruiz, ma certo nel quadro di peculiarità che vanno sottolineate. Senza valenza *erga omnes*, prima di tutto.

La rappresentazione in parola dei soggetti internazionali va al di là della tematica del consolidamento, che costituisce il nostro oggetto specifico. Ma la riguarda, in quanto l'ente non consolidato, così gli insorti, compare quale apparato indipendente e pertanto, secondo la tesi alternativa ora in discorso, sarebbe soggetto internazionale a pieno titolo³³. Alla stregua del ragionamento da ultimo seguito, viene peraltro da osservare che ciò è vero solo con riguardo agli Stati che assumano, nei confronti dell'ente non consolidato, l'atteggiamento consistente nel trattarlo quale soggetto internazionale, laddove – si è precisato – altri Stati potrebbero, certo lecitamente, ignorare il tutto (senz'altro a fronte del mancato riconoscimento degli insorti da parte dello Stato costituito). Questo che vuol dire?

Vuol dire che la posizione di Arangio-Ruiz, per ribadire un profilo già delineato, vale sotto una data ottica che, integrando quanto già enun-

Taiwan (cfr. B. CONFORTI - C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2010, pp. 31, 64). Proprio gli Stati Uniti, che sono all'origine (in modo illecito) del mancato ricongiungimento di Taiwan alla Cina di Pechino.

³² Attenzione: la presenza di questi elementi non opera a favore di enti non consolidati (insorti) o non realmente indipendenti (Stati fantoccio).

³³ Ed è comunque «materialmente» – peraltro illecitamente – trattabile da Stati terzi come soggetto internazionale anche a partire dalla concezione «classica».

ciato, potremmo dire del *Sein*: un ente di fatto indipendente, o posto in tale condizione per l'atteggiamento «concessivo» di altri soggetti, diviene suscettibile («materialmente», si diceva) di esser considerato come soggetto internazionale. Ma questo è vero anche per l'impostazione tradizionale, ad es. a proposito di un ente non consolidato (insorti). Tale impostazione tradizionale implica peraltro un'ulteriore dimensione: quella del *Sollen* (liceità)³⁴. L'impostazione alternativa non sembra invece curarsi di quest'ultima dimensione, per lo meno nel suo significato qualificante: non può peraltro eliminarla³⁵.

Se l'ente (apparato), per ribadire il nucleo sostanziale del discorso, è suscettibile di venir trattato da altri soggetti (in concreto, Stati), che assumano il corrispondente atteggiamento, quale soggetto internazionale (piano dell'*essere*), ciò può comportare conseguenze su un altro piano, quello del *dover essere*. Trattare come soggetto internazionale un ente che *figura* (o viene *raffigurato*) come indipendente può restare indifferente per il diritto internazionale, ma può invece anche essere *illecito* nei confronti di dati soggetti internazionali: questo ad es. in caso di pendente consolidamento, così nell'ipotesi di insorti anche con controllo territoriale (con l'attenuazione di cui si è parlato e ancora si parlerà) nei riguardi dello Stato costituito. Per converso, non trattare come soggetti internazionali gli enti in discorso è in principio assolutamente lecito. Sotto il profilo del *Sollen* (liceità) la distinzione fra Stati e non-Stati riprende dunque vigore.

Il risultato raggiunto (piena liceità di non considerare soggetti internazionali enti di fatto non consolidati, come pure peraltro enti, la cui indipendenza deriva comunque dall'«autolimitazione» di dati soggetti internazionali; eventuale illiceità, da parte di Stati terzi e sotto il profilo – quando si dia – dell'ingerenza indebita, del trattamento alla stregua di soggetto internazionale di enti nelle condizioni dette) vale, si direbbe (fino a prova contraria), per tutti gli esempi di non-Stati che Arangio-Ruiz porta in campo quali possibili soggetti internazionali³⁶. Altra è, dunque e conclusivamente, la situazione della figura «Stato».

³⁴ Si potrebbe anche ricorrere all'antitesi fra *Können* e *Dürfen* (*can* e *may*). Quell'antitesi risulta nominata da ARANGIO-RUIZ, *L'état*, cit., pp. 271 s., p. 403, in un senso forse più complesso di quello da noi applicato.

³⁵ Infatti ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale*, cit., p. 110, la adombra: sull'esito del conflitto civile «il diritto internazionale generale – *salva la tutela eventualmente prestata contro l'intervento dei terzi* (corsivo nostro) – non prende posizione». Viene pertanto evocato il divieto di intervento, ma a quanto pare senza ulteriori sviluppi o implicazioni.

³⁶ Un caso peculiare è quello dei «governi in esilio». Questi, più che enti a sé, possono apparire i perduranti apparati costituenti l'ente preesistente (ad es., Stato) in condizione di occupazione soprattutto in costanza del conflitto, quindi in situazione di non consolidamento.

Il discrimine funziona per tutti gli enti, pur considerati o considerabili entro certi ambiti come indipendenti, che non sono assistiti dalla norma ripetutamente evocata, la quale, riguardo agli Stati, tutela la sovrana uguaglianza di questi e la loro indipendenza politica ecc. con il divieto dell'ingerenza nei fatti interni: una categoria dunque non eliminabile nella sua specificità ad un livello «non elementare» delle relazioni internazionali. È difficile pensare che enti *indipendenti* diversi dalla classica figura dello Stato godano della detta tutela: la quale pertanto, si ribadisce, rimette in gioco, almeno sul piano del dover essere, dell'illiceità di comportamenti avversi, la categoria dello Stato. Nei confronti di un ente così tutelato è, ad es., illecito quello che è astrattamente possibile sul piano del *Sein*, cioè trattare quale soggetto internazionale un ente, pur indipendente in fatto, ma in situazione non consolidata, come gli insorti (con controllo territoriale e salva l'attenuazione di diritto positivo evocata).

Una considerazione: quello del *Sollen* è il vero piano del diritto internazionale. La cruda situazione di indipendenza fattuale, munita o meno delle caratteristiche dello Stato, è parte di quel regno del *presupposto* che il diritto internazionale in principio non disciplina normativamente, ma prende in considerazione per la propria disciplina, che è, a ben vedere, appunto quella alla stregua del lecito o dell'illecito.

5. *Lo Stato come soggetto internazionale peculiarmente connotato*

Resta da meglio precisare quale situazione concreti la figura del soggetto internazionale assistito senza dubbio dalla norma sull'uguaglianza sovrana ecc., cioè lo Stato. Figura che risulta presa in considerazione da varie norme internazionali vigenti e non può venire annegata in un «incognito indistinto»: salva naturalmente la permanente validità della sufficienza del requisito dell'indipendenza dell'apparato ai fini della soggettività internazionale di un ente in un'ottica elementare e «relativistica» della vita internazionale. Ma la presenza dell'elemento della sovranità (interna), anch'esso come elemento di fatto presupposto – nel senso di preso in conto, quando vi sia – dal diritto internazionale e costituito dall'incremento fondamentale della sfera esclusiva di azione indipendente di un ente soggetto attraverso gli elementi «materiali» del territorio e della popolazione (e di un proprio ordinamento giuridico originario) – e naturalmente va aggiunto: in una situazione di consolidamento – consente di enucleare la categoria «principe» dei soggetti internazionali *erga omnes*, quella degli Stati.

Si tratta di rimettere in gioco, sia pure quali *presupposti*, e non costitutivi della soggettività, elementi (popolo, territorio...) che la «teoria

pura dei soggetti internazionali», invece, inesorabilmente tende a rendere marginali. Con qualche forzatura da parte di tale teoria pura, parrebbe, se si esce dalla astratta raffigurazione dei soggetti internazionali secondo una *reductio ad unum*, tipica della stessa «teoria pura», e quindi dalla pur in astratto corretta soluzione meramente formale e quasi di minimo comune denominatore tra le possibili figure di soggetti internazionali: ché l'indipendenza si configura pur sempre – e vi si deve insistere – rispetto ad un'esclusiva sfera di azione, la quale – con l'occhio a quelli che indichiamo come soggetti internazionali *erga omnes* – si rivela come *autocentrata*, non risultante dalla prima evocata «autolimitazione» di un soggetto (in concreto, uno Stato) rispetto ad un ente «materialmente» collocato entro tale sfera. E dunque segnata – per la maggior parte, e soprattutto la parte fondamentale ed emblematica, dei soggetti internazionali, gli Stati – appunto da popolo, territorio (e ordinamento giuridico)³⁷.

Solo la presenza di questi elementi consente di verificare l'esistenza della caratteristica essenziale di una «oggettiva» soggettività internazionale che è data dalla valenza *erga omnes*. Che si dà anche in uno Stato non riconosciuto da alcun altro soggetto internazionale: la sua esistenza effettiva (ovviamente, in quanto consolidata) fa scattare anche a suo pro (e nei confronti di tutti gli altri soggetti internazionali) le norme generali, a cominciare dal rispetto dell'uguaglianza sovrana e dunque dell'indipendenza politica, divieto di ingerenza, ecc.³⁸ La di continuo menzionata norma della Carta delle NU (art. 2, par. 1; 2, par. 4; 2, par. 7), ma di diritto generale, porta quindi a distinzione la categoria dello Stato come ente *indipendente e sovrano*. Un'endiadi significativa ad integrazione della mera indipendenza quale caratteristica del generico soggetto internazionale, come individuata da Arangio-Ruiz (e sempre valida, è bene confermare, secondo l'ottica appropriata). Un'endiadi che connota una

³⁷ Rispetto ai quali viene in evidenza la nozione della sovranità (interna).

Ciò non significa rifiuto del fondamento della «teoria pura del soggetto internazionale», perché gli elementi indicati restano esterni al soggetto, di questo sono solo eventuali presupposti. In altre ipotesi di soggetti internazionali la sfera esclusiva di propria attività indipendente potrebbe venire individuata attraverso elementi diversi rispetto a territorio, popolazione, ecc. Ma difficilmente si sfuggirebbe alla già svolta considerazione che, nella sostanza, verrebbe piuttosto in gioco, rispetto a tale ente, una retrocessione di uno o più Stati. Per cui questi soggetti opererebbero come tali, in dati ambiti, ma sarebbero pur sempre soggetti «relativi» (non *erga omnes*).

³⁸ Cosa che non potrebbe affermarsi per i soggetti internazionali «non-Stati» (forse con eccezione per i governi in esilio, almeno sulla base del non consolidamento dell'occupazione straniera dei relativi Stati: cfr. nota 17). Perfino la Chiesa cattolica o Santa Sede – priva dello Stato pontificio o, ora, in ipotesi, della Città del Vaticano – potrebbe venir ignorata come soggetto internazionale da un determinato Stato, che non compirebbe con ciò alcun illecito internazionale.

situazione tutelata dal diritto internazionale generale (e dalla Carta delle NU) nel senso detto, nel senso che anche lo Stato non riconosciuto non può, sotto il profilo della liceità, venir colpito in quelle situazioni giuridiche soggettive fondamentali, che nella loro sostanza affondano nel tessuto costituito dagli elementi-base sui quali si esercita l'azione (e l'imperio-sovrantà) dell'ente-apparato. Tutto ciò non esiste, e comunque non ha peculiare rilievo, per i soggetti non-Stati: e pertanto vale anche per enti non consolidati (insorti). In principio, quindi, il trattamento di questi alla stregua di soggetti, possibile senza problemi residui nella concezione alternativa di Arangio-Ruiz, sarebbe *illicito* nei confronti del soggetto costituito, salve le eventuali attenuazioni di diritto positivo.

In quest'ordine di idee tornerebbe in gioco, a certi fini, ben lo si comprenderà, la pure espunta immedesimazione-distinzione fra apparato (organo) ed ente-soggetto.

Torniamo alla problematica degli insorti. Le condizioni di fluidità fra contrastanti posizioni oggettive, nei processi cui si va accennando, non potrebbero in definitiva ritenersi decifrabili in modo completo e preciso con il contrapporre, ad es., i confliggenti (Stato costituito, o quantomeno suo apparato, ed insorti) quali figure concretanti due enti distinti ed egualmente definitivi, due soggetti internazionali a pari titolo. Degradandosi quindi uno dei termini, quello, ad es., in via di (ipotetica) dissolvenza o comunque *diminutio*, lo Stato costituito, ed esaltandosi correlativamente quello in via di (ipotetica) costituzione, gli insorti – come si ricorda, entro un quadro di possibile reversibilità: senza dunque conto dei presupposti (territorio, popolazione...) che per l'ente (anzi, ma, e questo è decisivo, in modo e con valenza diversi per i due enti contrapposti), segnano i cardini e limiti, e i caratteri, della sfera (delle rispettive sfere) di imperio e di esplicazione dell'attività di potenza.

6. *Stato costituito e insorti*

Restiamo allora nel quadro dell'impostazione tradizionale (insorti con controllo del territorio e rilevanza della precarietà). Quell'evento rilevante, l'instaurazione del governo di fatto locale, pur non consolidato, viene per lo più considerato origine di un ente (del quale il vertice o meglio l'apparato degli insorti è organo esponenziale) appunto di carattere precario, pertanto distinto e diverso dalla figura dello Stato centrale costituito, un ente di cui si predica la soggettività internazionale su dati presupposti e, a parere di molti almeno, entro determinati limiti e direzione (si richiamano qui le precisazioni date in precedenza). Ciò è possibile ve-

rificarsi anzitutto secondo lo schema del ritiro o retrocessione («autolimitazione») di un potere sovrano, ad es., dello Stato costituito, nei confronti degli insorti (con controllo territoriale), schema che può venir attuato anche a fronte di situazioni non consolidate. Così per l'applicazione del diritto internazionale bellico ed umanitario nel conflitto civile (questo rapporto potrebbe peraltro pure costruirsi come di diritto interno dello Stato costituito). Ma l'aspetto di maggior rilievo è che gli Stati terzi – che alla stregua della situazione «elementare» delineata da Arangio-Ruiz potrebbero considerare l'ente sia pur non consolidato come indipendente in fatto (quindi, anche a tutti gli effetti), cadendo però nell'*illiceità* nei riguardi dello Stato costituito, aspetto cui peraltro, – come già apprezzato e salvo errore –, non figura dato rilievo «qualificante» nella visione di Arangio-Ruiz – sono posti dal diritto internazionale generale nella possibilità (sotto il profilo della liceità) di instaurare rapporti (paritari, quindi internazionali) con l'ente non consolidato: vale a dire, per attenuazione del divieto generale sul piano della liceità, ma solo ai fini *limitati* previsti (interessi dello Stato terzo nel territorio controllato dagli insorti, norme di diritto bellico e neutralità).

Va a questo punto ripreso il discorso del rapporto di immedesimazione-distinzione fra ente-soggetto ed apparato (organo): dileguantesi nell'impostazione alternativa di Arangio-Ruiz, permette nel quadro della posizione classica – anche con riguardo agli insorti – di discernere (concettualmente, pur nella quasi costante pratica coincidenza) fra l'apparato (indipendente) che pone in essere attività giuridicamente rilevanti sul piano internazionale ed entità (soggetto) cui gli effetti giuridici di quell'attività, le situazioni giuridiche soggettive, risultano attribuiti: un risultato, quest'ultimo, che può restare indipendente dalle vicende dell'apparato, quali un suo mutamento (di composizione) o il suo trasformarsi (ad es. con subentro al vecchio apparato generale di uno in precedenza locale: a parte poi le almeno parziali differenze e peculiarità in caso di rivoluzione).

La sfera di imperio e attività esclusiva, per quanto concerne la figura normale ed emblematica, lo Stato, viene segnata (anche e peculiarmente) dai già spesso nominati tradizionali elementi, se non certo costitutivi, peraltro *distintivi*, in sé presupposti, quando esistenti: popolo, territorio, ordinamento giuridico interno. E cioè la comunità territoriale, lo Stato-comunità, l'entità storico-politica di Morelli³⁹. Questi forniscono i paletti,

³⁹ Cfr. MORELLI, *op. cit.*, p. 138. Per casi diversi di soggetti internazionali (ad es. Santa Sede), ma con molta problematicità, la sfera esclusiva di attività, sempre presupposta dal diritto internazionale, potrebbe essere individuata e connotata diversamente, come già accennato. Ma non sarebbe «autocentrata» e dunque pienamente tutelata.

almeno alcuni determinanti, per l'esplicazione della sovranità e quindi quelli fondamentali per l'identità-continuità dell'ente Stato, dunque almeno di larga parte delle situazioni giuridiche soggettive attribuite, nonché, in principio, i normali confini (esterni) dell'eventuale conflitto provocato dagli insorti in quanto conflitto interno. Territorio e popolo non sono semplicemente oggetto di diritti ed obblighi e facoltà (internazionali) degli Stati, bensì – nel caso di questi – sostanza e campo principale dell'indipendenza: il che è vero per ogni soggetto internazionale *erga omnes*. L'apparato indipendente trova nella comunità storico-politica, su cui esercita la sovranità, l'elemento discrezionale rispetto ai consimili apparati (Stati) e dunque l'elemento di identità o di eventuale continuità sostanziale (successione) nel corso delle vicende storiche. Se di solito il discorso in proposito può mantenersi al livello dell'apparato centrale (nel caso di insurrezione finalmente vittoriosa a livello centrale usa dirsi – così l'impostazione alternativa di Arangio-Ruiz – che l'apparato di governo di fatto locale, se tale sia il caso, si integra nella struttura centrale precedente, e quindi non porta a modifica del soggetto internazionale Stato nella sua individualità e identità: ciò che può apparire tirato per i capelli, se l'apparato è della soggettività internazionale il pilone portante), il discorso medesimo non si mostra sostenibile in caso di mutamento rivoluzionario, su cui ancora più avanti: non vi è più identità (non di apparato, ma neppure di soggetto internazionale), bensì si afferma una continuità sostanziale del *nuovo* ente rivoluzionario rispetto all'ente Stato precedente, la quale, accanto alle importanti innegabili modifiche, si costruisce come successione, ma si ancora e si individua attraverso la comunità storico-politica sottostante.

Per intendere l'importanza dei detti elementi materiali: non è casuale che, nell'impostazione classica, la (eventuale) soggettività internazionale (relativa) degli insorti sia legata ad un controllo territoriale. E neppure che la Santa Sede, la cui millenaria saggezza è indiscutibile, abbia nel 1929 preteso ed ottenuto l'attribuzione di un territorio e correlata popolazione, sia pur esigui: con la formazione dello Stato della Città del Vaticano, soggetto internazionale *erga omnes* (che ci si riferisca alla Santa Sede, o meno frequentemente alla Chiesa cattolica, non è rilevante, in presenza di un ente di tipo statale come può considerarsi la Città del Vaticano)⁴⁰.

⁴⁰ Citiamo dal Trattato del Laterano dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia gli stralci pertinenti del Preambolo: «Premesso che la Santa Sede e l'Italia hanno riconosciuto la convenienza di eliminare ogni ragione di dissidio fra loro esistente, con l'addivenire ad una sistemazione definitiva dei reciproci rapporti, che sia conforme a giustizia ed alla dignità delle due alte parti e che assicurando alla Santa Sede in modo stabile una condizione di fatto e di di-

L'ente complessivo (lo Stato costituito), pur se intaccato dal *fatto* (non consolidato) posto in essere dagli insorti con controllo territoriale, e pertanto dal relativo ente (precario), permane pur sempre, quanto al suo campo di azione, benché solo potenzialmente nella parte in concreto intaccata, lo Stato centrale costituito (al tempo stesso, in principio, tale campo è corrispondente a quello – potenziale – massimo degli insorti). L'apparato indipendente ed autoorganizzato costituisce l'ente e vi si immedesima, e questo è vero anche in caso di situazione precaria (insorti): ma il costituirsi dell'ente precario, nella fase di non consolidamento, non fa venir meno l'integrità *giuridica* interna, internazionalmente presupposta (bensì la intacca, per ripetersi, solo *di fatto*), dello Stato centrale costituito: nel senso che vi «ritaglia» la sfera precaria di «azione» degli insorti, la quale non cancella ma si sovrappone a quella dello Stato centrale, con questa convivendo, e sia pur praticamente almeno a momenti prevalendo, secondo un criterio di realtà, ma in principio a fini limitati. Non vi è dubbio che non solo lo Stato centrale, ma neppure gli Stati terzi, non siano tenuti a riconoscere la sfera di «potenza» degli insorti con controllo territoriale: qualora riconoscano questi, ciò potrà (*sub specie* di liceità) riguardare la relativa sfera (precaria) di «potenza» sempre solo entro limiti precisi, non a fini totalizzanti ed esclusivi in cancellazione dello Stato centrale. Certo, la visione alternativa argomenta che tutto questo non tocca l'apparato degli insorti, unico elemento costitutivo, per tale visione, della loro soggettività internazionale, ma il discorso si ripresenta per le situazioni giuridiche soggettive relative al territorio e alla popolazione, che restano comunque, fino all'eventuale consolidamento, territorio e popolazione dello Stato costituito, solo di fatto in provvisoria e limitata gestione aliena.

La situazione di fatto *precaria* (fattualità, non effettività) del controllo territoriale e di popolazione – secondo l'impostazione tradizionale – implica la non alterazione del carattere fondamentale interno del conflitto, che si svolge nell'ambito della sovranità dello Stato centrale costituito, solo limitata in fatto. La pretesa (di diritto interno ma «rispettata» o presupposta dal diritto internazionale come libertà di fatto), volta al ripristino integrale della sovranità dello Stato centrale, resta intatta,

ritto la quale le garantisca l'assoluta indipendenza per l'adempimento della sua alta missione nel mondo, consenta alla Santa Sede stessa di riconoscere composta in modo definitivo ed irrevocabile la «Questione Romana» sorta nel 1870 con l'annessione di Roma al Regno d'Italia sotto la dinastia di Casa Savoia; – che dovendosi, *per assicurare alla Santa Sede l'assoluta e visibile indipendenza, garantirle una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale, si è ravvisata la necessità di costituire, con particolari modalità, la «Città del Vaticano», riconoscendo sulla medesima alla Santa Sede la piena proprietà e l'esclusiva ed assoluta potestà e giurisdizione sovrana* (corsivi nostri)...». Discorso superfluo o invece indicazione essenziale?

perdurando il conflitto, e l'ente di fatto «locale» – a parte per certe differenze il caso eccezionale dell'autodeterminazione sulla base dei relativi requisiti, un fenomeno che qui non si porta a discussione⁴¹ – non riceve per sé rilevanza di carattere «materiale» e quindi tutela alcuna all'esterno, nell'ordinamento internazionale, vigendo in questo invece la tutela dello Stato costituito attraverso il permanente divieto (oggi di *ius cogens*), per gli Stati terzi, dell'ingerenza nei fatti interni e, più ampiamente, l'obbligo di rispetto dell'indipendenza politica e integrità e della funzione esclusiva di governo dello Stato costituito (riguardo alla propria sfera sovrana).

Sempre secondo l'impostazione tradizionale, il controllo territoriale di fatto (precario) degli insorti – lo abbiamo tanto ripetuto – costituisce però la base (rilevanza «strumentale»), come viene espresso da tale impostazione, per possibili accordi degli insorti medesimi – per destinatarietà quindi, come viene detto, della norma *pacta sunt servanda* – anzitutto con lo Stato centrale (essenzialmente sull'applicazione del diritto bellico e umanitario): una base che peraltro potrebbe invece ravvisarsi anche nel diritto interno di quest'ultimo; o con Stati terzi, per limitata deroga consuetudinaria, come sappiamo, in forza di anche impliciti riconoscimenti, al divieto di ingerenza, con la finalità della cura degli interessi degli Stati terzi nel territorio controllato dagli insorti e per almeno parziale applicazione del diritto bellico (ad es., della neutralità). Ciò che però, secondo classiche impostazioni, limiterebbe solo in parte la preferenza e dunque la continuità dei rapporti degli Stati terzi con lo Stato centrale costituito⁴². In questi casi, il conflitto interno acquista solo un limitato rilievo internazionale. È opportuno qui far cenno che, per evidenti ragioni politiche, la prassi internazionale in materia mostra incertezze ed opacità, connesse poi anche con la diversa concezione ritenuta a base del fenomeno (impostazione tradizionale o invece alternativa).

In sintesi, ancora: secondo l'impostazione tradizionale il fatto «non consolidato», cioè in via di realizzazione in un quadro di contestazione attiva e quindi in quanto fatto non irreversibile, non integra la situazione di *effettività* postulata in via generale dalle norme internazionali (gli in-

⁴¹ A parte le ipotesi in assenza di Stato costituito o in caso di entità non consolidate, la specifica norma internazionale «eccezionale» sull'autodeterminazione, a fronte di Stati costituiti, presuppone condizioni di discriminazione di tipo coloniale o assimilabile nell'ambito della popolazione soggetta alla sovranità di un dato Stato. Cfr. A. BERNARDINI, *Autodeterminazione e sovranità: un ragionamento critico*, prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 1998-99, Università di Teramo, 2000; ID., *La Jugoslavia assassinata*, Napoli, 2005. Ma è proprio il discrimine tra il fenomeno degli insorti e quello del conflitto di autodeterminazione a dar conferma del nostro discorso: per il diverso rilievo del divieto di ingerenza.

⁴² Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006, p. 319 ss.

sorti con controllo territoriale non sono Stati); al tempo stesso il divieto di ingerenza nei fatti interni dello Stato costituito esclude in principio, almeno sotto il profilo della liceità, le attività di Stati terzi nei rapporti con gli insorti (e resta vietato l'intervento nel conflitto interno, a cominciare da quello militare⁴³). Ma, come ormai possiamo ben accettare, una norma internazionale consuetudinaria apre un varco limitato, che senza alterare il complessivo carattere interno del conflitto, fornisce ai soggetti interessati (più che all'ente di fatto precario, gli insorti cioè, agli Stati terzi), la possibilità di concludere *lecitamente* accordi entro limiti precisi, consoni appunto con il carattere precario dell'ente (i limiti cui si è accennato). Accordi con gli insorti eccedenti tali limiti sarebbero in principio illeciti per gli Stati terzi (nei confronti dello Stato costituito).

L'istituto degli insorti costituisce dunque, alla stregua di questa impostazione, un esempio di rappresentazione plastica, eventualmente resa rilevante in questo caso per il diritto internazionale, della necessaria distinzione tra mera fattualità ed effettività (consolidata). Non semplicemente due «potenze» (due enti) indipendenti e sullo stesso piano, ma da un canto lo Stato costituito come ente indipendente e sovrano con riferimento alla propria sfera di azione designata (anche) da territorio, popolo, ordinamento interno quali elementi presupposti e, come detto, considerati dal diritto internazionale nella loro integrità (solo limitati in fatto) e dall'altro canto l'ente precario sui relativi presupposti (territorio e popolazione controllati in fatto) non definitivi, non *effettivamente* ma solo *fattualmente* identificabili in quanto reversibili e in via provvisoria «ritagliati», ma per aspetti limitati e senza eliminarlo, dallo spazio dello Stato costituito. Così che – salvo sempre il caso qui non esaminato dell'autodeterminazione – il diritto internazionale consente il riconoscimento degli insorti anche con controllo territoriale *in quanto tali* da parte di Stati ai fini circoscritti accennati, mentre sarebbe illecito (verso lo Stato costituito) il riconoscimento – da definirsi prematuro – degli insorti con controllo territoriale quali Stato o come governo centrale (!)⁴⁴.

Secondo l'impostazione alternativa, che esclude, almeno in quanto posizione formale unificante, le differenziazioni tra i soggetti internazionali, l'affermarsi di un controllo di fatto esclusivo su una porzione di ter-

⁴³ Senz'altro quello a favore degli insorti; a favore dello Stato costituito, lecito – riteniamo – se vi è intervento (illecito) di terzi a pro degli insorti. Si richiama qui la sentenza della Corte internazionale di Giustizia citata in nota 18.

⁴⁴ Evidente il riferimento alla scellerata aggressione contro la Libia, nonché ai tentativi contro la Siria, per cui ci permettiamo rinviare al nostro *L'aggressione alla Libia, crimine internazionale dei «forti», dunque impunito*, in *I diritti dell'uomo - cronache e battaglie*, 2011, n. 2, integrato da *e la replica agognata contro la Siria*, 2012, n. 42.

ritorio da parte degli insorti, ma anche – per la versione più radicale – il semplice stabilirsi di un gruppo «indipendente» di insorti pur senza controllo territoriale, parificherebbe questi a ogni altro potere effettivo, a ogni «potenza», sì da farne a pieno titolo e senza qualificazioni soggetto internazionale *optimo jure*⁴⁵. Questa impostazione, proprio perché non riconosce in generale connotazioni «essenziali» distintive tra i soggetti internazionali, fa invece parlare addirittura, per lo Stato costituito e gli insorti, di due governi di fatto locali, equiparati fra di loro e nei confronti dei terzi Stati, sicché il conflitto sarebbe senz'altro, come già implicato, internazionale⁴⁶. Ciò non sembra congruo con molte norme internazionali pertinenti, e soprattutto con il fatto che lo Stato costituito mantiene integra la sua pretesa (fondata sul diritto interno, ma assistita dal divieto internazionale di ingerenza degli Stati terzi, e comunque come libertà di fatto presupposta dal diritto internazionale), di sopprimere l'insurrezione e quindi l'ente relativo, il quale non gode invece in alcun modo della tutela internazionale relativa al rispetto della sua integrità.

Nonostante le incertezze della prassi, non è pertanto agevole parificare la situazione degli insorti (con controllo territoriale) e dello Stato costituito: sì da portare senz'altro e immediatamente, lo si è visto per le tesi alternative, ma lo si contesta, il conflitto sul piano internazionale.

7. *Ente-soggetto e apparato organico: profili discretivi*

Nella situazione di fatto non consolidata l'ente, contrariamente a quanto ritenuto dalle tesi che non fanno distinzioni tra i soggetti internazionali, non può venir considerato destinatario di tutte le norme internazionali generali: o almeno non lo può essere *utilmente*, e cioè incondizionatamente, nell'ottica della liceità internazionale a carico degli Stati terzi e nei confronti dello Stato costituito. Vero è infatti che gli Stati terzi possono legittimamente, anzi, complessivamente devono, ritenere prevalente la posizione di quest'ultimo (obbligo di non ingerenza) e, salve le previste ristrette eccezioni, non avere rapporti con gli insorti, potendo invece e generalmente dovendo mantenere rapporti normali con il primo (senza però interventi attivi, soprattutto militari, a suo favore nel conflitto civile, a parte il caso di – illeciti – interventi esterni a favore degli insorti). Appare sostenibile l'opinione che l'unica norma generale, di cui l'ente pre-

⁴⁵ Gli insorti senza controllo territoriale possono ricevere rilievo solo sotto il profilo del diritto internazionale umanitario, e sempre senza interventi dall'esterno. Senz'altro per l'impostazione tradizionale.

⁴⁶ Cfr. QUADRI, *op. cit.*, p. 459 s.; ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale*, cit., p. 107 ss.

cario è destinatario, sia la *pacta sunt servanda*: l'ordinamento internazionale (consuetudine) non potrebbe non tener conto di situazioni, pur non consolidate, di realtà non soggette di fatto, nel momento determinato, a poteri sovrani (dello Stato costituito). In modo da rendere possibili *limitati* regolamenti normativi, nei rapporti con soggetti internazionali, su base consensuale, ovviamente destinati a cadere se l'ente precario venga meno per esito negativo dell'insurrezione (Katanga, Biafra). Si è però cercato di mostrare come la vera spiegazione sia un'altra: spazi di liceità.

Il consolidamento della situazione, per cessazione del conflitto con esito finalmente positivo per gli insorti, lascerebbe invece di massima in vita quei rapporti, resi definitivi, in capo all'ente consolidato (e dunque ormai effettivo nel senso pieno): con tutta evidenza se si trattasse di un ente secessionista con esito di indipendenza, quindi di un nuovo Stato (ad es. Bangladesh, Repubbliche secessioniste jugoslave dopo la fase di precarietà).

In caso di annessione ad altro Stato, l'ente precario con il suo apparato sarebbe da questo «assorbito» (e si tratterebbe di verificare eventuali specifici fenomeni di successione).

Nell'ipotesi di vittoria totale dell'insurrezione, con il governo di fatto locale che si fa generale, se questo è il caso, si avrebbe la sostituzione dell'apparato centrale e l'ente precario verrebbe «assorbito» dall'ente costituito (con qualche forzatura, si è rilevato, si parla di assorbimento dell'apparato locale in quello centrale), in capo al quale potrebbero trasferirsi situazioni giuridiche soggettive dell'ente precario stesso, mentre in principio permarrebbero quelle dello Stato costituito preesistente. Ma con varianti di peso, se un fenomeno rivoluzionario si innestasse sulla lotta (vittoriosa) degli insorti⁴⁷.

Questo però, si riprende un discorso già accennato, appare segno della distinzione da recuperarsi fra soggetto internazionale Stato e soggetto internazionale insorti (con controllo territoriale): distinzione fondata sui caratteri diversi degli elementi presupposti della rispettiva sfera di «potenza». Nell'ultima ipotesi (rivoluzione) non può parlarsi di continuità dell'apparato organico, per definizione sostituito, bensì dell'ente (Stato): e piuttosto come continuità *sostanziale*, nel senso della successione. E risulta dunque inevitabile quella che si profila come una divaricazione concettuale fra ente-soggetto e apparato organico: o meglio, riguardo alla cesura fra l'apparato, *nuovo*, che dà origine a un soggetto *nuovo*, ma assorbendo, per successione le situazioni giuridiche soggettive internazionali del vecchio ente.

⁴⁷ Per verità, lo stesso discorso varrebbe in caso di rivoluzione trionfante da subito a livello centrale.

Riprendiamo un discorso in parte già anticipato. L'elemento di continuità sostanziale, che si impone, accanto alle inevitabili modifiche, a titolo di successione nel caso di rivoluzione portata avanti da insorti in una prima fase costituente governo di fatto locale⁴⁸, implica la presa in considerazione, nella veste di presupposto, dell'elemento della comunità storico-politica su cui si innesta la sfera di azione (di imperio o sovranità interna) del precedente apparato scalzato dalla rivoluzione. In modo tale, in casi-limite, da far apparire rovesciato il rapporto: si rende prevalente l'elemento della comunità storico-politica. L'apparato *nuovo* (rivoluzionario) trae la fonte di continuità sostanziale (successione) per il suo innestarsi sulla comunità storico-politica preesistente, sull'assumere questa, e i suoi elementi-base (territorio e popolazione, pur se non l'ordinamento giuridico interno), quali propri presupposti. Vedremo subito, questa appare la situazione della Cina popolare.

8. *Questioni particolari: Cina ed ex-Jugoslavia*

Consideriamo ora il caso della Rivoluzione cinese. Gli insorti, portatori pure di una rivoluzione non solo politica ma anche socio-economica, hanno operato con riferimento all'intero quadro politico-territoriale della Repubblica di Cina, che nel 1945 aveva recuperato dal Giappone sconfitto Formosa-Taiwan, tradizionale insediamento cinese: ma nel 1949 l'estensione dell'insurrezione vittoriosa all'isola era stata bloccata dalla frapposizione militare straniera (USA). Al governo di Pechino (dei rivoluzionari comunisti vittoriosi) restò contrapposto quello del Kuomintang, precedente governo centrale, rifugiatosi a Taiwan. Il processo di mantenimento e ricostituzione dell'unità statale sotto il governo rivoluzionario degli insorti vittoriosi e quindi il consolidamento potrebbe dirsi bloccato dal *congelamento* della situazione determinato dall'intervento militare USA (illecito in quanto ingerenza negli affari interni cinesi, nel conflitto civile). Per questo sarebbe arduo considerare il regime nazionalista insediato a Taiwan come lo Stato costituito in continuazione: pur se tale lo si è raffigurato a lungo da ampio novero di Stati e nel quadro delle NU (con il mantenimento per decenni del seggio permanente nel Consiglio di sicurezza). Se per quella che abbiamo chiamato impostazione «realistica» alternativa gli eventi menzionati avrebbero dato luogo a due

⁴⁸ Ma la distinzione fra Stato costituito e insorti (con controllo territoriale) è evidente anche dove l'insurrezione fallisce: le situazioni giuridiche soggettive facenti capo agli insorti vengono totalmente meno.

Stati (in nome della tradizionale effettività non qualificata)⁴⁹, nel disegno che qui si preferisce sarebbe possibile, come prima impostazione, parlarsi, per la Cina popolare e Taiwan, di due situazioni *fattuali* non consolidate: conflitto interno *congelato*, non cessato, che potrebbe terminare con il ripristino dell'unità statale, in teoria da una parte o dall'altra, anche però invece con il perpetuarsi della situazione di divisione, e quindi il formarsi di due Stati (definitivi in quanto consolidati). Ma con lo sguardo rivolto alla realtà e forse meglio verità delle cose⁵⁰, se si considera che la situazione di Taiwan si sorregge solo per l'intervento USA (e che quindi potrebbe parlarsi di occupazione straniera magari «virtuale» e di conseguenza di Stato fantoccio), il consolidamento della Repubblica popolare cinese andrebbe ritenuto comunque compiuto e si avrebbe quindi la continuazione – salvo il profilo ulteriormente problematico della rivoluzione – dello Stato cinese costituito nell'ente retto dal governo di Pechino (insorti divenuti governo centrale o generale): a Taiwan di conseguenza non tanto un potere di fatto locale quanto piuttosto, come precisato, un territorio controllato in definitiva da uno Stato straniero (USA), quindi, per ripeterci, con un governo fantoccio⁵¹.

Alla stregua di quest'ultima ricostruzione sarebbe in sostanza venuta meno oggettivamente la valenza di una «pretesa» dell'ex-governo, ora insediato a Taiwan, relativa ad un proprio ripristino su tutto il territorio cinese, pretesa non più «agibile» da parte di un governo fantoccio: correlativamente appunto può parlarsi del consolidamento della situazione dell'attuale governo di Pechino con sua pretesa «agibile», pur se congelata, al recupero di Taiwan.

Come espresso in precedenza, il mutamento rivoluzionario introdotto dagli insorti vincitori a livello (nella sostanza) centrale, rende particolarmente evidente che il punto di innesto della continuità sostanziale (successione) della Cina popolare riguardo alla Cina del Kuomintang è dato dalla rispettiva (in fasi successive) insistenza sulla medesima comu-

⁴⁹ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La questione cinese*, cit.

⁵⁰ Ci sembra che il nostro tentativo consenta di fondare *giuridicamente* la singolarità della situazione cinese, ad es. con il passaggio del seggio permanente al Consiglio di sicurezza delle NU da Taiwan al governo di Pechino, e il fatto che, per intrattenere rapporti regolari con Pechino, la maggior parte degli Stati abbia tolto il riconoscimento a Taiwan e non abbia con questa regolari rapporti: cosa ben strana, se si fosse di fronte a due Stati indipendenti e sovrani a pari titolo. La tesi di Arangio-Ruiz spiega il dato di fatto della situazione di Taiwan quale si presenta *prima facie*, l'impostazione integrativa che seguiamo colloca sul terreno dell'*illegittimo* le posizioni di Stati contrastanti con la pretesa di reintegrazione di Taiwan nella Cina, portata avanti dal governo di Pechino.

⁵¹ Tale qualifica viene solo in apparenza superata da una situazione di ampia, magari amplissima, autonomia di fatto lasciata all'ente fantoccio.

nità storico-politica: la decurtazione meramente fattuale costituita dal «distacco» di Taiwan avrebbe perduto rilievo giuridico ai fini qui considerati a causa dell'illecito intervento straniero e del mancato consolidamento di una situazione di indipendenza.

Per quanto riguarda l'ex-Jugoslavia, le riflessioni qui svolte giovano a comprendere come le Repubbliche secessioniste (Slovenia, Croazia, Bosnia-Erzegovina...) hanno avuto una fase di formazione non consolidata nei confronti della persistente Federazione jugoslava e che in tale fase (insorti, non autodeterminazione) gli interventi di sostegno dall'esterno (Stati occidentali) e i riconoscimenti prematuri sono stati illeciti. Al tempo stesso, nella fase non consolidata, si sarebbero dovuti ritenere tutelati dal principio di autodeterminazione nella sua più ampia accezione i distacchi tentati (ma repressi) di subregioni (Krajina, Slavonia orientale, Repubblica serba di Bosnia) dalle Repubbliche federate secessioniste in formazione⁵² (lo stesso discorso, con l'esito positivo nel senso dell'autodeterminazione potrebbe valere, secondo noi, per l'Abkhazia e per l'Ossezia del Sud rispetto alla Georgia). Insussistente poi l'effettività (in senso pieno) della situazione del Kosovo a fronte della fondata contestazione della Serbia.

⁵² Cfr. BERNARDINI, *La Jugoslavia assassinata*, cit.

BENEDETTO CONFORTI

IL CONTRIBUTO DI GIOVANNI BATTAGLINI
ALLO STUDIO DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA

1. Chi legga a più di cinquant'anni di distanza il volume dell'indimenticabile amico Giovanni Battaglini sulla protezione diplomatica delle società¹ – un volume assai ponderoso e dotto, secondo la tradizione patavina – può trovarci spunti del tutto attuali. Ciò non solo in tema di protezione diplomatica delle società ma anche su quello della protezione diplomatica in generale. Da tali spunti prenderemo le mosse in queste note per qualche riflessione su entrambi i temi.

Per cominciare dal secondo tema, la questione sulla quale oggi molto si discute è quella consistente nel chiedersi se l'interesse della persona, fisica o giuridica, abbia una rilevanza *giuridica* nell'azione in protezione diplomatica che la riguardi. Orbene, già il volume di Battaglini contiene un'approfondita analisi critica, sia pure con conclusioni negative, dalla quale si ricava quanto il problema fosse già dibattuto a quell'epoca. In particolare vi si trovano discusse: la tesi secondo cui il danneggiato dalla violazione delle norme sul trattamento degli stranieri avrebbe un diritto «privato» al risarcimento nei confronti dello Stato violatore, assortito dal potere di provocare l'esercizio dell'azione in protezione diplomatica da parte del proprio Governo; la tesi, chiaramente fondata su di una sia pur limitata personalità internazionale degli individui, secondo la quale lo Stato nazionale agirebbe quale «rappresentante» o «sostituto processuale» della persona protetta; la tesi, infine, che non poteva che esser formulata da un autore italiano (si trattava di Giuseppe Sperduti), per cui la persona da proteggere avrebbe un «interesse legittimo» alla protezione².

Come è ovvio, tutta questa dottrina, formulata in un'epoca in cui di diritti umani si cominciava appena a parlare, mirava già allora ad assicurare all'individuo, quale in definitiva unico danneggiato dalla violazione del diritto internazionale, una certa tutela. Non sempre però erano tenuti

¹ G. BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957.

² *Ivi*, cap. I, p. 54 ss., per l'esposizione di tutte queste tesi.

chiaramente distinti i due piani rispetto ai quali la protezione diplomatica può assumere rilievo, quello del diritto internazionale e quello del diritto interno.

In realtà la tesi che configurava un diritto «privato» al risarcimento nei confronti dello Stato violatore, riguardando l'ordinamento di quest'ultimo, ci pare non avesse molto a che vedere con la problematica della protezione diplomatica. Essa andava piuttosto riferita al tema dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale. Ci sia consentito però sottolinearla in quanto anche noi, nel rilevare l'insufficiente tutela dell'individuo da parte delle norme internazionali sulla protezione diplomatica, abbiamo chiamato in causa il tema dell'adattamento e l'importanza, sempre da noi sostenuta, del ruolo che deve svolgere il giudice interno ai fini dell'effettività del diritto internazionale. In particolare per noi lo straniero può essere garantito contro le violazioni del diritto internazionale perpetrate nei suoi confronti, soprattutto quando non ha strumenti per costringere il proprio Stato a proteggerlo, attraverso l'opera degli stessi giudici dello Stato violatore. Detti giudici, se amministrano rettamente ed in piena indipendenza la giustizia, e se operano in uno Stato che circonda di garanzie l'osservanza del diritto internazionale, possono evitare che lo straniero ricorra alla protezione del proprio Stato³.

Senza dubbio suggestiva — per l'epoca — era poi la tesi dello Sperduti, fondata sulla nozione di interesse legittimo. Sebbene l'illustre Autore cercasse di farne addirittura una nozione di teoria generale del diritto valevole anche per il diritto internazionale, ipotizzandone implicitamente, ci sembra, la natura di principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili, essa era troppo legata al diritto amministrativo nostrano per poter essere considerata di universale utilizzazione. Ma, a nostro avviso, il merito della tesi era comunque di aver posto l'accento su di un'esigenza che è assai diffusa oggi, ossia l'esigenza di fornire all'individuo gli strumenti, variabili a seconda degli ordinamenti interni, per obbligare il suo Stato ad agire in protezione. Ed è doveroso notare che la tesi dell'interesse legittimo è stata recentemente fatta propria dalla nostra Corte di Cassazione, innovando una precedente giurisprudenza⁴.

³ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*⁸ (e già nelle precedenti), p. 218. Non mancano peraltro casi (e purtroppo anche casi riguardanti Paesi nei quali la giustizia è normalmente bene amministrata) in cui lo straniero non ottiene riparazione per i torti subiti. È quanto è avvenuto negli Stati Uniti (sentenza della Corte Suprema del 25 marzo 2008 in *Medellin v. Texas*), con riguardo alla violazione dell'art. 36, n. 1, lett. *b*, sull'assistenza dei consoli ai propri cittadini che si trovino in stato di detenzione.

⁴ Cass., sez. un., 18 ottobre 2011, n. 21581 (ined.).

Anche nella prassi di altri Stati sono avvertibili segnali di senso contrario alla discrezionalità del Potere Esecutivo. Il diritto alla protezione diplomatica è addirittura riconosciuto da alcune Carte costituzionali, come quelle degli Stati dell'ex blocco sovietico, anche se la possibilità di farlo valere in giudizio è dubbia⁵. Inoltre, non manca qualche sentenza che ammette l'esistenza, se non proprio di un obbligo del Governo nei confronti dell'individuo danneggiato di esercitare l'azione in protezione, almeno quello di prendere in seria considerazione la richiesta di protezione o di ottenere che la richiesta abbia un riscontro appropriato⁶. Trattasi comunque di poche manifestazioni di una prassi interna dalle quali non può ricavarsi l'esistenza di una norma internazionale diretta ad obbligare gli Stati a fornire garanzie di carattere giurisdizionale alla richiesta di protezione. La materia è peraltro in evoluzione, come ha riconosciuto la Commissione del diritto internazionale delle NU (CDI) nel Progetto di articoli approvato definitivamente, e sottoposto all'Assemblea generale, nel 2006⁷.

La tesi, infine, secondo cui lo Stato nazionale agirebbe come rappresentante o sostituto processuale del danneggiato, non può che considerarsi ancor oggi insostenibile, essendo insostenibile la configurabilità di un diritto *esclusivo* dell'individuo a ricorrere sul piano internazionale contro lo Stato violatore, e sia pure per il tramite del proprio Stato. Bisogna riconoscere però che si va ormai facendo strada l'opinione, espressa anche dalla Corte Internazionale di Giustizia nei notissimi casi *La Grand* e *Avena*⁸, secondo cui accanto al diritto dello Stato sussisterebbe anche il diritto dell'individuo leso. La stessa CDI, nel citato Progetto di articoli, ha dichiarato di voler lasciare impregiudicata la questione dell'esistenza di un simile diritto in quanto riconosciuto dal diritto internazionale⁹. Vero è che si tratterebbe in ogni caso di un diritto abbastanza «platonico» nel quadro della protezione diplomatica, dato che comunque non viene messa in dubbio la discrezionalità dello Stato nazionale nel decidere se procedere o meno alla protezione¹⁰. Diverso è il di-

⁵ Cfr., nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale in materia, *First Report on Diplomatic Protection*, in *General Assembly Official Records ILC*, 52nd sess., A/CN.4/506, par. 80, p. 30.

⁶ Cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 236; *First Report*, cit., parr. 81-86, p. 30 ss.

⁷ Cfr. l'art. 19, ed il relativo commento, in ILC, *Draft Articles on Diplomatic Protection and Commentaries*, Doc. A/61/10.

⁸ Per i due casi v. rispettivamente *ICJ Reports* 2001, p. 466, par. 77 e *ICJ Reports* 2004, p. 12, par. 40.

⁹ Cfr. il par. 5 del commento all'art. 1 del Progetto.

¹⁰ Cfr. il par. 2 del commento all'art. 2 del Progetto («A State has the right to exercise diplomatic protection on behalf of a national. It is under no duty or obligation to do so. The

scorso per quanto riguarda la possibilità per l'individuo – possibilità che esiste particolarmente nel caso di violazione di diritti umani – di ricorrere direttamente ad istanze internazionali giurisdizionali o quasi-giurisdizionali.

Per concludere su quanto abbiamo detto fin qui, ci sembra che la critica di Battaglini alle varie tesi sopra esposte, critica fondata sia su argomenti teorici sia sulla prassi, sia tuttora valida dal punto di vista del diritto vigente; successivi alla sua monografia sono soltanto gli sviluppi che abbiamo indicati, i quali peraltro sono inquadrabili come semplici *trends* emergenti nella prassi. C'è da augurarsi che, almeno quando siano in gioco diritti umani fondamentali, simili *trends* sfocino in vere e proprie norme giuridiche.

2. Dopo aver dedicato ampio spazio alla protezione diplomatica in generale, il nostro Autore affronta il tema che dà titolo alla monografia. Come è noto a chi conosca questo volume, la tesi quivi sostenuta è favorevole alla protezione dei soci da parte del rispettivo Stato nazionale anziché alla protezione della società in quanto autonoma persona giuridica. La tesi è stata ripudiata dalla Corte Internazionale di Giustizia (CIG) nel caso della *Barcelona Traction*, ripudio poi ribadito dalle sentenze nel caso *Diallo*, con argomenti ben conosciuti e che qui non è il caso di ricordare¹¹. La Corte ha anche dovuto prendere posizione sugli elementi che concorrono a determinare la nazionalità di una società ai fini della sua protezione. Al riguardo, essa ha ritenuto che come Stato nazionale debba intendersi quello del luogo di incorporazione e della sede sociale, ma ha al contempo affermato, abbastanza ambigualmente, la necessità che qualche altra «permanente e stretta connessione» con tale Stato dovesse esser presente¹².

internal law of a State may oblige a State to extend diplomatic protection to a national, but international law imposes no such obligation»).

¹¹ CIG, sentenza del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd*, par. 70-71 e *passim*; CIG, sentenze del 24 maggio 2007 (*eccezioni preliminari*), par. 61 e del 30 novembre 2010 (*merito*), par. 99 ss., partic. par 108, *Abmadou Sadio Diallo*.

¹² *Barcelona Traction*, cit., par. 71. Nella dottrina e nella prassi successiva a questa sentenza si è cercato di precisare che cosa debba intendersi per «permanente e stretta connessione» di una società con lo Stato agente in protezione diplomatica. Soprattutto si discute al riguardo sulla rilevanza della nazionalità di coloro che hanno il controllo della società, e se il criterio del controllo sia aggiuntivo o alternativo ai criteri del luogo di incorporazione e della sede sociale. Non c'è dubbio che nella giurisprudenza della Corte il criterio non è considerato come alternativo, ove si considerino non solo le opinioni espresse nella *Barcelona Traction* ma anche e soprattutto nel caso *Diallo* (*merito*), par. 108: qui la Corte dichiara infatti che, anche se una società si mantenga, e finché si mantenga in vita con un solo azionista (più

Sembrerebbe dunque che su questo tema le opinioni del Battaglini siano ormai del tutto superate. A nostro avviso, ciò è vero solo in parte, in quanto ci sono invece delle pagine che vanno salvate e la cui lettura è ancora assai utile. Si tratta delle pagine in cui la tesi della protezione dei soci trova riscontro in alcune manifestazioni della prassi, soprattutto anglo-americana¹³. L'esposizione di una serie di casi interpretabili a favore di detta protezione induce a ritenere che l'opinione della CIG, secondo cui la protezione della società in quanto tale sarebbe prevista da una «regola tradizionale», confermata da una lunga prassi (ma quale?) e da molti strumenti internazionali¹⁴, non è del tutto convincente. È vero piuttosto che la Corte ha in larga misura costruito nel vuoto e che questo è un caso in cui il massimo organo giudiziario delle NU ha dato l'avvio, come ha fatto in altri casi, ad una regola che è poi divenuta comunemente accettata.

Con ciò la protezione dei singoli soci, sia pure con riguardo a fattispecie residuali, non è scomparsa, anche se l'identificazione di tali fattispecie costituisce oggetto di dibattito¹⁵. Si afferma anzitutto che lo Stato nazionale del singolo socio possa agire quando questi sia stato leso «direttamente» in un suo diritto (*direct right*), ma non è facile individuare i casi in cui ciò avviene. In linea generale si può dire che debba trattarsi della lesione di un diritto del socio *nei confronti* della società. Già in un *obiter dictum* della *Barcelona Traction* la CIG aveva indicato alcuni esempi, quali il diritto ai dividendi, il diritto di partecipare alle assemblee con diritto di voto e il diritto di vedersi assegnata una quota parte dei

controllo di così...), la nazionalità di quest'ultimo non avrebbe rilevanza ai fini della protezione diplomatica per violazioni concernenti i beni e le attività sociali. È anche da registrare l'opinione della CDI (*Draft Articles*, cit., par. 5 del commento all'art. 9), opinione peraltro non sorretta da una prassi adeguata, secondo cui il criterio potrebbe essere alternativo a quello del luogo di incorporazione, purché nello Stato nazionale delle persone controllanti sia presente la sede sociale e la società non svolga sostanziali attività nel suo Stato nazionale. C'è poi chi sostiene che la prassi autorizzi una ricostruzione del controllo in senso negativo, nel senso cioè che lo Stato presunto violatore potrebbe opporre allo Stato che agisce in protezione diplomatica la circostanza che il controllo della società sia esercitato da suoi nazionali (cfr. al riguardo, E. SAVARESE, *La nazionalità delle società commerciali e la funzione del controllo. Alcune riflessioni in margine alla decisione ICSID Tokios Tokelès v. Ukraine*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 391 ss. (ivi anche i riferimenti bibliografici). Vero è che lo stato del diritto internazionale generale in materia è confuso ed ancora in evoluzione, ad onta delle opinioni della CIG, e forse proprio a causa di queste!

¹³ *Op. cit.*, cap. IV, p. 283 ss.

¹⁴ Par. 70 della sentenza.

¹⁵ Per un'analisi approfondita del tema v. S. DORIGO, *Sulla protezione diplomatica delle società: il caso Diallo di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 705 ss.

beni sociali in caso di liquidazione della società¹⁶. Il tema ha poi formato oggetto di decisione nella sentenza Diallo (*merito*). Qui si trattava di stabilire se fosse configurabile la lesione di *direct rights* nel caso di un socio che, espulso dal Paese dove aveva sede la società, lamentava di non essere stato in grado di partecipare alle, e quindi votare nelle riunioni della società, né di nominare o essere nominato manager (*gérant*) o di controllare il management della stessa¹⁷. La Corte, che esamina in profondità la questione, finisce per escludere che nella specie sussistesse alcuna lesione; ma ciò per ragioni di mero fatto, tra l'altro a causa della possibilità per il socio assente di farsi rappresentare da altro socio. Essa pertanto ammette da un punto di vista generale, sia pure implicitamente, che la protezione diplomatica del socio fosse esercitabile.

Sempre in tema di *direct rights*, la Corte si rifiuta invece di prendere in considerazione la pretesa del socio diretta a sostenere di aver subito una sorta di espropriazione delle sue quote sociali per effetto dell'espulsione. Il rifiuto torna a fondarsi sulla separazione del patrimonio della società rispetto a quella del socio, sul carattere meramente riflesso del danno subito dal socio allorché è la società ad essere danneggiata e quindi sulla inesistenza di un *direct right* del socio da proteggere¹⁸. La presa di posizione della Corte è tanto più significativa (ed anche criticabile per il suo eccessivo formalismo) in quanto il socio fondava nella specie la sua pretesa sul fatto di essere rimasto l'unico socio della società.

A parte il tema dei *direct rights*, una più importante e discussa questione in materia di protezione diplomatica del socio da parte dello Stato nazionale riguarda la c.d. protezione «in sostituzione» o «sussidiaria». Ci si chiede – ed anche in questo caso l'avvio alla discussione si deve ad *obiter dicta* della *Barcelona Traction* – se detto Stato possa intervenire quando la società abbia legalmente cessato di esistere, oppure essa abbia la nazionalità dello Stato presunto violatore, o ancora il suo Stato nazionale non possa o non voglia intervenire¹⁹. A sua volta l'art. 11, lett. *b*), del citato Progetto di articoli della CDI ammette l'intervento dello Stato nazionale del socio quando la società non solo abbia la nazionalità dello Stato presunto violatore, ma la sua costituzione nello Stato medesimo sia «una preconditione» per l'esercizio dell'attività sociale nel territorio di quest'ultimo.

Non c'è dubbio che, qualora la società abbia cessato di esistere, i soci possano essere protetti dai loro Stati nazionali per quanto riguarda i

¹⁶ *Barcelona Traction*, cit., par. 46-47.

¹⁷ *Diallo (merito)*, cit., par. 117-148.

¹⁸ *Ivi*, par. 149-159.

¹⁹ *Barcelona Traction*, cit., par. 64 e 92.

residui beni societari a loro attribuibili. È invece controverso se la protezione sussista nell'ipotesi in cui la società abbia la nazionalità dello Stato presunto violatore; lo è in quanto, nonostante l'*obiter dictum* della *Barcelona Traction*, la stessa CIG nella successiva sentenza *Diallo (eccezioni preliminari)*, si è rifiutata di applicarlo, ritenendo che detta forma di intervento «in sostituzione» non fosse prevista dal diritto consuetudinario. In particolare la Corte ha negato che una norma consuetudinaria potesse ricavarsi dalla vasta rete di trattati in materia di investimenti – soprattutto i trattati conclusi in seno all'ICSID – che adottano una soluzione contraria²⁰. Sotto questo aspetto la sentenza è stata criticata²¹, ed è criticabile per il suo eccessivo formalismo. È vero che i trattati possono essere interpretati sia come conferma di norme consuetudinarie già esistenti, sia come creazione di norme nuove e limitate agli Stati che li concludono. A nostro avviso solo un'indagine tendente a stabilire se gli Stati contraenti abbiano inteso o meno esprimersi nel primo senso può indurre a ritenere che una norma consuetudinaria sia ricavabile da una estesa prassi convenzionale (*diuturnitas*) combinata con la suddetta opinione (*opinio juris sive necessitatis*). Non ci sembra che tale indagine sia stata condotta dalla Corte.

²⁰ *Diallo (eccezioni preliminari)*, cit., par. 86-91.

²¹ V. DORIGO, *op. cit.*, p. 718 ss.

LUIGI COSTATO*

L'AGRICOLTURA, CENERENTOLA D'EUROPA

1. L'agricoltura, anche oggi, produce la totalità dei cibi o delle materie prime per fabbricarli, e la sua scoperta, da parte dell'uomo forse 10.000 anni fa, gli ha modificato profondamente la vita rendendolo sedentario; la coltivazione e l'allevamento di animali mansuefatti consente, infatti, una buona produzione di cibo e di materie prime per fabbricare le vesti. Con l'affinarsi della tecnica agricola si arrivò a ottenere *surplus* alimentari che hanno permesso la diversificazione delle classi, divise in agricoltori, guerrieri, sacerdoti e la formazione delle città stato; dalle classi dei guerrieri e dei sacerdoti emersero i governanti. Ma i *surplus* furono a lungo contenuti in quantità disponibile, per la pochezza delle tecnologie di produzione e conservazione disponibili fino a pochi decenni fa, sicché molto a lungo l'alimentazione fu destinata, soprattutto, al mantenimento degli stessi produttori agricoli.

Lo sviluppo della civiltà industriale prima, di quella postindustriale poi, e il conseguente trasferimento di tecnologie avanzate anche nel settore primario, ha portato a un'impressionante diminuzione degli agricoltori, fino a ridurli a un'esigua minoranza della popolazione negli Stati sviluppati. Malgrado ciò, l'agricoltura negli Stati a economia avanzata produce, comunque, grandi quantità di materie prime alimentari e alimenti direttamente consumabili, sicché in tali paesi il problema è diventato, fino a pochi anni addietro, non più la carestia ma gli eccessi produttivi.

Nelle altre parti della terra, al contrario, l'agricoltura è ancora, spesso, molto arretrata, e costituisce anche oggi l'attività che occupa una parte prevalente degli abitanti, restando scarsamente produttiva.

* Il ricordo del prof. Giovanni Battaglini è fra quelli più dolci e struggenti, perché si riferisce a un uomo di straordinaria bontà e dolcezza, che ha trasmesso le sue qualità anche dalla cattedra universitaria, unitamente al suo grande sapere. Il suo atteggiamento paterno verso gli studenti lo portava a cercare di aiutarli, magari correggendoli bonariamente, anche in sede di esame, al fine di soccorrere chiunque avesse qualche necessità, e ad accettare di recarsi anche in carcere per esaminare uno studente incappato in vicende giudiziarie.

Ha insegnato molto a lungo a Ferrara, pur abitando a Padova, non mancando mai ad una lezione o a un ricevimento studenti: è stato un uomo sapiente, moderato e generoso, che ha lasciato una traccia profonda nel cuore di chi ha avuto l'onore di conoscerlo.

L'inurbamento ha fatto sorgere problemi di rifornimento di cibo, che deve partire dalle zone di produzione per raggiungere i consumatori, ora non più prevalentemente autoconsumatori in loco. La necessità di renderlo capace di sopportare lunghi trasporti fa sì, in più casi, che si debba far uso di conservanti e, comunque, di pratiche produttive che garantiscano una ragionevolmente lunga utilizzabilità del prodotto, da cui discende l'obbligo di comunicare la data entro la quale esso deve essere consumato; inoltre, lo spostamento su lunghe distanze dei cibi costituisce anche un costo ambientale, poiché per farlo si consumano carburanti prevalentemente di origine petrolifera.

Diversamente accade per i prodotti agricoli a diretto consumo, che non sopportano, se vegetali, lunghe soste in attesa di essere utilizzati per il loro elevatissimo contenuto di acqua.

Ovviamente, la distribuzione di prodotti alimentari lontani dalle zone di produzione non avvantaggiano il produttore agricolo ma il trasformatore e la grande distribuzione organizzata (GDO).

Le considerevoli modificazioni nelle tecniche di coltivazione e di trasporto e nel luogo di consumo hanno comportato, prima l'avvantaggiarsi dei trasformatori e poi, con il diffondersi della GDO, di quest'ultima, che sta distruggendo progressivamente i piccoli negozianti e indebolendo anche i trasformatori, costretti a subire, spesso, la volontà di chi è a diretto contatto con gli acquirenti finali e opera acquisti di grandi dimensioni.

La grande circolazione dei cibi sembra suggerire che sia opportuno il loro acquisto dove costano meno; ed è per questo che oggi, nell'Unione europea, non si è coscienti di una banalissima verità, e cioè della strategicità dell'autosufficienza alimentare, essendosi abbandonata la finalità che appariva palese nella regolamentazione che è restata vigente dal 1962 al 2003, facendo della CEE una grandissima potenza agroalimentare, che la rendeva anche una entità importante in politica estera; il disaccoppiamento è la concretizzazione delle idee liberiste estreme secondo le quali è preferibile rinunciare all'autosufficienza e cercare, invece, di procurarsi i prodotti agricoli nel mondo, in particolare ove essi costano meno.

2. La nuova sistemazione del mercato mondiale derivante dai trattati stipulati a Marrakech nel 1994 ha provocato, a livello di agricoltura europea, una serie di rivolgimenti determinati da scelte del Consiglio e della Commissione dell'UE che, cercando di adeguarsi a quegli accordi, hanno ottenuto esiti che occorre criticare energicamente.

Si è abbandonato l'originario sistema protezionistico che aveva assicurato abbondanti produzioni; esso era fondato su prezzi minimi garantiti (specie per le *commodities*) e su dazi doganali mobili, detti prelievi al-

l'importazione, protettivi nei confronti di prodotti agricoli provenienti dal resto del mondo.

Questa scelta fu progettata nel I piano Mansholt e adottata nel 1962 in esecuzione dell'art. 39 del Trattato, e mantenuta invariata, nella sostanza, fino al 1992; essa ha portato l'Europa comunitaria dalla insufficiente disponibilità «autarchica» di cibo a una produzione che l'ha fatta divenire la seconda potenza alimentare del mondo, grande esportatrice di prodotti agricoli tal quali o trasformati.

L'esportazione dei prodotti compresi nell'allegato allora II, oggi I, del Trattato (oggi TFUE) fu sostenuta, in quel periodo, da ingenti restituzioni all'esportazione, per mettere gli operatori europei nella condizione di essere competitivi con i loro concorrenti sul mercato mondiale, ove generalmente si praticavano prezzi più bassi.

Le restituzioni erano fissate anche a diverso livello in funzione della destinazione, e la regola si fondava teoricamente sui differenti costi di trasporto. In realtà, invece, lo strumento delle restituzioni divenne, progressivamente, politico, nel senso che esse erano differenziate per favorire l'esportazione verso paesi non allineati che si volevano trattenere nella zona d'influenza occidentale. Similmente si comportavano gli USA, pur con strumenti finanziari diversi; essi, poi, accusavano la CEE di *dumping*, ma in realtà l'orientamento era comune e come lo era la politica estera che così si realizzava.

Con la caduta del muro di Berlino e la fine dell'URSS tutto mutò; si raggiunse presto l'accordo USA - CE per modificare la politica agricola d'esportazione e il regolamento comunitario di riforma della PAC, adottato nel 1992 su ispirazione del commissario McSharry, fu subito aggiornato ai nuovi orientamenti eliminando i prelievi mobili, sostituiti da dazi fissi, mentre si erano già ridotti drasticamente i prezzi minimi garantiti agli agricoltori, sostituendoli con sostegni diretti alla produzione.

La soluzione europea fu accettata nell'Accordo agricolo contenuto nel trattato di Marrakech sulla globalizzazione, ma fu inclusa nella così detta scatola blu, il che voleva dire che al rinnovo dell'accordo, il quale doveva avvenire dopo il primo sessennio di applicazione, ogni sostegno diretto alla produzione doveva essere eliminato.

L'Accordo agricolo non è stato ancora rinnovato; ma nel 2003, quasi come segno di buona volontà dell'UE – anche se non ha prodotto effetti, e appare non convincente impegnarsi con controparti che non mostrano di voler considerare positivamente una nuova soluzione – fu adottato il reg. 1782/2003, che introduceva il c.d. *decoupling*. Si tratta del disaccoppiamento degli aiuti dalla produzione, il quale comporta che i sostegni agli agricoltori sono, da allora, commisurati agli ettari ammissibili che de-

tengono, anche se non li coltivano. Ciò significa, sostanzialmente, un disincentivo a coltivare nelle zone meno fertili o a rischio meteorologico, come il sud dell'Italia, dove venti caldi africani e la siccità possono, di frequente, mettere a rischio le produzioni; qualche eccezione a questa regola è, sostanzialmente, marginale.

Questa soluzione, ripresa nel reg. 73/2009, è probabilmente in via di conferma con la nuova riforma, che comunque vedrà ridotti i sostegni destinati agli agricoltori italiani dato che i paesi entrati di recente nell'UE parteciperanno per la prima volta a pieno titolo alla ripartizione dei fondi destinati all'agricoltura. Le somme disponibili sono molto esigue poiché, pur rappresentando circa il 45% del bilancio comunitario, corrispondono in realtà a circa lo 0,5% del PIL della intera UE; in sostanza, il sostegno agli agricoltori, e cioè a chi ci fornisce il cibo, è veramente poca cosa, checché se ne dica nelle cancellerie di alcuni Stati membri.

Non si può, inoltre, non evidenziare che il bilancio dell'UE non è stato approvato tempestivamente anche, se non soprattutto, perché si è ritenuto, da parte di molti Stati – Regno Unito in testa – che occorra ridurre drasticamente la posta relativa all'agricoltura, e di una cifra che pare debba aggirarsi attorno ai 18/20 miliardi di euro, e che i pagamenti verrebbero, ora, accoppiati a severe prescrizioni ambientaliste, con la c.d. clausola del *greening*, che obbligherebbe a destinare circa il 7% dei terreni disponibili dal beneficiario a «verde»; rimedio escogitato dal P.E. per attenuarne gli effetti è stato quello di includere nel *greening* alcune superfici sostanzialmente coltivate, come quelle alberate.

Prescindendo da questa pur importante considerazione, non si può non rilevare come, dall'adozione del *decoupling*, non solo le eccedenze comunitarie siano di fatto scomparse, ma si siano manifestati, sul mercato, problemi di approvvigionamento in più di un'annata agraria, per questo o quel prodotto e, comunque, forti oscillazioni nei prezzi.

Tutto questo costituisce una patente violazione dell'art. 39 del TFUE, il quale stabilisce le finalità della politica agricola comune, e in particolare prevede la stabilità dei mercati, la sicurezza dell'approvvigionamento, prezzi ragionevoli ai consumatori e un tenore di vita equo agli agricoltori.

Inoltre, le produzioni nazionali, ridottesi per effetto del disaccoppiamento, hanno facilitato l'arrivo da paesi, spesso lontanissimi, di materie prime agricole poi utilizzate come base per la produzione di alimenti *made in Italy*.

3. Il disaccoppiamento appare profondamente immorale; premiare anche chi non coltiva sembra essere una tecnica adottata dal legislatore comunitario per giustificare un progressivo abbandono del sistema di sostegni all'agricoltura, sotto la pressione di una opinione pubblica indignata, specie ora che la locuzione *spending revue* appare essere la parola d'ordine per tutte le spese pubbliche.

Inoltre, il meccanismo introdotto con la regolamentazione del 2003 ha prodotto, come accennato, una *food insecurity* che ha causato aumenti dei prezzi della spesa alimentare dei cittadini europei, e italiani in particolare, in larga misura provati anche dalle politiche restrittive e tributarie da qualche tempo in atto.

Gli USA stanno muovendosi, con decisione, nella direzione, da tempo praticata anche se in forme parzialmente diverse, dell'assicurazione del reddito degli agricoltori attraverso forme di acquisto pubblico di alcune *commodities* con diritto di recesso, se il prezzo di mercato diviene più conveniente, a favore dei produttori. Ma si tratta, in definitiva, della reintroduzione di un prezzo di intervento mascherato, soluzione che parrebbe scarsamente coerente con gli accordi presi in sede di WTO; una qualche soluzione imparentata con questa si vorrebbe introdurre anche in Europa, ma attuata in modo assai meno efficace.

Si deve, dunque, prendere atto del fatto che si stanno pensando alcuni altri modesti rimedi al problema del reddito degli agricoltori a livello di P.E., al quale finisce, almeno a parole, per ora, per dar seguito il Consiglio, quanto meno consentendo alle associazioni di agricoltori produttori di latte e latticini, e forse, nel futuro, a quelli che producono DOP, IGP, STG, biologico e prodotti di montagna, di stipulare accordi con gli utilizzatori nei quali si stabilisca anche il prezzo, cosa vietatissima sin dal reg. 26 del 1962, e per le DOP e IGP, anche la possibilità di programmare la produzione. Tuttavia, questa soluzione, ragionevole e positiva, non appare estensibile ai prodotti fungibili, come sono sostanzialmente le *commodities*.

Gli economisti, a proposito dei quali occorre sempre ricordare le considerazioni di Taleb nel *Cigno nero* sulla fallacità delle loro previsioni, sostengono che la domanda mondiale di alimenti, come sembra emergere dai dati sia demografici sia da quelli concernenti le nuove abitudini alimentari dei popoli orientali, aumenterà e, pertanto, anche il mercato sarà più favorevole; questa possibilità, che si basa sull'idea – certamente non fondata – che tutti i popoli bisognosi di cibo possano avere i mezzi per procurarselo sul mercato, non toglierà comunque al mercato mondiale la sua principale caratteristica, e cioè la sua volatilità, che resterà una minaccia per gli agricoltori, incerti sui loro redditi.

Concludendo questa prima parte della relazione, si può affermare che l'attuale politica comunitaria considera l'agricoltura come l'ultimo dei suoi problemi, dimenticando, come già detto, che essa è lo stesso fondamento della vita, dato che ci procura le energie necessarie per vivere, e che i cibi tendenzialmente stanno diventando, nel mondo globalizzato, più scarsi di quelli necessari; i rimedi che si stanno proponendo agli enormi problemi aperti dal *decoupling* non appaiono molto più che palliativi.

4. Possiamo ora osservare l'agricoltura da un altro, e altrettanto grave, punto di vista: l'attività primaria, fatte salve alcune minime parti che sfruttano serre o altre strutture artificiali, si fonda sulla terra, oggetto oggi, a livello planetario, di una ricerca continua da parte dei fondi sovrani di Cina, Norvegia, ecc., che hanno acquistato milioni di ettari in Africa, e non solo.

Mentre questi fondi, dunque, vanno cercando di accaparrarsi questo bene prezioso, noi dobbiamo costatare che la migliore terra del nostro Paese, per estensione e feracità, la pianura padana, è stata definitivamente sottratta all'agricoltura, da opere non agricole, per il 30%, e che la SAU globale italiana diminuisce di anno in anno in modo preoccupante.

Anche la voce autorevole del Papa emerito Benedetto XVI si è finalmente fatta sentire per affermare che l'agricoltura è il futuro del pianeta; naturalmente ciò non significa che occorre abbandonare secondario e terziario, ma ci si deve rendere conto che l'Europa mostra una pericolosa tendenza a rinunciare alla produzione di beni per terziarizzarsi, il che è come dire che dovremmo diventare solo prestatori di servizi, privandoci delle potenzialità produttive, anche del secondario, che hanno caratterizzato il successo del sistema economico dei paesi occidentali.

Questa critica non implica che non si debba modificare il modello di sviluppo, il quale mostra progressivamente i suoi limiti; la stessa pervicacia che il mondo economico mostra nel non voler adottare una misurazione del benessere che sia diversa dal PIL ne è la conferma.

Tale dato, oltre non potere crescere per sempre – per la contraddizione che nol consente – non ci fornisce tutti gli elementi di giudizio necessari per valutare il grado di effettivo benessere e ricchezza di un Paese e dello stesso pianeta.

Occorre, comunque, tornare alla produzione di beni, ma ciò va fatto in modo sostenibile, poiché non si possono ripetere i comportamenti che si tenevano quando la terra era abitata da un miliardo di persone e l'uso di carburanti fossili era, apparentemente, privo di conseguenze.

Questo non significa che bisogna mettere a rischio l'alimentazione per produrre biogas, ma che vaste lande, anche nel nostro paese, come parte della Sardegna e le Murgie, potrebbero esser utilizzate per l'eolico la prima, per il fotovoltaico entrambe; è, invece, insopportabile, perché irrazionale, che vaste superfici della fertilissima pianura del Po siano utilizzate per questi scopi.

Per soddisfare la domanda crescente di cibi, poi, bisogna avere il coraggio di affrancarci da certi tabù, che esistono solo in Europa o, meglio, in alcune parti di questa; l'Italia, da questo punto di vista, è il paese del no: no TAV, no OGM, no centrali elettriche, e non solo quelle nucleari, perché possono essere tollerabili solo se lontane dal «mio giardino».

Bisogna, dunque, lasciare da parte certe visioni georgiche che confonderebbero l'uso della terra fra campi di golf, galoppatoi, villaggi turistici o coltivazioni di tipo medievale; non si nega che alcune di queste attività abbiano pieno diritto di cittadinanza in Europa, ma occorre che l'accento ritorni sulla produzione efficace, naturalmente con un uso razionale, e dunque morigerato, dei mezzi tecnici di supporto a essa. Sostenere il contrario, ponendo esageratamente l'accento su un presunto interesse pubblico al ritorno a metodi di coltivazione antichi, capaci di colpire gli spiriti semplici o quelli di ricchi satolli, ricorda insopportabilmente la frase falsamente attribuita a Maria Antonietta e rivolta alle donne vocianti sotto Versailles, che le invitava, se mancava il pane, a mangiare *croissants*.

Occorre, al contrario, che l'Europa ridiventi uno dei granai del mondo, per potersi permettere di avere una politica estera anche di sostegno ai paesi poveri; è di gran lunga soluzione migliore esportare cultura d'impresa e cibo che inviare soldati per placare rivolte e rivoluzioni che riprendono immediatamente dopo la partenza dei nostri militari.

Bisogna, pertanto, che l'agricoltura cessi di essere la cenerentola delle politiche europee per riprendere il ruolo fondamentale che le spetta se non altro per il fatto di consentirci di sopravvivere e di praticare una politica estera di sostegno allo sviluppo sostenibile dei paesi poveri.

Volendo mostrare qualche forma di ottimismo, si deve sperare che si stia prendendo coscienza che il problema degli anni futuri sarà la *food security* e che, di conseguenza, occorre assicurare i produttori europei quanto ai loro redditi. È certamente vero che se la domanda di alimenti, come sembra, aumenterà anche il mercato sarà più favorevole, ma si è già costatato che le sue oscillazioni non saranno, comunque, cancellate e resteranno come una spada di Damocle sul capo degli agricoltori, incerti sui loro redditi.

5. Se si ritiene, comunque, che non si possa abbandonare il disaccoppiamento, occorre, almeno, affiancarlo ad alcuni interventi indispensabili per garantire, quanto meno a livello minimo, il rispetto del trattato UE e proteggere l'attività primaria.

Il primo intervento consiste, necessariamente, nella ricostituzione, da parte dell'UE, di scorte strategiche delle più importanti *commodities* per rendere, comunque, sicuri gli approvvigionamenti e avere a disposizione gli strumenti per evitare eccessivi sbalzi di prezzo sul mercato. A tal fine la soluzione di acquisti pubblici, risolvibili *ad nutum* dei produttori di *commodities*, sul modello americano, potrebbe essere praticabile e, forse, anche stando a quanto sostenuto da Lamy, direttore della WTO, nella sua risposta a De Schutter, relatore all'ONU sulla fame nel mondo, accettabile a livello di WTO, come si evidenzierà più avanti.

Il secondo intervento, invece, riguarda il settore della conoscenza dei fenomeni che causano la determinazione dei prezzi, di anno in anno; per ottenere questo risultato è necessario che l'UE si doti di una rete di informatori sparsi per il globo che trasmetta giornalmente la situazione dell'agricoltura, le semine, le piogge, le siccità, le infestazioni, e così via, in modo da eliminare, per quanto possibile, l'asimmetria informativa esistente fra grandi *traders* e potenti finanziari da un lato, e agricoltori dall'altro. Queste informazioni, debitamente elaborate, dovrebbero essere messe a disposizione di tutti in un sito elettronico accessibile a tutti, in modo che anche gli agricoltori sappiano ciò che è noto ai più organizzati grandi operatori specializzati nel settore e ai potenti controllori della finanza privata mondiale.

A completamento di questo sistema informativo, si dovrebbe far conoscere agli agricoltori, in modo semplice e completo, di giorno in giorno, le operazioni che sono compiute sui principali mercati mondiali, nei quali, ormai, non operano più solo, come già anticipato, i professionisti delle *commodities*, ma anche, e spesso in maniera più rilevante, finanziari che, dopo avere impunemente operato nel settore secondario ed in quello immobiliare, hanno rivolto la loro attenzione anche al commercio delle materie prime alimentari principali.

Piacerebbe, a questo punto, trattare del problema mondiale dello strapotere di privati finanziari che possono sovrastare i governi eletti democraticamente, spossessandoli delle facoltà reali che le costituzioni e i trattati loro assegnano, ma quest'argomento potrà essere oggetto di una relazione che altri potrà fare, in questa o altra sede. Basti solo segnalare che sarebbe ora, prima che i danni, già gravissimi, provocati dalla libertà di spostare capitali di proporzioni colossali per interessi privati, spessissimo contrari a quello generale, divengano per troppi irreparabili, che si

creassero le strutture di controllo che ponessero al centro dell'interesse quello dei cittadini, togliendo potere a questi potentati, riducendo le loro possibilità di agire adoperando ogni leva possibile, al fine di riportare ordine in un sistema che è fondamentalmente disordinato, per il grande squilibrio che esiste fra i partecipanti al mercato, che non è un dio, come si vorrebbe far credere, ma solo un misuratore di efficienza, e non può restare, com'è ora in molti casi, un misuratore di potenza privata.

Restando nel campo agricolo, le misure suaccennate potrebbero, anche senza che si ritorni al protezionismo passato, alleviare in parte le sofferenze del settore primario europeo e aprire qualche prospettiva di tranquillità agli agricoltori italiani ed europei, oltre che stimolare il ritorno dei giovani al settore primario; non potrebbero, comunque, mancare forme incentivanti e disincentivanti in rapporto ad alcune produzioni strategiche nell'interesse non solo dell'UE ma anche della stabilità dell'intero globo.

Tuttavia si deve riconoscere che questi rimedi si propongono di soddisfare l'esigenza di garantire redditi equi agli agricoltori, secondo il dettato dell'art. 39 del TFUE, ma non affrontano appieno il problema del rifornimento soddisfacente dei mercati agricoli, anch'esso imposto dal ricordato articolo, ma con un'essenziale differenza. Mentre il reddito dei produttori europei può essere garantito con strumenti esterni alla produzione, se si dispone di ricchezza da assegnare al settore primario, l'offerta soddisfacente di prodotti di origine agricola è una necessità che travalica i confini del trattato europeo, essendo la fonte della sopravvivenza di europei e non europei, e pertanto anche un dovere morale.

6. La gravità del problema del rifornimento mondiale di alimenti è stata evidenziata, nel 2011, da Olivier De Schutter, incaricato dalle Nazioni unite di stendere una relazione speciale in rapporto ai diritti umani e ai correlati problemi della fame del mondo («*The WTO and the post-global food crisis agenda*»). De Schutter ha affermato che le regole adottate dalla WTO sono contrarie alla realizzazione di una sicurezza alimentare mondiale. Egli ha sostenuto, in particolare, che «i membri della WTO dovrebbero ridefinire il modo in cui la sicurezza alimentare è affrontata nei trattati commerciali multilaterali, di modo che le linee politiche per realizzare la sicurezza degli alimenti e la protezione dei diritti umani non siano più considerate come ancelle del mercato ma riconosciute come uno dei principali obiettivi del commercio agricolo». Prosegue il De Schutter: «La sicurezza sul cibo è considerata, da parte della WTO, marginalmente rispetto alla liberalizzazione dei commerci; un più appropriato riesame delle regole della WTO riguardanti il commercio

agricolo farebbe emergere in maniera esplicita che i risultati determinati dal mercato non necessariamente migliorano la sicurezza alimentare e che l'obiettivo delle regole sul commercio dovrebbe essere quello di facilitare le politiche d'aumento della sicurezza degli alimenti, anche se questo potrebbe richiedere di limitare il ritmo delle liberalizzazioni del commercio in alcuni settori e/o accordando, agli stati, maggiori spazi per politiche di flessibilità nella ricerca dell'obiettivo internazionalmente riconosciuto della sicurezza alimentare. I membri della WTO dovrebbero preservare e creare una gamma di variabili nei negoziati del c.d. *Doha Round* in modo da assicurare che il futuro commercio internazionale operi di pari passo con i tentativi multilaterali e nazionali di realizzare la sicurezza alimentare.

I membri della WTO dovrebbero ridefinire il modo in cui la sicurezza alimentare è trattata negli scambi multilaterali in modo che le politiche finalizzate alla sicurezza alimentare e alla realizzazione dei diritti umani, per adeguare l'alimentazione, non siano più trattate come secondarie ma come obiettivi principali riconosciuti delle politiche del commercio agricolo.

I membri del WTO dovrebbero preservare e creare una gamma di adattamenti nelle negoziazioni del *Doha Round* di modo da far sì che il regime del futuro commercio internazionale operi di pari passo con gli impegni multilaterali e nazionali che perseguono la sicurezza alimentare», e prevedere anche la possibilità per gli Stati di creare sistemi di intervento efficaci quali acquisti o vendite a prezzi particolari da parte dei magazzini pubblici, in caso di necessità.

L'attacco di De Schutter alla WTO è stato, dunque, particolarmente energico, e corrisponde alle opinioni di molti di quelli che ritengono sia indispensabile, anche per l'equilibrio mondiale, adoperarsi al fine di assicurare disponibilità di cibo ai tanti che non possono fruirne.

A fronte di queste affermazioni, che non si possono per brevità documentare ulteriormente, ma che paiono per alcuni aspetti convincenti e sufficientemente esposte, la WTO, per bocca del suo direttore generale, ha replicato aspramente; Lamy ha sostenuto che il rapporto De Schutter manifesta preoccupazioni ingiustificate quanto alle regole della WTO. Si è sostenuto, prosegue il direttore generale, che le norme della WTO esistenti non offrono un quadro politico favorevole alla realizzazione del diritto al cibo, e che il ciclo di negoziati di Doha non è riuscito a porre rimedio a questa situazione.

Il rappresentante della WTO ha respinto la tesi secondo cui «non c'è possibilità, per i paesi in via di sviluppo, di affrontare i problemi di sicurezza alimentare», e si è dichiarato in disaccordo con una serie di punti

specifici sollevati dal Relatore Speciale concernenti l'utilizzo di strumenti di politica commerciale e le misure di sostegno del mercato interno.

Quanto alla volatilità dei prezzi delle *commodities*, cui De Schutter ha fatto riferimento, il segretariato della WTO ha espresso riserve sulla «efficienza degli organismi di commercializzazione agricola» considerati opportuni dallo stesso De Schutter, sostenendo che le norme della WTO non impongono comportamenti rigidamente vincolanti ai membri, sulla questione, lasciando loro una notevole flessibilità. Ha, inoltre, osservato che «l'obiettivo di un mercato isolato dal resto del mondo attraverso le restrizioni quantitative all'importazione non è solo incompatibile con la WTO, nella maggior parte dei casi (articolo XI del GATT), ma anche economicamente inefficiente per il paese che volesse applicarlo».

Pascal Lamy, pur riconoscendo la necessità di rafforzare gli investimenti in agricoltura e di creare reti di sicurezza adeguate per i consumatori poveri, ha sostenuto che gli strumenti come lo stoccaggio pubblico a fini di sicurezza alimentare, i contingenti tariffari, le misure di salvaguardia o l'uso degli organismi di commercializzazione possono essere strumenti legittimi, in alcune circostanze, ma se usati impropriamente possono introdurre distorsioni e minare l'efficienza economica generale del mondo e degli stessi interessati, aggravando gli effetti negativi sui consumatori poveri. Il sig. Lamy ha, poi, citato il 2008 e il 2010 e i picchi dei prezzi alimentari verificatisi allora come prova degli effetti negativi che possono derivare da un uso improprio di strumenti di tale politica (nel 2010 la Russia, allora non aderente alla WTO, chiuse le esportazioni di cereali a causa dell'incendio che devastò i suoi territori). Infine ha sostenuto che le attuali norme della WTO e la direzione dei negoziati del *Doha Round* paiono aprire uno spazio politico e una buona flessibilità per lo sviluppo di paesi con problemi alimentari, e ha ribadito l'impegno della WTO per eliminare dal commercio ogni pratica distorsiva. Egli ha sostenuto che i governi hanno il diritto sovrano di perseguire politiche di sicurezza alimentare, e che tale diritto è compatibile con la WTO.

7. Se l'esperienza serve a qualcosa, occorre dire che le affermazioni di Lamy sono, spesso, ben lungi dal tenere conto della realtà dei mercati alimentari mondiali, e del fatto che molte centinaia di milioni di persone non incidono sul loro andamento, sui flussi degli alimenti e sulla domanda di cereali per la banale, tragica ragione, che non hanno a disposizione i mezzi per farlo.

Prescindendo dalle forme tecniche che si vorranno utilizzare per consentire una migliore distribuzione del cibo nel mondo, premessa fon-

damentale è la necessità di produrre di più. Questo scopo si deve raggiungere, certamente, senza distruggere la natura, ma considerando anche che quelli che non possono essere sfamati a casa loro finiranno per incrementare il flusso degli immigrati, come già accadde con i Goti, i Vandali, gli Unni, gli arabi, i Turchi, ecc., sicché non è negando valenza a tutte le soluzioni indicate dal relatore De Shutter che si risolve il problema. Esso, infatti, appare essere il più rilevante fra quelli che interesseranno il futuro dell'umanità, che si può individuare nella fame e nelle emigrazioni di massa.

Infine, coloro che si preoccupano, mi pare con qualche ragione, del *land grabbing*, dovrebbero comprendere che il solo, vero, modo per contrastarlo consiste nell'aumentare l'offerta di prodotti agricoli a destinazione alimentare e nell'accumulare scorte di essi, per rendere stabili e sicuri i mercati, per cercare di diminuire i rischi di sbalzi nei prezzi e scoraggiare le speculazioni su questi beni essenziali.

Insomma, anche al *land grabbing* si può rispondere non con il ritorno a un'agricoltura primitiva ma con l'abbondanza di scorte e di offerta, in una parola correggendo sensibilmente, per quanto attiene l'Europa, la PAC, facendo riprendere la sovranità alimentare all'UE, che si potrebbe così dotare di strumenti d'incentivo e disincentivo della produzione di ciò che più serve all'uomo su questa terra, il cibo, e avere a disposizione, di conseguenza, anche validi strumenti di politica estera.

CRISTIANA FIORAVANTI - GIUDITTA BRUNELLI

«GEOMETRIA CON FANTASIA».

OVVERO:

DIRITTI UMANI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI
NELL'INSEGNAMENTO DI GIOVANNI BATTAGLINI*

SOMMARIO: 1. PREMessa. Un punto di vista «classico» sui rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale. – PARTE I. LA PROSPETTIVA DELL'INTERNAZIONALISTA. 2. Adattamento ed esecuzione di obblighi internazionalmente assunti in tema di diritti umani. – 3. Un caso emblematico: il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti nell'ordinamento interno. – 4. Il ruolo del giudice interno quale «primo» organo di garanzia del rispetto di obblighi internazionalmente assunti dallo Stato, con particolare riguardo agli obblighi derivanti dalle Convenzioni di Roma e di New York contro la tortura. – 5. Ricorsi sovranazionali e previo esaurimento dei ricorsi interni. – PARTE II. LA PROSPETTIVA DEL COSTITUZIONALISTA. 6. Ordinamento interno e diritto internazionale nei recenti orientamenti della Corte costituzionale. – 7. Rinvio formale alla CEDU e carattere peculiare della Convenzione di Roma. – 8. Dalla teoria alla sua implementazione giurisprudenziale: a) violazione dell'art. 15 CEDU e legislazione d'emergenza. – 9. b) violazione dell'art. 3 CEDU e divieto di tortura. – 10. c) violazione dell'art. 6 CEDU e revisione del giudicato penale.

1. *Premessa. Un punto di vista «classico» sui rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale*

«La materia è complessa ed articolata ed esige soprattutto l'approfondimento dei temi di adattamento del diritto interno all'internazionale: per cui s'impone assolutamente una riflessione di rigoroso impegno sulle 'Nozioni', per l'appunto classiche nel rigore e nella brillante geometria delle idee, di Gaetano Morelli»

(G. BATTAGLINI, *Percorsi nel diritto internazionale*,
Appunti inediti, Padova)

* La Premessa è comune; la Parte I è di Cristiana Fioravanti mentre la Parte II è di Giuditta Brunelli.

È questo il passo che chiude lo scritto di Giovanni Battaglini per i frequentanti del *Corso per la preparazione alla carriera diplomatica* – quei *Percorsi* di apertura ai problemi di ogni rilevante sezione della materia volti ad offrire la chiave di lettura per provocare la *fantasia* degli studenti¹ – la cui parte finale era dedicata al tema dell’adattamento del diritto interno alle convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani. Nel pensiero di Giovanni Battaglini, un’idea classica dei rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale, ascrivibile ad una concezione sistematica di limpida ispirazione formale-astratta, convive senza contraddizioni, ed anzi in modo assai fecondo, con una particolare sensibilità al tema della garanzia dei diritti fondamentali e al ruolo che il giudice nazionale è chiamato a svolgere in questo delicato ambito. Il giudice è il «*primo organo di garanzia*» dei diritti umani sanciti dai patti internazionali, «a cominciare dalla Convenzione di Roma»²: un punto di vista che la Corte costituzionale ha in larga misura accolto nelle ormai famose pronunce del 2007 sulla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti³. Essa ha infatti affermato che «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme», in tal modo enfatizzando l’essenziale funzione del giudice ordinario a garanzia delle norme interne di adattamento alla Convenzione. «L’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito (...) in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di *giudici comuni della Convenzione*»⁴. Soltanto laddove il contrasto del diritto statale con la disposizione convenzionale non sia sanabile in via interpretativa, il giudice avrà l’obbligo di attivare il controllo della Corte costituzionale, «attraverso l’invocazione diretta dell’art. 117, 1° comma, Cost. e quella indi-

¹ I *Percorsi*, inediti, specialmente utilizzati nel Corso di preparazione alla carriera diplomatica della Facoltà di Scienze Politiche dell’Ateneo di Padova, si ricollegano al manuale (*Materiali per un corso di diritto internazionale. Formazione delle norme e adattamento*, Torino, 1991) in cui Giovanni Battaglini aveva fatto confluire i documenti e le riflessioni che avevano caratterizzato nel tempo il suo corso di Diritto internazionale nell’Università di Ferrara: una riflessione – ricorda l’A. nella Premessa al volume – «guidata da pagine classiche come quelle delle *Nozioni* di Gaetano Morelli: *classiche* perché il loro rigore dà luce a ricostruzioni sempre aderenti ai problemi reali, nella trasparenza di concetti continuamente attuali».

² G. BATTAGLINI, *Il giudice interno «primo» organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988, p. 190.

³ Si tratta, com’è noto, delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in seguito confermate da un’altra importante decisione «dottrinale», la n. 80 del 2011.

⁴ Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.; corsivo non testuale).

retta della norma CEDU, valevole come parametro interposto», nell'interpretazione fatta propria dalla Corte di Strasburgo⁵.

La corretta ricostruzione dei rapporti fra ordinamento interno e internazionale finisce allora per affidare, anzitutto, al *giudice del caso* l'interpretazione da attribuire alla norma convenzionale e, ove necessario, la coordinazione delle disposizioni interne attraverso il superamento di «antinomie solo apparenti». È quanto già affermava Giovanni Battaglini: «invece di perdersi – e farsi da parte – dietro azzardate questioni di costituzionalità (...) il giudice dovrebbe piuttosto uscire allo scoperto ad affrontare la tematica della coordinazione di norme di pari grado, non escluse ovviamente quelle conformi ai Trattati internazionali, se già possibile per lui direttamente, nella fattispecie concreta»⁶. Uno sforzo ermeneutico che impone al giudice di interpretare, da un lato, la norma di origine convenzionale alla luce dell'ordinamento da cui *provviene* e, dall'altro lato, di coordinarne la relativa disciplina con il quadro normativo interno, nello sforzo di superare le antinomie solo apparenti, così operando appunto quale «primo organo di garanzia» per il rispetto di obblighi convenzionalmente assunti, e ciò senza coinvolgere la Corte costituzionale, il cui intervento deve necessariamente ridursi – come ora insegna la stessa Corte – alle sole ipotesi in cui il giudice di merito non sia in grado di risolvere le antinomie perché, appunto, *non apparenti*.

Le rilevanti novità introdotte dalla Corte costituzionale a partire dal 2007 si sono dunque collocate in un quadro interpretativo «classico» di separazione tra ordinamenti, e molti degli argomenti utilizzati danno ragione al lontano tentativo di Giovanni Battaglini di conferire il massimo di forza applicativa interna alle norme CEDU senza sconfessare i postulati tradizionali del rapporto tra diritto statale e diritto internazionale⁷.

⁵ A. GUAZZAROTTI, *La CEDU dopo il Trattato di Lisbona: come un gioco dell'oca?*, in *Studium iuris*, 2012, pp. 173-174.

⁶ Così G. BATTAGLINI, *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 421.

⁷ Proprio l'impostazione «classica» seguita dalla Corte è oggetto di critica da parte di chi, autorevolmente, sostiene la necessità di una prospettiva diversa, di tipo assiologico-sostanziale, nell'inquadramento sistematico dei rapporti tra ordinamento interno e CEDU: si vedano in argomento i numerosi contributi di Antonio Ruggeri, il quale anche di recente ha rilevato, commentando la sentenza n. 80 del 2011, come «la Corte tenda a mettere in evidenza i profili di *separazione* tra gli ordinamenti, a tutto discapito di quelli d'*integrazione*: e, per far ciò, ambienti senza esitazione alcuna in prospettiva formale-astratta il suo ragionamento che, fissate le premesse dal quale muove, è quindi portato alle sue lineari e consequenziali conclusioni». In altre parole, la Corte «seguita a ragionare di *fonti* e dei modi della loro composizione in sistema (secondo gerarchia ovvero secondo separazione)», senza «puntare direttamente alle *norme*, a ciò che esse sono in grado di fare al servizio dei diritti e, in ultima istanza, della dignità della persona umana, nella quale è da rinvenire (...) il *Grundwert*

Queste sono le ragioni scientifiche che ci hanno indotto ad elaborare questo saggio, il quale si propone di mettere in rilievo l'indiscussa attualità della rigorosa concezione teorica di Battaglini, analizzata sia nella prospettiva dell'internazionalista che dal punto di vista del costituzionalista.

Ma vi è anche una ragione non «scientifica» che ci ha indotto a questa scelta: è la profonda riconoscenza personale che entrambe proviamo per un Maestro al quale ci ha unito un indimenticabile legame umano.

PARTE I

LA PROSPETTIVA DELL'INTERNAZIONALISTA

2. *Adattamento ed esecuzione di obblighi internazionalmente assunti in tema di diritti umani*

In un tempo ormai lontano, molto prima che la Corte costituzionale fosse chiamata a pronunciarsi sui rapporti fra diritto interno e internazionale con riguardo alla CEDU nell'ottica del novellato art. 117, 1° comma, Cost.⁸, Giovanni Battaglini – a commento critico di talune sentenze della Corte di cassazione degli anni ottanta⁹ – aveva chiarito con as-

e la *Grundnorm* insieme sia dell'ordinamento che delle relazioni interordinamentali»: così A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)* (23 marzo 2011), in *www.forumcostituzionale.it*.

⁸ In tema v. diffusamente F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 637 ss., e, più in generale, sulla giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti fra ordinamento interno e obblighi internazionalmente assunti, Id., *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, *ibidem*, 2006, p. 340 ss. Sulla portata delle sentenze citate e sullo sviluppo successivo della giurisprudenza costituzionale cfr. inoltre i vari contributi raccolti in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. Salerno e R. Sapienza, Torino, 2010.

⁹ Cfr. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 192 ss., p. 196 ss. In particolare l'A. prendeva allora in esame quanto la Corte di cassazione esprimeva nei primi anni ottanta quando – con riferimento, in genere, alle convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia – affermava che «esse sono di immediata applicazione nel nostro paese ... in considerazione del loro inserimento nell'ordinamento italiano», considerandole dunque come legge interna e appunto in questi termini, la conclusione appariva discutibile per la teoria dell'adattamento del diritto statale a quello internazionale. Né va tralasciato quanto ancora precisava l'A. con riferimento alla «revisione» successivamente operata dalla stessa giurisprudenza interna che, in effetti, non se ne discostava sostanzialmente, ma quanto meno chiariva che non si trattava d'un rinvio ricettizio materiale alle disposizioni convenzionali, ma di un rinvio ricettizio formale. Con particolare riguardo all'evoluzione della giurisprudenza interna in ma-

soluto rigore che anche in questa delicata materia, come del resto per ogni trattato, la *recezione* disposta dall'ordinamento interno per i fini dell'adattamento non potesse in alcun modo dar «luogo a un fenomeno di rinvio *ricettizio materiale* al contenuto dell'accordo». Pur muovendo dalla dottrina dualista classica secondo cui «le norme interne di adattamento al diritto internazionale poste mediante l'*ordine di esecuzione* creano nell'ordinamento italiano le distinte norme conformi», Battaglini indicava all'interprete la via da seguire per determinarne il contenuto, da ricostruirsi sempre alla luce di «quelle internazionali come stanno, con i loro precisi significati, nel sistema normativo cui continuano ad appartenere *in via esclusiva*»¹⁰. E dunque, se non si poteva mai trattare d'un *rinvio ricettizio materiale* alle disposizioni contenute nelle stesse convenzioni internazionali, ma di un *rinvio ricettizio formale* – ossia di «produzione giuridica» nell'ordinamento interno – delle «distinte norme via via 'conformi' in tutto e per tutto alla Convenzione»¹¹ (anche per come essa vive e per come viene internazionalmente intesa¹²) era da escludersi che le norme convenzionali a protezione dei diritti umani potessero allora intendersi senza tener conto dell'ordinamento d'origine.

Conclusioni che poggiavano, dunque, sulla rigorosa costruzione dell'ordine di esecuzione per la dottrina dualista classica¹³, ma che avevano, intanto, trovato successivamente espressa conferma nella giurisprudenza costituzionale quando la Corte giungeva a precisare che si incorre in un

teria e sull'atteggiamento dei giudici v. il contributo di R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla applicabilità diretta e il rango delle norme della CEDU nell'ordinamento italiano: due recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, cit., p. 41 ss., p. 56, nonché per rilevanti spunti critici p. 57 ss.

¹⁰ Così BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 404 ss., nota 40. Si vedano insieme le osservazioni critiche alle sentenze della giurisprudenza nazionale secondo cui in virtù dell'adattamento le norme internazionali «diventerebbero» norma interna, ID., *Il giudice interno*, cit., p. 189 ss., spec. par. 2 e nota 23.

¹¹ *Ibidem*, p. 192. Sui rapporti fra diritto interno e diritto internazionale, specie sotto il profilo della distinzione fra concezione dualista e monista – già secondo l'insegnamento di G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁷, Padova, 1967, p. 68 ss. – v. ancora SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 340 ss.

¹² V. *infra*, par. 3.

¹³ Si veda BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 417 e insieme note 42 e 43. In tema, anche alla luce dello sviluppo successivo della giurisprudenza e del vincolo al rispetto degli obblighi internazionali posto dall'art. 117, 1° comma novellato, v. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea*, cit., spec. p. 654 ss.

¹⁴ V. Corte cost., sentenza n. 288 del 1997 (n. 7 cons. dir.), richiamata da SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 361.

¹⁵ BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 417 e p. 418.

«palese vizio logico» se si interpreta la norma convenzionale «alla luce del diritto interno»¹⁴, e non già nel quadro dell'ordinamento cui essa appartiene, «secondo la prassi e la giurisprudenza proprie in generale di questo sistema e del regime di diritto internazionale particolare instaurato eventualmente per tutta la materia dal trattato medesimo»¹⁵, come appunto già aveva sottolineato Giovanni Battaglini.

La ricostruzione nei termini indicati del rapporto fra diritto interno e internazionale nella speciale materia delle convenzioni a tutela dei diritti umani consentiva di cogliere un ulteriore, rilevante profilo nella speciale materia. Sulla scorta dell'impostazione in termini di corretto rapporto fra ordinamenti distinti, derivava infatti – sempre nell'insegnamento di Giovanni Battaglini – anche l'esigenza di un rinvio non ricettizio dal diritto internazionale a quello di ogni singolo Stato contraente per i significati di *nozioni presupposte dall'ordinamento interno* ma utilizzate da un trattato, come è ad esempio la morale che s'invoca internazionalmente da una convenzione in tema di diritti umani per porvi un limite¹⁶. Se, infatti, si dovesse ragionare in termini di rinvio ricettizio, la conseguenza che ne deriverebbe sarebbe quella dell'inserimento nel diritto statale delle proposizioni delle convenzioni internazionali concernenti i limiti opponibili allora ai diritti e alle libertà delle persone nel rapporto Stato-individui: in questa dimensione, limiti siffatti – ove ritenuti «nazionalizzati» – finirebbero addirittura per compromettere i fondamentali principi costituzionali su cui poggia l'ordinamento.

Non per nulla, del resto, la Corte costituzionale, sul presupposto che ove una norma della CEDU si ponga in conflitto con norme della Costituzione, dopo aver precisato che in tale ipotesi – pure ritenuta eccezionale¹⁷ – ad essa spetti il compito di dichiarare l'illegittimità «per quanto di ragione della legge di adattamento»¹⁸, ha correttamente inter-

¹⁶ È quanto rileva ad esempio per la Dichiarazione universale dei diritti umani del '48 che, all'art. 29, primo comma, prevede che limitazioni dei diritti umani ad opera di ogni Stato possano disporsi «per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica», su cui peraltro v. ancora le decise conclusioni di BATTAGLINI, *ibidem*, p. 414 e spec. nota 35 sui rapporti fra la Costituzione repubblicana e i Patti internazionali sui diritti umani.

¹⁷ Sulla «eccezionalità» v. quanto precisa S. FORLATI, *Il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: l'esperienza britannica*, in *La Convenzione europea*, cit., p. 117 ss., nota 3 e, insieme, le osservazioni di G. GAJA, *Convenzione europea dei diritti umani e norme costituzionali*, *ivi*, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.

¹⁸ Così già le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, richiamate dalle sentenze n. 311 e 317 del 2009 (n. 6 cons. dir.) e n. 80 del 2011 (n. 2 cons. dir.) secondo cui la Corte costituzionale, ove investita dello scrutinio, «pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea» resta comunque legittimata a verificare se così interpretata la norma della Convenzione «la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale» si ponga

pretato la natura dei limiti contemplati da norme contenute nella Convenzione europea tenuto conto di quel *margin*e di apprezzamento che la Convenzione lascia ai Contraenti in ordine, ad esempio, alla rilevanza di «motivi imperativi di interesse generale», ma ricostruendone pur sempre la portata alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte europea¹⁹. I limiti presenti nelle convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, con i loro rinvii a nozioni presupposte dagli ordinamenti degli Stati contraenti, condizionano invero l'attività degli organi dello Stato: le limitazioni – ove invocate da una Parte contraente – incidono pertanto esclusivamente ai fini dell'attenuazione internazionalmente rilevante degli obblighi di attività degli organi dello Stato, ma in applicazione della Costituzione e delle leggi interne²⁰.

Orbene, se il procedimento speciale di adattamento alle convenzioni internazionali non comporta mai una *recepzione materiale* del trattato cui si riferisce, la conformità dell'ordinamento interno agli obblighi internazionalmente assunti realizzabile con il semplice «rinvio» disposto dall'ordine di esecuzione può evidentemente determinarsi solo quando le disposizioni di quest'ultimo siano esaustive al fine della loro puntuale attuazione: in una parola «*self-executing*»²¹. È quanto Giovanni Battaglini è giunto ad affermare non solo con riferimento all'art. 3 della Convenzione europea²², ma anche in tema di istruzione religiosa, sulla base della corretta interpretazione dell'art. 2 del Primo protocollo della Convenzione europea: «trattandosi di una disposizione convenzionale esauriente ... in Italia l'ordine di esecuzione della Convenzione e di quel suo Protocollo addizionale è sufficiente ad indicare la fonte esterna di una proposizione normativa interna immediatamente operativa»²³.

Per contro, un contenuto troppo vago delle norme convenzionali necessita evidentemente di un «arricchimento» nell'ordinamento statale attraverso apposite norme integrative elaborate all'interno con un procedimento ordinario (legislativo) di adattamento. Dunque, solo in ipotesi sif-

eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In tema v. GUAZZAROTTI, *La CEDU dopo il Trattato di Lisbona*, cit., spec. par. 2.

¹⁹ Cfr. sentenza n. 311 del 2009 (n. 8 cons. dir.)

²⁰ Cfr. ancora BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 209 ss. con riguardo, appunto, all'incidenza del margine di apprezzamento.

²¹ Sul punto, in particolare sul carattere di talune norme (quali ad esempio l'art. 3) della Convenzione europea a torto qualificate quali norme «programmatiche» da parte della giurisprudenza, v. ancora BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 197 e p. 199 e dottrina ivi citata.

²² V. *infra*, par. 2.

²³ Così G. BATTAGLINI, *Istruzione religiosa e diritti umani*, in *Studi in onore di Piero Bel- lini*, tomo I, Soveria Mannelli, 1999, p. 41 ss.

fatte, s'impone l'adozione di specifiche norme per i fini dell'adattamento, senza escludere che l'interprete – giusta la sentenza n. 28 del 1982 della Corte costituzionale – debba spingersi a verificare, pur in mancanza di ordine di esecuzione o in presenza di un trattato che contempli norme non auto-applicative, se non si diano comunque nell'ordinamento interno norme *adeguate* al rispetto di obblighi internazionalmente assunti. È questo quanto in effetti si è verificato nella vicenda che aveva riguardato il *Memorandum* d'intesa per Trieste e il suo secondo Allegato²⁴.

Un'ulteriore precisazione – ancora nel seguito del lucido pensiero di Giovanni Battaglini – s'impone. Occorre, infatti, pur sempre distinguere fra le ipotesi in cui sia in gioco l'attuazione di norme che, sebbene già direttamente applicabili per effetto del rinvio operato dall'ordine di esecuzione, richiedano peraltro la messa in opera delle indispensabili misure interne – vale a dire l'adozione di provvedimenti concreti da parte delle amministrazioni interessate – da quelle in cui, viceversa, per il compiuto adempimento degli obblighi internazionalmente assunti occorra dotare l'ordinamento della necessaria normativa²⁵, non essendo sufficiente, ai fini del rinvio, il solo ordine di esecuzione. Nel primo, caso, infatti, non di adattamento in senso stretto si tratta, ma di attuazione; nel secondo, invece, ai fini della dovuta puntuale osservanza dell'obbligo internazionalmente assunto sorge l'esigenza di emanare (o di continuare ad avere) adeguate *norme ordinarie* per i fini dell'adattamento dell'ordinamento interno all'internazionale.

3. *Un caso emblematico: il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti nell'ordinamento interno*

All'esame della distinzione fra disposizioni pattizie esaustive e non esaustive e delle conseguenze che ne derivano per l'ordinamento interno

²⁴ Cfr. BATTAGLINI, *Materiali per un corso breve*, cit., p. 157 e p. 159. In particolare, nel ricostruire l'intera vicenda anche alla luce dell'intervento dell'Avvocatura Generale dello Stato nel giudizio di legittimità costituzionale, l'A. giunge alla conclusione che «se ordine di esecuzione non c'è o il trattato non sia *self-executing*, l'insegnamento della Corte dovrebbe valere a provocare e a sostenere gli sforzi dell'interprete solo in presenza dei (o ipotizzando i) procedimenti ordinari di adattamento adeguati» (p. 159), pur rilevando la «difficoltà di far quadrare gli effetti dei procedimenti ordinari di adattamento» che, restando nella piena discrezionalità del legislatore, possono risultare non completi (in eccesso o in difetto) rispetto al contenuto del trattato internazionale. Cfr. ID., *Riflessione breve su di un tema della sentenza n. 295, con variazioni*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1341 in specie.

²⁵ Si veda, sul punto, l'ampia e articolata ricostruzione di G. BATTAGLINI, *Amministrazione e sovranità nell'ex Territorio Libero di Trieste*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, tomo I, Milano, 1975, p. 139 ss., in particolare nota 146.

è dedicata la riflessione di Giovanni Battaglini sulla portata del divieto di tortura e pene e trattamenti inumani o degradanti²⁶. Una riflessione risalente ma estremamente «attuale», solo che si ponga mente alle vicende giudiziarie seguite ai fatti avvenuti a Genova nel corso delle manifestazioni di contestazione al vertice internazionale del G8 nel confronto con l'esame di una sentenza del Tribunale di Padova dell'inizio degli anni '80 che, «pur civilmente ispirata», orientava già allora Giovanni Battaglini a evidenziare i guasti di adattamenti «incompleti» e, insieme, di una carente consapevolezza da parte dei giudici del loro ruolo di *primi organi di garanzia* della Convenzione europea. Un confronto che – si vedrà – fa emergere con tutta evidenza quel ruolo di garanzia dei giudici che Giovanni Battaglini invocava e che trova ora nella «reazione» della Procura generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova una decisa, ancorché tardiva, risposta²⁷.

Non si può certo affermare – scriveva Giovanni Battaglini – che l'art. 3 della Convenzione europea sia *programmatico*. Al contrario, dal suo contenuto testuale e soprattutto dalla giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione, se ne ricava invece «con varie delucidazioni e integrazioni» l'inequivocabile assoluto divieto e, dunque, la sua natura di norma auto-applicativa (*self-executing*). Ed è pur vero che – a differenza di quanto imposto dalla Convenzione di New York del 1984, che obbliga viceversa ciascuno dei contraenti a prevedere una specifica fattispecie criminosa per adattarsi alla corrispondente norma convenzionale non *self-executing*²⁸ – l'art. 3 della Convenzione europea non richiede,

²⁶ In generale sul tema v. *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di A. Gianelli e M.P. Paternò, Roma, 2004; A. GIANELLI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale: profili generali*, in AA.VV., *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, 2007, p. 479 ss. e da ultimo A. SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenza di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?*, in *Dir. um. dir. int.*, 2009, p. 5 ss.

²⁷ V. *infra*, par. 3.

²⁸ Si consulti al riguardo la considerazione nettamente espressa (al punto 5) dal Comitato contro la tortura sul Rapporto inviato dalla Repubblica italiana (*Conclusions and recommendations of the Committee against torture, Thirty-eighth session, 30 April to 18 May 2007*, in <http://www.2.obchr.org>): «the Committee reiterates its previous recommendation (A/54/44, para. 169 (a)) that the State party proceed to incorporate into domestic law the crime of torture and adopt a definition of torture that covers all the elements contained in article 1 of the Convention. The State party should also ensure that these offences are punished by appropriate penalties which take into account their grave nature, as set out in article 4, para. 2 of the Convention». Si veda, insieme, la successiva *Liste des points à traiter établie avant la soumission du sixième rapport périodique de l'Italie* (Cat/C/Ita/Q/6), *ibidem*, *Renseignements concernant spécifiquement la mise en œuvre des articles 1^{er} et 4*: «1. Donner des renseignements à jour sur toute mesure par l'Etat partie pour introduire dans sa législation l'in-

per i fini del suo rispetto nell'ordinamento interno, l'emanazione di specifiche norme penali.

Vero è però che quel giudice interno, nel suo ruolo di primo organo di garanzia della Convenzione avrebbe allora dovuto comunque – opportunamente richiamandosi alla Convenzione europea – trarre «tutti i possibili effetti interni» per i fini del rispetto della Convenzione «in armonia con il fine di adattamento per lo stesso ordine di esecuzione» della Convenzione europea²⁹: uno sforzo che si sarebbe dovuto tradurre – nelle conclusioni allora formulate da Battaglini – per il giudice nella ricerca nel tessuto normativo interno di adeguate norme penali di contrasto e, in mancanza, di «rilevarne criticamente l'assenza o l'inadeguatezza», potendo comunque almeno spingersi sino al rifiuto della concessione delle «attenuanti»³⁰ in sede di determinazione della pena a carico degli imputati.

Come negare, allora, che al fine d'un *adempimento di buona fede* degli obblighi derivanti per lo Stato dall'art. 3 della Convenzione di Roma meglio sarebbe stato procedere subito all'adozione di norme di diritto penale volte a contrastare efficacemente il divieto³¹? In quest'ottica – e ancora soccorre il pensiero di Giovanni Battaglini – l'adozione di una

crimination de torture selon la définition de l'article premier de la Convention, comme l'avait recommandé le Comité dans ses précédentes observations finales (par. 5)...3. – indiquer toute mesure prise pour faire en sorte que des peines appropriées qui tiennent compte de la gravité des actes de torture soient prévues, comme il est énoncé au paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention».

²⁹ Così BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., l'intero par. 4 e p. 204, in particolare per le conclusioni riportate.

³⁰ *Ibidem*, p. 203.

³¹ Ancora BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 202. Occorre, in effetti, considerare che, per consolidata giurisprudenza della Corte europea che ne deduce l'obbligo generale dall'art. 1 della CEDU, gli Stati non sono solo chiamati ad attivarsi per impedire la lesione dei diritti tutelati nel sistema convenzionale; una volta che la lesione si sia – in ipotesi – verificata essi sono infatti tenuti ad assicurare un'*adeguata repressione della lesione* (sia sotto il profilo dell'obbligo di incriminazione che di quello della previsione di sanzioni adeguate per le violazioni di tali diritti perpetrate da terzi). In tema, specie con riguardo agli obblighi «positivi» di cui all'art. 3 CEDU in connessione con l'art. 1, v. F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, spec. parte II, p. 149 ss. Sull'*adeguatezza* del sistema sanzionatorio v. insieme le conclusioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Darraj contro Francia*, 4 novembre 2010, ricorso n. 34588/07 (par. 49 ss. in part.): a fronte della condanna a una pena pecuniaria di modesta entità pronunciata dai giudici francesi a carico di agenti di polizia colpevoli di avere commesso atti di tortura nei confronti di un «fermato», la Corte ha infatti ritenuto che – in mancanza di ulteriori sanzioni disciplinari e di un modesto risarcimento a favore della vittima – la condanna non costituiva una sanzione *adeguata* dal momento che, per questo suo carattere, non poteva esplicare un «adeguato effetto deterrente».

specifica previsione criminosa (poi necessaria per i fini dell'adattamento alla Convenzione di New York del 1984, una volta in vigore per la Repubblica italiana) avrebbe infatti comportato il pieno rispetto del divieto assoluto di tortura intanto posto dall'art. 3 della Convenzione europea anche per come tale norma è interpretata dalla Corte europea. E, dunque, ove si fosse proceduto all'adozione di una specifica fattispecie criminosa di contrasto della tortura, tale norma avrebbe intanto avuto l'effetto di consolidare il divieto assoluto di tortura contemplato dalla Convenzione di Roma, per poi «servire», quale norma di *necessario* adattamento ordinario, anche per i fini del rispetto della Convenzione di New York.

Le considerazioni di Giovanni Battaglini appena ricordate si riferiscono – come si diceva – ad un momento ancora antecedente alla ratifica, da parte della Repubblica italiana, della Convenzione di New York del 1984 contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Il deposito dello strumento di ratifica da parte dell'Italia, avvenuto solo il 12 gennaio 1989, era stato preceduto dalla legge di autorizzazione del 3 novembre 1988 che conteneva altresì – com'è d'uso – l'ordine di esecuzione utilmente funzionale per quelle sole norme convenzionali già esaustive e così direttamente «recepite» nell'ordinamento italiano. Il rinvio speciale (l'ordine di esecuzione) risultava peraltro insufficiente al rispetto dell'obbligo convenzionale proprio con particolare riguardo al *nucleo essenziale della Convenzione*: vale a dire rispetto all'obbligo per gli Stati di legiferare, in mancanza di una norma già presente con quei contenuti nell'ordinamento, affinché qualsiasi atto di tortura (come pure il tentativo di praticare la tortura o qualunque complicità o partecipazione a tale atto) fosse espressamente e immediatamente contemplato come «reato nel diritto penale interno», in conformità alla definizione di tortura prevista all'art. 1 della Convenzione, e sanzionato con pene adeguate in considerazione della gravità della condotta.

A tal proposito va anzi ribadito che la Convenzione di New York del 1984, all'art. 1, *definisce puntualmente la nozione di tortura rilevante ai sensi e per i fini della Convenzione* come «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione», qualora – precisa ancora il disposto convenzionale – «tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra per-

sona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito».

Ora, se questo è il quadro convenzionale, è evidente che per i fini del rispetto dell'obbligo internazionale (art. 4, in combinato con l'art. 1 della Convenzione di New York del 1984) sarebbe stato necessario, sin dal 1989, senza possibilità di alternative, l'emanazione di norme penali interne non potendo bastare, per i fini del compiuto rispetto della Convenzione, quella «copertura» penale non specificamente volta alla repressione della tortura³². S'impondeva, dunque, non solo l'emanazione di una nuova fattispecie criminosa definita con le parole dell'art. 1 della Convenzione medesima, ma anche la fissazione di pene adeguate alla sua gravità, senza esimenti. E questo è quanto, del resto, vanno sostenendo da gran tempo sia il Comitato dei diritti umani sia il Comitato contro la tortura³³. Tanto più che la mancanza di norme di adattamento ordinario alla Convenzione di New York non solo si traduce in un adattamento incompleto su d'un punto qualificante del regime posto da quella Convenzione; incide altresì – come subito si dirà – anche sul pieno rispetto dell'art. 3 della Convenzione europea, in considerazione del fatto che, in mancanza di una specifica norma incriminatrice dei fatti di tortura, il giudice interno non può che assimilare tali fatti alle fattispecie previste nel codice penale, quali ad esempio, il sequestro di persona, la violenza privata, le lesioni personali, l'ingiuria, la minaccia, l'abuso di autorità nei confronti di arrestati o detenuti, le percosse, con tutte le conseguenze che ne derivano anche a fini processuali, fra cui il maturare della prescrizione e la concessione dell'indulto.

³² Non sono mancati disegni di legge che hanno avuto per oggetto l'introduzione del reato specifico di tortura, fra cui anche quello indicato dalla Repubblica italiana in risposta alle Osservazioni del Comitato (v. *supra*, nota 28) risalente alla XV legislatura mai definitivamente approvato per effetto dello scioglimento anticipato delle Camere. Successivamente sono stati presentati, nel corso della XVI legislatura molti disegni di legge volti allo stesso fine, anche se essi presentano differenze consistenti riguardo alla definizione degli elementi qualificanti della fattispecie e anche sotto il profilo della determinazione della pena da infliggere all'autore del reato. Sulle proposte e i disegni di legge volti all'introduzione del reato di tortura cfr. pure Senato della Repubblica (XVI Legislatura) Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, 2012, Appendice, p. 187 ss.

³³ Sul punto v. *supra*, nota 28; in dottrina v. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, spec. p. 463, p. 465, e, conclusivamente, pp. 474-475 e, insieme, C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 555 ss. Sempre con riguardo alla portata degli obblighi posti dalla Convenzione di New York v. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L. Zagato e S. Pinton, Padova, 2010, p. 23 ss.

4. *Il ruolo del giudice interno quale «primo» organo di garanzia del rispetto di obblighi internazionalmente assunti dallo Stato, con particolare riguardo agli obblighi derivanti dalle Convenzioni di Roma e di New York contro la tortura*

La consapevolezza del giudice circa il suo ruolo di *primaria garanzia* degli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato in materia di protezione dei diritti umani tocca dunque i vari profili cui s'è fatto cenno e che meritano di essere ora trattati ancora nel seguito delle riflessioni di Giovanni Battaglini e alla luce degli sviluppi della recente giurisprudenza interna.

Si ponga mente, anzitutto, alla questione dell'interpretazione delle norme interne conformi a quelle contenute in trattati internazionali in vigore per la Repubblica italiana. È da considerarsi consolidato – ora anche secondo l'orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale³⁴ – l'obbligo per il giudice di interpretare le norme interne conformi alla luce dell'ordinamento d'origine e, trattandosi della Convenzione europea, avendo speciale riguardo alle pertinenti pronunce della Corte di Strasburgo³⁵. Escluso, dunque, che si possano utilizzare percorsi interpretativi nel solco della *nazionalizzazione* della norma internazionale, il giudice interno è chiamato a collocare, anzitutto, la norma di derivazione internazionale nell'ordinamento di appartenenza: e ciò non solo a fini interpretativi del suo «significato», ma anche di qualificazione della natura della norma pattizia, rifuggendo dalla tentazione di interpretarla alla stregua dei canoni ermeneutici interni. Riecheggia, insomma, specialmente nelle ultime sentenze della Corte costituzionale, la «forza» già sottesa nelle pagine di Giovanni Battaglini quand'egli si confrontava con pronunce dei giudici (anche di Cassazione) che, viceversa, ancora ricostruivano il contenuto delle norme pattizie senza affidarsi ai criteri ermeneutici dell'ordinamento d'origine³⁶.

³⁴ Si vedano già le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, 311 e 317 del 2009, nonché la sentenza n. 80 del 2011 (n. 2 cons. dir.): per la Corte, infatti, «ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione», tenendo conto che le norme della CEDU devono comunque essere interpretate «nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione».

³⁵ Per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in particolare del suo art. 3) v. F. JAVOBS - R. WHITE - C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*⁵, Oxford, 2010, p. 167 ss.; D. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARRBRICK - E. BATES, *Law of the European Convention on Human Rights*², Oxford, 2009, p. 69 ss.

³⁶ V. *supra*, par. 1.

La corretta ricostruzione della norma convenzionale e la conseguente necessità di garantirne il rispetto, deve quindi orientare il giudice del caso a risolvere da sé – senza coinvolgere immediatamente la Corte costituzionale, come del resto già indicava Giovanni Battaglini³⁷ – le antinomie. Questo è quanto ora afferma la Corte costituzionale quando ribadisce che nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, è il giudice nazionale che deve, anzitutto, «procedere ad un'interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica»³⁸.

Il coinvolgimento della Corte costituzionale diviene viceversa *ineludibile* solo quando non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa. Diversamente da quanto è in potere del giudice quando il contrasto riguardi norme dell'ordinamento dell'Unione europea, nel caso in cui l'antinomia riguardi le norme della Convenzione europea il giudice dovrà infatti sollevare la questione di legittimità costituzionale poiché spetta alla Corte, ove ritenga sussistente il contrasto, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., con riguardo alla norma della Convenzione europea invocata³⁹.

Vero è però che l'interpretazione adeguatrice del sistema vigente – e cioè a dire delle norme interne nel coordinamento con le norme pattizie – presenta un limite intrinseco, essendo infatti utilmente percorribile solo se la disposizione interna lo consenta. La possibilità, per il giudice, di ricavarne un significato compatibile con la norma d'origine convenzionale presuppone infatti pur sempre che dalla disposizione interna possano derivare diverse interpretazioni, tra cui quella che, per l'appunto, dà corpo ad una norma che è conforme alla norma pattizia rilevante nel caso concreto.

È quanto accade ora nel procedimento penale per i fatti avvenuti a Genova del 2001 nella caserma di Bolzaneto e nella scuola Diaz utilizzate

³⁷ V. *supra*, par. 1.

³⁸ Così Corte cost. sentenza n. 311 del 2009 (n. 6 cons. dir.), su cui cfr. le osservazioni di SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea*, cit., spec. p. 649.

³⁹ Sul rango delle norme CEDU con riguardo ad una loro possibile «copertura costituzionale» in forza dell'art. 11 Cost. v. già BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 410 ss.: «appare pertanto opportuno l'intervento ora della Corte a dirimere negativamente il dubbio: la prospettiva contraria, invero piuttosto forzata, era se non altro la più attendibile fra quelle ultimamente suggerite in rapporto all'eventuale evoluzione della giurisprudenza della Corte (nella presunzione della *contiguità* con la materia comunitaria) e finalmente sembra esclusa, almeno allo stato attuale, dalla sentenza in discorso».

quali centri di temporanea detenzione per gli arrestati e fermati in occasione delle manifestazioni di contestazione avvenute durante il vertice internazionale G8. A seguito della sentenza della Corte d'Appello di Genova che, pur avendo riconosciuto le responsabilità degli imputati si trovava pur tuttavia costretta a dichiarare l'estinzione dei reati ascritti agli imputati per *intervenuta prescrizione*, emerge – sia pure solo in una fase ormai troppo avanzata, ossia in sede di proposizione di ricorso per Cassazione da parte del pubblico ministero – la piena consapevolezza del *giudice interno* di dover assolvere a quel ruolo di garante del rispetto della Convenzione europea, del suo art. 3 in particolare, inducendolo a «ricercare più a fondo una soluzione pienamente e realmente conforme ai valori dell'ordinamento», per evitare un epilogo processuale che non si vuole con ogni mezzo considerare «ineluttabile»⁴⁰.

In effetti, è pur vero che nel giudizio di primo e secondo grado il pubblico ministero non aveva mancato di sottolineare come la gravità in taluni casi dei comportamenti tenuti dagli imputati poteva configurarsi quale tortura «ai sensi delle convenzioni internazionali e segnatamente della CEDU» alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo. E per verità, non era neppure mancata, nel corso dei giudizi di merito (specialmente in secondo grado), la piena consapevolezza del collegio giudicante circa l'assenza nel diritto interno dell'autonoma fattispecie incriminatrice della «tortura», «nonostante lo Stato italiano abbia ratificato da oltre vent'anni la Convenzione NU che ne prevede l'obbligo»⁴¹. Ma, in mancanza di una specifica fattispecie criminosa, poiché di atti di tortura si è trattato, bene fa ora il pubblico ministero a invocare – in sede di proposizione del ricorso per cassazione – quanto meno quel divieto assoluto contenuto nell'art. 3 CEDU, con quel «corredo interpretativo» che la Corte europea si è, nel tempo, fatta carico di costruire.

Ecco dunque opportunamente richiamata nel ricorso la copiosa giurisprudenza della Corte europea relativa sia alla nozione di tortura riconducibile al divieto di cui all'art. 3, con particolare riguardo ai «comportamenti» vietati, sia specialmente la rilevante posizione della Corte di Strasburgo secondo cui «ogniqualevolta un rappresentante dello Stato è stato incriminato per fatti di tortura o di maltrattamento, è di estrema importanza ai fini di un “rimedio effettivo” che i procedimenti penali e i giudizi non siano soggetti a prescrizione e che sia possibile concedere

⁴⁰ Cfr. Procura generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per Cassazione del Pubblico ministero 27 ottobre 2010, p. 12 su cui v. il commento di V. ZANETTI, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz*, in *Studium iuris*, 2012, p. 430 ss. e i riferimenti bibliografici ivi richiamati.

⁴¹ Cfr. la Dichiarazione di ricorso, p. 6.

amnistia o grazia»⁴². Così, dopo aver correttamente interpretato l'art. 3 della Convenzione europea alla luce della pertinente giurisprudenza, il pubblico ministero giunge a chiedersi se la dichiarazione di prescrizione pronunciata dalla Corte d'appello in relazione alle contestazioni rivolte agli imputati «sia irrimediabile e comunque l'unica corretta secondo il vigente ordinamento e il sistema di valori codificato a livello sovranazionale», anche alla luce della sentenza della Corte d'appello che, pur avendo rilevato l'impossibilità di disapplicare la norma interna in materia di prescrizione, e verificata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice, aveva ciononostante omesso di sollevare la questione avanti alla Corte costituzionale, pur nella consapevolezza che avrebbe potuto (dovuto?) sollevare essa stessa la questione innanzi alla Corte⁴³.

La determinazione della Procura di proporre al giudice di legittimità il coinvolgimento della Corte costituzionale in sede di ricorso per cassazione prova, in verità, lo sforzo di porsi quale organo di garanzia della Convenzione europea: quello di adoperarsi per impedire, sia pure forse troppo tardivamente, la «inevitabile» violazione di un obbligo internazionalmente assunto dalla Repubblica, facendo ricorso all'ultimo strumento di cui dispone. Ma prova, insieme, i guasti di adattamenti incompleti dell'ordinamento interno, provocati dalla persistente inerzia del legislatore, rispetto agli obblighi internazionali di contrasto della tortura. La situazione processuale che si è venuta determinando è, in effetti, provocata da un quadro normativo non adeguato alla repressione dei fatti di tortura.

Orbene, se e quando si avrà un pronunciamento della Corte costituzionale⁴⁴ su d'una questione di particolare delicatezza anche sotto il profilo degli effetti in *malam partem* che possono derivare dalla (eventuale) dichiarazione d'incostituzionalità della norma penale di favore, si potrà determinare l'esclusione dalla prescrizione e dall'indulto di delitti «comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno», quando integranti condotte in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea. È quanto varrebbe – in ultima analisi e per quanto qui importa – a scongiurare, da un lato, l'indifferenza dell'ordinamento nei confronti del

⁴² *Ibidem*, p. 9.

⁴³ Così, ancora da Dichiarazione di ricorso per Cassazione del Pubblico Ministero, cit., secondo cui la Corte d'appello «verificata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice» ha peraltro omesso di considerare quale «doverosa alternativa» il ricorso alla Corte costituzionale.

⁴⁴ Sull'esito si potrebbe ipotizzare una decisione che arrivasse «a dichiarare l'incostituzionalità delle norme impugnate con una sentenza additiva di principio» (così ZANETTI, *La tortura*, cit., p. 432).

pieno rispetto degli obblighi internazionalmente assunti nella data materia da parte della Repubblica, dando così ragione alla *resistenza* del giudice del caso di sfuggire dall'esito processuale altrimenti ineludibile; dall'altro lato, a provocare il legislatore ad introdurre quelle necessarie modifiche dell'ordinamento interno per la protezione degli individui dalla tortura e dagli altri trattamenti vietati dai regimi pattizi vigenti, da gran tempo, per la Repubblica.

5. *Ricorsi sovranazionali e previo esaurimento dei ricorsi interni*

Da ultimo occorre sottolineare – ancora nell'insegnamento di Giovanni Battaglini⁴⁵ – quale sia l'incidenza della questione esaminata rispetto all'operare della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni anche alla luce dell'effettività dei rimedi presenti nell'ordinamento.

Nel sistema della Convenzione europea la regola del previo esaurimento opera solo se l'ordinamento interno dia modo di esaurire ogni via utile *effettivamente e adeguatamente* predisposta: come ha, ad esempio, affermato la Corte europea nel caso *Scordino* «nulla obbliga a fare uso di ricorsi che non siano né adeguati né effettivi...o quando è provata una prassi consistente nella ripetizione di atti vietati dalla Convenzione e nella tolleranza ufficiale dello Stato, in modo che tutte le procedure risultino inutili o inefficaci»⁴⁶. È quanto, anche in tema di trattamenti degradanti egualmente vietati dall'art. 3 della Convenzione europea, la Corte è andata precisando, nell'affare *Hénaf*, riconoscendo che «the domestic authorities did not take the positive measures which the circumstances required to bring the matter to a conclusion», arrivando così a concludere che «the remedy open to the applicant was not normally available and sufficient to allow him to obtain reparation of the violation

⁴⁵ Cfr. BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 204 ss. secondo cui la regola «si riconnette al processo formativo dell'illecito internazionale: se e quando vi sia ancora la possibilità di evitare che il fatto illecito si perfezioni o quando, altrimenti, sia venuta a maturazione la colpa dello Stato come elemento costitutivo di un suo illecito internazionale» (p. 205).

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Scordino e altri contro Italia*, 27 marzo 2003, ricorso n. 36813/97, par. 56: «la Corte ricorda che la regola del previo esaurimento impone a coloro che intendano proporre ricorso contro uno Stato davanti ad un organo giudiziario internazionale l'obbligo di esperire preventivamente i ricorsi offerti dal sistema giuridico di tale Stato...tale regola si basa sull'assunto che il sistema interno offra un ricorso effettivo per la violazione dedotta. Nel quadro dell'art. 35, un ricorrente deve avvalersi dei ricorsi che sono normalmente disponibili e sufficienti per permettergli di ottenere la riparazione delle violazioni che deduce. Questi ricorsi debbono esistere con un grado sufficiente di certezza, sia in pratica che in teoria, ed essere dotati della effettività ed accessibilità richiesta».

which he alleges»⁴⁷. Si tratta, del resto, di un orientamento costante nel sistema di garanzia della Convenzione europea se già nel 1973 la Commissione, a proposito del caso *Donnelly* e altri contro il Regno Unito in cui erano in questione maltrattamenti e finanche pratiche di tortura ad opera della polizia locale e dell'esercito inglese, aveva ritenuto che l'inefficacia dei rimedi interni da esperire derivava, da un lato, dall'estrema difficoltà di reperire adeguati mezzi di prova e, d'altro lato, da inchieste incomplete e deviate con nulle – o estremamente scarse – probabilità di successo⁴⁸.

L'obbligo del previo esaurimento delle vie interne di ricorso giurisdizionale di cui all'art. 35 della Convenzione europea è pertanto da intendersi con riguardo alla effettività del rimedio giurisdizionale interno, nel senso che la vittima ricorrente a Strasburgo non è obbligata ad esperire quei rimedi – prima istanza, appello e cassazione – il cui esito non risulti *prevedibilmente positivo* per la stessa parte ricorrente. In quest'ottica la Corte europea è addirittura giunta ad ammettere – nel caso *H. G. e G. B. contro Austria*⁴⁹ – l'inutilità di un secondo grado di giudizio dal momento che non era, appunto, prevedibile l'esito positivo per il ricorrente sulla base dei precedenti giurisprudenziali dell'ordinamento interno austriaco.

E se dunque, ancora ad oggi, l'ordinamento italiano non contempla – come prova la vicenda esaminata – rimedi efficaci ed effettivi con riguardo a fatti di tortura, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni posta dalla Convenzione europea non può impedire alle vittime di proporre ricorso a Strasburgo, come invero è accaduto, all'indomani della sentenza della Corte d'Appello del marzo 2010 con cui s'è disposto di non doversi procedere nei confronti degli imputati per intervenuta

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hénaf contro Francia*, 27 novembre 2003, ricorso n. 65436/01, par. 38-39.

⁴⁸ Si vedano, sul punto, le osservazioni di M. TAMPIERI, *Illecito internazionale e previo esaurimento dei ricorsi interni nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, cit., p. 235 ss., spec. p. 244; In generale sul tema del previo esaurimento, con riguardo alle convenzioni a tutela del divieto di tortura, A. MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato. Contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Milano, 2003, spec. p. 155 ss.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *H. G. e G. B. contro Austria*, 2 giugno 2005, ricorso n. 11084/02, par. 38, secondo cui l'art. 35, riguardando il previo esaurimento dei ricorsi interni, va applicato con un certo grado di flessibilità, e senza eccessivi formalismi tenendo conto delle circostanze del caso concreto; sicché, se tali circostanze fanno oggettivamente ritenere che un grado di ricorso sarebbe stato inefficace al fine di trovare giusta riparazione a una violazione, può ritenersi adempiuto tale requisito anche quando non siano stati percorsi tutti i gradi di giudizio.

prescrizione⁵⁰. Resta solo da interrogarsi sull'incidenza – ai fini della regola del previo esaurimento così come interpretata dalla Corte europea – del ricorso in cassazione eventualmente determinante anche, e specialmente, ai fini del futuro coinvolgimento della Corte costituzionale ad opera della Corte di legittimità che potrebbe decidere di farsi finalmente carico di sollevare la questione di costituzionalità. Una catena di «se» dall'esito quanto meno incerto il cui cammino si presenta, per vero, tutto in salita: ne è, del resto, pienamente consapevole anche il pubblico ministero quando afferma «che i margini di sindacabilità ammessi dalla Corte costituzionale in merito alla norma penale di favore sono assolutamente ristretti, forse troppo ristretti». Escluso allora che l'evoluzione processuale successiva alla proposizione del ricorso a Strasburgo si rifletta sulla tempestività della sua proposizione, non si può peraltro negare che il coinvolgimento della Corte costituzionale varrebbe, quanto meno, a riproporre con forza la questione di un improcrastinabile intervento legislativo ai fini del rispetto *in buona fede* di obblighi internazionalmente assunti, in coerenza con quanto ora dispone l'art. 117, 1° comma, Cost.

Anche la Convenzione di New York del 1984 contro la tortura e i trattamenti disumani e degradanti contempla l'istituzione di un Comitato cui possano rivolgersi individui che pretendano di essere vittime di violazioni, commesse da uno Stato parte, dei diritti che la Convenzione tutela. La Repubblica italiana è fra gli Stati che hanno dichiarato di riconoscere la competenza del Comitato ai sensi degli articoli 21 e 22 della Convenzione medesima. Gli individui possono pertanto rivolgersi al Comitato quando ritengano di esser vittime di una violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano, previo l'esaurimento dei ricorsi interni: e sempre che, beninteso, la stessa questione non sia stata o non sia già all'esame di un'altra istanza internazionale, quale la Corte europea di Strasburgo (per violazione del divieto di cui all'art. 3 della Convenzione europea) o il Comitato sui diritti umani sulla base del Protocollo facoltativo del Patto sui diritti civili e politici per violazione del suo art. 7⁵¹.

Orbene, anche la Convenzione contro la tortura, pur prevedendo che per poter adire il Comitato l'individuo debba aver prima esaurito tutti i ricorsi interni disponibili, ha avuto cura di precisare che la regola non può trovare applicazione quando le procedure di ricorso superano termini ragionevoli (art. 22, 4° comma, lett. *b*). Così, quando i rimedi ri-

⁵⁰ La notizia è riportata da ZANETTI, *La tortura*, cit., p. 432.

⁵¹ In tema v. F. SALERNO, *Rapporti fra procedimenti concernenti le medesime istanze individuali presso diversi organismi internazionali di tutela dei diritti umani*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 363 ss.

sultino, appunto, «unreasonably prolonged, or that it is unlikely, after a fair trial, to bring effective relief to the alleged victim» il Comitato ritiene già «aperta» la via all'istanza internazionale⁵². Va da sé, allora, che quando l'individuo lamenti la violazione del *divieto di tortura* – secondo la nozione dell'art. 1 della medesima Convenzione – e manchi, nell'ordinamento interno, la previsione del reato specifico, non si pone neppure un problema d'esaurimento di ricorsi interni poiché la condotta legislativa (omissiva) preclude addirittura di per sé i vari rimedi.

PARTE II

LA PROSPETTIVA DEL COSTITUZIONALISTA

6. *Ordinamento interno e diritto internazionale nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*

La giurisprudenza costituzionale, come si è detto, affida oggi al giudice comune un compito interpretativo primario, volto a garantire la corretta applicazione della CEDU nell'ordinamento interno; e non deve trarre in inganno il fatto che la Corte costituzionale abbia escluso il rilievo, in questa materia, dell'art. 11 Cost., «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale», con la conseguenza che non è consentita la non applicazione da parte del giudice della norma interna confliggente con la CEDU⁵³. Il giudice costituzionale propone dunque un'interpretazione restrittiva della portata dell'art. 11⁵⁴, sottolineando la

⁵² Così – ma si tratta di costante giurisprudenza del Comitato contro la tortura – la decisione del 15 novembre 2010, *Communication No. 333/2007, T.I. v. Canada*, par. 6.2, in <http://www2.obchr.org>.

⁵³ Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.1 cons. dir., con testuale richiamo alla sentenza n. 188 del 1980). Con la successiva, e già ricordata, decisione n. 80 del 2011, la Corte ha precisato che anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona restano valide le considerazioni «riguardo all'impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (...), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come "principi generali" del diritto comunitario (oggi del diritto dell'Unione)». Rimane tuttora valida «la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale».

⁵⁴ A. SPADARO, *Breve introduzione al «circolo costituzionale»: prima la storia fa le «Corti costituzionali» e poi le Corti fanno la «storia costituzionale»...*, in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Milano, 2009, p. 10.

differenza *ontologica* fra l'ordinamento dell'UE e quello della CEDU: interpretazione, questa, esplicitamente sostenuta da Giovanni Battaglini, secondo il quale il contenuto dell'art. 11 Cost. è stato, anzi, «fin troppo dilatato in sede interpretativa», dal momento che, a rigore, «non avrebbe potuto suggerire che ipotesi di *autolimitazione della mera libertà di fatto nel proprio interno* (...) e solo in vista di far fronte alle immediate esigenze di coordinazione con le organizzazioni internazionali per il fine diretto (o quanto meno indiretto) di promuovere la pace e la sicurezza “fra le nazioni” in una col rispetto del diritto». Bene ha fatto dunque la Corte, già nella sentenza n. 15 del 1982, a dirimere negativamente il dubbio circa il rilievo costituzionale della CEDU, evitando un «ulteriore allargamento» derivante da una «interpretazione analogica dell'art. 11 ad opera della stessa Corte costituzionale, in modo da ricomprendervi una superiore esigenza di adattamento alla Convenzione europea»⁵⁵. E il fatto che una simile costruzione teorica conduca di necessità a non ammettere la «disapplicazione» diretta da parte del giudice della norma interna in conflitto con la CEDU⁵⁶ non prefigura affatto un indebolimento del sistema di tutela dei diritti: non a caso, Valerio Onida, il quale ritiene che le norme della CEDU abbiano valore costituzionale, in quanto proteggono standard minimi di diritti fondamentali, si pronuncia contro tale disapplicazione, «che contrasterebbe con i principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale, e aprirebbe la strada a troppe incertezze e conflitti giurisprudenziali»⁵⁷. Al giudice comune viene così correttamente riconosciuta la funzione ermeneutica *preventiva* che Battaglini auspicava: egli deve «interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme». Soltanto ove «ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la norma convenzionale “interpo-

⁵⁵ BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 44.

⁵⁶ Secondo la Corte costituzionale, «allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza fino al punto da consentire la non applicazione della norma interna confliggente» (sentenza n. 349 del 2007, n. 6.1 cons. dir.).

⁵⁷ V. ONIDA, *Adottare il «punto di vista» dei diritti fondamentali*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2007 (*e-book*), p. 178. Secondo l'A. (che scriveva prima delle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007), «la norme di una Convenzione che discende direttamente dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed è volta ad attuarla dovrebbero essere intese, diversamente da quelle contenute in un qualsiasi trattato internazionale, come norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Ma oggi c'è anche la via facile del nuovo art. 117, comma 1».

sta» dovrà investire la Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, 1° comma, Cost.⁵⁸.

7. *Rinvio formale alla CEDU e carattere peculiare della Convenzione di Roma*

Anche i temi relativi alla costruzione dei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla *peculiarità* del sistema CEDU vengono declinati dalla Corte costituzionale, nelle decisioni del 2007, in modo analogo a quanto Battaglini aveva proposto nello scritto del 1988. Egli, da un punto di vista teorico-generale, respingeva ogni ipotesi di «nazionalizzazione» dei trattati internazionali attraverso la loro *ricezione materiale* (cioè il loro *inserimento*) nell'ordinamento statale, perché ciò «porterebbe ad interpretarli alla stregua di quest'ultimo, complessivamente considerato», con la conseguenza «di travisare sovente i loro significati normativi originari, di deformarne sinanche il contenuto degli obblighi nei contesti di diritto interno ove risulterebbero imprigionati»⁵⁹. Quanto, specificamente, alla CEDU, soltanto se le sue norme non diventano il contenuto di norme interne *in bianco* «si dovrà, fra l'altro, tener conto nella loro interpretazione, non solo grammaticale ma logica e sistematica, della giurisprudenza dei rispettivi organi internazionali». Ci troviamo dunque di fronte ad un *rinvio formale* «o di "produzione giuridica" (in Italia) delle distinte norme via via "conformi" in tutto e per tutto alla Convenzione (anche per come viene internazionalmente interpretata)»⁶⁰.

Due sono quindi le precisazioni di Battaglini: *a*) l'ordinamento italiano opera un rinvio *di produzione giuridica* alla Convenzione; *b*) ciò consente, fra l'altro, di tener conto dell'interpretazione giurisprudenziale della Convenzione stessa, devoluta ad un'apposita Corte. E le due precisazioni si ritrovano perfettamente nella giurisprudenza costituzionale:

⁵⁸ Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.). Per U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, testo della relazione per l'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e la Corte federale tedesca su «Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell'Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo» (Karlsruhe, 19-21 novembre 2009), in www.cortecostituzionale.it, p. 5, le sentenze del 2007 «non negano minimamente il preliminare compito interpretativo dei giudici ordinari delle norme espressive degli asseriti obblighi internazionali, compito che appare invece indispensabile per verificare se effettivamente sussista un legittimo dubbio di irrimediabile conflitto con il primo comma dell'art. 117 Cost.».

⁵⁹ BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 193.

⁶⁰ BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 194 e p. 196.

con l'art. 117, 1° comma, Cost., afferma la Consulta, si è realizzato «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»⁶¹. E la «caratteristica peculiare» della CEDU, rispetto agli altri trattati, consiste esattamente «nell'aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa»⁶². Pertanto, la rilevanza della Convenzione «così come interpretata dal “suo” giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale»⁶³.

In definitiva, la Corte, proprio come Giovanni Battaglini, colloca la CEDU tra i comuni trattati internazionali, pur rinvenendone una peculiarità essenziale nella presenza di un giudice creato *ad hoc* per la sua interpretazione⁶⁴. Eppure, anche la *materia* da essa regolata (i diritti fondamentali) ha una ricaduta precisa sul sistema delle competenze: per il giudice interno, scriveva Battaglini nel 1988, è arrivato il momento di attivarsi finalmente quale primo organo di garanzia «*dei diritti umani* come sono sanciti anche dai *patti internazionali, a cominciare* dalla Convenzione di Roma»⁶⁵. E la Corte costituzionale, a sua volta, non manca di riconoscere in via di principio la «*peculiare rilevanza* delle norme della Convenzione, *in considerazione del contenuto della medesima*, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo *strumento interpreta-*

⁶¹ Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.). La particolare natura delle norme convenzionali, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì, inoltre, che lo scrutinio di costituzionalità sulle stesse non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra la le «norme interposte» e quelle costituzionali (sentenza n. 348 del 2007, n. 4.7 cons. dir.).

⁶² Sentenza n. 348 del 2007 (n. 4.6 cons. dir.).

⁶³ Sentenza n. 349 del 2007 (n. 6.2 cons. dir.).

⁶⁴ E proprio la circostanza che le disposizioni della CEDU abbiano un interprete esclusivo nella Corte di Strasburgo «impedisce al giudice ed alla stessa Corte [costituzionale] di fermarsi alle *disposizioni* della Convenzione, obbligando ad attingere alla loro costante (ri)definizione giurisprudenziale»: così C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: «affinità elettive» o «relazioni pericolose?»*, in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007*, cit., p. 64.

⁶⁵ BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 190 (corsivi non testuali).

tivo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e a realizzare»⁶⁶. In altre parole, anche una netta prospettiva formale-procedimentale, che nulla conceda ad incerte ipotesi interpretative di ordine assiologico-sostanziale⁶⁷, sembra in grado di assicurare un livello soddisfacente di tutela dei diritti fondamentali.

8. *Dalla teoria alla sua implementazione giurisprudenziale: a) violazione dell'art. 15 CEDU e legislazione d'emergenza*

Del resto, si tratta di un punto di vista perfettamente conciliabile con una creatività interpretativa capace di individuare e proporre soluzioni giuridiche originali ed efficaci, ispirate all'esigenza di una piena tutela delle libertà e dei diritti individuali. Il giudice, scrive Battaglini, deve «uscire allo scoperto ed affrontare la tematica della coordinazione di norme di pari grado, non escluse ovviamente quelle conformi ai trattati internazionali, *se già possibile per lui direttamente*, nella fattispecie concreta»⁶⁸. Ed affronta, da questo punto di vista, due temi di assoluto rilievo anche per il costituzionalista: la legislazione di emergenza e la tortura.

Alla prima questione è dedicato il più volte ricordato saggio *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, pubblicato nella *Giurisprudenza costituzionale* a commento della notissima sentenza

⁶⁶ Sentenza n. 349 del 2007, n. 6.1.2 cons. dir. (corsivi non testuali).

⁶⁷ Ipotesi non accolte, come si è visto, dalla Corte costituzionale. Emblematica, a questo riguardo, la sentenza n. 317 del 2009, nella quale si è inteso scorgere un orientamento «a favore di un sindacato spostato sul terreno sostanziale della tutela dei diritti, piuttosto che di tipo formale-astratto dei rapporti tra fonti», orientamento in seguito non confermato (così A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale* (17.6.2011), in *www.giurcost.org*, par. 2). Ora, a parte che i due profili (garanzia dei diritti e logica formale-astratta dei rapporti tra fonti) non sono tra loro in contrasto, come mostra proprio il pensiero di Giovanni Battaglini, va detto che la pronuncia del 2009 sembra piuttosto ispirata dall'intento di delineare un *sistema* compiuto e coerente di protezione dei diritti: «(...) la tutela dei diritti fondamentali deve essere *sistemica* e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». Dall'incidenza «della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela *per tutto il sistema dei diritti fondamentali*». Il «margine di apprezzamento» nazionale «può essere determinato avuto riguardo soprattutto al *complesso dei diritti fondamentali*, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e *del giudice comune*, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze» (n. 7 cons. dir., corsivi non testuali).

⁶⁸ BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 421 (corsivo non testuale). In questa stessa chiave l'A. interpreta non solo in senso procedurale, ma anche in senso *logico-funzionale*, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni *ex art. 35 CEDU* (BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 207).

n. 15 del 1982, secondo la quale i limiti massimi della carcerazione preventiva estesi con il decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella legge 6 febbraio 1980, n. 15, non potevano considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle «obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali» nei procedimenti aventi ad oggetto «i delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico»⁶⁹. Con la precisazione, peraltro, che l'emergenza⁷⁰ «è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea», per cui le «misure insolite» adottate dal legislatore «perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo», e che, in ogni caso, «non si giustificherebbe un troppo rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia»⁷¹. Giovanni Battaglini non critica la decisione della Corte costituzionale (ritenendo anzi che la questione di legittimità proposta fosse «azzardata», per lo meno «sotto i profili dell'adattamento al diritto internazionale»⁷²), ma ricorda quanto avrebbe potuto fare *direttamente* il giudice ordinario, il *primo soggetto* chiamato a garantire nell'ordinamento interno la corretta applicazione dalla CEDU, come strumento di tutela dei diritti umani. E, per delineare questa essenziale funzione del giudice, identifica con chiarezza la nozione di *ragionevolezza* emergente dalla Convenzione (nozione che la Corte aveva sottovalutato, ritenendo che l'art. 5, par. 3, CEDU, invocato dalla Corte di assise di Torino, non proponesse alcun criterio concreto, astenendosi dal fornire qualsiasi specificazione⁷³), e in particolare dal combinato disposto degli articoli 15 e 5, 3° comma. Per Battaglini, «la ragionevolezza in circostanze d'emergenza ha (...) un limite fisso – e fissato, quindi, in conformità dalle norme italiane di adattamento, in virtù della legge italiana di esecuzione del 4 agosto 1955 – sia per il primo che per il comma 3 di detto articolo 15 della Convenzione», nel

⁶⁹ Sentenza n. 15 del 1982 (n. 5 cons. dir.).

⁷⁰ Determinata nel caso di specie dalla peculiarità e gravità del fenomeno terroristico, caratterizzato «non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali» (n. 4 cons. dir.).

⁷¹ Sentenza n. 15 del 1982 (n. 7 cons. dir.).

⁷² BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 422.

⁷³ E «una valutazione della ragionevolezza che non sia ancorata ad un criterio concreto, ma solo ad una concezione vaga ed elastica, può riuscire opinabile in difetto di un'analisi più articolata ed approfondita» (n. 3 cons. dir.). Sull'uso del criterio di giudizio della ragionevolezza nella decisione del 1982 si vedano le diverse posizioni di L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 98 ss. e di A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, *ivi*, p. 108 ss.

senso che sussiste «*in via assoluta* il limite di una *doppia condizione sospensiva* della facoltà (...) di ricorrere in una grave situazione d'emergenza a misure in deroga anche all'art. 5⁷⁴: a) ai sensi del 1° comma, deve essere provata la loro necessità “nella stretta misura in cui la situazione lo esige”; b) ai sensi del terzo, deve essersi verificata la condizione che tali misure in deroga non contravvengano, fra gli altri obblighi internazionali, soprattutto a quello di notificarle formalmente al Segretario Generale del Consiglio d'Europa tenendolo “parimenti” informato “dei motivi che le hanno ispirate” e “della data in cui queste misure hanno cessato d'esser in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione”»⁷⁵. Ecco perché, nel caso di specie, il giudice, invece di investire la Corte con una «azzardata» questione di costituzionalità, avrebbe dovuto «uscire allo scoperto», subordinando «il disposto del decreto convertito in legge sul prolungamento dei termini della preventiva detenzione alle condizioni dell'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani, da verificare giudizialmente, dovendosi invalidare ogni applicazione del diritto interno speciale *per la emergenza* che non si regga, da un lato, sulla notifica e la motivazione al Segretario del Consiglio d'Europa sulle misure in deroga e via via della loro durata o rinnovo, e dall'altro sull'applicazione – o la possibilità dell'applicazione – dei criteri concreti di *controllo* del Consiglio e della Commissione»⁷⁶. In questo modo, il giudice avrebbe conseguito il doppio risultato di evitare di porre in essere l'inadempimento italiano alla Convenzione e di tutelare in via diretta la posizione dell'imputato di fronte ad un (convenzionalmente) illegittimo prolungamento della carcerazione preventiva. Ancora una volta: concezione rigorosa e formale del rapporto tra ordinamenti e del sistema delle fonti, che non impedisce affatto, ma anzi agevola, l'individuazione di una soluzione concreta di garanzia giurisdizionale di un diritto fondamentale.

9. b) *violazione dell'art. 3 CEDU e divieto di tortura*

Quanto al divieto di tortura previsto dall'art. 3 CEDU⁷⁷, Battaglini ne sottolinea l'*assolutezza* e *tassatività*, che non consentono in alcun

⁷⁴ L'art. 5 CEDU (rubricato *Diritto alla libertà e alla sicurezza*), prevede tra l'altro, al par. 3, che «Ogni persona arrestata o detenuta (...) ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura».

⁷⁵ BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 420 e p. 421.

⁷⁶ BATTAGLINI, *Convenzione europea*, cit., p. 423.

⁷⁷ Secondo il quale «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Per una più approfondita analisi della questione, si veda la Parte I di questo saggio, parr. 2 e 3.

modo di affermarne la natura soltanto programmatica. Anzi, dalla giurisprudenza convenzionale si ricavano in modo puntuale le nozioni di «tortura», «pena», «trattamento inumano» e «trattamento degradante»; con l'ulteriore precisazione che, secondo tale giurisprudenza, il divieto si rivolge *in primis* alle «persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali» ex art. 13 CEDU, senza alcuna possibilità di deroga; deroga che, viceversa, è prevista per altre disposizioni della Convenzione (ad es., gli articoli 5 e 6 in rapporto all'art. 15), ancorché *self-executing*⁷⁸. E, benché nulla dica la norma convenzionale circa una corrispondente fattispecie criminosa che i diritti penali interni debbano necessariamente contemplare, e circa le pene – o la misura della pena – da comminare per tale reato, al fine di un adempimento *di buona fede* della disposizione pattizia si sarebbe potuto far uso del procedimento ordinario di adattamento per «emanare *direttamente* norme di diritto penale (più o meno) uniformi a quelle degli altri contraenti, nella speciale materia»⁷⁹. L'assenza di tali norme di adattamento dovrebbe essere rilevata criticamente dalla giurisprudenza, laddove questa non sia in grado di fornire un rimedio (almeno parziale) alla lacuna, ad esempio negando la concessione di qualsiasi attenuante a soggetti condannati per trattamenti in violazione dell'art. 3 della Convenzione di Roma⁸⁰. Questo, è chiaro, a condizione che il giudice abbia piena consapevolezza di trovarsi investito della funzione di primo organo di garanzia della Convenzione, tenuto – come tale – a valutare se e in che misura le norme interne create dall'ordine di esecuzione non risultino «integrate quanto è necessario ai fini del rispetto dell'accordo da altre norme interne, di adattamento ordinario», o comun-

⁷⁸ BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 199 e p. 200. Per F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 638, nota 7, il divieto di tortura stabilito dall'art. 3 CEDU «è di incontrovertibile natura consuetudinaria generale».

⁷⁹ E in ogni modo già conformi – in qualche misura – a quelle imposte dalla «Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani o degradanti», adottata dall'Assemblea generale delle NU il 10 dicembre 1984, agli Stati che l'abbiano ratificata, una volta che sia entrata in vigore (BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 202). Com'è noto, tale Convenzione, vigente dal 27 giugno 1987, è stata ratificata dall'Italia con legge n. 489 del 3 novembre 1988, ma nel diritto positivo italiano è tuttora assente un'autonoma fattispecie incriminatrice della tortura.

⁸⁰ Giovanni Battaglini fa esplicito riferimento alla sentenza del Tribunale di Padova del 15 luglio 1983, di condanna di appartenenti alle forze dell'ordine per le violenze inflitte ai brigatisti arrestati per il sequestro del generale Dozier. Una pronuncia «civilmente ispirata», scrive Battaglini; e tuttavia, «[c]ome negare che la stessa sentenza dovesse trarne da sé, contro gli imputati di trattamenti in violazione dell'art. 3 della Convenzione di Roma (...), serie conseguenze sfavorevoli alla concessione di qualsiasi attenuante se il giudice avesse riconosciuto di trovarsi, allora, soprattutto investito della funzione di *primo organo di garanzia* della Convenzione?» (BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 202 e p. 203). V. *supra*, Parte I, par. 2.

que da criteri applicabili autonomamente «nel dare la norma del caso concreto, il più possibile in armonia con il fine di “adattamento” per lo stesso ordine di esecuzione del trattato»⁸¹.

Si tratta di una linea interpretativa oggi seguita dalla giurisprudenza: emblematica, sotto questo profilo, la decisione della Corte d'appello di Genova, sez. II, n. 678/2010, pronunciata il 5 marzo 2010, sui fatti accaduti nella caserma di Bolzaneto, adibita nel luglio del 2001 a centro di detenzione temporanea per gli arrestati e fermati in occasione delle manifestazioni di contestazione al vertice internazionale del c.d. G8. Accogliendo l'approccio ermeneutico della pubblica accusa, la Corte ha sottolineato come la gravità di taluni comportamenti di appartenenti alle forze dell'ordine ben potesse condurre alla loro definizione in termini di «tortura» ai sensi delle convenzioni internazionali, e in particolare della CEDU e della relativa interpretazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, a ciò non costituendo ostacolo la mancanza di un'autonoma fattispecie tipica nell'ordinamento nazionale. Nel ricorso per cassazione presentato dal Pubblico ministero contro la decisione d'appello (nella parte in cui essa, dopo aver riconosciuto (tutte) le responsabilità individuali, ha dichiarato l'estinzione per prescrizione dei reati ascritti agli imputati), si legge che «[l]e accuse elevate a carico degli imputati, *indipendentemente dalla loro qualificazione che si articola in diverse fattispecie* (art. 324 c.p., 608 c.p., 581, 582, 612, 594, 610 c.p.), riguardano *condotte in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sottoscritta e ratificata dall'Italia». In particolare, la condanna per delitto di abuso d'ufficio di alcuni degli imputati con responsabilità di comando all'interno della struttura di detenzione «esplicita formalmente, tra le violazioni di legge rilevanti per la qualificazione della condotta, la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito solennemente da tale norma che, nella considerazione della Corte di Strasburgo da lungo tempo espressa, custodisce uno dei valori più fondamentali della società democratica («*enshrines one of the most fundamental values of democratic society*») e rappresenta uno dei diritti assoluti ed essenziali garantiti dalla Convenzione stessa («*one of the core and absolute rights guaranteed by the Convention*»)»⁸². Ad avviso della Procura ricorrente, la disamina dei comportamenti vessatori perpetrati nella caserma di Bolzaneto contenuta nella pronuncia d'appello, il cui accertamento era in gran parte già pre-

⁸¹ BATTAGLINI, *Il giudice interno*, cit., p. 204.

⁸² Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per Cassazione del Pubblico ministero, 18 maggio 2011, foglio 4 (corsivo non testuale).

sente nella sentenza di primo grado, «è un impressionante concentrato di fatti perpetrati in violazione dell'art. 3 della Convenzione, commessi in danno di persone detenute o sottoposte al controllo delle forze di polizia, con riferimento all'imponente casistica giurisprudenziale della Corte europea»⁸³. Giurisprudenza che si pone, alla luce delle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, «come necessario parametro interpretativo per il giudice nazionale nell'accertamento dei fatti che comportano lesione dei diritti umani protetti dalla Convenzione»⁸⁴.

Il giudice penale, comportandosi, secondo l'auspicio di Giovanni Battaglini, come primo organo di garanzia della Convenzione, ha ritenuto che i comportamenti contestati agli imputati (nella loro totalità, anche nelle modalità meno gravi e non assimilabili alla nozione di «tortura») siano da considerarsi trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3 CEDU*, perpetrati da appartenenti ad apparati istituzionali dello Stato, nella specie alle forze di polizia. A fronte di ciò, la dichiarazione di prescrizione anche in relazione ai fatti più gravi contestati agli imputati, derivante dall'applicazione dell'art. 157 c.p., che esclude tale forma di estinzione del reato solo per quelli puniti con l'ergastolo, si pone in evidente contrasto con il principio, consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui, ove vi siano accuse a carico di rappresentanti dello Stato per delitti riguardanti fatti che violano l'art. 3, i relativi procedimenti penali non devono essere soggetti a limitazioni temporali («*must not be time barred*»)⁸⁵. Verificata l'impraticabilità di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 157 c.p. una volta decorso il termine, la Corte d'appello non ha tuttavia ritenuto di investire della questione il giudice delle leggi, secondo le chiare indicazioni della sentenza n. 349 del 2007. Per questo, la Procura chiede alla Suprema Corte di proporre eccezione di legittimità costituzionale dell'ordinario regime di prescrizione stabilito dall'art. 157 c.p., in quanto contrastante con l'art. 3 CEDU e quindi censurabile *ex art. 117, 1° comma, Cost.*, nella parte in cui non esclude dalla prescrizione i delitti, *comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno*, integranti condotte in violazione dell'art. 3 CEDU.

⁸³ Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per Cassazione, cit., fogli 5-6.

⁸⁴ «In questo quadro – prosegue il ricorso – numerose sono le pronunce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che possono essere invocate come precedente persuasivo, per la corretta valutazione dei fatti contestati, pur nella diversità delle fattispecie di reato ascritte agli imputati e (...) indipendentemente da tali qualificazioni» (Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Genova, Dichiarazione di ricorso per Cassazione, cit., foglio 5).

⁸⁵ V. *supra*, Parte I, par. 3.

10. c) *violazione dell'art. 6 CEDU e revisione del giudicato penale*

Ci troviamo dunque di fronte ad un meccanismo complesso di tutela dei diritti fondamentali, che agisce su diversi piani e a diversi livelli e che, per quanto concerne l'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana, individua proprio nel giudice comune quel soggetto privilegiato di garanzia della Convenzione che Giovanni Battaglini aveva indicato prima di chiunque altro.

Si tratta di una dinamica che ha trovato riscontro, recentemente, anche in ulteriori vicende giurisprudenziali, compendiate ora nel c.d. «caso Dorigo». Il loro problematico denominatore comune è rappresentato dall'immediata eseguibilità (*ex art. 46, par. 1 CEDU*) delle sentenze della Corte di Strasburgo che contengano una condanna ai sensi dell'art. 6 CEDU e della sua incidenza su un giudicato penale, anche in assenza di strumenti processuali idonei a recepire immediatamente la pur cogente sentenza convenzionale. Non è qui necessario ricostruire analiticamente una vicenda, durata tre lustri, in tutti i suoi passaggi giurisprudenziali, incluso l'approdo per ben due volte del problema alla Corte costituzionale veicolato da mirate questioni di legittimità promosse in via incidentale dalla Corte d'appello di Bologna⁸⁶. Ai fini del ragionamento di fondo fin qui condotto, sono due i tornanti giurisprudenziali che meritano un particolare richiamo.

Il primo attiene all'affermarsi di un orientamento della Corte di cassazione che pare ricalcato sulla teoria battagliniana del giudice quale primo organo di garanzia della CEDU. Stretta tra l'obbligo di conformarsi alla decisione della Corte di Strasburgo e l'assenza nella disciplina codicistica di un'apposita ipotesi di revisione del giudicato penale, la Cassazione ha individuato – autonomamente ed in prima battuta – un rimedio possibile: l'inseguibilità della condanna perché la sentenza nazionale non è più titolo legittimo di detenzione⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. le decisioni costituzionali nn. 129 del 2008 e 113 del 2011. Per una ricostruzione complessiva dell'intera vicenda vedi ora P. TANZANELLA, *Il «caso Dorigo», paradigma dei rapporti ordinamentali tra Roma e Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2012, p. 291 ss. Sulla sentenza del 2011 vedi A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in ID., «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, XV, Studi dell'anno 2011, Torino, 2012, p. 313 ss.

⁸⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 2006 - 25 gennaio 2007, n. 2800, *Dorigo*, annotata da A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *www.forumcostituzionale.it*. Vedi anche, in fattispecie diversa, Cass. pen., sez. I, 12 luglio - 3 ottobre 2006, n. 32678, *Somogyi*, annotata da P. TANZANELLA, *La svolta della Cassazione sull'applicazione diretta delle sentenze di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 189 ss.

È vero – come è stato fatto notare⁸⁸ – che la soluzione giurisprudenziale individuata presenta i tratti del paradosso, con una cosa giudicata collocata in una sorta di «*limbo* processuale» perché – ad un tempo – non eseguibile né rinnovabile. Tuttavia appare di grande interesse segnalare come, a livello di Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, la soluzione giurisprudenziale di non dare esecuzione alla condanna sia stata ritenuta sufficiente per archiviare il «caso Dorigo»⁸⁹: la garanzia a tutela della legalità convenzionale, individuata dal giudice comune quale suo primo custode, appariva pertanto idonea ad impedire ulteriori violazioni degli articoli 6 e 46 CEDU.

L'altro tornante meritevole di segnalazione nella dinamica del «caso Dorigo» attiene proprio alla natura del giudicato costituzionale ora intervenuto con la recente sentenza n. 113 del 2001. La Consulta ricorda che – alla luce della portata precettiva riconosciuta all'art. 46 CEDU dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – è necessario garantire la *restitutio in integrum* in favore dell'interessato, nella forma della riapertura del processo penale. Soluzione non praticabile, allo stato, nell'ordinamento italiano perché il mezzo straordinario di impugnazione rappresentato dall'art. 630 c.p.p. non consente la revisione nel caso di specie. Da qui la sua dichiarazione di 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'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione*».

Si tratta – secondo la nomenclatura propria della giustizia costituzionale – di una c.d. sentenza additiva di principio. Tramite essa la Corte costituzionale accerta un'illegittima omissione normativa, colmandola attraverso l'introduzione di un principio che segna il solco di una prossima addizione per via legislativa. Principio che, nel frattempo, funge da bussola per i singoli giudici comuni, chiamati ad identificare soluzioni giurisprudenziali idonee ad implementarlo.

Nel caso di specie, è proprio la soluzione a suo tempo pionieristicamente individuata dalla Cassazione a venire certificata nella sua praticabilità: negare al giudicato penale (perché pronunciato al termine di un procedimento che la Corte EDU ha accertato come «non equo») il valore

⁸⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., p. 192 e p. 193.

⁸⁹ Cfr. la risoluzione finale CM/ResDH(2007)83, che fa anche leva sulla presentazione da parte del Governo di apposito disegno di legge recante «*Disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*» (A.S. 1797, 18 settembre 2007), sul quale cfr. A. PUGIOTTO, *Verso la revisione del giudicato penale in caso di violazione della CEDU accertata dalla Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1075 ss.

di titolo legittimo di detenzione. Con il che il cerchio si chiude: la lentezza o l'inerzia del legislatore non può tradursi in sistematica violazione convenzionale e, pertanto, in negazione delle posizioni soggettive di libertà riconosciute al singolo dalla CEDU. In attesa di un suo intervento strutturale, spetta al giudice comune l'esercizio – ad un tempo geometrico e creativo – della funzione giurisdizionale a garanzia delle norme interne di adattamento a quelle delle Convenzioni sui diritti e le libertà.

SERENA FORLATI

THE LEGAL OBLIGATION TO PREVENT GENOCIDE:
BOSNIA V SERBIA AND BEYOND

TABEL OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The UN Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. – 3. The customary nature of the obligation to prevent genocide. – 4. Specific features of the obligation to prevent genocide. – 4.1. The obligation to prevent genocide as a rule of *jus cogens*? – 4.2. The conditions under which the obligation applies. – 4.3. The content of the obligation. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

A significant shift of focus from the repression of offenders to the prevention of genocide and other mass atrocities has taken place in the last decade. A number of efforts have been made to overcome the «Nurenbergian» attitude taken in the past at international level¹. These include the commitments undertaken in the UN framework as regards the so-called «responsibility to protect»², the endorsement of this con-

¹ See, W.M. REISMAN, *Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder, Case Western Int. Law*, 2007-2009, p. 59, noting that the international community «has preferred to invest its efforts in punishment rather than prevention».

² On the concept of «responsibility to protect», see e.g., R. THAKUR, *In Defence of the Responsibility to Protect*, *Inter. Jour. Hum. Rights*, 2003, 3, p. 160; L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. CONDORELLI, *De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*, *Revue gén. droit int. public*, 2006, p. 11; P. HILPOLD, *The Duty to Protect and the Reform of the UN, a New Step in the Development of International Law?* *Max Planck Yearbook*, 2006, p. 35; C.C. JOYNER, *The 'Responsibility to Protect': Humanitarian Concern and the Lawfulness of Humanitarian Intervention*, *Vanderbilt Journal*, 2006-2007, p. 693; C. STAHN, *Responsibility to Protect - Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, *American Journal Int. Law*, 2007, p. 99; C. FOCARELLI, *The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention*, *Journal of Conflict*, 2008, p. 1; L. ARBOUR, *The responsibility to protect as a duty of care in international law and practice*, *Rev. Int. St.*, 2008, p. 445; E. GREPPI, *The Responsibility to Protect: an Introduction*, in G.L. BERUTI (ed.), *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations - Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, San Remo, 4-6 September 2008*, IIHL, San Remo, 2009, p. 174; S. CARVIN, *A responsibility to reality: a reply to Louise Arbour*, *Rev. Int. St.*, 2010, p. 47; A. PETERS, *The Responsibility to Protect: Spelling out the Hard Legal Consequences for the UN*

cept by the Security Council³, and the appointment of a Special Advisor to the Secretary General on this topic and on a related one specifically aimed at genocide prevention. However, it is not always clear the extent to which these commitments are translated into legally binding norms⁴.

As regards genocide, an undertaking to prevent it is included in Article I of the UN Genocide Convention⁵. The ICJ judgment on the merits in the *Bosnia v Serbia* case⁶ and, more recently, the judgment of the Hague Court of Appeal in *Mustafic v De Staat der Nederlanden*⁷ have em-

Security Council and its Members, in U. FASTENRATH, R. GEIGER, D.-E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER & C. VEDDER (eds.), *From Bilateralism to Community Interest - Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 297; P. HILPOLD, *From Humanitarian Intervention to Responsibility to Protect: Making Utopia True?*, *ibidem*, p. 462; A. ZIMMERMANN, *The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect?*, *ibidem*, p. 629; L. GLANVILLE, *The Responsibility to Protect Beyond Borders*, *Human Rights*, 2012, p. 1.

³ Notably, in Resolution 1373 (2011) concerning the situation in Libya, which, according to the UN Secretary general, «affirms, clearly and unequivocally, the international community's determination to fulfil its responsibility to protect civilians from violence perpetrated upon them by their own government» (statement of March 17, 2011, available at <http://www.un.org/apps/sg/sgstats>). Whereas Resolution 1973 was adopted with five abstentions, the criticism of the abstaining states related to the choice of allowing recourse to military action: no doubts were cast in the debate as to the need for UN action in order to protect civilians in Libya (see the statements made by Brazil, Germany, India, the Russian Federation and China at the 6498th meeting of the Security Council, March 17, 2011, S/PV.6498). As is well known, the Council did not take similar actions as regards other situations, such as the one in Syria (cf., however, Resolutions 2042(2012) and 2043(2012)). As regards the General Assembly, Resolution 63/308 of 14 September 2009 was adopted by consensus, albeit only after the words expressing appreciation for the 2009 Secretary General's Report on *Implementing the Responsibility to Protect* (A/63/677, January 12, 2009) were deleted from the draft. The debate on the topic was further pursued within the framework of informal interactive dialogues taking place on August 9, 2010 and July 12, 2011 respectively, on the basis of the reports issued by the Secretary General dealing with *Early warning, assessment and the responsibility to protect* (A/64/864, July 14, 2010) and on *The role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect* (A/65/877, June 27, 2011).

⁴ Significantly, U.S. President Obama qualified prevention of mass atrocities and genocide as a «core national security interest and a core *moral* responsibility of the United States», yet without mentioning the existence of legal obligations in this respect (cf., Presidential Study Directive on Mass Atrocities - PSD-10, August 4, 2011 (available at <http://www.whitehouse.gov>, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/08/04/presidential-study-directive-mass-atrocities>, accessed March 28, 2012).

⁵ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, UNTS, p. 277. So far, the Convention has been ratified by 142 States.

⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia) (Merits)*, ICJ Reports, 2007, p. 43.

⁷ The Hague Court of Appeal, Case no. 200.020.173/01, *Mebida Mustafic-Mujic et al. v De Staat der Nederlanden* (July 5, 2011), para. 6.2 (available at <http://zoeken.rechtspraak.nl>, accessed March 28, 2012; cf. also the parallel case No. 200.020.174/01, *Hasan Nubanovic v De Staat der Nederlanden*, July 5, 2011, para. 5.8, *ibidem*). The Hague Court of Appeal thus

phasized the legally binding nature of this undertaking⁸. Nevertheless, doubts are raised as to the role legal rules may play in preventing genocide⁹, and certain commentators still hold that «the political sphere (...) is where genocide prevention really belongs»¹⁰.

This article is aimed at clarifying the impact the current legal framework may have on genocide prevention by analyzing some specific features of the obligation to prevent genocide and elaborating on possible directions in its future development. These issues will be examined in the light of the *Bosnia v Serbia* judgment, which constituted the first, and so far the only, opportunity for the International Court of Justice to apply the UN Convention in contentious proceedings on the basis of the jurisdictional clause included in Article IX¹¹. The judgment considered the meaning and scope of some of the substantive obligations stipulated by the Convention, including the obligation to prevent genocide set forth in Article I.

reversed a judgment of the District Court of the Hague in which the responsibility of the Netherlands had been denied essentially on grounds of lack of attribution of the relevant conduct (Judgment of September 10, 2008, case no. 265615/HA ZA 06-167, on which cf. G. GAJA, *Seventh report on responsibility of international organizations*, Doc. A/CN.4/610 of 27 March 2009, p. 11, para. 29).

⁸ As noted by O. BEN-NAFTALI, *The Obligations to Prevent and to Punish Genocide*, in P. GAETA (ed.), *The Genocide Convention - A Commentary*, Oxford, 2009, p. 41, «during the various stages of the Bosnian genocide case, the ICJ has transformed the ‘duty to prevent’ into a substantive legal obligation».

⁹ J. QUIGLEY, *The Genocide Convention - An International Law Analysis*, Aldershot, 2006, p. xiv.

¹⁰ W.A. SCHABAS, *Genocide and the International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes*, *Genocide Studies*, 2007, pp. 115-116; A. BARTOLI, T. OGATA & G. STANTON, *Emerging paradigms in genocide prevention*, *Politorbis*, 2007, p. 16, maintain that «genocide is a highly political act and genocide prevention cannot be but a political response». Cf. also the dissenting opinion by Judge Ranjeva in *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 278, para. 6.

¹¹ The Court dealt with the Genocide Convention in the well-known Advisory Opinion on the *Reservations to the Convention on Genocide*, *ICJ Reports*, 1951, p. 15. As regards contentious proceedings, the interpretation of the Convention was at stake in the *Case Concerning the Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v India)* (for the application of May 11, 1973, see *Pleadings, Oral Arguments, Documents, Trial of Pakistani Prisoners of War*, 3 ff.) which was however removed from the list upon the request of Pakistan (see, Order of 15 December 1973, *ICJ Reports*, 1973, pp. 347-348). The ICJ found it did not have jurisdiction in a number of cases - namely, the *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo (Congo v Rwanda) (Jurisdiction and Admissibility)*, *ICJ Reports*, 2006, p. 6 and those *Concerning the Legality of the Use of Force*, *ICJ Reports*, 2004, p. 865 (judgment against Italy); the cases against the United States and Spain were struck off the list, *ICJ Reports*, 1999, p. 916 and p. 761). Jurisdiction was affirmed in the *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, *ICJ Reports*, 2008, p. 412, but the judgment on the merits has not been issued yet.

2. *The UN Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*

First of all, the Court made it clear that the undertaking to prevent genocide plays an autonomous role in the Convention's framework. In response to Serbia's contention that the obligation stipulated by Article I only binds States to punish the perpetrators of genocide, the ICJ stressed that «[t]he obligation on each contracting State to prevent genocide is both normative and compelling. It is not merged in the duty to punish, nor can it be regarded as simply a component of that duty»¹².

Furthermore, the obligation to prevent genocide is broader in scope than the obligation to punish, which is set forth in Article VI. In principle, a State party is under the obligation to repress only genocide perpetrated within its territory; as regards other situations the State is only bound to cooperate with the activities of International Criminal Tribunals and Courts to whose jurisdiction it is subject¹³. On the other hand, the ICJ read the obligation to prevent genocide as covering not only activities of non-State actors within the territory of the State party, but also to include genocide that may occur beyond a State's borders. In Serbia's case, it was precisely the lack of prevention of the massacre in Srebrenica – the only act qualified as genocide by the Court¹⁴ – that was considered to be in breach of the Convention¹⁵. This interpretation, which confirms the stance taken by the Court in its 1996 judgment on jurisdiction¹⁶, may well depart from the overall approach taken by the drafters of the Convention¹⁷ but is justified under Articles 31(1) and 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, especially in the light of the recent developments concerning the responsibility to protect. Indeed, a different interpretation of Article I would have implied the existence of a significant gap in the Convention's framework.

The Court also made it clear that, «while respecting the UN Charter and any decisions that may have been taken by its competent organs»,

¹² *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 220, para. 427.

¹³ *Ibidem*, p. 226, paras. 442 ff.

¹⁴ *Ibidem*, para. 376. Cf. on the issue J. QUIGLEY, *International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases*, *Case Western Int. Law*, 2007-2009, p. 243.

¹⁵ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 225, para. 438.

¹⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v Yugoslavia) (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1996, p. 595, pp. 615-616.

¹⁷ See, A. CASSESE, *Taking Stock of the Genocide Convention and Looking Ahead*, in GAETA, *The UN Genocide Convention*, *supra*, note 8, p. 533; BEN-NAFTALI, *supra*, note 8, p. 29 ff.

the a State Party's obligation to prevent genocide does not cease when those organs have been called upon to intervene under Article VIII of the Convention¹⁸.

3. *The customary nature of the obligation to prevent genocide*

It may safely be postulated that, in addition to being incorporated in the 1948 UN Convention, the obligation to prevent genocide is a customary rule of international law. Several elements corroborate this conclusion. Already in 1951, the International Court of Justice stated that the «principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation»¹⁹. In their joint declaration appended to the *Bosnia v Serbia* judgment, Judges Shi and Koroma characterized the obligation to prevent genocide set forth by Article I as an «overriding legal imperative»²⁰.

The idea that the substantive obligations stipulated by the Convention reflect international custom was specifically accepted by Serbia. As is well known, in the last phase of the *Bosnia v Serbia* case, as well as in other proceedings before the ICJ, Serbia maintained that it was not bound by the UN Convention as such (and more specifically by Article IX). However, it acknowledged that «all actors in the conflict were at all times bound by the customary international law prohibition of genocide»²¹, without distinguishing between prohibition and prevention.

Furthermore, in a well-known passage concerning the responsibility to protect, the 2005 UN World Summit Outcome stated that «[e]ach individual State has the responsibility to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes (...). We accept that responsibility and will act in accordance with it»²². Whereas the term «responsibility» is deliberately ambiguous in this context²³, and emphasis is laid on prevention by the territorial State rather than through external

¹⁸ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 220, para. 427.

¹⁹ *Reservations to the Convention on Genocide*, *supra*, note 11, p. 23.

²⁰ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 282, para. 5.

²¹ See the pleading of V. Djerić, counsel to Serbia, in *Croatia v Serbia*, hearing of May 26, 2008, CR, 2008/9, p. 12, para. 37.

²² Res. 60/1 of September 20, 2005, par. 138. Cf. the *Declaration of the Stockholm International Forum 2004-Preventing Genocide: Threats and Responsibilities*, of January 28, 2004 (available at <http://www.aegitrust.org>, accessed March 28, 2012).

²³ Cf., FOCARELLI, *supra*, note 2, p. 200.

pressure²⁴, the World Summit Outcome confirms the existence of a broad consensus on the customary nature of the obligation to prevent genocide²⁵.

As a customary rule, the obligation to prevent genocide thus binds not only the State Parties to the Convention, but also other States and any other entity endowed with international legal personality; notably international organizations, including the UN²⁶. For the sake of simplicity however the remainder of this contribution refers only to the position of States.

4. *Specific features of the obligation to prevent genocide*

The obligation to prevent genocide binds a State to thwart genocidal behaviors which are attributable to other States and to non-State actors. In this respect, one should distinguish the obligation to *prevent* from the obligation *not to commit* genocide, which also stems from the UN Convention. The ICJ in *Bosnia v Serbia* emphasized this distinction. It first acknowledged that the 1948 Convention binds States not to commit genocide directly, thus dismissing Serbia's arguments to the contrary²⁷ and avoiding what would have been a major shortcoming in the legal framework set up by the Convention²⁸. However, Serbia was not

²⁴ Cf. e.g., UN Secretary General, *Report on the role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect*, *supra*, note 3, para. 10.

²⁵ According to the UN Secretary General, the commitments quoted above are «firmly anchored in well-established principles of international law» (*Implementing the Responsibility to Protect*, *supra*, note 3, para. 3).

²⁶ G. GAJA, *Third Report on Responsibility of International Organizations*, Doc. A/CN.4/553, para. 10. Cf. also, G. GAJA, *The Role of the UN in Preventing and Suppressing Genocide*, in GAETA, *The Genocide Convention*, *supra*, note 8, p. 405; BOISSON DE CHAZOURNES & CONDORELLI, *supra*, note 2, pp. 15-16; PETERS, *supra*, note 2, p. 305 ff.; ZIMMERMANN, *supra*, note 2, p. 638. For a more sceptical interpretation, see, REISMAN, *supra*, note 1, p. 70. The responsibility of the UN for the Srebrenica massacre was alleged in *Mothers of Srebrenica v Netherlands & UN*, decided upon by the Hague Court of Appeal, Case No. 200.022.151/01, March 30, 2010, *Int. Legal Materials*, 2010, p. 1021.

²⁷ The Convention does not expressly stipulate such a prohibition. For the Court's reasoning on the issue, see, *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 113, paras. 166 ff. Serbia's contentions were upheld by some individual judges: see e.g., the joint Declaration of Judges Shi and Koroma, *ICJ Reports*, 2007, p. 279, para. 1; the separate opinion of Judge Owada (*ibidem*, p. 298, para. 44); the dissenting opinion of Judge Tomka (*ibidem*, p. 333, paras. 41 and 61); the declaration of Judge Skotnikov (*ibidem*, p. 370); and the dissenting opinion of Judge Kreca (*ibidem*, p. 551, para. 126 ff.). See further, QUIGLEY, *supra*, note 14, p. 258.

²⁸ Genocide as such is prohibited by a peremptory norm of general international law (on this point see further under (3.1)): however, the only basis for the Court's jurisdiction in the *Bosnia v Serbia* case was the compromissory clause included in the Genocide Convention.

held to be in breach of that obligation, since the genocide performed by the Bosnian Serbs in Srebrenica was not attributed to the Serbian State²⁹. Nor was Serbia deemed to be an accomplice in the genocide, due to a lack of evidence as to Serbia's awareness that its assistance to the Bosnian Serbs would be used to commit genocide³⁰. On the other hand, the Court ascertained that Serbia was legally responsible for not preventing the genocide that occurred in Srebrenica (as well as for not cooperating with the ICTY).

While the judgment thus confirmed the clear-cut and autonomous nature of the obligation to prevent genocide, problems arise however in identifying the specific features of this obligation, in particular its nature, the conditions under which it applies, and its content.

4.1. *The obligation to prevent genocide as a rule of jus cogens?*

There is little doubt that acts of genocide are prohibited by a rule of *jus cogens*. The characterization of genocide as a «crime under international law», under both Resolution 96 (I) of the UN General Assembly³¹ and the 1948 Convention confirms this view. Genocide is specifically defined as a breach of a peremptory norm in the ILC commentaries to the text which became Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties³² and Article 40 of the 2001 Draft Articles on State Responsibility³³. This approach was explicitly shared by several States at the Vienna Conference³⁴, and by the ICJ in the *Congo v Rwanda* case³⁵. Further support for this view is reflected in the very inclusion of genocide in first

Therefore, had the Court read the Article in a more restrictive way, it could not have assessed Serbia's compliance with the obligation not to commit genocide: cf. *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 104, para. 147.

²⁹ *Ibidem*, p. 215, para. 415.

³⁰ *Ibidem*, para. 420.

³¹ The Resolution was adopted by unanimous vote on December 11, 1946.

³² *Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session*, ILC Yearbook, 1966, II, p. 248, para. 3.

³³ *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, ILC Yearbook, 2001, II, p. 113, para. 4 (see also further references there). It should be recalled that draft Article 19(3)(c) of the *Draft Articles on State Responsibility*, as adopted on first reading, listed genocide among «State crimes»: cf., *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session*, ILC Yearbook, 1976, II, p. 95.

³⁴ See, *Official Records of the UN Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March - 24 May 1968, summary records of the plenary meeting and of the meetings of the Committee of the Whole*, 52nd meeting, paras. 15, 31 and 43; 53rd meeting, paras. 15, 16, 35, 48, and 69; 56th meeting, para. 20.

³⁵ *Congo v Rwanda*, *supra*, note 11, p. 32, para. 64.

place in the list of wrongful acts which give rise to a responsibility to protect according to the World Summit Outcome.

However, the obligation to *prevent* genocide does not seem to be a rule of *jus cogens*³⁶. While no specific mention of the issue may be found in the above-mentioned authorities, their emphasis was on the incompatibility with *jus cogens* of genocide as such, rather than of a lack of prevention. This lack of previous focus on the obligation to prevent genocide³⁷, coupled with the difficulties in acknowledging a legal obligation to prevent mass atrocities in general in the framework of the current debate on the responsibility to protect³⁸, together would seem to imply that the obligation we are here discussing, albeit legally binding, is not (yet) part of the peremptory core of the prohibition of genocide.

This view finds further support in the judgment of the Hague Court of Appeal in *Mothers of Srebrenica v the UN*. In this case the Court emphasized that the applicants' allegations concerned lack of prevention, not genocide *per se* or complicity in genocide, clearly implying that the two situations should be distinguished for the purpose of upholding immunity³⁹. Moreover, it is significant that during the proceedings against Serbia, Bosnia requested compensation that would take into account the particularly serious nature of the wrongful acts it attributed to the respondent, but only in connection to the alleged breaches of the obligation *not to commit* genocide. As regards the obligation to prevent genocide, the request for monetary compensation was withdrawn in Bosnia's final submissions. The Court considered that the appropriate form of reparation for this kind of breach was satisfaction in the form of «a declaration in the present Judgment that the Respondent has failed to comply with the obligation imposed by the Convention to prevent the crime of genocide»⁴⁰. This treatment of the issue of reparations confirms the

³⁶ Cf. A. GATTINI, *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment*, *European Journal Int. Law*, 2007, p. 697. For a different stance, see, BEN-NAFTALI, *supra*, note 8, p. 36.

³⁷ Cf. L. KUPER, *The Prevention of Genocide*, New Haven, London, 1985, p. 84, p. 217.

³⁸ Cf. C. STAHN, *supra*, note 2, p. 120.

³⁹ *Mothers of Srebrenica v Netherlands & UN*, *supra*, note 26, paras. 5.10. On February 3, 2012, the ICJ held that international rules on immunity cannot be set aside even as regards allegations of breaches of *jus cogens* (*Jurisdictional Immunities of the State, Germany v Italy*, para. 93), but the distinction made in the Dutch ruling mentioned in the text still remains relevant for our purposes.

⁴⁰ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 234, para. 463. See also: the statement of Condorelli, counsel to Bosnia, at the hearing of March 7 2006, CR, 2006/11, p. 18: «il va de soi que la gravité pourtant évidente des violations de l'article I se relativise considérablement par rapport à la perpétration par la RFY du crime de génocide lui-même». For a critical appraisal

doubts that the obligation to prevent genocide is the object of a peremptory norm.

4.2. *The conditions under which the obligation applies*

As regards the conditions under which the obligation to prevent becomes applicable, according to the Court this obligation «and the corresponding duty to act, arise at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed»⁴¹. Serbia's awareness of such a risk could not be in doubt, since the ICJ Order concerning provisional measures of April 8, 1993 had already proclaimed its existence and enjoined Serbia to «take all measures within its power» to prevent genocide from occurring, and more specifically to «ensure that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts of genocide» in Bosnia⁴².

In other contexts however it may not be easy to forecast when, where and whether there is a risk of genocide. Even when risk factors unequivocally exist, there could be consequences that are less serious than genocide (or other mass atrocities), or events may develop in more positive ways notwithstanding the lack of preventive action by a given State or international organization⁴³. It is therefore not surprising that the current debate focuses on the establishment of efficient early warning mechanisms which would not allow a State to justify its failure to undertake preventive measures by relying (in good or bad faith) on allegations of ignorance. In the words of Secretary-General Ban Ki Moon, «[g]etting the right assessment – both of the situation on the ground and of the policy options available to the UN and its regional and sub-regional partners

of the ICJ's ruling on reparation, see: C. TOMUSCHAT, *Reparation in Cases of Genocide*, *Journal Int. Crim. Justice*, 2007, p. 905; S. FORLATI, *Obbligo di prevenire il genocidio e riparazione nell'affare Bosnia c. Serbia*, *Riv. dir. int.*, 2007, p. 425.

⁴¹ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 222, para. 431.

⁴² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993, *Bosnia v Serbia*, ICJ Reports, 1993, p. 24, para. 52. Cf. also, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, *ibidem*, p. 325 ff., pp. 349-350. See further, Security Council Resolution 819 of April 16, 1993. In any case, the conduct of the Serb authorities, especially of President Milosevic, showed awareness of the risk that genocide might occur in Srebrenica. See, *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 224, paras. 436-438.

⁴³ Cf., T.R. GURR, *Options for the Prevention and Mitigation of Genocide: Strategies and Examples for Policy-Makers*, *Politorbis*, 2009, p. 47.

– is essential for the effective, credible and sustainable implementation of the responsibility to protect»⁴⁴.

Hopefully, it will be possible to overcome the practical and political hindrances to the establishment of such mechanisms⁴⁵ and of other institutional arrangements specifically aimed at the prevention of genocide. This could be done both along the lines of those mechanisms created to complement Article 3 of the European Convention on Human Rights 1950, or the 1984 UN Convention against torture⁴⁶, and at different levels – for instance, entrusting institutions and organizations with specific expertise in the field of genocide and mass atrocities with mediation or early warning tasks, be they within the UN framework or elsewhere⁴⁷.

From the conceptual point of view, more problems arise as to the second condition laid down by the Court, namely that the State should have at its disposal the «means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent»⁴⁸. It would seem that here, as in other parts of the judgment⁴⁹, the Court seeks to limit the consequences of extending the scope of the *ratione loci* of Article 1 beyond those areas falling under the jurisdiction of each State Party. This implies a qualification of the scope of the *ratione personae* of Article 1 of the Convention, which does not find

⁴⁴ *Early warning, assessment and the responsibility to protect*, *supra*, note 3, at p. 8, para. 19. Early warning is specifically mentioned both in the Stockholm Declaration and the World Summit Outcome (para. 138). The efforts of the Office of Secretary General's Special Adviser on Genocide Prevention, whose functions in this respect are specifically supported by the latter document, are focused on the identification of relevant risk factors, case studies, and other forms of risk assessment. See, Office of the Special Adviser on the Prevention of Genocide (OSAPG), *Analysis Framework*, available at http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/osapg_analysis_framework.pdf (accessed June 10, 2011). Cf. also, L. WOOCHEER, *Developing a Strategy, Methods and Tools for Genocide Early Warning - Prepared for the Office of the Special Adviser to the UN Secretary-General on the Prevention of genocide* (26 september 2006), (available at <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/Woocher>, accessed March 8, 2012).

⁴⁵ See, WOOCHEER, *supra*, note 44, p. 6.

⁴⁶ See respectively, *The European Convention on the Prevention of Torture of November 26, 1987* and the *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, New York, December 18, 2002. Cf., in this respect, the speech delivered by the UN Secretary General Kofi Annan at the Stockholm International Forum (January 26, 2004), Press Release SG/SM/9126.

⁴⁷ Early warning is one of the activities envisaged by the Foundation for the International Prevention of Genocide and Mass Atrocities, which was set up on October 18, 2010 under the auspices of the Hungarian Government.

⁴⁸ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 222, para. 431.

⁴⁹ See notably, the statement that responsibility for lack of prevention arises only in case of manifest breaches of the obligation set forth by Article I of the Convention, discussed, *infra*, in section 3.3.

any basis either in its wording or in the object and purpose of the Convention, since it widens the opportunities to justify inaction⁵⁰. In addition, it would appear to contradict another statement of the Court, according to which, for the purpose of assessing responsibility, «it is irrelevant whether the State whose responsibility is in issue claims, or even proves, that even if it had employed all means reasonably at its disposal, they would not have sufficed to prevent the commission of genocide. As well as being generally difficult to prove, this is irrelevant to the breach of the obligation of conduct in question, the more so since the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation to prevent, might have achieved the result – averting the commission of genocide – which the efforts of only one State were insufficient to produce»⁵¹.

A more convincing construction, apparently adopted by the ICJ in its 1993 Order on provisional measures⁵², implies that the obligation to prevent applies *exclusively* on the basis of risk awareness, whereas the actual capacity to influence prospective *genocidaires* becomes relevant only for the purpose of identifying the activities that should be pursued in order to fulfill that obligation.

4.3. *The content of the obligation*

A common feature of all obligations of prevention is that they are usually understood as «best efforts obligations, requiring States to take all reasonable or necessary measures to prevent a given event from occurring, but without warranting that the event will not occur»⁵³. The ICJ confirmed that this is the correct reading of the obligation set forth by Article I of the Genocide Convention. According to the Court, «it is

⁵⁰ But see, BEN-NAFTALI, *supra*, note 8, p. 39.

⁵¹ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 221, para. 430. See further, BEN-NAFTALI, *supra*, note 8, p. 42.

⁵² Order of April 8, 1993 *supra*, note 42, p. 23, para. 45: «In the view of the Court, in the circumstances brought to its attention and outlined above in which there is a grave risk of acts of genocide being committed, Yugoslavia and Bosnia-Herzegovina, whether or not any such acts in the past may be legally imputable to them, are under a clear obligation to do all in their power to prevent the commission of any such acts in the future». Cf. also, *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 223, para. 432, in which only risk awareness is mentioned as a precondition in order for the obligation to prevent genocide to arise, and Judge Lauterpacht's Separate Opinion appended to the Order on provisional measures of 13 September 1993, *ICJ Reports*, 1993, pp. 441-442.

⁵³ Cf. the commentary to Article 14, par. 3, of the Draft Articles on State Responsibility (*ILC Report on the Work of its Fifty-Third Session*, *ILC Yearbook*, 2001, II, p. 62, para. 14).

clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of State parties is rather to employ all means reasonably available to them so as to prevent genocide so far as possible»⁵⁴.

Furthermore, *Bosnia v Serbia* holds that the actual commission of genocide is a precondition of responsibility for an omitted prevention⁵⁵. Whereas this stance confirms the approach followed by the ILC as regards obligations of prevention in general⁵⁶, it seems unreasonable to exclude that responsibility may autonomously arise at least in case of flagrant omissions⁵⁷.

If genocide occurs, a test of due diligence applies, the critical issue being identification of the means that are «reasonably available». In the ICJ's words, the intensity of the action required depends on the actual capacity of a State to «influence effectively the action of the persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events»⁵⁸. Therefore, there is a structural impossibility to identify once and for all what behaviors would be required to fulfill the obligation of prevention. This does not mean however that compliance is left only to the State's good will and assessment of political opportunity. While the relevance of those factors cannot be underestimated, the issue is also regulated by legal standards.

⁵⁴ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 221, para. 430. The wording «obligation of conduct» is here explicitly used as identifying not obligations of specific performance, as suggested by ILC Special Rapporteur Roberto Ago in his classification of internationally wrongful acts, but rather obligations of means, along the lines of the approach later followed Special Rapporteur James Crawford during the second reading of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (See respectively, R. AGO, *Sixth Report on State Responsibility* (Doc. A/CN.4/302 and Add.1, 2 & 3), *ILC Yearbook*, 1977, II:1, p. 5 ff.; and *Second Report on State Responsibility* (Doc. A/CN.4/49), p. 25, para. 57. For more on the issue, see, P.-M. DUPUY, *Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, *European Journal Int. Law*, 1999, p. 377.

⁵⁵ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 221, para 431.

⁵⁶ Cf., R. AGO, *Seventh Report on State Responsibility*, *ILC Yearbook*, 1978, I:1, p. 33 ff.

⁵⁷ For a convincing criticism of the Court's construction, see, GATTINI, *supra*, note 36, p. 702.

⁵⁸ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 221, para. 430. The same approach to positive obligations was taken by other international courts or monitoring bodies. For the position of the ECHR, see, e.g., *Ilaşcu v Moldova and Russia*, (48787/99), July 8, 2004, para. 333. All ECtHR judgements are available at <http://www.echr.coe.int>.

The task of a more precise identification of the content of positive obligations in the field of human rights, beyond the general «reasonable» test accepted by the ICJ, is usually performed by the judicial or quasi-judicial bodies that monitor compliance with the relevant treaties. Their case-law and decisions provide guidance for future actions by the Contracting Parties. For instance, the Committee of Economic, Social and Cultural Rights considered that the right to the highest attainable standard of health, set forth by Article 12 of the Covenant, implies that public health and health care facilities have to «include the underlying determinants of health, such as safe and potable drinking water and adequate sanitation facilities, hospitals, clinics and other health-related buildings, trained medical and professional personnel receiving domestically competitive salaries, and essential drugs, as defined by the WHO Action Programme on Essential Drugs»⁵⁹; respect for the principle of nondiscrimination is also required⁶⁰. With reference to positive obligations stemming from the right to life, the European Court of Human Rights (ECtHR) has held Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) to be breached if the national authorities fail to do «all that could reasonably be expected of them to avoid a *real and immediate* risk to life of which they have or ought to have knowledge»⁶¹. In specific contexts, this legal standard may be developed further, also by reference to soft-law sources, such as the UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials in cases where risks to life originate directly from police activity⁶². In other instances, as in the case of enforced disappearances⁶³ or torture⁶⁴, positive obligations identified as being part of the due diligence standard may be subse-

⁵⁹ General Comment n. 14 (2000) of August 11, 2000, E/C.12/2000/4, p. 4, para. 12(a).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 4, para. 12(b), and p. 6, paras. 18 ff.

⁶¹ *Osman v United Kingdom* (87/1997/871/1083), Grand Chamber, ECHR, October 28, 2008, para. 116. Emphasis added.

⁶² See e.g., *Giuliani and Gaggio v Italy* (23458/02), Grand Chamber, ECHR March 24, 2011, para. 154. The Principles were adopted by the Eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Havana (Cuba) from August 27 to September 7, 1990.

⁶³ Cf., A. ANNONI, *La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate*, *Riv. dir. int.*, 2005, p. 693.

⁶⁴ See, A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford/Portland, 2004; C. TOMUSCHAT, *Human Rights Between Idealism and Realism*², Oxford, 2008, p. 43; F. JACOBS & R.C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*⁵, Oxford, 2010, p. 86; R. PISILLO-MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, *Recueil des cours*, 2008, p. 314, p. 323, p. 345 ff.; Cf. also: the instruments quoted *supra*, note 46.

quently transposed in international agreements, thus becoming autonomous obligations of specific performance.

The Genocide Convention entrusts the ICJ with the function of interpreting the Convention and assessing compliance with its provisions. While *Bosnia v Serbia* admittedly did not go very far in clarifying what Serbia should have done in order to comply with its obligation to prevent genocide⁶⁵, nonetheless some indicators can be drawn from the judgment. First of all, while distinguishing between the obligation to punish and the obligation to prevent genocide, the ICJ acknowledged that «one of the most effective ways of preventing criminal acts, in general, is to provide penalties for persons committing such acts, and to impose those penalties effectively on those who commit the acts one is trying to prevent»⁶⁶. The setting up of effective repression mechanisms that prevent the perpetrators from acting with impunity can thus be seen as one mechanism of compliance with the obligation to prevent. Nevertheless, especially in the light of the gravity and the scale of genocide, an approach based solely on repression is by no means satisfactory⁶⁷.

A second, more general indication, concerns the need to act «within the limits permitted by international law»⁶⁸. The current debate concerning the responsibility to protect focuses on the precise identification of those limits, and more specifically on the legality of humanitarian intervention beyond the framework of Chapter VII of the Charter. As is well known, it is not likely that a broad consensus will be reached soon on this very complex⁶⁹ and critical⁷⁰ aspect. And since the issue did not arise under the circumstances of the *Bosnia v Serbia* case, it is not surprising that the Court did not take a stance on it.

On the other hand, taking into account the traditional reluctance shown by States and international organizations, including the UN, to take on their responsibilities in the prevention of genocide, shifting the focus from armed reaction to other ways and means through which this aim may be effectively pursued could prove useful⁷¹. In this perspective,

⁶⁵ Cf. the critical remarks of Judges Shi and Koroma in their joint declaration, *supra*, note 19, para. 6.

⁶⁶ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 219, para. 426. Cf., QUIGLEY, *supra*, note 9, p. 282.

⁶⁷ Cf., REISMAN, *supra*, note 18, p. 40.

⁶⁸ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 221, para. 430.

⁶⁹ See, FOCARELLI, *supra*, note 2, p. 212; JUAN E. MENDEZ, *Remarks on Intervention, Case Western Int. Law*, 2007-2009, p. 88.

⁷⁰ See, JOYNER, *supra*, note 2; BEN-NAFTALI, *supra*, note 8, p. 44.

⁷¹ See, MENDEZ, *supra*, note 69, at 89. Cf. also, Secretary-General Kofi Annan's Action Plan to Prevent Genocide, SG/SM/9197 of 7 April 2004.

an effort could have been made to specify the *minimum* content of the legal obligation to prevent genocide, along the lines of the developments recalled above as regards other kinds of positive obligations. The ICJ instead followed an opposite route: while ascertaining that Serbia had not taken any steps whatsoever to avoid genocide⁷² – a finding that, in itself, can hardly be open to criticism – the Court also stressed that, as a matter of principle, «for a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it *manifestly refrained* from using them»⁷³. It may be asked why only manifest breaches of obligations to prevent genocide would give rise to responsibility? No similar statement is to be found in other international judgments dealing with similar issues: for instance, in *Congo v Uganda*⁷⁴ the ICJ assessed that Ugandan forces «took no action» to prevent ethnic conflict in the Ituri region, failed to prevent the recruitment of child soldiers in areas under its control and, more generally, «did not take measures» to ensure respect for human rights and international humanitarian law in the occupied territories⁷⁵. However, nowhere in the judgment did the ICJ state or imply that Uganda was responsible only because that State's omissions were manifest. In *Osman*, the European Court of Human Rights specifically rejected this kind of interpretation, which had been put forward by the United Kingdom as regards its positive obligations stemming from the right to life under Article 2 of the Convention. In the ECtHR's words, applying a standard of «gross negligence or wilful disregard» in that context would be «incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2»⁷⁶.

The Court's different treatment of this issue in *Bosnia v Serbia* does not seem to rely on a parallelism with the high standard of proof that the ICJ set as regards genocidal acts in themselves: that standard was justi-

⁷² *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 225, para. 438.

⁷³ *Ibidem* (emphasis added).

⁷⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v Uganda) (Merits)*, ICJ Reports, 2005, p. 168 ff.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 240-241, paras 209-2011. As regards the lack of prevention of looting and exploitation of natural resources by private parties in the same region, the Court assessed that «rather than preventing the illegal traffic in natural resources, including diamonds, high-ranking members of the UPDF facilitated such activities». *Ibidem*, p. 253, para. 248.

⁷⁶ *Osman v United Kingdom*, *supra*, note 61, para. 115.

fied in the light of the egregious nature of these acts⁷⁷ while, for the reasons set out above, a breach of the obligation of prevention is not perceived to be as serious as genocide itself. Such an approach could rather be explained by taking into account some specific features of the obligation to prevent genocide, to which the Court hinted when it stressed that it did not «purport to establish a general jurisprudence applicable to all cases where a treaty instrument, or other binding legal norm, includes an obligation for States to prevent certain acts»⁷⁸. One of those specificities lies in the very broad territorial scope of the obligation of prevention which, it should be recalled, binds States also with regard to situations occurring outside their jurisdiction, whereas this is not usually the case in the field of human rights⁷⁹. Furthermore, while the scale of genocide (which affects groups, not individuals, and is thus easier to foresee in advance) in some respects facilitates preventive action, the complexity of situations of risk and risk assessment amplifies the discretion left to those who may be responsible for taking such action. Setting a high threshold for assessing responsibility ensures that any such finding rests on a firm legal basis and cannot be criticized as being politically biased.

5. *Conclusions*

The obligation to prevent genocide is a legally binding obligation both under the 1948 UN Convention and customary international law. As with all obligations of due diligence, it does not pre-determine the behavior required in order to comply with it. While the task of specifying the content of positive obligations in the field of human rights is usually performed by judicial or quasi-judicial bodies entrusted with the task of monitoring compliance with the relevant treaties, the peculiarities pertaining to the obligation to prevent genocide have led the ICJ not to follow the same approach as regards the interpretation of Article I of the

⁷⁷ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 130, para. 210. Cf., W.A. SCHABAS, *What is Genocide? What are the Gaps in the Convention? How to Prevent Genocide?*, *Politorbis*, 2009, p. 44.

⁷⁸ *Bosnia v Serbia*, *supra*, note 6, p. 220, para. 429.

⁷⁹ As regards humanitarian law, it is well known that Common Article 1 binds State Parties to «respect and ensure respect» for the Geneva Conventions of 1949. This implies an obligation for Contracting parties to seek compliance by other States with the relevant standards (cf. ICRC, *Commentary to common Article 1*, available at <http://www.icrc.org>, accessed March 9, 2012). Such an obligation is deemed also to exist also in respect of customary humanitarian law (cf., J.-M. HENCKAERTS - L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*³, Cambridge, 2009, p. 509).

Genocide Convention. Whereas the Court did give some indications as to the way in which the obligation to prevent genocide should be implemented, it also stressed that only manifest breaches of that obligation could give rise to international responsibility.

Nevertheless, the development of legal standards for genocide prevention could be pursued in other ways. The UN Convention could be complemented by specific instruments – including some soft law instruments, such as guidelines. These should concern not only the highly controversial issue of humanitarian intervention, but also identify a minimum standard of conduct for preventing genocide which would limit a State's discretion in reacting to risks of genocide. If such guidelines and/or standards were enunciated, noncompliance therewith would point at the existence of a breach of the obligation to prevent genocide and give rise to responsibility, even if the omission was not as blatant as Serbia's. Should the relevant rules be legally binding, their breach would give rise to responsibility even in cases when genocide is actually averted. Reaching consensus on such rules is a challenge for the next decade – and a good test for the commitments undertaken within the framework of the responsibility to protect.

ALESSANDRA GIANELLI

SUL SIGNIFICATO ATTUALE DELLA NAZIONALITÀ
QUALE PRESUPPOSTO PER L'ESERCIZIO
DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA DI INDIVIDUI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'identificazione della nazionalità con la cittadinanza nell'articolato della Commissione del diritto internazionale ed il ruolo del *genuine link*. – 3. Cittadinanze plurime e *genuine link*. – 4. Discrezionalità della protezione. – 5. Continuità della nazionalità. – 6. Il criterio di collegamento nella protezione di non cittadini. – 7. Protezione diplomatica, violazione di obblighi di protezione dei diritti dell'uomo e di altri diritti individuali e nazionalità. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nella sua monografia su *La protezione diplomatica di società*¹, Giovanni Battaglini ricostruiva la nozione di nazionalità per i fini della protezione diplomatica sulla base di un ampio, critico esame della prassi, con particolare riguardo a quella arbitrale. Egli giungeva alla conclusione che la nazionalità dei reclami è la speciale relazione di fatto che collega i beni all'estero rispetto ai quali si chiede un indennizzo «con uno Stato e nell'interesse esclusivo dello Stato»². Rispetto a quel collegamento, la nazionalità degli individui è intesa quale *allegiance*, ossia più concreto vincolo di fedeltà ad uno Stato che si traduce nella «complessa situazione materiale dell'individuo di fronte al potere statale» necessaria per «indicare solo le condizioni in cui i beni di un privato presso uno Stato straniero siano ancora produttivi, o portatori in futuro di *utilità* essenzialmente per un altro Stato di appartenenza»³.

In tale visione non è decisiva la cittadinanza conferita dall'ordinamento interno e viene ugualmente escluso un rapporto di diritto internazionale tra l'individuo e lo Stato. Inoltre, la determinazione della relazione fattuale tra individuo e Stato va compiuta in ogni caso, e non limitatamente ad ipotesi di cittadinanze plurime. Tra gli elementi indicativi

¹ *La protezione diplomatica*, Padova, 1957, p. 191 ss., in particolare p. 229 ss.

² *Op. cit.*, p. 234.

³ *Ivi*, p. 232.

dell'*allegiance* con riguardo alle persone fisiche, rilievo preminente assume il domicilio accompagnato dall'*animus manendi*⁴. Conferma di questa visione veniva ritrovata nella necessità del *genuine link* affermata nella sentenza *Nottebohm*, resa dalla Corte internazionale di giustizia (1955)⁵. La decisione era infatti letta nel senso di porre a requisito necessario della cittadinanza per i fini dell'esercizio della protezione diplomatica la situazione di fatto che collegava un individuo con un certo Stato⁶.

Le conclusioni di Giovanni Battaglini si fondavano su una lettura originale e provocante della prassi. Ad ormai qualche decennio da quelle valutazioni, da più parti si osserva che la protezione diplomatica presenterebbe ora una natura diversa da quella tradizionalmente attribuitale di strumento a tutela di interessi statali, già enunciato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza *Mavrommatis* e ribadito dalla Corte internazionale di giustizia nelle decisioni *Nottebohm* e *Barcelona Traction*⁷. La protezione diplomatica costituirebbe oggi un rimedio residuale rispetto ai reclami individuali, in un contesto caratterizzato dall'emersione di norme internazionali pattizie di protezione dei diritti umani che contemplano la legittimazione del privato a ricorrere ad organi di controllo, nonché di sistemi convenzionali di risoluzione delle controversie in materia commerciale, cui pure i privati hanno accesso diretto. Alla base di questa impostazione vi è l'affermazione, variamente delimitata, della titolarità in capo agli individui di situazioni soggettive di diritto internazionale⁸.

⁴ *La protezione diplomatica*, cit., p. 233.

⁵ Sentenza del 6 aprile 1955, *ICJ Reports*, 1955, p. 4 ss., p. 22. La Corte citava quali elementi determinanti del *genuine link* il centro di interessi presente in un certo Stato, i legami familiari, la partecipazione alla vita pubblica, l'attaccamento ad un certo Stato.

⁶ *La protezione diplomatica*, cit., p. 216 e p. 217.

⁷ Rispettivamente, sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale del 30 agosto 1924, *Mavrommatis Palestine Concessions*, *Series A*, No. 2, p. 12: «By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law»; sentenze della Corte internazionale di giustizia del 6 aprile 1955, *Nottebohm*, *ICJ Reports*, 1955, p. 24, e *Barcelona Traction*, *ICJ Reports*, 1970, pp. 32-33. Precedentemente alla sentenza *Mavrommatis*, D. ANZILOTTI aveva affermato che «En protégeant ses nationaux vis-à-vis des États étrangers ... l'État protège son propre bien contre toute atteinte illégitime ... l'État ne fait ici qu'exercer son propre droit»: *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, in *Revue gén. droit int. public*, 1906, p. 5 ss., ripubblicato in *Opere di Dionisio Anzilotti*, Padova, 1956, vol. II, tomo primo, p. 149 ss., p. 155.

⁸ Si veda, ad es., F. ORREGO VICUÑA, *The Changing Law of Nationality of Claims, Interim Report, International Law Association Report of Its 69th Conference, Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property*, 2000, p. 631 ss., rapporto ampiamente ripreso, rispetto al punto di cui al testo, nel *Final Report, International Law Association Report of Its*

Alla luce anche della codificazione della materia della protezione diplomatica da parte della Commissione del diritto internazionale (CDI), portata a termine nel 2006, le conclusioni di Giovanni Battaglini ritornano alla mente soprattutto per lo spirito critico ed indipendente che le caratterizzava. Esse stimolano a riflettere con pari autonomia su quale sia, al momento attuale, la natura della nazionalità, presupposto tuttora richiesto per l'esercizio della protezione diplomatica a favore di individui. Il tema meriterebbe un adeguato approfondimento; di seguito, vi si dedicano alcune considerazioni introduttive.

2. *L'identificazione della nazionalità con la cittadinanza nell'articolato della Commissione del diritto internazionale ed il ruolo del genuine link*

La CDI ha qualificato l'invocazione della protezione diplomatica come diritto dello Stato (art. 2), senza tuttavia escludere che con tale mezzo lo Stato possa anche far valere diritti dei propri nazionali⁹. Su questo secondo aspetto la Commissione ha preferito non prendere posizione, dichiarando di voler conformarsi all'articolato sulla responsabilità internazionale degli Stati per fatti illeciti e di ricostruire così la protezione diplomatica nel quadro di reclami interstatali. Allo stesso tempo, la

72nd Conference, 2006, p. 355 ss.; L. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 5 ss., p. 16 ss.; P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 68 ss., p. 103; C. F. AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford, 2008, p. 73 ss.; F. SALERNO, *Sulle norme internazionali «terziarie» a tutela dei diritti umani*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, vol. I, p. 731 ss., p. 737 ss. Sempre sul presupposto della soggettività individuale, ricostruisce la protezione diplomatica quale diritto procedurale dello Stato condizionato all'esaurimento, da parte dell'individuo, dei rimedi da esso azionabili di fronte alle giurisdizioni interne e agli organi internazionali di controllo dei diritti umani C. DOMINICÉ, *La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, vol. II, p. 729 ss., p. 744. Per una rivisitazione della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia anche in tema di protezione diplomatica nel senso della centralità del diritto internazionale materiale che concerne i privati, cfr. G.M. SOREL, *L'émergence de la personne humaine en droit international: l'exemple de la jurisprudence de la Cour internationale de justice*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., vol. III, p. 2169 ss. Un'ormai rara voce contraria, che affronta lo studio del rapporto tra protezione diplomatica e tutela dei diritti umani negando un attuale riconoscimento della soggettività internazionale degli individui, nel solco dell'impostazione sostenuta con particolare efficacia da G. ARANGIO-RUIZ, da ultimo ne *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 909 ss. è quella di M.I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 668 ss., p. 678 ss.

⁹ *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, in ILC, *Report of the fifty-eighth session (2006)*, A/61/10, pp. 26, 29.

Commissione ha esplicitamente giudicato una *legal fiction* la nozione che con la protezione diplomatica lo Stato faccia valere un diritto proprio ed ha aggiunto che, sostanzialmente, essa è sempre stata uno strumento per la protezione di diritti dei cittadini¹⁰. Più esplicita è stata l'*International Law Association* (ILA), la quale, nella sua risoluzione dedicata alla *Diplomatic Protection of Persons and Property*, sempre del 2006, ha affermato che il diritto individuale costituisce l'interesse prevalente nella protezione diplomatica¹¹.

Nel commento alle proposte della CDI, alcuni Stati hanno approvato la definizione della protezione ancora in termini di diritto dello Stato¹². L'Italia, dal canto suo, ha osservato che nel diritto internazionale attuale la violazione di obblighi sul trattamento degli stranieri può comportare anche la violazione di diritti dell'individuo e ha perciò considerato troppo «tradizionale» l'impostazione della CDI. L'Italia ha comunque ribadito che il diritto di protezione diplomatica appartiene in ogni caso solo allo Stato¹³.

Nell'articolato della CDI del 2006, la nazionalità costituisce il requisito necessario per l'esercizio da parte di uno Stato della protezione diplomatica (articoli 1 e 3), salvo il caso di apolidi e rifugiati (*infra*, par. 6). La nazionalità quale presupposto per l'esercizio della protezione diplomatica è stata confermata dalla Corte internazionale di giustizia nella sua giurisprudenza recente, solo indirettamente nei casi *LaGrand*¹⁴ ed *Avena*¹⁵ e più chiaramente nelle sentenze *Armed Activities on the Territory of the Congo*¹⁶ e *Diallo* (eccezioni preliminari)¹⁷. In quest'ultimo affare la nazionalità della persona fisica non era contestata, nonostante l'individuo al centro della controversia avesse risieduto per molti anni nello Stato convenuto e lì avesse avuto la sede principale dei propri affari. In tale decisione, la Corte ha inoltre osservato che l'art. 1 del testo elaborato dalla CDI corrisponde al diritto consuetudinario¹⁸. Nei commenti all'articolato, gli Stati hanno, da parte loro, sostenuto la necessità nel diritto

¹⁰ *Draft Articles*, cit., p. 25.

¹¹ *International Law Association, Toronto Conference*, cit., *Nationality of claims*, par. 1.

¹² Panama, A/CN.4/561, 27 gennaio 2006, p. 12; Austria, *ivi*, p. 13; Regno Unito, A/CN.4/561/Add.1, 3 aprile 2006, pp. 4-5; Kuwait, A/CN.4/575, 18 agosto 2006, pp. 2 e 5. Altri Stati hanno più genericamente approvato il testo degli articoli 1 e 2.

¹³ A/CN.4/561/Add.2, 12 aprile 2006, p. 2. L'Italia richiama a tal proposito le sentenze della Corte internazionale di Giustizia negli affari *LaGrand* e *Avena*, nonché il parere della Corte interamericana dei diritti umani n. OC-16/99. Su queste pronunce, cfr. *infra*, par. 7.

¹⁴ Sentenza del 27 giugno 2001, *ICJ Reports*, 2001, pp. 482-483.

¹⁵ Sentenza del 31 marzo 2004, *ICJ Reports*, 2004, pp. 36-37.

¹⁶ Sentenza del 19 dicembre 2005, *ICJ Reports*, 2005, p. 276.

¹⁷ Sentenza del 24 maggio 2007, *ICJ Reports*, 2007, p. 599.

¹⁸ *Ibidem*.

generale del collegamento espresso dalla nazionalità tra il privato e lo Stato che agisce in protezione diplomatica¹⁹. Sull'esigenza del legame ancora oggi non sembrano pertanto esserci dubbi.

Più controversa è la sua natura. La nazionalità delle persone fisiche è identificata dalla Commissione nella cittadinanza acquistata in conformità al diritto interno dello Stato²⁰. In via esemplificativa, l'art. 4 richiama i criteri della nascita, filiazione, naturalizzazione, o della cittadinanza acquistata in seguito a successione di Stati tra quelli più frequentemente determinanti dell'acquisto. La Commissione allo stesso tempo precisa che vi sono limiti posti dal diritto internazionale al conferimento di quella cittadinanza.

In linea di principio, dunque, la Commissione ritiene che la cittadinanza conferita dallo Stato nel diritto interno sulla base di una sua libera scelta sia decisiva riguardo alla nazionalità per i fini della protezione diplomatica. L'esigenza di un *genuine link* viene esplicitamente rigettata nel commento all'art. 4, sia attraverso un'interpretazione restrittiva della sentenza *Nottebohm*, sia a motivo delle potenziali ampie ripercussioni negative che il requisito di un collegamento effettivo, oltre alla cittadinanza, porrebbe nei confronti di «milioni di persone» che hanno lasciato lo Stato di nascita senza acquistare la cittadinanza dello Stato di residenza²¹.

Circa questo secondo aspetto, non si può che concordare sull'opportunità di non lasciare sprovvisto l'alto numero di persone oggi migranti della possibile tutela connessa alla protezione diplomatica; questa, però, è appunto una valutazione di opportunità e perciò forse significativa nell'individuazione di linee di sviluppo progressivo della materia. È interes-

¹⁹ A/CN.4/561, cit., Austria, Paesi Bassi, p. 13; Regno Unito, A/CN.4/561/Add.1, 3 aprile 2006, p. 5; *Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its sixty-first session, prepared by the Secretariat*, A/CN.4/577/Add.2, 20 febbraio 2007, p. 4.

²⁰ L'articolato impiega solo il termine nazionalità. Di seguito, si usa tendenzialmente l'espressione nazionalità per indicare il collegamento internazionalmente rilevante ai fini della protezione diplomatica, e cittadinanza rispetto invece all'istituto di diritto interno. Circa la distinzione tra il piano normativo statale e il diritto internazionale in tema di cittadinanza/nazionalità e i rapporti che possono intercorrere tra questi due separati livelli cfr. in generale G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé. Cours général de droit international public*, in *Recueil des cours*, 1990-VI, p. 173 ss., e con riguardo agli ordinamenti statali plurilegislativi G. BATTAGLINI, *L'appartenenza allo Stato negli ordinamenti complessi*, in *Com. Studi*, vol. X, 1960, pp. 261-320.

²¹ *Draft Articles*, cit., pp. 32-33. Considerazioni analoghe erano già state compiute da W.K. GECK, *Diplomatic Protection*, in *Enc. of Public International Law*, 1992, Vol. One, p. 1045 ss., p. 1064. Più recentemente in questo senso, tra gli altri, J.-F. FLAUS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, a cura di J.-F. Flauss, Bruxelles, 2003, p. 29 ss., p. 39; AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, cit., p. 95.

sante notare che l'*International Law Association* ha assunto una posizione diversa nella risoluzione ricordata. Si afferma qui che «(t)he link of nationality to the claimant state must be genuine and effective», mentre solo nel caso di «concurrent nationalities» si richiede anche che esso sia «predominant»²². La mera cittadinanza non è dunque sembrata, di per sè, sufficiente a determinare il legame alla base della protezione diplomatica²³. A differenza di altre parti della risoluzione, che usano l'espressione *should* e che, anche alla luce della relazione, si pongono sul piano *de lege ferenda*, la disposizione ricordata impiega invece il termine «must» indicando così piuttosto la ricostruzione della disciplina esistente. Questa conclusione è tanto più interessante perché si inquadra in una impostazione che, come accennato, pone l'interesse privato al centro della protezione diplomatica²⁴. L'*International Law Association* ritiene pertanto compatibile il fine della protezione degli interessi individuali con il requisito del collegamento effettivo, a differenza di quanto sostiene la CDI.

Quanto all'interpretazione della sentenza *Nottebohm* compiuta dalla Commissione del diritto internazionale, anch'essa suscita qualche perplessità. Potrebbe apparire poco rilevante interrogarsi oggi sul significato di quella non recente pronuncia. Essa tuttavia è un precedente che continua ad essere evocato nella prassi arbitrale e statale con significati diversi, e determinarne la portata è perciò ancora oggi necessario. In quell'occasione, la Corte internazionale di giustizia doveva valutare l'opponibilità allo Stato con cui l'individuo aveva rapporti particolarmente stretti di una cittadinanza cui corrispondeva un rapporto solo formale dell'individuo con altro Stato. Se si intende correttamente l'argomentazione della CDI, la specificità del caso risiederebbe nel fatto che una *genuine connection* diveniva rilevante solo nel momento in cui si confrontavano diversi legami, e non andrebbe intesa come requisito che deve sempre accompagnare la cittadinanza, per i fini della protezione diplomatica²⁵. In questo senso si pronunciava la Commissione di conciliazione Italia-USA nella decisione resa nel caso *Flegenheimer* (1958)²⁶.

²² Punto 6 del capo *Nationality of claims*. La risoluzione è disponibile sul sito www.ila-hq.org. L'ipotesi di doppia nazionalità è considerato distintamente al punto 11, ove si dichiara che «the effectiveness or predominance of the link should prevail over other considerations».

²³ Così in dottrina, ma limitatamente all'ipotesi di naturalizzazione, S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, Paris, 2007, p. 349 ss.

²⁴ *Summary of the Committee's conclusions, Nationality of claims*, cit., punto 1.

²⁵ Riguardo alla sentenza del 1955, la Commissione ritiene che la Corte non abbia inteso esprimere con il *genuine link* l'esigenza di un requisito di carattere generale, ma invece pronunciarsi su un caso specifico che presentava la particolarità di un legame particolarmente tenue con lo Stato di cittadinanza (p. 25).

²⁶ Decisione n. 182 della Commissione di Conciliazione Italia-USA del 20 settembre 1958 *Flegenheimer*, in *Reports*, v. XIV, p. 327 ss., p. 377, richiamata nei *Draft Articles*, cit., p.

Nella sentenza *Nottebohm*, tuttavia, la Corte internazionale aveva esaminato e si era fondata su prassi statale, decisioni arbitrali e giurisprudenziali, nonché sulla dottrina, per sostenere in termini generali e prima di scendere nelle particolarità del caso concreto che la cittadinanza «(c)onferred by a State, ... only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection with the State which has made him its national»²⁷. La Corte distingueva così la libertà di attribuire la cittadinanza, che riconosceva agli Stati, dal legame necessario per esercitare la protezione diplomatica²⁸.

La portata della sentenza *Nottebohm* oltre i casi di doppia cittadinanza – ipotesi che in realtà non era nemmeno quella innanzi alla Corte internazionale²⁹ – è stata affermata dal Tribunale Iran-Stati Uniti³⁰. Anche la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, a proposito di un progetto di legge di naturalizzazione del Costa Rica, ha ripreso la sentenza *Nottebohm* nella parte in cui considerava che la richiesta di naturalizzazione non era «a matter to be taken lightly» perché comportava il «breaking of a bond of allegiance and his establishment of a new bond of allegiance»³¹. La Corte di San José, in termini generali e senza far riferimento ad una contrapposizione di legami, ha considerato la nazionalità «the political and legal bond that links a person to a given state and binds him to it with ties of loyalty and fidelity, entitling him to diplomatic protection from that state»³². In senso analogo, nel 1965 l'*Institut de*

33 e nota 44. Secondo tale Commissione, «when a person is vested with only one nationality, which is attributed to him or her either *jure sanguinis* or *jure soli*, or by a valid naturalization entailing the positive loss of the former nationality, the theory of effective nationality cannot be applied without the risk of causing confusion».

²⁷ ICJ Reports, 1955, p. 23; v. anche p. 24.

²⁸ In dottrina si esprime in questo senso, ad es., S. BARIATTI, *Protezione diplomatica*, in *Digesto*⁴, vol. XII, Torino, 1997, p. 145.

²⁹ Così, ad es., legge la sentenza E. WYLER, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, 1990, p. 127. A favore della soluzione adottata dalla CDI si pronuncia, fra gli altri, E. MILANO, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice - Refashioning Tradition?*, in *Netherlands Yearbook Int. Law*, 2004, p. 85 ss., p. 97.

³⁰ Affare n. A/18, decisione del 6 aprile 1984, in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 5, p. 251 ss., p. 263. Il Tribunale ivi afferma che «The effects of the Nottebohm decision have radiated throughout the international law of nationality». Nello stesso senso L. CAFLISCH, *La pratique suisse de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, cit., p. 78.

³¹ ICJ Reports, 1955, cit., p. 24.

³² Parere OC-4/84 su *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica* del 19 gennaio 1984, disponibile sul sito www.corteidh.or.cr, par. 35.

droit international aveva concluso che il reclamo dello Stato a protezione di un individuo divenuto suo cittadino a seguito di naturalizzazione concessa «en l'absence de tout lien de rattachement» era irricevibile³³.

Nei commenti all'articolato della CDI, qualche Stato ha sollevato l'esigenza di un *genuine link* come rimedio ad un possibile *nationality shopping*³⁴, mentre altri hanno approvato l'impostazione della Commissione e la sua lettura della sentenza *Nottebohm*³⁵.

Come accennato, la CDI ritiene che vi siano limiti posti dal diritto internazionale alla discrezionalità dello Stato circa l'attribuzione della sua cittadinanza. Essi non concernono specificamente la nazionalità per i fini della protezione diplomatica, quanto piuttosto l'attribuzione di cittadinanza in generale³⁶. Pure per tale indiretta via, essi finirebbero, comunque, per incidere sulla legittimazione dello Stato ad esercitare la protezione. In proposito la Commissione ricorda i vincoli imposti da norme pattizie, in particolare sulla protezione dei diritti dell'uomo, ad esempio quanto alla nazionalità della donna coniugata con uno straniero³⁷. L'affermazione è ripresa dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo³⁸. Tra gli altri accordi più rilevanti in proposito si possono ricordare la Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia e la Convenzione europea sulla cittadinanza³⁹.

Circa i limiti derivanti dal diritto internazionale generale, qualche indicazione si può trarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Essa si è per lo più interessata a vincoli alla discrezio-

³³ Risoluzione su *Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu*, relatore H.W. Briggs, Art. 4 c), disponibile sul sito www.idi-til.org.

³⁴ Belgio, A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 5; *Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly*, cit., p. 4.

³⁵ Regno Unito, A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 5.

³⁶ *Draft Articles*, cit., pp. 33-35.

³⁷ A proposito dei limiti imposti agli Stati circa la determinazione della cittadinanza della donna sposata, la CDI ricorda la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (art. 9), la Convenzione americana sui diritti umani (art. 20), la Convenzione contro la discriminazione razziale (art. 5 d) iii), la Convenzione sulla nazionalità delle donne coniugate (art. 1).

³⁸ Parere OC-4/84 su *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica*, cit. In questa pronuncia, la Corte interamericana ha affermato (par. 32) che «despite the fact that it is traditionally accepted that the conferral and regulation of nationality are matters for each state to decide, contemporary developments indicate that international law does impose certain limits on the broad powers enjoyed by the states in that areas, and that the manners in which states regulate matters bearing on nationality cannot today be deemed within their sole jurisdiction; those powers of the state are also circumscribed by their obligations to ensure the full protection of human rights».

³⁹ Rispettivamente, convenzioni del 30 agosto 1961 e del 6 novembre 1997.

nalità dello Stato nel concedere la cittadinanza posti dal diritto dell'Unione, ma ha anche ribadito la competenza di ogni Stato membro a conferire la propria cittadinanza «in conformità al diritto internazionale»⁴⁰. La Corte ha evocato la mancanza di effettività dell'acquisto della cittadinanza quale possibile causa di contestazione⁴¹ e, forse più esplicitamente, l'arbitrarietà della revoca della cittadinanza come divieto previsto dal diritto internazionale generale; la Corte ha, a questo proposito, richiamato strumenti sui diritti umani vincolanti e non⁴².

Su quest'ultimo punto si è espressa in senso analogo alla Corte di giustizia, di recente, anche la Commissione per i reclami tra Eritrea ed Etiopia⁴³. La pronuncia del 17 dicembre 2004 è rilevante perché resa nel contesto di una controversia tra Stati riguardo al trattamento di cittadini; essa potrebbe quindi indicare come il limite posto allo Stato nell'attribuire o, nel caso concreto, ritirare la nazionalità influisca sulla legittimazione alla protezione. Tuttavia la pronuncia è anche di difficile lettura, per i fini della protezione diplomatica, perché concerne una situazione di conflitto armato tra i due Stati che si innesta su una precedente, diffusa condizione di doppia nazionalità degli individui in causa.

Il requisito della nazionalità parrebbe assumere una connotazione particolare nel caso della protezione di cittadini dell'Unione europea da parte di Stati membri diversi da quello di cittadinanza, attualmente prevista agli articoli 20, par. 2 lett c), e 23 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e all'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Se al momento dell'introduzione della norma con il Trattato di Maastricht si è potuto pensare che essa avrebbe potuto incidere sulla prassi seguita dagli Stati membri⁴⁴, è in seguito risultato chiaro che la disposizione è stata applicata restrittivamente alla sola protezione

⁴⁰ Sentenza 7 luglio 1992, *Micheletti*, causa C-369/90, in *Raccolta*, I-4239, punto 10; sentenza 20 febbraio 2001, *Kaur*, causa C-192/99, in *Raccolta*, I-1237, punto 19; sentenza 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, causa C-200/02, in *Raccolta*, I-9925, punto 37; sentenza del 2 marzo 2010, *Rottmann*, causa C-135/08, in *Raccolta*, I-1449, punti 39, 48.

⁴¹ Nella sentenza *Zhu e Chen*, cit., la Corte ha osservato che «Nessuna delle parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte ha messo in discussione né la legittimità né l'effettività dell'acquisto della cittadinanza irlandese» (punto 38).

⁴² Sentenza *Rottmann*, cit., punto 53. Tale limite è, secondo la Corte, riflesso nell'art. 15, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'art. 4, lett. c) della Convenzione europea sulla cittadinanza.

⁴³ *Eritrea-Etiopia Claims Commission*, affare *Civilian Claims*, reclami dell'Eritrea n. 15, 16, 23 e 27-32, decisione parziale del 17 dicembre 2004, par. 57 ss., par. 60, reperibile sul sito www.pca-cpa.org. Anche la Commissione richiama l'art. 15, par. 2 della Dichiarazione universale.

⁴⁴ Così, ad es., J.P. PUISOCHET, *La pratique française de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines*, cit., pp. 118-120.

consolare⁴⁵. In ogni caso, il diritto internazionale riconosce la protezione diplomatica da parte di soggetto diverso dallo Stato di nazionalità, sulla base di accordi derogatori al diritto internazionale generale. Se questo effettivamente si verificasse nel caso di cittadini europei, come la stessa disposizione attualmente in vigore del TFUE prevede, non si tratterebbe di prassi particolarmente significativa quanto al regime della nazionalità per i fini della protezione nel diritto internazionale generale⁴⁶.

Sul punto, dunque, dell'esigenza di un collegamento effettivo che accompagni la cittadinanza, per i fini della protezione diplomatica di persone fisiche, dalla giurisprudenza e dalle posizioni degli Stati emergono dati di segno diverso, alcuni dei quali sembrano ancora a favore della necessità di quel collegamento. La soluzione adottata dalla CDI appare allora introdurre una certa semplificazione, basata in parte sullo sviluppo progressivo.

3. *Cittadinanze plurime e genuine link*

Il requisito del *genuine link* viene in rilievo soprattutto quando si confrontano i legami che un individuo ha con Stati diversi. La titolarità di più cittadinanze è oggi un fatto diffuso, che non è particolarmente osteggiato dagli Stati. Essi sembrano anzi riservare ai propri cittadini che

⁴⁵ Cfr. T. STEIN, *Interim report on «Diplomatic Protection Under the European Union Treaty»*, in *International Law Association, New Delhi Conference (2002), Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property*, p. 32 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010, p. 243 ss.; P. VIGNI, *Diplomatic and Consular Protection in EU Law: Misleading Combination or Creative Solution?*, *EUI Working Papers, Law 2010/11*; I. INGRVALLO, *La (fragile) dimensione esterna della cittadinanza europea*, in *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, a cura di E. Triggiani, Bari, 2011, p. 139 ss. La CDI ha osservato che, se la distinzione tra protezione consolare e protezione diplomatica è chiara sul piano teorico, tuttavia essa può risultare più difficile in pratica; la Commissione ha comunque dichiarato di volersi occupare solo della protezione diplomatica (*Draft Articles*, cit., pp. 27-28). Diversi Stati, nei propri commenti all'articolato, hanno approvato questa impostazione (A/CN.4/561, cit., per es. Paesi Bassi, p. 12; A/CN.4/561/Add.1, 3 aprile 2006, Regno Unito p. 4; *Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its sixty-first session, prepared by the Secretariat*, A/CN.4/577/Add.2, 20 febbraio 2007, p. 3). Il rapporto tra protezione consolare e protezione diplomatica è venuto in esame innanzi alla Corte internazionale di giustizia nei casi *LaGrand* e *Avena*.

⁴⁶ In senso diverso sembra l'osservazione dei Paesi Bassi, a proposito della cittadinanza europea e della relativa protezione, secondo cui «further developments cannot be predicted» (A/CN.4/561, cit., pp. 13-14). Circa la ricostruzione di un diritto alla protezione diplomatica sulla base delle norme ricordate cfr. inoltre CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, cit., p. 12 ss. Secondo PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., pp. 80-81, la norma e la giurisprudenza relativa metterebbero piuttosto in luce il superamento dell'esclusività dell'azione da parte dello Stato nazionale.

hanno allo stesso tempo un'altra cittadinanza lo stesso trattamento applicato ai cittadini in via, per così dire, esclusiva⁴⁷. Tuttavia ciò non sembra ancora estendersi alla protezione diplomatica. Questo potrebbe indicare che, se l'attribuzione di cittadinanza continua ad essere frutto di una scelta discrezionale dello Stato nel diritto interno, la sua rilevanza nei confronti di altri Stati nel caso di adempimento di obblighi internazionali è invece disciplinata dal diritto internazionale⁴⁸.

Circa la determinazione del collegamento a fondamento della protezione diplomatica nel caso di individuo titolare di più nazionalità, si distinguono tradizionalmente due ipotesi. La prima concerne il caso in cui l'individuo possiede, oltre alla cittadinanza dello Stato che intende agire in protezione, quella dello Stato che si accusa di violazione degli obblighi in tema di trattamento degli stranieri. La seconda riguarda invece l'ipotesi in cui l'individuo abbia la cittadinanza, oltre che dello Stato agente, di uno Stato terzo.

Nel primo caso, la Commissione (art. 7) ha ritenuto che lo Stato può agire in protezione diplomatica solo se la sua cittadinanza risulta *predominant*. L'espressione impiegata sottintende, secondo la CDI, un confronto tra due legami ed il carattere relativo dell'esercizio, piuttosto che un giudizio assoluto, quale avrebbe potuto inferirsi dai termini «effettiva» o «dominante». La Commissione non ha voluto indicare fattori rilevanti a tal fine, lasciandoli alla valutazione del caso concreto⁴⁹. La CDI ritiene che la soluzione proposta, contraria alla prassi che un tempo negava la possibilità di esercitare la protezione nei confronti di un altro Stato di cittadinanza⁵⁰, sia corrispondente oggi al diritto consuetudinario, come si è andato affermando soprattutto a partire dalla pronuncia della Commissione di conciliazione Italia-USA nell'affare *Mergé*⁵¹.

Conclusione analoga a quella proposta dalla CDI ha raggiunto anche l'*International Law Association*, pur anch'essa riconoscendo l'esi-

⁴⁷ Cfr. A.M. BOLL, *Multiple Nationality and International Law*, Leiden, Boston, 2007, p. 271 ss.

⁴⁸ Cfr. ancora BOLL, *Multiple Nationality*, cit., p. 278 ss.

⁴⁹ *Draft Articles*, cit., p. 43 ss.

⁵⁰ Ed inoltre all'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1930 sui conflitti delle leggi sulla nazionalità, che dispone che «A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses». L'esistenza di quella prassi era riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia nel suo parere *Reparation for injuries suffered in the service of the UN*, *ICJ Reports*, 1949, p. 174 ss., p. 186.

⁵¹ Decisione del 10 giugno 1955, in *Reports*, vol. XIV, p. 236 ss. La Commissione aveva qui affermato che «(t)he principle, based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle of effective nationality whenever such nationality is that of the claiming State» (*ivi*, p. 247).

stenza di una prassi meno recente in senso contrario⁵². La risoluzione adottata non distingue tra le ipotesi di cittadinanza plurima dello Stato accusato di responsabilità o di terzo Stato, richiedendo in tutti i casi di *concurrent nationalities* il carattere predominante della nazionalità perché lo Stato possa agire in protezione diplomatica⁵³. Va tuttavia tenuto presente che, nella ricostruzione dell'ILA, questo elemento è aggiuntivo al *genuine and effective link* che comunque la nazionalità deve presentare.

Sia la CDI che l'ILA, nel raggiungere le soluzioni indicate, richiamano la giurisprudenza del Tribunale Iran-Statì Uniti, che ha in effetti applicato il criterio della *dominant and effective nationality* in vari casi di reclami presentati da individui che avevano allo stesso tempo la cittadinanza statunitense ed iraniana⁵⁴. Il Tribunale, sulla base degli accordi di Algeri, si pronuncia su reclami presentati direttamente da privati nei confronti di uno Stato, almeno con riguardo a *small claims*. Tuttavia questo aspetto non ha impedito, come notato, sia alla CDI che all'ILA di considerare la giurisprudenza del Tribunale rilevante nella ricostruzione della nazionalità per i fini della protezione diplomatica. Il Tribunale ha in effetti considerato il criterio della *dominant and effective nationality* espressione di un principio generale del diritto consuetudinario, e ne ha dedotto che esso è applicabile anche alle particolari controversie su cui si è trovato a decidere⁵⁵. Per determinare la nazionalità dominante, il Tribunale ha valutato diversi elementi, tra i quali la residenza, il principale centro di interessi, i legami familiari, il luogo di educazione dei figli, la partecipazione alla vita pubblica, il luogo in cui si trovano le proprietà – elementi riconducibili a quelli a suo tempo enunciati nella sentenza *Nottebohm*.

Quanto ai commenti degli Stati, alcuni hanno dichiarato che non procedono alla protezione se l'individuo ha anche la cittadinanza dello Stato accusato di responsabilità⁵⁶. Altri hanno chiesto la reintroduzione del criterio del *genuine link* in luogo di quello della nazionalità predomi-

⁵² *International Law Association, Toronto Conference*, cit., pp. 378-379.

⁵³ *International Law Association, Toronto Conference*, cit., *Nationality of claims*, par. 6, p. 398.

⁵⁴ Decisioni nei casi *Espahanian*, caso n. 157, decisione del 29 marzo 1983, in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 2, p. 157 ss., p. 166; *Ataollah Gopira*, caso n. 211, decisione del 29 marzo 1983, *ivi*, p. 171 ss., p. 174; caso n. A/18, cit., p. 265.

⁵⁵ Decisione *Espahanian*, cit., pp. 165-166.

⁵⁶ Regno Unito, *Rules applying to international claims*, in appendice a A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 15. Nello stesso senso è la prassi svizzera, che così ritiene di conformarsi al diritto internazionale vigente: cfr. CAFLISCH, *La pratique suisse de la protection diplomatique*, cit., p. 79 ss.,

nante⁵⁷, affermando anche che il primo corrisponde al diritto consuetudinario e che sarebbe prematuro introdurre il secondo⁵⁸.

Nel caso *Avena*, i due Stati parte sembravano concordare sul fatto che il Messico non avrebbe potuto esercitare la protezione diplomatica nei confronti degli Stati Uniti a favore di individui aventi la cittadinanza di entrambi gli Stati⁵⁹; tuttavia l'affermazione veniva resa con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 36, par. 1, (b), della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, e non in generale a proposito della protezione diplomatica.

Sul piano pattizio, la convenzione ICSID richiede che gli investitori persone fisiche che presentano reclami abbiano la cittadinanza di uno Stato parte e non abbiano contemporaneamente la cittadinanza dello Stato ospite. Pur tenendo sempre presente che si tratta di un contesto diverso da quello in cui tradizionalmente trova applicazione la protezione diplomatica, contesto esplicitamente considerato regime speciale dall'articolato del 2006 (art. 17)⁶⁰, è interessante osservare che la giurisprudenza arbitrale ha interpretato l'art. 25, par. 2 (a) della convenzione e le disposizioni rilevanti dei *Bilateral Investment Treaties* conclusi in quel quadro in modo non sempre coerente, a volte considerandole eccezioni alla regola consuetudinaria sulla nazionalità per i fini della protezione diplomatica, altre invece cercando un significato conforme al diritto generale, nel senso che l'articolo richieda un collegamento effettivo o più effettivo con uno Stato⁶¹. Alcuni BITs, inoltre, richiedono esplicitamente una nazionalità dominante ed effettiva⁶².

Diversamente dalla risoluzione preparata dall'ILA, l'articolato adottato dalla CDI prevede, nel caso di cittadinanza plurima differente da quella dello Stato accusato di responsabilità, che ciascuno degli Stati di

⁵⁷ Italia, A/CN.4/561/Add.2, cit., p. 4.

⁵⁸ *Topical summary*, cit., p. 5.

⁵⁹ *ICJ Reports*, 2004, p. 36. La Corte (p. 40 ss.) non riteneva che gli Stati Uniti avessero provato che gli individui in causa avevano anche la cittadinanza statunitense e quindi non si esprimeva sul punto richiamato nel testo.

⁶⁰ La Commissione osserva che la Convenzione ICSID ed i BITs «abandon or relax the conditions relating to the exercise of diplomatic protection, particularly the rules relating to the nationality of claims» (*Draft Articles*, cit., p. 89).

⁶¹ Sul tema si veda R. AGUIRRE LUZI-B. LOVE, *Individual Nationality in Investment Treaty Arbitration: The Tension Between Customary International Law and Lex Specialis*, in *Remedies in international investment law*, a cura di A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky, 2009, London, p. 183 ss. Nel senso da ultimo ricordato nel testo è in particolare l'opinione parzialmente dissidente di Francisco Orrego Vicuña nel caso *Siag c. Egitto*, decisione sulla giurisdizione, 11 aprile 2007, disponibile sul sito <http://italaw.com>.

⁶² Esempi in AGUIRRE LUZI - LOVE, *Individual Nationality in Investment Treaty Arbitration*, cit., p. 198.

cittadinanza possa esercitare la protezione diplomatica, anche congiuntamente (art. 6). La Commissione esclude, a differenza della risoluzione ILA, l'esigenza di un legame effettivo sulla base della ricostruzione di una regola generale esistente, pur dando atto di precedenti in senso contrario⁶³. La conclusione della Commissione è conforme alla sua impostazione generale di ricollegare il diritto di protezione alla semplice cittadinanza.

Nei commenti all'articolato, vari Stati hanno approvato la legittimazione di tutti gli Stati di cittadinanza ad agire nei confronti dello Stato preteso autore, di cui l'individuo non abbia la cittadinanza, ma hanno allo stesso tempo sottolineato la difficoltà di coordinare reclami multipli⁶⁴. Tuttavia, pur ammettendo che la propria prassi estendeva la protezione anche a casi di individui che contemporaneamente avevano una cittadinanza diversa, altri Stati hanno considerato la proposta della CDI non corrispondente al diritto consuetudinario⁶⁵ e qualcuno ha invocato come criterio di scelta di una sola nazionalità, la cittadinanza effettiva⁶⁶. In questo senso è, del resto, la prassi di altri Paesi⁶⁷.

4. *Discrezionalità della protezione*

Correlata alla ricostruzione della protezione diplomatica quale diritto dello Stato è la discrezionalità tradizionalmente riconosciuta allo Stato stesso nel decidere se agire a tutela del privato. Questa considerazione è chiara negli scritti di Anzilotti⁶⁸, Borchard⁶⁹, Quadri⁷⁰. D'altra parte, questi stessi Autori riconoscevano che se tale era la situazione del privato nel diritto internazionale, ove esso non era altro che «l'objet de droits et de devoirs appartenant exclusivement aux États»⁷¹, cui dunque lo Stato poteva discrezionalmente rinunciare, altro poteva essere nell'or-

⁶³ *Draft Articles*, cit., p. 41 ss. Nello stesso senso PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. 77.

⁶⁴ Commenti di Austria, A/CN.4/561, cit., p. 21; Qatar, *ivi*, p. 22.

⁶⁵ Regno Unito, A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 7.

⁶⁶ El Salvador, A/CN.4/561 p. 21; Uzbekistan, *ivi*, p. 22.

⁶⁷ Cfr. le osservazioni di CAFLISCH, *La pratique suisse de la protection diplomatique*, cit., p. 78.

⁶⁸ D. ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages*, cit., p. 155 ss.

⁶⁹ E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1916, p. 29.

⁷⁰ R. QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936, pp. 96-98.

⁷¹ *La responsabilité internationale des États à raison des dommages*, cit., p. 156; il riferimento di Anzilotti era all'ordinamento tedesco. Nello stesso senso BORCHARD, *op. loc. cit.*, e QUADRI, *op. loc. cit.*

dinamento interno. In questo ambito, si riconosceva che il privato poteva anche essere titolare di un vero diritto alla protezione diplomatica nei confronti dello Stato. La distinzione tra discrezionalità dello Stato sul piano internazionale ed eventuali rimedi offerti in proposito al privato dal diritto interno è stata ribadita dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Barcelona Traction*⁷².

Vi sono attualmente ordinamenti statali che prevedono ricorsi giurisdizionali contro decisioni statali di non ricorrere alla protezione diplomatica, se arbitrarie o in contrasto con i principi costituzionali, a volte comprendenti la questione del risarcimento del danno⁷³; anche il diritto italiano offre oggi spunti interessanti in proposito⁷⁴. L'ordinamento tedesco è tra quelli che da più tempo hanno riconosciuto situazioni giuridiche soggettive del cittadino alla protezione diplomatica; anche in questo ambito, tuttavia, vi è una certa resistenza a ricostruire diritti soggettivi alla protezione in senso proprio⁷⁵. Nei Paesi ex-socialisti, diverse costituzioni adottate dopo la caduta del Muro di Berlino contengono disposizioni sulla protezione dei cittadini all'estero; l'interpretazione fornita è però quella di un riconoscimento di competenze dello Stato, peraltro formulato in termini vaghi circa il loro esatto contenuto, piuttosto che di un dovere nei confronti del cittadino⁷⁶.

Quale che sia l'ambito di tutela fornito al privato dal diritto interno in caso di mancata protezione da parte dello Stato di nazionalità, è comunque chiaro che gli Stati e la stessa giurisprudenza statale continuano a sottolineare la discrezionalità che ancora caratterizza l'esercizio della

⁷² ICJ Reports, 1970, p. 44.

⁷³ *Final Report, International Law Association Report of Its 72nd Conference*, cit., pp. 393-394; PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. 88 ss.; TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, cit., p. 271 ss.; A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica. Sviluppi recenti*, Milano, 2008, p. 80 ss. La possibilità che anche nell'ordinamento dell'Unione europea si possa prospettare un diritto del cittadino europeo alla protezione diplomatica era avanzata da STEIN, *Interim report on «Diplomatic Protection Under the European Union Treaty»*, cit., p. 35 ss., con ampi riferimenti alla dottrina in argomento, ed è stata riesaminata recentemente da VIGNI, *Diplomatic and Consular Protection in EU Law*, cit., nonché BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale*, cit., p. 89.

⁷⁴ Cfr. in proposito P. PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 156 ss.

⁷⁵ Cfr. G. RESS, *La pratique allemande de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, cit., p. 121 ss., p. 132 ss.

⁷⁶ J. MALENOVSKY, *La pratique diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, cit., p. 96 ss. Cfr. inoltre l'esame condotto dal relatore speciale DUGARD, *First report*, cit., p. 224.

protezione nel diritto internazionale⁷⁷. I commenti di diversi Stati espressi a proposito dell'articolato CDI sono nello stesso senso⁷⁸.

La Commissione ha riconosciuto questa discrezionalità, sia qualificando la protezione come diritto o legittimazione e non dovere dello Stato (articoli 2, 3), sia indicando che essa è una facoltà dello Stato (articoli 6, 7, 8), sia ancora semplicemente raccomandando allo Stato di prestare la dovuta attenzione alla *possibilità* di esercitare la protezione (art. 19). Il commento agli articoli è esplicito in tal senso⁷⁹. La CDI ha ritenuto che la prassi di alcuni Stati non è ancora indicativa della formazione di norme consuetudinarie e nemmeno idonea a fondare soluzioni di sviluppo progressivo a favore di un diritto del privato alla protezione nel diritto internazionale⁸⁰. Essa ha comunque raccomandato agli Stati di considerare l'esercizio della protezione diplomatica in caso di danni significativi arrecati ai privati, di tener conto dell'opinione delle persone lese e di trasferire loro gli indennizzi ricevuti (art. 19). La Commissione ha raggiunto le conclusioni indicate dopo aver respinto la proposta del Relatore speciale Dugard di prevedere invece l'obbligatorietà della protezione nei casi di gravi violazioni di norme imperative, rispetto ai quali il privato non possa portare il reclamo innanzi ad una giurisdizione internazionale. Nella stessa visione del Relatore, l'obbligo veniva comunque limitato, tra l'altro, in ragione anche del possibile pregiudizio agli interessi statali. La proposta concerneva essenzialmente le gravi violazioni di norme di protezione dei diritti umani (*infra*, par. 7) ed il Relatore si poneva esplicitamente sul piano dello sviluppo progressivo⁸¹. È interessante

⁷⁷ Così concordemente, a proposito delle rispettive prassi nazionali, CAFLISCH, *op. cit.*, pp. 75-77; J. PASTOR RIDRUEJO, *La pratique espagnole de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, cit., p. 109 ss.; J.-P. PUISOCHET, *La pratique française de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines*, cit., p. 116; RESS, *La pratique allemande de la protection diplomatique*, cit., pp. 126-127, 130. Per i riferimenti alla giurisprudenza interna, si veda il commento della CDI, *Draft Articles*, cit., p. 96, nonché PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. 88 ss.

⁷⁸ Cfr., ad es., le osservazioni della Norvegia per conto dei Paesi nordici, A/CN.4/561, 27 gennaio 2006, p. 10; del Regno Unito, A/CN.4/561/Add.1, 3 aprile 2006, pp. 4-5; *Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly*, cit., pp. 4, 8; nonché le opinioni riportate dal Relatore speciale Dugard nel suo primo rapporto, cit., p. 224 ss.

⁷⁹ *Draft Articles*, cit., pp. 29, 51, 90, 95 ss.

⁸⁰ *Draft Articles*, cit., pp. 94-95.

⁸¹ Art. 4, in *First report, ILC Yearbook*, 2000, vol. II, *Part One*, p. 223 ss. Nel senso dell'emergenza di un obbligo di esercizio della protezione in caso di gravi violazioni di diritti umani A. VERMEER-KÜNZLI, *Restricting Discretion: A Judicial review of Diplomatic Protection*, in *Nordic Journal*, 2006, p. 279 ss., con ampia analisi della prassi. Sul punto P.H. KOOIJMANS, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di diritto internazionale in*

notare che Dugard in qualche modo bilanciava le diverse esigenze richiedendo, per questa ipotesi di protezione e contrariamente a quanto stabilito in generale, una nazionalità effettiva e dominante⁸². Il carattere innovativo della proposta risulta anche dalla diffusa opinione, riconosciuta dallo stesso Relatore, che nemmeno gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani incidono attualmente sulla discrezionalità dello Stato, in particolare anche perché essi non riconoscono un diritto umano alla protezione diplomatica⁸³.

Analogamente, l'ILA ha riconosciuto la discrezionalità dello Stato nell'attuale diritto internazionale, ma ne ha auspicato la sindacabilità sotto il profilo dell'arbitrarietà nell'ambito del diritto interno⁸⁴. Va tenuto presente, ancora una volta, che tali conclusioni sono raggiunte in un quadro che pur considera l'interesse individuale prevalente nella protezione diplomatica⁸⁵.

Se dunque lo Stato può ancora oggi liberamente valutare quando ricorrere alla protezione diplomatica, per i fini delle considerazioni in

onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Napoli, 2004, vol. III, p. 1980 ss.; A. GATTINI, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, a cura di M. Spinetti, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Milano, 2006, p. 455 ss.; PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 719 ss. In senso contrario all'esistenza di un obbligo di esercizio della protezione diplomatica, cfr. anche S. FORLATI, *Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations «directes» devant la Cour internationale de Justice*, in *Revue gén. droit int. public*, 2007, p. 101 ss. A favore dell'esistenza di un diritto dell'individuo alla protezione diplomatica nel caso di gravi violazioni delle norme internazionali sui diritti umani si può ricordare in particolare la sentenza *Kaunda* della Corte costituzionale sudafricana del 2005, ricordata dalla CDI nel commento all'art. 19, *Draft articles*, cit., p. 96. L'Italia approvava la proposta di prevedere l'obbligo di agire in protezione diplomatica sul piano dello sviluppo progressivo, limitatamente a casi di gravi violazioni del diritto alla vita, a non essere sottoposti a tortura, a schiavitù e a discriminazione razziale, ove non fossero aperti ricorsi individuali ad organi internazionali di controllo (A/CN.4/561/Add.2, cit., pp. 2-3).

⁸² *First report*, cit., art. 4, par. 2, c), pp. 223, 226.

⁸³ *First report*, cit., p. 224; FLAUSS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, cit., p. 49 ss., secondo il quale ciò non avverrebbe, al momento, nemmeno attraverso la categoria degli obblighi positivi ricostruita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; G. RESS, *La pratique allemande de la protection diplomatique*, *ivi*, p. 139 ss.; PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. pp. 92-93. Tuttavia più possibilisti sembrano KOOIJMANS, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, cit., p. 1975 ss.; TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, cit., pp. 266-268, e SALERNO, *Sulle norme internazionali «terziarie» a tutela dei diritti umani*, cit., pp. 739-740.

⁸⁴ *International Law Association, Toronto Conference*, cit., *Nationality of claims*, par. 2; ORREGO VICUÑA, *The Changing Law of Nationality of Claims*, cit., pp. 634-635. Circa alcune sostanziali differenze tra la proposta di Dugard e il dibattito all'ILA, cfr. KOOIJMANS, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, cit., p. 1982 ss.

⁸⁵ *Supra*, par. 2.

corso ci si può chiedere quanto incida sulla decisione il carattere effettivo della nazionalità degli individui in causa. Alla luce di quanto affermato dagli Stati (*supra*, parr. 2 e 3), e seppure l'indagine sul punto dovrebbe essere assai più approfondita, sembra almeno in prima approssimazione che la presenza di un legame effettivo continui a costituire un elemento determinante, pur se non vincolante, nella formazione della decisione dello Stato.

5. *Continuità della nazionalità*

La regola circa la continuità della nazionalità dell'individuo tra date ritenute critiche quale presupposto indispensabile della protezione diplomatica, affermata dalla Corte permanente nella sentenza *Panevezys-Saldutiskis*⁸⁶ e ripresa dall'*Institut de droit international* nella ricordata risoluzione del 1965⁸⁷, è generalmente considerata poco coerente con la ricostruzione della protezione diplomatica in termini di diritto dello Stato⁸⁸. Ciò nonostante, si tratta di regola che sia la CDI che l'ILA non hanno potuto non riconoscere, in quanto radicata nell'attuale diritto consuetudinario ed inoltre perché un suo abbandono aprirebbe la porta ad abusi, sia da parte dei privati, che potrebbero dedicarsi al *nationality shopping*, sia da parte di Stati, che potrebbero cogliere l'occasione di lesioni a privati per esercitare la protezione a fini strumentali⁸⁹.

La Commissione, nel confermare la regola della continuità, (art. 5) ha ritenuto che le date rilevanti fossero, la prima, quella della lesione recata al privato, la seconda, quella della presentazione ufficiale del re-

⁸⁶ Sentenza del 28 febbraio 1939, in *C.P.J.I., Series A./B.*, n. 76, p. 16 ss.

⁸⁷ Risoluzione cit., articoli 1-3.

⁸⁸ Così, ad es., GECK, *Diplomatic Protection*, cit., p. 1045 ss., p. 1056. Nella sua opinione individuale nella sentenza *Barcelona Traction*, il giudice Fitzmaurice, sottolineando l'incornguenza ricordata nel testo, ricordava che la regola aveva un'origine pattizia e che poteva considerarsi il risultato di un'interpretazione restrittiva degli accordi rilevanti alla fine dell'Ottocento: *ICJ Reports*, 1970, p. 100 e nota 50.

⁸⁹ *Draft Articles on Diplomatic Protection*, cit., p. 36. Il relatore speciale Dugard era stato particolarmente critico circa il ruolo e la portata della regola nel diritto contemporaneo e ne aveva proposto un sostanziale superamento: cfr. *First report*, in *ILC Yearbook*, 2000, vol. II, *Part One*, p. 239 ss. Critica anche la relazione dell'ILA (*Toronto Conference, Final Report*, cit., p. 370 ss.), che comunque esclude, in modo non vincolante, il requisito solo quanto a servizi e operazioni finanziarie internazionali (*Nationality of claims*, cit., punto 8). La limitazione degli abusi sembrava al giudice Fitzmaurice la vera ragione della regola (opinione individuale cit., nota precedente, p. 102). Per una approfondita critica della regola, in realtà scomposta in due regole distinte (continuità della nazionalità e continuità di identità del titolare del diritto) in dottrina cfr. E. WYLER, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, 1990.

clamo, pur dando atto di qualche diversa posizione circa la seconda⁹⁰. A tale regola generale la CDI ha tuttavia ritenuto opportuno porre alcune eccezioni⁹¹. Lo Stato non può esercitare la protezione a favore di un privato che, al momento della lesione, era cittadino dello Stato responsabile o quando il privato acquista la cittadinanza di quest'ultimo dopo la data di presentazione del reclamo (art. 5, parr. 3 e 4). Lo Stato può invece esercitarla a favore di un privato che alla data della lesione aveva la cittadinanza di uno Stato predecessore o ha perduto quella di uno Stato diverso ed acquistato la cittadinanza dello Stato che agisce per motivi estranei al reclamo ed in modo non contrastante col diritto internazionale (art. 5, par. 2).

La regola è in effetti ribadita in giurisprudenza e considerata vincolante nella prassi degli Stati, seppure non manca qualche posizione contraria⁹². Nei commenti alle proposte della CDI, gli Stati non hanno inoltre posto in discussione l'esistenza della regola nel diritto internazionale attuale, ma piuttosto hanno discusso la precisazione delle date rilevanti, l'esigenza di provare la continuità tra quelle date o le eccezioni elaborate dalla Commissione⁹³.

6. *Il criterio di collegamento nella protezione di non cittadini*

L'art. 8 dell'articolato del 2006 prevede la facoltà di esercitare la protezione diplomatica con riguardo ad apolidi e rifugiati, ma questo a titolo di sviluppo progressivo del diritto internazionale e non di codificazione in senso stretto⁹⁴. In tali ipotesi, il collegamento con lo Stato è dato dalla residenza legale e allo stesso tempo abituale⁹⁵; la protezione è esclusa nei confronti dello Stato di nazionalità del rifugiato⁹⁶. In senso

⁹⁰ *Draft Articles*, cit., p. 37.

⁹¹ Solo in merito all'ipotesi di cui all'art. 5 par. 4 la Commissione porta a sostegno la giurisprudenza. Ciò induce a concludere che gli altri casi sono piuttosto previsti come regole equitative che bilanciano l'applicabilità generale della regola.

⁹² Riferimenti nel *First report* del Relatore speciale Dugard, cit., p. 240 ss.

⁹³ A/CN.4/561, cit., p. 15 ss.; A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 6; A/CN.4/575, cit., p. 3; *Topical summary*, cit., p. 5.

⁹⁴ *Draft Articles on Diplomatic Protection*, cit., p. 48. La Commissione rinvia per le definizioni di apolide e rifugiato a tutte le norme internazionali rilevanti e non solo alle principali convenzioni in materia.

⁹⁵ La stessa Commissione riconosce che richiedere entrambi questi requisiti pone una soglia piuttosto alta circa l'ammissibilità della protezione, ma aggiunge che ciò è dovuto al carattere eccezionale e di sviluppo progressivo della protezione in tali casi. *Ivi*, p. 49.

⁹⁶ Questo perché altrimenti, secondo la Commissione, si sarebbe negato il presupposto essenziale della protezione, la cittadinanza, e si sarebbero «open the floodgates for international litigation»: *ivi*, p. 51.

analogo si esprime la risoluzione dell'ILA⁹⁷, e qualche apertura si trova già nella risoluzione del 1965 dell'*Institut de droit international*⁹⁸.

Alcuni Stati escludono la protezione di tali categorie di persone⁹⁹. Tuttavia i commenti concernenti le disposizioni indicate sono in gran parte positivi, pur sottolineando tutti che si tratta di proposte innovative rispetto al diritto vigente ed a volte criticando la genericità delle definizioni di rifugiato e apolide¹⁰⁰. Vi è anche chi ritiene che oltre alla residenza siano necessari altri elementi, come i legami familiari o l'attività lavorativa, indicativi di un *genuine link* con lo Stato che intende agire in protezione diplomatica¹⁰¹.

Anche a proposito di un riconoscimento di legittimazione alla protezione in via innovativa riemerge dunque, forse con particolare chiarezza, l'esigenza di un collegamento effettivo, che viene rinvenuto nei caratteri spesso ricordati a proposito della nazionalità in casi più tradizionali.

7. *Protezione diplomatica, violazione di obblighi di protezione dei diritti dell'uomo e di altri diritti individuali e nazionalità*

La Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Diallo* (eccezioni preliminari) ha affermato che «the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights»¹⁰². Secondo la Corte, nei

⁹⁷ *Op. cit.*, *Nationality of claims*, punto 6, p. 398.

⁹⁸ Art. 3, par. a della risoluzione, ove si menziona «une personne que cet Etat est auto-risé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique». In proposito si vedano le osservazioni del *Rapporteur Briggs*, in *Annuaire, Session de Varsovie*, 1965, vol. 51-I, p. 146 ss.

⁹⁹ Così Francia (PUISSOCHET, *La pratique française de la protection diplomatique*, cit., p. 118); Regno Unito, A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 8.

¹⁰⁰ Osservazioni di Austria, El Salvador, Guatemala, Marocco, Paesi nordici, Panama, Uzbekistan, A/CN.4/561, cit., p. 24 ss.; Belgio, A/CN.4/561/Add.1, cit., p. 8; *Topical summary*, cit., pp. 5-6.

¹⁰¹ Osservazioni del Qatar, in A/CN.4/561, cit., p. 26.

¹⁰² *ICJ Reports*, 2007, p. 599. Nell'esaminare il merito della controversia, la Corte ha poi accertato la violazione da parte della Repubblica democratica del Congo degli obblighi concernenti il trattamento della persona nella violazione di diverse disposizioni del Patto sui diritti civili e politici, della Carta africana sui diritti umani e dei popoli ed ancora dell'art. 36, par. 1 lett. *b*) della Convenzione di Vienna del 1963 (sentenza del 30 novembre 2010, *ICJ Reports*, 2010, par. 21 ss., par. 160 ss.). Nell'affare *Congo c. Uganda*, la Corte si era trovata ad esaminare la domanda riconvenzionale dell'Uganda quanto a violazioni di diritti propri ed insieme di diritti concernenti il trattamento dei propri nazionali. La Corte ha ritenuto inammissibile questa parte della domanda riconvenzionale, in quanto l'Uganda non aveva provato

confronti dei nazionali la protezione può oggi essere esercitata non solo riguardo a violazioni dei tradizionali obblighi di trattamento dello straniero; lo *standard* consuetudinario comprende ora anche la tutela di alcuni diritti fondamentali. La Corte internazionale di giustizia ha così fatto propria la considerazione emersa da più parti e nei lavori di codificazione, secondo cui la protezione diplomatica conserva attualità e rilevanza in particolare in mancanza di norme convenzionali sui diritti umani o di procedure di garanzia azionabili dall'individuo nel quadro di sistemi pattizi¹⁰³; di qui, anche, la nozione residuale di protezione diplomatica cui si è già accennato (*supra*, par. 1).

Le norme sul trattamento degli stranieri hanno sempre riguardato anche la loro persona; da questo punto di vista, è possibile individuare sia un ampliamento contemporaneo dello standard consuetudinario rispetto ad altre epoche, sia un maggior numero di norme convenzionali di natura bilaterale applicabili in materia, in seguito alla violazione delle quali lo Stato di nazionalità può esercitare la protezione diplomatica.

L'evoluzione delle norme sui diritti dell'uomo è tuttavia un fenomeno distinto¹⁰⁴. Queste norme non fanno distinzione tra cittadini e stranieri, ma piuttosto considerano la giurisdizione dello Stato quale presupposto del loro ambito di applicazione. Esse sono anzi concepite per porre obblighi a carico degli Stati con riguardo in primo luogo ai propri cittadini. Dal punto di vista tecnico-giuridico, ciò si riflette nel fatto che quelle norme pongono obblighi *erga omnes*, cui non corrispondono specifici diritti dello Stato di nazionalità degli individui; questo Stato non può quindi considerarsi specificamente leso, ma piuttosto in una condizione di parità rispetto agli altri Stati, tutti titolari dei corrispondenti diritti. Spesso, poi, lo Stato di nazionalità sarà anche l'autore della violazione, ed è quindi arduo considerarlo allo stesso tempo Stato leso. La nozione di obblighi *erga omnes* è stata evocata dalla Corte internazionale di giustizia proprio in contrapposizione agli obblighi rispetto alla cui viola-

la nazionalità degli individui lesi (*ICJ Reports*, 2005, p. 168 ss., p. 276). Sul rapporto tra violazione degli obblighi sul trattamento dello straniero e in materia di diritti umani quanto all'ambito di applicazione della protezione diplomatica, prendendo spunto da quest'ultima pronuncia, cfr. approfonditamente FORLATI, *Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations «directes»*, cit., p. 89 ss.

¹⁰³ In dottrina, cfr. ad es. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, cit.; MILANO, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice*, cit.; PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. 68 ss.

¹⁰⁴ Per la diversa opinione, secondo cui le norme sui diritti dell'uomo integrano o si sostituiscono alle norme sul trattamento degli stranieri, cfr. ad es. B. NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in *Istituzioni di diritto internazionale*³, a cura di S. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria, Torino, 2006, p. 379.

zione lo Stato può agire in protezione diplomatica, e tra i primi la Corte ha incluso «principles and rules concerning the basic rights of the human person»¹⁰⁵. Sulla base di queste osservazioni, parte della dottrina ha precisato che non è corretto parlare di protezione diplomatica quando uno Stato interviene a protezione dei diritti umani dei propri cittadini¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sentenza *Barcelona Traction*, *ICJ Reports*, 1970, p. 32; cfr. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *Irlanda c. Regno Unito* del 18 gennaio 1978, ricorso n. 5310/71, Serie A, n. 25, punto 239, disponibile sul sito www.echr.coe.int. Sulla natura degli obblighi *erga omnes* e le conseguenze della loro violazione cfr. in generale le osservazioni del Relatore speciale sulla responsabilità internazionale degli Stati G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth report*, in *ILC Yearbook*, 1992, vol. II, *Part One*, p. 47. Un ulteriore problema circa l'ammissibilità della protezione diplomatica nasce per chi ritiene che i diritti in causa, nei sistemi convenzionali di protezione ma anche nel diritto consuetudinario, siano diritti dei privati e non dello Stato; ma qui potrebbe soccorrere la visione, non esclusa dalla CDI, secondo cui la protezione può costituire uno strumento di tutela anche di diritti degli individui.

¹⁰⁶ G. GAJA, *Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, cit., p. 63 ss., p. 66; ID., *Is A State Specially Affected When Its Nationals' Human Rights Are Infringed?*, in *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Casese*, a cura di L.C. Vohrah et al., The Hague, London, New York, 2003, p. 373 ss.; ID., *The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective*, in *European Journal Int. Law*, 2010, p. 11 ss. L'Autore ricorda anche il parere della Corte internazionale di giustizia nell'affare delle *Riserve alla Convenzione sul genocidio*, ove la Corte affermava che in quella convenzione gli Stati «do not have any interest of their own; they merely have, one and all, a common interest ... in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States» (*ICJ Reports*, 1951, p. 23). Per una visione diversa, secondo cui lo Stato di nazionalità è Stato specificamente leso anche in caso di violazione di obblighi sui diritti umani, cfr. CONDORELLI, *La protection diplomatique*, cit., p. 20 ss.; SALERNO, *Sulle norme internazionali «terziarie» a tutela dei diritti umani*, cit., p. 740, secondo cui la particolare legittimazione deriva dalla condizione di «garante internazionale del rispetto dei diritti umani nei confronti del proprio cittadino». Più in generale nello stesso senso K. ZEMANEK, *New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations*, in *Max Planck Yearbook*, 2000, p. 29; B. SIMMA, *I diritti umani nel progetto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, cit., p. 399 ss., p. 406 (mentre è meno chiara la sua opinione individuale nell'affare *Repubblica democratica del Congo c Uganda*, *ICJ Reports*, 2005, p. 348); A. GATTINI, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in *La codificazione della responsabilità internazionale*, cit., p. 431 ss., p. 455. In quest'ultimo senso, ma sulla base della ricostruzione degli obblighi *erga omnes* compiuta da P. PICONE a partire da *Obblighi reciproci e obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, a cura di Starace, Milano, 1983, p. 15 ss., ribadita, tra gli altri lavori, in particolare ne *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 5 ss., v. inoltre PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 689 ss., la quale ravvede nel caso di violazione di diritti umani non solo un interesse giuridico collettivo, ma anche la lesione di un diritto ancora proprio dello Stato di nazionalità. Questi avrebbe una legittimazione propria ad agire circa il se-

Poiché il requisito della nazionalità esclude il ricorso alla protezione diplomatica da parte di uno Stato nei casi di violazioni di diritti umani di individui non cittadini, la prospettiva della Corte, mentre da un lato rafforza la posizione dei nazionali, perché gli obblighi internazionali alla cui violazione lo Stato di appartenenza può reagire con la protezione risulterebbero accresciuti, crea tuttavia una discrasia rispetto alla portata generale delle norme sostanziali sui diritti umani.

L'apparente incongruenza va esaminata tenendo presente il contenuto della protezione. Nel testo del 2006, la definizione della protezione diplomatica è ripresa da quella impiegata a proposito di reclami a cui si applica la regola della nazionalità, di cui all'art. 44 dell'articolato del 2001 sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito. Secondo la CDI, la protezione consiste in «all the lawful procedures employed by a State to inform another State of its views and concerns, including protest, request for an inquiry or for negotiations aimed at the settlement of disputes»¹⁰⁷. Si tratta di definizione che riporta all'espressione «invocazione della responsabilità», impiegata nell'articolato sulla responsabilità¹⁰⁸.

Questo indica che, seppure la protezione diplomatica ha formato oggetto di apposita codificazione, anche in ragione della sua evoluzione storica, oggi essa costituisce un'ipotesi tipizzata della più ampia figura di invocazione della responsabilità per fatto illecito. Ciò discende, del resto, dal carattere generale ed astratto che le norme sulla responsabilità hanno assunto, in virtù della scelta della CDI di non occuparsi solamente delle conseguenze delle violazioni di obblighi di trattamento degli stranieri, ma di formulare una disciplina che certamente anche quelle conseguenze ricomprenda¹⁰⁹. Rispetto alla figura generale, la protezione diplomatica

condo aspetto in protezione diplomatica in senso classico, ed una legittimazione prioritaria nell'interesse della comunità internazionale, rispetto al primo, secondo le regole più generali della responsabilità internazionale. In caso di inazione, sarebbe a quest'ultimo titolo possibile un intervento sostitutivo di altri Stati. Ritieni invece che nel caso di protezione diplomatica lo Stato faccia valere non il proprio diritto ma il diritto dei propri cittadini, mentre al contrario agisce a tutela di un proprio diritto con l'invocazione di responsabilità in caso di violazione di obblighi *erga omnes*. A. VERMEER-KÜNZLI, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility erga omnes*, in *Inter. Comp. Law Quar.*, 2007, p. 553 ss., p. 580.

¹⁰⁷ *Draft Articles*, cit., p. 27.

¹⁰⁸ Commento all'art. 42 dell'articolato sulla responsabilità per fatto illecito, *ILC Yearbook*, 2001, vol. II, *Part Two*, p. 117, ove la CDI nota che «invocation should be understood as taking measures of a relatively formal character, for example, the raising or presentation of a claim against another State or the commencement of proceedings before an international court or tribunal»; la Commissione distingue l'invocazione della responsabilità da contatti diplomatici informali.

¹⁰⁹ Molto chiaro in questo senso è il settimo rapporto del relatore speciale Dugard, A/CN.4/567, 7 marzo 2006, par. 84. Si vedano le osservazioni del Kuwait: «Kuwait therefore

presenta varie regole specifiche, trattate nell'articolato del 2006, che sono il risultato di una notevole ed antica prassi in materia, e che hanno la loro ragion d'essere nel fatto che la protezione ha sempre rappresentato la conseguenza della violazione di una ben identificata categoria di obblighi, quelli sul trattamento degli stranieri.

In questa prospettiva, non si tratta tanto di estendere la protezione diplomatica ad ipotesi nuove o diverse rispetto a quelle che essa tradizionalmente ha coperto, seppure certamente occorre tener presente l'evoluzione delle norme consuetudinarie sul trattamento degli stranieri. Piuttosto, in tema di violazioni di diritti umani si tratta di capire come si coordinano «invocazioni di responsabilità» da parte dello Stato nazionale e da parte di altri Stati¹¹⁰. Nel commento all'art. 16 dell'articolato del 2006, la Commissione richiama l'art. 48 del testo sulla responsabilità quale possibile fondamento per proteste, negoziati e, in presenza di accettazione della giurisdizione, sottoposizione a procedimenti giudiziari da parte di Stati che agiscono a tutela di diritti umani di individui che non siano loro cittadini. La Commissione specifica che tale azione ai sensi dell'art. 48 è esclusa dai requisiti previsti per l'esercizio della protezione diplomatica¹¹¹.

A questo tipo di «invocazione della responsabilità», seguendo la definizione di obblighi *erga omnes* contenuta nella sentenza *Barcelona Trac-*

concludes that diplomatic protection is part of State responsibility, i.e., one of its main topics, and also an international instrument for the protection of human rights against violations involving a wrongful act by another State or, as decided by the International Law Commission, diplomatic protection is simply one means of protecting human rights». A/CN.4/575, 18 agosto 2006, p. 2.

¹¹⁰ Sul punto, con alcune significative differenze, A. GATTINI, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, cit., p. 431 ss., p. 445 ss., p. 457, p. 464. Non sembra che l'art. 48 sia applicabile solo alle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative, come sostiene VERMEER-KÜNZLI, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility erga omnes*, cit., p. 553 ss., p. 556 ss.

¹¹¹ *Draft articles*, cit., p. 87 e nota 245. In sede di codificazione della protezione diplomatica, la CDI ha così fornito l'interpretazione «autentica» dei discussi riferimenti che l'art. 48, par. 3 compie anche alle regole sulla nazionalità dei reclami e sul previo esaurimento dei ricorsi interni. La Commissione ha affermato che quelle regole non si applicano ad uno Stato diverso da quello leso che voglia far valere i diritti di persone non cittadine. Le difficoltà di coordinamento tra art. 48 e art. 44 erano state messe in luce, tra gli altri, da A. GATTINI, *A Return Ticket to 'Communitarisme', Please*, in *European Journal Int. Law*, 2002, p. 1181 ss., pp. 1196-1197, e *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali*, cit., p. 431 ss., p. 444 ss. Critiche, seppure con motivazioni diverse, rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Commissione VERMEER-KÜNZLI, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility erga omnes*, cit., p. 564 ss.; PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 669 ss., p. 724 ss.

tion, si potrebbe riportare anche l'azione dello Stato nazionale, diversa dalla protezione diplomatica¹¹², quanto alla violazione di diritti umani garantiti, in via consuetudinaria e soprattutto pattizia, di propri cittadini. Elementi in tal senso sono offerti dalla stessa CDI, la quale, facendo salve azioni o procedure diverse dalla protezione diplomatica all'art. 16 del testo del 2006, indica che l'articolato non intende pregiudicare i diritti dello Stato di nazionalità e di altri Stati di tutelare l'individuo leso alla luce di norme consuetudinarie o di accordi in tema di diritti umani. La Commissione afferma anche che le norme sulla protezione diplomatica e quelle sulla protezione dei diritti umani sono complementari, individuando così una loro diversa natura¹¹³.

Una conclusione certa circa la riconducibilità dell'azione dello Stato di nazionalità alla protezione diplomatica oppure all'invocazione di responsabilità *ex art.* 48 non sembra raggiungibile senza un adeguato esame della prassi, che qui non si ha modo di compiere. È innegabile che gli Stati reagiscono alla violazione di diritti umani, nella grande maggioranza dei casi, quando loro nazionali siano stati pregiudicati, così apparentemente «utilizzando i diritti dell'uomo nel quadro della protezione diplomatica»¹¹⁴. Di per sé, tuttavia, questo potrebbe essere il risultato di una valutazione discrezionale dello Stato, che sussiste in merito alla pro-

¹¹² Così GAJA, *Is A State Specially Affected When Its Nationals' Human Rights Are Infringed?*, cit., p. 379; FORLATI, *Protection diplomatique, droits de l'homme et reclamations «directes»*, cit., p. 114. Potrebbe essere interpretata in tal senso anche l'opinione individuale del giudice Simma nell'affare *Repubblica democratica del Congo c Uganda*, cit., p. 348, ma alla luce di quanto l'Autore sostiene altrove tale conclusione è probabilmente infondata. Prospetta l'ipotesi, che però non sembra condividere, anche GATTINI, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali*, cit., pp. 464-465.

¹¹³ *Draft articles*, cit., p. 86 (corsivo di chi scrive). La distinzione tra protezione diplomatica e protezione dei diritti umani è richiamata anche da El Salvador, A/CN.4/561, cit., p. 9. In dottrina distingue i due ambiti, pur sottolineandone aspetti analoghi, con riguardo al sistema della Convenzione europea J.-F. FLAUSS, *Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique*, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, 2004, p. 813 ss., p. 822 ss., il quale peraltro aggiunge che nella prassi, anche nel quadro di procedure convenzionali gli Stati agiscono quasi esclusivamente in presenza di un qualche legame con gli individui. Per quest'ultima considerazione, cfr. anche PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 697 ss. La complementarità sembrerebbe negare la concezione dei sistemi di protezione dei diritti umani come *self-contained*.

¹¹⁴ CONDORELLI, *La protection diplomatique*, cit., p. 22 e, analogamente, SALERNO, *Sulle norme internazionali «terziarie» a tutela dei diritti umani*, cit., p. 738 ss. Nel senso che la protezione diplomatica dello Stato di nazionalità si affiancherebbe all'invocazione di responsabilità di altri Stati, diversa dalla protezione diplomatica, cfr. MILANO, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice*, cit., p. 104 ss., p. 118 ss., p. 138; VERMEER-KÜNZLI, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility erga omnes*, cit., p. 553 ss.

tezione diplomatica così come rispetto ad altre forme di invocazione della responsabilità. L'elemento decisivo per chiarire se gli Stati di nazionalità in realtà invocano la responsabilità oppure agiscono effettivamente in protezione diplomatica, risiede nell'applicazione o nel richiamo dei requisiti propri della protezione diplomatica, anche circa la nazionalità dell'individuo in causa, da parte dello Stato che esercita l'azione, dello Stato accusato di responsabilità e di Stati terzi.

La constatazione della coesistenza di diverse forme di invocazione della responsabilità porta a riconsiderare il dibattito sul difficile coordinamento tra le condizioni tradizionalmente previste per l'esercizio della protezione diplomatica, in particolare la regola della continuità della nazionalità, e la protezione di diritti degli individui. Se si ammette infatti che non solo Stati diversi, ma anche lo stesso Stato di nazionalità possano invocare la responsabilità senza per ciò esercitare la protezione diplomatica quando fanno valere la violazione di obblighi posti *erga omnes*, quelle condizioni non trovano applicazione¹¹⁵.

Nella sentenza *LaGrand*, la Corte internazionale di giustizia ha ammesso la protezione diplomatica dello Stato di nazionalità anche con riguardo a violazione di «individual rights» previsti da trattati, ed in particolare dall'art. 36, par. 1, lett. *b*) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari; la Corte non ha voluto chiarire se tali diritti fossero diritti umani¹¹⁶, e si è rifiutata di farlo anche nella successiva sentenza *Avena*¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. in questo senso FORLATI, *Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations «directes» devant la Cour*, cit., p. 95 ss. Un'analisi dettagliata, peraltro fondata su premesse diverse da quelle che qui si accolgono, circa il concreto articolarsi delle diverse legittimazioni degli Stati ad invocare la responsabilità, anche alla luce di una lettura critica del combinato disposto degli articoli 42 e 48 dell'articolato sulla responsabilità si trova in PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 700 ss. Per numerose osservazioni puntuali circa il diverso ambito della protezione diplomatica e dei modi per far valere la responsabilità derivante dalla violazione di obblighi sui diritti umani, alcune coincidenti con quelle compiute nel testo, cfr. KOOIJMANS, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, cit. In un senso diverso, AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, cit., p. 329, ritiene doveroso «to recognize that human rights law starts with an awareness of the relevance of the principles of the general international law of diplomatic protection and proceeds to use them, while at the same time implementing the law with refinements (and even, perhaps differences) where such are called for by the particular circumstances of human rights protection». L'Autore si riferisce non solo all'attività degli organi di controllo, ma anche degli Stati.

¹¹⁶ *ICJ Reports*, 2001, pp. 483, 494.

¹¹⁷ *ICJ Reports*, 2004, p. 61. Secondo PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 668 ss., pp. 674-675, nota 10, il riferimento compiuto dalla Corte andrebbe inteso soprattutto nel senso del riconoscimento «di posizioni individuali di natura non economica o patrimoniale tutelabili attraverso la protezione diplomatica», come appunto il diritto alla notifica *ex art. 36* della Convenzione di Vienna del 1963, analogamente a quanto

Peraltro in entrambe le occasioni la Corte ha indicato che erano in causa allo stesso tempo diritti dello Stato e che essi erano interdipendenti con quelli individuali¹¹⁸. Con riguardo alla stessa disposizione, la Corte interamericana aveva invece in precedenza svolto un accurato esame per concludere che si trattava effettivamente di un diritto umano¹¹⁹. La CDI, nell'articolato sulla responsabilità, ha ripreso l'affermazione della Corte internazionale di giustizia e ha precisato, nel commento all'art. 33, che diritti individuali possono sorgere al di fuori del quadro dei diritti umani¹²⁰.

Se si segue questo orientamento, ci si può chiedere che struttura abbiano le norme che prevedono tali diritti, ed in particolare se esse pongano obblighi *erga omnes* o se costituiscano invece oggetto di norme reciproche tra gli Stati. In quest'ultimo senso sembra indirizzare la disposizione rilevante della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. Sarebbe così fondato il riferimento compiuto dalla Corte alla protezione diplomatica e la nazionalità dell'individuo rimarrebbe determinante.

È con riguardo a violazioni, o gravi violazioni, di obblighi di protezione dei diritti umani che è stata da più parti, e anche dal Relatore speciale alla Commissione del diritto internazionale, avanzata la proposta di limitare la discrezionalità dello Stato nell'esercizio della protezione diplomatica, aspetto cui si è già fatto riferimento (*supra*, par. 4). Per i fini delle presenti osservazioni, quella problematica rileva perché le osservazioni ora compiute indicano che, ove una tendenza si affermasse a favore dell'obbligatorietà dell'azione dello Stato di nazionalità, questa potrebbe forse ricondursi ad un'invocazione di responsabilità diversa dalla protezione diplomatica.

Merita infine ricordare un'interessante considerazione compiuta in dottrina; in caso di violazione di obblighi sui diritti umani, si ricostruisce un pregiudizio morale per lo Stato di nazionalità, determinato dall'*allegiance* che lo lega all'individuo. Lo Stato farebbe così valere un diritto proprio e per ciò la sua posizione si distinguerebbe da quella degli altri *omnes*¹²¹.

sostenuto da MILANO, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice*, cit., p. 127.

¹¹⁸ In particolare sentenza *Avena*, cit., p. 36.

¹¹⁹ *Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999 requested by the United Mexican States*, disponibile sul sito www.corteidh.or.cr, par. 80-87, par. 110 ss., par. 124.

¹²⁰ *ILC Yearbook*, 2001, vol. II, *Part Two*, p. 94.

¹²¹ Non esattamente nello stesso senso e con differente impostazione, ma in questa prospettiva cfr. FORLATI, *Protection diplomatique, droits de l'homme*, cit., pp. 98, 113-114; PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, cit., p. 690 ss., la quale ritiene

8. Conclusioni

Da quanto finora osservato, risulta che, salvo casi innovativi come la protezione di rifugiati e apolidi e salvo deroghe convenzionali¹²², la nazionalità costituisce tuttora il presupposto necessario per l'esercizio della protezione diplomatica. Tentare di raggiungere qualche conclusione, pur preliminare, circa la natura della nazionalità per i fini della protezione diplomatica nel diritto contemporaneo non è tuttavia semplice.

La materia appare attraversata da una tensione tra il diritto vigente e le proposte di sviluppo progressivo, di cui la CDI si è fatta in parte portatrice. Queste tensioni derivano dall'aver considerato la protezione diplomatica l'unico strumento di reazione in vari casi disponibile di fronte a violazioni di obblighi sui diritti umani. È in questa prospettiva che la CDI ha ritenuto di non dover considerare il *genuine link* elemento ulteriore necessario, oltre alla cittadinanza conferita dallo Stato nel proprio ordinamento interno, per l'esercizio della protezione, o di risolvere il bilanciamento tra cittadinanze diverse a favore di quella predominante e non di quella in assoluto più effettiva. Nel far ciò, la Commissione si è probabilmente allontanata dalla mera ricostruzione del diritto consuetudinario, come indicano i risultati raggiunti da altra codificazione o alcuni commenti di Stati.

La codificazione implica necessariamente una certa misura di sviluppo progressivo, che è nella maggior parte dei casi auspicabile. Nella

però (ricollegandosi a QUADRI, *La sudditanza*, cit., p. 101), che tale pregiudizio sia eventuale e da verificarsi nel caso concreto. Quest'Autrice, inoltre, collega il diritto proprio dello Stato anche alla violazione degli obblighi sul trattamento degli stranieri che si accompagnerebbe alla violazione degli obblighi sui diritti umani. La nozione di un diritto proprio ricorda ciò che la Corte ha affermato in particolare nella sentenza *Avena*, cit., p. 36, ove, escludendo l'applicabilità della regola sul previo esaurimento dei ricorsi interni, ha collocato l'azione del Messico su un piano diverso dalla protezione diplomatica. Si trattava tuttavia di diritto che trovava la propria fonte nella Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari e non nella violazione di obblighi sui diritti umani, qualificazione che la Corte, come già ricordato, si è rifiutata di compiere rispetto al diritto individuale di cui aveva già riscontrato l'esistenza sempre sulla base della norma pattizia. Per l'esame della dottrina e della prassi che tradizionalmente rinvergono nella violazione degli obblighi sul trattamento degli stranieri anche un pregiudizio proprio dello Stato, non necessariamente collegato nella misura concreta al pregiudizio subito dai privati, cfr. E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées*, Paris, 1995, p. 125 ss., p. 293 ss.

¹²² Tale può essere considerata anche la legittimazione a far valere reclami per conto di semplici residenti prevista dalla decisione del *Governing Council* della *UN Compensation Commission* S/AC.26/1992/10, del 26 giugno 1992, art. 5, par. 1), lett. a). La Commissione è stata istituita sulla base della risoluzione 687(1991), par. 18 e successive decisioni del Consiglio di sicurezza, quanto alle riparazioni dovute dall'Iraq a seguito della prima guerra del Golfo. Le rilevanti decisioni del Consiglio di sicurezza, fonti di terzo grado, trovano fondamento nella Carta.

materia in esame, tuttavia, e con riguardo alla nazionalità si è compiuta una rilettura delle regole tradizionali sulla protezione diplomatica allo scopo di assicurare una tutela in casi di violazione di obblighi di tutela della persona umana. Il fine è certo condivisibile, ma il ricorso alla protezione diplomatica non sembra l'unico strumento per realizzarlo. Come si è indicato, la tutela potrebbe essere raggiunta anche attraverso un'invocazione della responsabilità da parte dello stesso Stato di nazionalità non riconducibile alla protezione diplomatica, con la conseguenza che in un tale quadro la nazionalità non dovrebbe avere la natura e non dovrebbe essere sottoposta ai requisiti propri della protezione diplomatica.

Questo permetterebbe di riconsiderare la nazionalità per i fini della protezione diplomatica alla luce invece del contesto e dell'evoluzione particolare della materia. Risulterebbe così meno arduo riconoscere regole sedimentate e che non vengono contestate, come la continuità della nazionalità, altrimenti percepite come ostacolo alla tutela degli individui¹²³. Nemmeno avrebbe più significato parlare di superamento, in linea generale, del criterio del *genuine link*¹²⁴, sulla natura e sul contenuto del quale occorrerebbe invece tornare ad interrogarsi ripartendo dal significato indicato nella sentenza *Nottebohm* e tuttora presente nella prassi. Ancora, occorrerebbe meglio indagare l'evoluzione del rapporto tra protezione diplomatica e norme primarie di riferimento. Solo un'approfondita analisi della prassi potrà fornire una sicura risposta a questi diversi interrogativi.

¹²³ Come ammette lo stesso GAJA, *Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, cit., p. 68.

¹²⁴ Come sostengono PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. 76 ss. e analogamento BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale*, cit., p. 107 ss., p. 125 ss.

PAOLO GROSSI

IL PUNTO E LA LINEA
(STORIA DEL DIRITTO E DIRITTO POSITIVO
NELLA ATTUALE CRISI DELLE FONTI)*

SOMMARIO: 1. Contro le solitudini dei giuristi. – 2. L'odierno recupero della storicità del diritto: contro l'assolutizzazione del presente/vigente. – 3. Per una nuova relazione fra storico del diritto e cultore del diritto vigente. – 4. Contro l'assolutizzazione dei messaggi del passato: contro un 'medioevo prossimo futuro' e contro un 'diritto romano attuale'. – 5. In particolare: sull'odierno neo-pandettismo. – 6. A mo' di conclusione.

1. *Contro le solitudini dei giuristi*

Da parecchi anni vo ripetendo l'elementare monito metodologico che questo non è tempo di solitudini per il giurista, e fu, proprio raccogliendolo e realizzandolo nella mia vicenda personale, che mi detti a varare nel lontano 1971 i «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», ideati quale banco comune di lavoro per lo storico e il filosofo del diritto nonché per il cultore di un diritto positivo¹. Non si trattava di un insensato invito all'elettismo (inappellabilmente condannabile), ma piuttosto alla necessità di un confronto e di un dialogo all'interno della composita e variegatissima comunità dei giuristi.

Il rispetto delle singole competenze e il necessario, lodevole approfondimento dei singoli terreni di ricerca debbono integrarsi in una maggiore reciproca attenzione entro una scienza giuridica sorretta da una indiscutibile unitarietà epistemologica. Anche se la nostra organizzazione

* Sono lieto di dedicare questo saggio a Giovanni Battaglini. Di Lui non posso dimenticare – accanto alle doti di intelligenza e cultura – la signorilità dello stile e la fedeltà nell'amicizia, cui improntò tutta la Sua vita. Sul piano scientifico, Egli avvertì come pochi altri il nesso vitale tra storia del diritto e diritto positivo nell'attuale tempo di transizione.

¹ Di «banco comune di incontro e di lavoro che veda seduti assieme, in stretto contatto, storici e filosofi del diritto, privatisti e pubblicisti» parlavo espressamente nella prima *Pagina introduttiva* al primo Quaderno del 1972 (cfr. P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive - Quaderni fiorentini 1972-2001*, a cura di P. Cappellini, Milano, 2009, p. 5).

accademica, modellata da una insipiente progettazione ministeriale, ha creato confini rigidissimi nella articolazione in ‘raggruppamenti’², a livello scientifico non è dilazionabile questo arricchente recupero unitario.

Nella sede attuale a me preme il dialogo fra storico del diritto – da un lato – e privatista, pubblicista, penalista, processualista, internazionalista – dall’altro –, un dialogo che mi appare reclamato a gran voce dai segni del nostro tempo.

Noi stiamo, infatti, vivendo una autentica rivoluzione culturale all’interno della scienza giuridica, anche se non ce ne siamo pienamente accorti a causa del suo carattere di rivolgimento lento e tacito, anche se taluni giuristi arroccati in posizioni smaccatamente misoneistiche non se ne sono voluti accorgere; è la rivoluzione consistente nella nuova e liberatoria consapevolezza della intrinseca, essenziale *storicità del diritto*.

Consentitemi il cenno a una mia vicenda personale, che, alcuni anni fa e precisamente nella primavera del 2006, mi rese manifesto il rivolgimento in atto. Fu allora che fui chiamato a tenere la lezione inaugurale dei ‘corsi’ della ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ nella Università fridericiana di Napoli. Già era, di per sé, abbastanza singolare che a uno storico del diritto fosse affidato compito tanto significativo in seno a un organismo teso a fornire una preparazione di indole professionale a futuri magistrati, notai, avvocati, ma fu ancora più singolare quando il Direttore della Scuola, un cultore e docente di ‘diritto amministrativo’, mi assegnò con gesto affettuosamente autoritario il tema della lezione: «Storicità del diritto». E questo fu l’oggetto del mio discorso pronunciato nell’Aula Magna dell’Ateneo di fronte a un folto pubblico di attentissimi giovani giuristi³.

2. *L’odierno recupero della storicità del diritto: contro l’assolutizzazione del presente/vigente*

La storicità del diritto, ossia la sua naturale mobilità ed elasticità, la sua relatività e disponibilità al mutamento in rapporto al divenire e al trasformarsi del sottostante corpo sociale, è un carattere scritto a chiare note nei segni di questo nostro tempo, ma anche un’esigenza pressante che non può non essere raccolta.

² Io espressi prontamente e pubblicamente il mio netto dissenso in proposito: P. GROSSI, *Lamentazione sui raggruppamenti concorsuali*, in *Società e storia*, 1988, p. 181 ss.

³ Il discorso, pubblicato in veste autonoma da parte della ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ (*Storicità del diritto - Lezione magistrale*, Napoli, 2006), può ora essere letto in P. GROSSI, *Società, diritto, Stato - Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.

L'attuale momento, che siamo soliti denominare – non scorrettamente ma, certo, genericamente – pos-moderno⁴, ci fa vivere una transizione dai tratti assai intensi. Abbiamo lasciato alle nostre spalle il mondo di ieri, contrassegnato da una massiccia staticità della piattaforma socio-economica. In quel mondo – identifichiamolo, pure, come la modernità giuridica – si era preteso (e, conseguentemente, stabilito) dalla vincente strategia borghese una vincolazione forte, pressoché necessaria, fra potere politico e diritto, quella vincolazione bene espressa dall'evento più rilevante della storia del diritto moderno, e cioè la codificazione sette/ottocentesca, l'immobilizzazione del diritto in un sistema chiuso di comandi fissato entro un testo cartaceo, pervicacemente voluta dalla rivoluzione francese, realizzata da Napoleone, proseguita convintamente in tutti gli Stati dell'Europa continentale occidentale.

Si pretendeva il monopolio della produzione giuridica da parte dei poteri statuali, operando un controllo rigorosissimo sul rapporto diritto/fatti socio-economici: il passaggio di un semplice fatto nel concluso territorio della giuridicità era sottoposto a un filtraggio e a una selezione severi, elevando – per così dire – tra fatti e diritto una sorta di muraglia le cui porte solo lo Stato era in grado di aprire a suo completo piacimento. Con un risultato vistosissimo: il diritto moderno, pensato e voluto nei palazzi alti del potere, si connotava per la sua astrattezza (tendeva, cioè, ad essere incontaminato dal divenire fattuale) e per la sua generalità e rigidità (si proiettava, cioè, sui fatti senza lasciarsi particularizzare ed elasticizzare da essi).

Tempo attuale, tempo pos-moderno, significa un momento storico che si allontana velocemente dal 'mondo di ieri'; perché, al contrario di questo, è percorso da una dinamica che pervade tutta la piattaforma socio-economica con un movimento e mutamento all'insegna della più vivace rapidità. E lo Stato, che è apparato di poteri, si dimostra incapace di ordinarla, mentre il corpo sociale, ieri compresso dal potere politico e seppellito nella necropoli dell'irrilevanza ma pur sempre realtà vivente, riemerge al di sopra della sua pietra tombale e si dà ad auto-ordinarsi.

Come ho ripetuto anche recentemente⁵, il Novecento – secolo squisitamente pos-moderno – è segnato da una progressione, crescente con intensità soprattutto negli ultimi decenni: sempre più società, sempre meno Stato. E la società, realtà plurale e magmatica, si auto-ordina con principii e regole che hanno in basso la loro genesi e che trovano i loro

⁴ P. GROSSI, *Novecento giuridico - Un secolo pos-moderno*, Napoli, Università Suor Orsola Benincasa, 2011.

⁵ Da ultimo, cfr. P. GROSSI, *L'identità del giurista, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, fasc. 4.

produttori, piuttosto che nei legislatori divenuti sordi o impotenti, nella prassi giudiziale, nelle teorizzazioni di scienziati attenti e vigili, nella consuetudine, addirittura nella stessa prassi economica quotidiana.

La gerarchia delle fonti, affermata ieri con virulenza e collocata a pilastro portante dell'edificio della modernità giuridica, resta consegnata – ma soltanto come reliquia di un passato remoto – nelle 'disposizioni preliminari' al Codice Civile, senza avere ormai riscontri (almeno per quanto attiene al diritto privato) sul piano dell'effettività.

Non a torto si parla, oggi, di crisi delle fonti, e si ammette che il paesaggio giuridico, vivo e vivace come non mai, soffre però di incertezza, confusione, disordine. Se ieri – e da parecchi fino a metà Novecento – ci si è sforzati di ridurre il diritto, soprattutto il diritto civile, in una sorta di cristallo, pregevolissimo per la sua limpidezza e inattaccabilità ma ormai avulso dalla realtà fluida che lo ha generato, oggi quel cristallo appare come un sublime artificio, e lo sforzo di cristallizzazione più come vizio che come virtù del gius-civilista, oggi che ci si è finalmente arresi di fronte alla sana evidenza della irriducibile carnalità, ossia fattualità, del diritto⁶.

Assistiamo al crollo delle vecchie assolutizzazioni: il presente/vigente identificato come una tappa ultima del divenire e adoperato dall'incauto scienziato quale fondamento saldo su cui poter innalzare le più ardite architetture teoriche; il presente/vigente isolabile e isolato dalla lunga linea storica in cui si colloca e si immerge. Il cristallo si sta sciogliendo come ghiaccio al sole, e la sua vera certezza, la più sostanziale, viene a riposare non tanto sul singolo punto, che è ormai diventato fragilissimo nel divenire incessante e usurante, ma nel distendersi della linea, nel tracciato e nella direzione di cui solo essa è efficace segnalatrice.

La coscienza della storicità del diritto, rivoluzione copernicana per il giurista dell'Europa continentale e formidabile recupero per il diritto, si afferma come salvataggio epistemologico per la scienza giuridica degli ultimi decenni del Novecento.

3. *Per una nuova relazione fra storico del diritto e cultore del diritto vigente*

Quanto ho or ora detto ci introduce pianamente al problema che interessa in questa sede.

Si è precisato che il provveduto cultore del diritto positivo ha conseguito, grazie a recenti affinamenti metodologici, l'affrancamento dalla assolutizzazione del 'vigente'. Egli sa, per primo, che l'isolamento dei singoli

⁶ Ci ho insistito nella *Pos-fazione* a F. MACARIO - M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi - Un itinerario storico e metodologico*, Padova, 2010, p. 412 ss.

punti *dalla* linea storica costituisce uno snaturamento del diritto finalmente recuperato a quella nicchia congeniale che è autenticamente la sua, che lo costituisce, cioè, dimensione della storia, manifestazione espressiva di una civiltà che vive il suo tempo. Ciò che conta sono i punti *nella* linea.

Una siffatta acquisizione epistemologicamente salvante rinnova *funditus* la relazione fra storia del diritto e diritto positivo, la rende culturalmente necessaria. Siamo lontanissimi dalla relazione – un tempo praticata – che aveva la sua desolante testimonianza nei cosiddetti ‘cappelli’ storici preposti a tante indagini di diritto positivo, assolutamente privi di un nesso culturale con il distendersi dell’indagine e ad essa appiccicati come un ridicolo belletto posticcio. Sensibilità storica e conoscenza del presente sono atteggiamenti che si impongono, nella loro congiunzione, entro la conseguita maturità culturale dell’odierno giurista; il quale avrà come preziosa ricchezza la perenne dialettica fra passato e presente, la sola che potrà contribuire all’irrobustimento della sua consapevolezza critica e che gli permetterà di sceverare il caduco e l’effimero dal duraturo⁷.

La storia del diritto lascia l’appartato e umbratile cantuccio, che essa merita se umiliata in una erudizione troppo spesso inutile per la formazione del giurista novizio, e riacquista la sua centralità all’interno della organizzazione scientifico-didattica di una Facoltà di Giurisprudenza, offrendo strumenti che ispessiscono e dilatano lo sguardo dell’osservatore; l’analisi storico-giuridica, nella sua incalzante comparazione dialettica tra presente e passato, nel suo relativizzare comparando, arriva, infatti, a due risultati preziosi: da un lato, la intensificazione della tipicità del presente, dall’altro, la intensificazione della tipicità del passato, l’uno e l’altro recuperati alla loro essenziale concretezza storica. Un libro fresco di stampa, scritto da due giovani e colti civilisti italiani⁸, mi dà la dimostrazione non soltanto della nuova consapevolezza circa la valenza del materiale storico-giuridico, ma altresì della capacità, che quel materiale ha, se adoperato in contrappunto dialettico, per una più complessa e suadente comprensione dell’oggi.

4. *Contro l’assolutizzazione dei messaggi del passato: contro un ‘medioevo prossimo futuro’ e contro un ‘diritto romano attuale’*

Ho detto più sopra che si sta assistendo al crollo delle vecchie assottizzazioni, e ho anche aggiunto che il sommo pregio dello storico del

⁷ Mi sia consentito di rinviare ad alcune mie vecchie pagine: P. GROSSI, *Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)* (1996), e *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi* (1997), ora in GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit.

⁸ È il libro di Francesco Macario e Michele Lobo, del quale ho avuto il privilegio di scrivere la ‘Pos-fazione’ e che è citato alla nota 4.

diritto, nel suo dialogare con il giurista di diritto positivo, sta soprattutto nel relativizzare, nel reprimere eccessivi e rischiosi entusiasmi, nell'impedire assolutizzazioni del presente. Tanto meno lo storico del diritto può permettersi di assolutizzare quel passato di cui è provetto conoscitore, di estrarre da esso dei modelli da imporre per approccio al presente.

Sono rischi epistemologicamente imperdonabili, che devono essere evitati ad *ogni* costo da *ogni* storico del diritto, sia che si occupi del diritto romano, sia di quello medievale o moderno. Mi corre, infatti, un brivido sulla pelle quando sento parlare di un 'medioevo giuridico prossimo futuro', magari nel solco di coloro che, affascinati dalla attuale globalizzazione giuridica, si rifanno senza cautela alla *lex mercatoria* dell'Europa tardo-medievale, fucina di tante invenzioni nuove nell'ordinamento degli intensificati traffici economici. E rabbrivisco parimente quando sento parlare (ohimè, con frequenza!) di 'diritto romano attuale' nel solco di una mal sopita nostalgia post-pandettistica, usando un sintagma che poteva a stento essere sopportabile sulla bocca di Filippo Serafini deceduto nel 1897.

Per noi, storici del diritto medievale e moderno, si tratta di un pericolo modesto, anche perché sono pochissimi a dedicarsi a siffatte farneticazioni. Per noi il rischio è altro, ed è gravissimo: è l'immergersi in una erudizione che è fine a se stessa, identificando la propria funzione nella contabilità dei granelli di polvere depositati sugli scaffali del passato, con il che – il più delle volte – si rinuncia a una analisi autenticamente storiografica; il rischio è pesante, perché fa dimenticare l'elementare verità che lo storico del diritto impiega atti di conoscenza giuridica per individuare il reticolato giuridico che ordina la società e, conseguentemente, la sua identità di giurista.

Il rischio, di cui sopra, diventa, invece, pesantissimo per i romanisti, anche perché per taluni di essi (certo, i culturalmente più deboli) è agevole rifarsi a quel momento tardo-ottocentesco, quindi non lontanissimo, quando la nostra scienza civilistica, convinta dei miti della purezza e astrattezza, si nutrì abbondantemente alla ricca mensa dei pandettisti germanici, e ne sortì quasi una immedesimazione, con un transito frequente dalle cattedre di diritto romano a quelle di diritto civile italiano.

5. *In particolare: sull'odierno neo-pandettismo*

Sembra oggi a questi romanisti che riaffermare un *heutiges roemisches Recht* valga a mantenere intatto alla scienza romanistica la vecchia primazia. È che, dai tempi di Fadda e Bensa, di Alfredo Ascoli e Roberto

De Ruggiero, ne è passata di acqua sotto i ponti del Tevere; è che, come si diceva poc'anzi, il diritto civile ha perduto la sua qualità meta-storica, si è immerso nei fatti e si è intriso di fatti seppellendo quelle scelte ottocentesche in un passato irrimediabilmente passato; è che, oggi, siamo coinvolti e convinti nella rivoluzione copernicana della riscoperta della storicità del diritto.

Il diritto romano ci appare, oggi, per quel che è stato: una grande esperienza storica meritevole di essere studiata e in grado di offrire ricchezza al cultore del diritto attuale. Ma guai se questa ricchezza storica viene stravolta in modello, un modello da trapiantare nell'ora presente. I romanisti, dall'umanesimo in poi, compromessi anche dalle incomprensioni umanistiche verso lo *ius commune* medievale, hanno sempre creduto di avere in loro mano non un materiale storico, bensì un vero e proprio modello, e spesso si sono fatti portatori di un vero imperialismo culturale.

Il medio evo, per quel poco che – ai loro occhi – può insegnare, si riduce a uno *ius romanum medii aevi* colto in un filo di continuità con gli splendori classici e pos-classici, anche se, nella sostanza, si tratta di un immiserimento esorcizzabile con il disinteresse o il silenzio. La maestosa realtà dello *ius commune*, quale robusta costruzione scientifica che, su fondazioni romane e canoniche, riesce a fornire alla civiltà medievale un ordine giuridico originale pienamente rispondente alle nuove richieste di questa, è quasi totalmente misconosciuto, mentre Accursio, Bartolo e Baldo sono creature deformi rispetto ai lineamenti perfetti di Gaio, Pomponio e Ulpiano.

La modernità giuridica è ingabbiata – ma anche irrimediabilmente amputata – nel solo filone della tradizione romanistica. Certo che questo filone esiste, ed è rilevante, ma è antistorico isolare un filo dal tessuto complesso della esperienza giuridica. Come ebbi modo di affermare (e, poi, di scrivere) nella presentazione, organizzata nel 1988 dalla Facoltà giuridica genovese, della edizione definitiva della ammirevole 'Introduzione' orestanea⁹, il tessuto non è mai una somma di fili ma una realtà unitaria e complessa in cui il filo scompare nella sua autonomia per dar vita a qualcosa di profondamente diverso¹⁰.

Con Orestano, romanista storicista, ebbi un fecondo colloquio alimentato da una sostanziale sintonia culturale, e la 'Introduzione' è la ri-

⁹ Il riferimento è alla edizione completamente rinnovata, che Riccardo Orestano affidò a 'Il Mulino', una edizione che, nella sua intitolazione, rispetto alle due precedenti edizioni litografate presso Giappichelli, vede soppresso l'aggettivo 'storico' accanto al sostantivo 'studio', divenendo così una «Introduzione allo studio del diritto romano».

¹⁰ P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva 'Introduzione allo studio del diritto romano' di Riccardo Orestano (1988), ora in P. GROSSI, Nobiltà del diritto - Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 97.

prova della distanza che separa questo pregevole esperimento dagli esercizi neo-pandettistici, ma anche in lui, fra le trame nascoste del volume (e non mancai di rilevarlo con doverosa franchezza¹¹) la tentazione di privilegiare un filone ritenuto preminente non è completamente scansata (e mi verrebbe la voglia di dire: quasi inconsciamente, quale frutto della sua educazione di romanista).

È che per il cultore del diritto romano è calata nel profondo della sua statua interiore la persuasione che il 'classico', il 'romano/classico', costituisca una sorta di archetipo, di modello insuperabile; e il corso della storia in tutte le sue varie e diverse esperienze è sempre e soltanto misurato con quell'archetipo incombente, e pertanto falsato, incompreso, ridotto.

È il pesante tradimento della storicità del diritto, è il rifiuto di quell'elementare approccio metodologico che ci invita a sorprendere la storia come la concatenazione di tante maturità di tempi, ciascuna delle quali porta in sé ed esprime valori apprezzabili perché consentanei al proprio contesto.

Mi si permetta un ricordo (ed è un ricordo ancora vivissimo per i motivi che sto per dire). Nel 1996, ad Ascona, nel cantone del Ticino, i colleghi ed amici Gerhard Dilcher e Pio Caroni organizzarono un felice incontro scientifico avente sostanzialmente ad oggetto il problema dell'odierno neo-pandettismo romanistico¹². Entro il quale non si arriva alla grossolanità di quel modesto romanista che fu Lando Landucci, che nel 1926 rimproverava aspramente alla nuova legge italiana sulla caccia di non essersi adeguata al diritto romano classico (episodio narrato da Orestano e da lui respinto con raccapriccio¹³), ma la mentalità rimane perfettamente la medesima.

E io, che partecipai all'Incontro di Ascona, non posso dimenticare il disagio – disagio culturale – nel trovarmi di fronte Reinhard Zimmermann, il campione dello *usus hodiernus Pandectarum*. Un collega cortese e munito di umana simpatia, ma assolutamente impermeabile a ogni richiamo storicistico, sordo a ogni opinione dissenziente (tra le quali, fermissima, la mia), completamente ingessato in un cumulo di credenze e, pertanto, ostinato nel rifiutare ogni atteggiamento critico.

Io rivendicai espressamente il rispetto per ogni singolo tempo storico e il dovere per lo storico del diritto, ivi incluso lo storico del diritto

¹¹ GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica*, cit., p. 95 ss.

¹² Cfr. *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte? Fra norma e tradizione. Quale storicità per la norma giuridica?* - Atti del Convegno tenutosi al Monte Verità dal 24 al 27 aprile 1996, a cura di P. Caroni e G. Dilcher, Köln/Weimar/Wien, 1998.

¹³ R. ORESTANO, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, ora in R. ORESTANO, 'Diritto'. *Incontri e scontri*, Bologna, 1987, p. 529.

romano, di corrispondervi totalmente: tante tipicità di tempi, che pretendono un ordinamento giuridico congeniale a quelle tipicità¹⁴. E mi piace qui ripetere quanto affermai (e successivamente scrissi con puntigliosa fedeltà), perché mi sento di sottoscriverlo malgrado i quattordici anni trascorsi: «il nostro presente noi non possiamo che edificarlo in base alle nostre esigenze, grazie alle nostre forze, tenendo dietro ai nostri valori, cioè rispettando la maturità del nostro tempo. Solo che questo ha un difetto grave ai nostri occhi miopi: è la maturità che stiamo vivendo e che ci è pertanto difficile oggettivare criticamente anche per la sua incompiutezza. L'acqua in cui siamo immersi – se ci è permessa una immagine – è ancora smossa dalla nostra presenza viva e convulsa, e tarderà a chiarificarsi. Occorrono dei puntelli, occorrono dei momenti da porre dialetticamente in approccio e momenti più riposati che la storia si è dato cura di decantare e consolidare»¹⁵.

Il passato, l'interamente vissuto, e – in quanto tale – esperienza integrale, costituisce un messaggio da mettere in relazione dialettica con l'esperienza monca del presente e del quale questo può ampiamente giovare. Ma è follia pensare che, a un certo punto, la storia si sia arrestata e che un certo prodotto storico abbia in sé la capacità di condizionare lo svolgersi susseguente mortificandolo al rango infimo di posizione servile, passiva, meramente recettizia. L'archetipo, il modello, è una corazza troppo stretta per una realtà in continuo divenire, e, se si pretende di imporre all'oggi dei trapianti dal passato, si dovrebbe sempre considerare con lucido distacco che spesso il trapianto è soggetto a immediati rigetti.

Nell'Incontro di Ascona io chiusi le mie parole con una frase tratta dalla antica sapienza sacra, dal 'Qoèlet' (*Ecclesiastes*), che, nella traduzione latina di San Girolamo, suona così: «*Omnia tempus habent*»¹⁶. Intendevo sottolineare che l'uomo del presente e, quindi, anche l'odierno giurista italiano – non può fare a meno di irrobustire la sua consapevolezza grazie alla comparazione verticale e orizzontale, guardando oltre il contemporaneo verso il pianeta antico, verso quello medievale, verso quello moderno, guardando oltre Manica verso il pianeta del *common law*. Ma sarebbe insensato pensare che egli vi trovi dei modelli da trapiantare. Egli è, infatti, invitato a guardare al di là, ad attingere a piene mani in territori alieni, ma senza mai dimenticare che ogni cosa ha il suo tempo; «alle esperienze aliene, soprattutto a quelle contrassegnate da un

¹⁴ Il testo del mio intervento, intitolato *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, inserito ovviamente negli 'atti' menzionati alla nota 11, può essere comodamente letto anche in *Riv. dir. civ.*, XLII (1996), Parte prima, p. 281 ss.

¹⁵ GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, cit., p. 284.

¹⁶ *Qoèlet*, 3, 1.

intenso carattere di alterità, egli non chiederà modelli; di fronte ad esse egli non rinuncerà ad essere uomo del presente e immerso nel presente»¹⁷.

6. *A mo' di conclusione*

Se un amico romanista, geloso custode del proprio tesoro sapienziale, mi chiedesse il suo ruolo culturale e una linea di comportamento confacente a quel ruolo, non avrei esitazione di fare mia la risposta che, parecchi anni fa, nell'ambito di un Convegno fiorentino da me organizzato per un confronto fra storici del diritto e storici della scuola delle 'Annales', mi dette Jacques Le Goff. A me, che provocatoriamente gli chiedevo che cosa domandasse oggi agli storici del diritto l'erede di una scuola storiografica insigne e meritoria ma drasticamente minimizzatrice della dimensione giuridica, egli rispose: «Surtout soyez vous mêmes»¹⁸.

Il che, da parte mia verso l'amico romanista, si concreterebbe nella riaffermazione, apparentemente tautologica ma necessaria oggi di fronte alle modellistiche meta-storiche dello *usus hodiernus Pandectarum*, di essere semplicemente degli storici del diritto, di ritrovare l'unica vena che rappresenta l'autentico salvataggio del diritto romano. A me e a lui richiamerei con profonda convinzione la nostra professionalità di storici, unendo una raccomandazione: che non si sia proprio noi a tradire la nostra vocazione e a soffocare i segni dei tempi, poiché «omnia tempus habent».

In questo tempo di incontri, quando non sono ammessi solitudini e isolamenti, lasciamo che il tempo sia lui a cercarci, a parlarci, a pretendere; lasciamolo esprimere compiutamente la sua voce e ascoltiàmola, quella del passato così come quella del presente; non facciàmoci prendere dalla tentazione perversa di deformarla e cerchiamo, invece, di essere fedeli ai segni che ogni tempo reca ben iscritti nel suo seno.

Stamattina, la comunità dei romanisti ha in questa stessa sala festeggiato Luigi Capogrossi Colognesi, offrendo a lui la raccolta dei suoi scritti minori, e oggi egli è qui con noi a presiedere una 'tavola rotonda' da lui progettata e realizzata. Mi permetto una constatazione che mi conforta non poco: Luigi è l'immagine viva del romanista che non ha tradito la propria professionalità, che non si è lasciato adescare dalla trappola pseudo-culturale di un attualismo fuori del tempo, e che ha inteso esemplarmente il proprio 'mestiere' di storico del diritto. Sono lieto di unirmi anch'io con schietta sincerità nel far festa al vecchio e caro amico.

¹⁷ GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, cit., p. 286.

¹⁸ Cfr. *Storia sociale e dimensione giuridica - Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro - Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985*, Milano, 1986, p. 450.

GIUSEPPE PALMISANO

SULLA DUPLICE VALENZA,
DIPLOMATICA E GIURISDIZIONALE,
DELLA CONCILIAZIONE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Origini storiche e primi sviluppi della conciliazione nella prassi internazionale: la derivazione dall'inchiesta e i Trattati Bryan. – 2. L'affermazione della conciliazione nella normativa convenzionale e nella casistica della prima metà del secolo scorso. – 3. La conciliazione negli strumenti sulla soluzione delle controversie adottati da organizzazioni internazionali e nei trattati multilaterali di «codificazione». – 4. I tratti essenziali del procedimento: la costituzione di una commissione di conciliazione. – 5. (*Segue*) L'avvio della procedura e la distinzione tra conciliazione facoltativa e conciliazione «obbligatoria». – 6. (*Segue*) Formalità e riservatezza della procedura. – 7. Il rapporto conclusivo e le proposte di regolamento: contenuti e valore giuridico. – 8. Aspetti distintivi della conciliazione rispetto ad altri procedimenti di soluzione delle controversie internazionali. – 9. La duplice valenza della conciliazione e la prevalente tendenza ad attribuirle una funzione di tipo consultivo-giurisdizionale.

1. *Origini storiche e primi sviluppi della conciliazione nella prassi internazionale: la derivazione dall'inchiesta e i Trattati Bryan*

Dal punto di vista degli aspetti istituzionali, funzionali e procedurali, la conciliazione rappresenta il più evoluto e articolato tra i metodi «diplomatici» di soluzione delle controversie internazionali. Essa combina elementi tipici sia dell'inchiesta sia della mediazione, avvicinandosi anche – sotto certi profili e in determinati contesti – alle procedure di tipo arbitrale e giudiziario.

Avvalendosi della nozione fatta propria dall'*Institut de Droit International* nella sessione di Salisburgo del 1961, la conciliazione potrebbe sinteticamente definirsi come la procedura in cui una commissione (prestituita, o istituita *ad hoc* a seguito della controversia) effettua un esame imparziale dei vari aspetti della controversia e propone alle parti termini di soluzione suscettibili di essere da queste accettati¹.

¹ Secondo l'*Institut de Droit International*, «On entend par 'conciliation' ... un mode de règlement des différends internationaux de toute nature dans lequel une Commission

Storicamente, l'emergere della conciliazione si è delineato quale «progressivo ampliamento delle funzioni tipiche dell'inchiesta»². Precisamente, a partire dai primi anni del XX secolo, Stati parti di controversie internazionali hanno cominciato ad attribuire a commissioni d'inchiesta il compito non solo di accertare i fatti rilevanti, ma di esaminare più ampiamente ogni aspetto della controversia, e di inserire tale esame nel rapporto conclusivo, in cui aggiungere eventualmente conclusioni e raccomandazioni in vista di una possibile soluzione³.

Paradigmatici in tal senso furono i c.d. «Trattati Bryan» (dal nome del Segretario di Stato che ne promosse la conclusione), stipulati dagli Stati Uniti d'America con molti Paesi, a partire dal 1913 sino al 1946. Tali trattati prevedevano la costituzione di commissioni permanenti d'in-

constituées par les parties, soit à titre permanente, soit à l'occasion et à raison d'un différend, procède a un examen impartial du différend et s'efforce de définir les termes d'un arrangement susceptible d'être accepté par elles, ou de prêter aux parties en vue de son règlement tel concours qui lui aurait été demandé» (*Annuaire*, 1961, II, p. 275).

Sulla conciliazione, in generale, si vedano tra gli altri: J. EFREMOFF, *La conciliation internationale*, in *Recueil des cours*, 1927-III, p. 5 ss.; G. REVEL, *Rôle et caractère des commissions de conciliation*, in *Revue gén. droit int. public*, 1931, p. 564 ss.; A. GROS, *Remarques sur la conciliation internationale*, in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, p. 279 ss.; F.M. VAN ASBECK, *La tâche et l'action d'une Commission de conciliation*, in *Nederland Tijdschrift*, 1956, p. 1 ss.; H. ROLIN, *La conciliation internationale, Rapport*, in *Annuaire*, vol. 49, 1961-II, p. 193 ss.; J.-P. COT, *La conciliation internationale*, Paris, 1968; H. FOX, *Conciliation*, in *International Disputes. The Legal Aspects*, London, 1972, p. 93 ss.; U. VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, Napoli, 1979; V. D. DEGAN, *International conciliation: its past and future*, in *Völkerrecht und Rechtsphilosophie. Internationale Festschrift für Stephan Verosta*, Berlin, 1980, p. 261 ss.; R. L. BINDSCHEDLER, *Conciliation and Mediation*, in *Enc. of Public Int. Law*, vol. I, *Settlement of Disputes*, Amsterdam/New York/Oxford, 1981, p. 47 ss.; U. VILLANI, *Conciliazione internazionale*, in *Digesto*⁴, vol. III, Torino, 1989, p. 301 ss.; *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, UN/New York, 1992, p. 45 ss.; T. LOHMANN, *The Role of Conciliation and Similar Proceedings in International Dispute Settlement and the OSCE Procedures*, in M. BOTHE, N. RONZITTI, A. ROSAS (eds.), *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security. Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, The Hague-London-Boston, 1998, p. 409 ss.; F. HORCHANI, *La Conciliation*, in Horchani (sous la direction de), *Règlement pacifique des différends internationaux*, Tunis-Bruxelles, 2002, p. 169 ss.; J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1998, p. 62 ss.; S. M.G. KOOPMANS, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, The Hague, 2008; R. VIRZO, *Conciliazione internazionale*, Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur. Treccani*, 2009; J.-P. COT, *Conciliation*, in *Max Planck Enc. Publ. Int. Law*, www.mpepil.com, Oxford-Heidelberg, 2009.

² VILLANI, *Conciliazione internazionale*, cit., p. 304. È opportuno ricordare in proposito che le Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907, mentre prevedevano e disciplinavano l'inchiesta come metodo per la soluzione delle controversie internazionali, non facevano invece alcun riferimento alla conciliazione.

³ Sull'evoluzione storica della procedura di conciliazione, v. R. DONNER, *The procedure of international conciliation: some historical aspects*, in *Journal History*, 1999, p. 103 ss.

chiesta, composte secondo il modello delle Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907⁴, a cui gli Stati contraenti s'impegnavano a sottoporre le controversie non soggette ad obbligo di arbitrato o non risolte mediante negoziato. Le commissioni erano incaricate di svolgere un esame non solo dei punti di fatto, ma di ogni aspetto della controversia (ivi comprese le questioni di diritto), ed erano tenute a presentare il proprio rapporto entro un termine di dodici mesi (prorogabili con il consenso di entrambe le parti)⁵. Aspetto caratterizzante dei Trattati Bryan – denominati «*treaties for the advancement of peace*» e detti anche «*cooling off treaties*» – era l'impegno assunto dagli Stati contraenti di non dichiararsi guerra e di non aprire le ostilità prima del decorso del termine a disposizione della commissione per presentare il proprio rapporto. Com'è stato notato, «per tale via si introduceva un *moratorium* che avrebbe potuto moderare gli atteggiamenti delle parti e rendere così più agevole la soluzione della controversia»⁶.

⁴ Le commissioni permanenti istituite dai Trattati Bryan consistevano in un collegio di cinque membri. Ciascuno Stato parte nominava due membri del collegio, scegliendone uno tra i propri cittadini e un altro tra i cittadini di Stati terzi. Il quinto componente era nominato d'accordo tra le parti e doveva avere la cittadinanza di uno Stato terzo.

⁵ Ancor più espliciti nell'ampliare le funzioni delle commissioni d'inchiesta erano stati, prima dei Trattati Bryan, i c.d. Trattati Knox (sempre dal nome del Segretario di Stato statunitense), conclusi nel 1911 dal Governo degli USA rispettivamente con Francia e Regno Unito, ma mai entrati in vigore a causa della mancata ratifica da parte del Senato americano. Nel contesto di questi trattati generali di arbitrato si prevedeva che, su richiesta di una delle parti, potesse deferirsi ogni controversia, prima che fosse sottoposta ad arbitrato, ad una «Alta commissione d'inchiesta» e che tale commissione dovesse non solo svolgere un esame di tutte le rilevanti questioni di fatto e di diritto, dandone conto nel rapporto (come previsto in seguito anche dai Trattati Bryan), ma potesse altresì inserire nel rapporto le conclusioni e le raccomandazioni da essa ritenute opportune.

⁶ VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., pp. 39-40.

In questo senso i Trattati Bryan rappresentano una tappa significativa nel processo che ha portato alla progressiva limitazione giuridica del ricorso unilaterale alla forza armata da parte degli Stati, in concomitanza col progressivo sviluppo degli obblighi internazionali di soluzione delle controversie mediante ricorso a procedimenti diplomatici o di tipo arbitrale-giudiziario. Ne è prova, tra l'altro, il fatto che al sistema del *cooling off* previsto dai Trattati Bryan si sia successivamente ispirato l'art. 12 del Patto della Società delle Nazioni.

A parte ciò, nei Trattati Bryan meritano di essere evidenziate almeno altre tre caratteristiche: la prima consistente nel fatto che alla conciliazione veniva potenzialmente sottoposta qualsiasi controversia, e che non vi erano pertanto sottratte quelle riguardanti l'onore o gli interessi vitali degli Stati; la seconda che, in molti casi, il trattato prevedeva la possibilità per ciascuna parte di deferire unilateralmente la controversia alla commissione; e la terza che, almeno nei primi esempi (anni 1913-1914), veniva attribuito alla commissione il potere di indicare misure provvisorie o cautelari. Sui Trattati Bryan v., tra gli altri, G.A. FINCH, *The Bryan Treaties*, in *American Journal Int. Law*, 1916, p. 882 ss.; EFREMOFF, *op. cit.*, p. 26 ss.; G. ARANGIO-RUIZ, *Controversie internazionali*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 402 ss.; VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, p. 35 ss.

La formula dei Trattati Bryan riscontrò un notevole successo, come testimonia il fatto che nel periodo precedente la seconda guerra mondiale i trattati bilaterali di conciliazione basati su quel modello si contavano in più di cento. Dal punto di vista della loro applicazione effettiva tali trattati (molti dei quali sono ancora in vigore) non hanno tuttavia dato luogo ad una prassi rilevante. Anzi, fino alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, non risulta che ne sia mai stata invocata l'applicazione in un caso concreto⁷.

2. *L'affermazione della conciliazione nella normativa convenzionale e nella casistica della prima metà del secolo scorso*

Sulla scorta dei Trattati Bryan (che ancora non distinguevano formalmente la conciliazione dall'inchiesta) il primo trattato ad usare espressamente il termine di «conciliazione», riferito alle funzioni di una commissione istituita nell'ambito di un accordo per la soluzione delle controversie, fu la Convenzione tra la Svezia e il Cile del 26 marzo 1920, istitutiva per l'appunto di una «Commissione permanente di inchiesta e di conciliazione». In tale Convenzione, il *quid pluris* rispetto alle funzioni di mera inchiesta consisteva precisamente nel fatto che alla commissione veniva attribuito sia il compito di redigere un rapporto su *tutti* gli aspetti della controversia (e non sulle sole questioni di fatto), sia la facoltà di proporre alla parti un *progetto di regolamento* della controversia.

L'esame ampliato ad ogni aspetto della controversia e la facoltà – in seguito, il preciso mandato – di avanzare proposte di soluzione, o comunque di promuovere il raggiungimento di un accordo tra le parti, costituiranno da allora i tratti distintivi del procedimento nei numerosissimi trattati conclusi nella prima metà del secolo scorso che espressamente prevedono e disciplinano il ricorso alla conciliazione (in combinazione

⁷ Il primo – e, a quanto consta, unico – caso in cui l'applicazione di un trattato Bryan è stata invocata si è verificato nel 1989, nel corso della controversia tra Stati Uniti e Cile sorta in seguito alla morte di due diplomatici, Orlando Letelier e Ronni Moffit, avvenuta a Washington nel 1976. Il 12 gennaio 1989, gli Stati Uniti hanno invocato il trattato concluso con il Cile nel 1914, esigendo la costituzione di una commissione per l'accertamento dei fatti relativi alla morte dei due diplomatici e la questione degli indennizzi ai familiari delle vittime. Il compromesso stipulato l'11 giugno 1990 ha sancito l'istituzione di una commissione costituita da cinque membri, incaricata di accertare tra l'altro «the amount of the payment to be made by the Government of Chili in accordance with the applicable principles of international law, as though liability were established» (Articolo 4 del Compromesso, citato in P. PAZARTZIS, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats*, Paris, 1992, pp. 205-206).

spesso con l'arbitrato o il regolamento giudiziario, talvolta con l'inchiesta)⁸.

Identiche caratteristiche contraddistinguono la conciliazione nella casistica concreta, non copiosa ma significativa, riferibile al medesimo periodo; casistica riconducibile per lo più all'attuazione della normativa convenzionale testé ricordata⁹.

⁸ Fra gli oltre 200 trattati bilaterali possono ricordarsi, a titolo di esempio: il Trattato italo-svizzero di conciliazione e regolamento giudiziario del 20 settembre 1924; il Trattato franco-svizzero di conciliazione, arbitrato e regolamento giudiziario del 6 aprile 1925; i quattro Trattati di conciliazione e arbitrato di Locarno, del 16 ottobre 1925, conclusi tra la Germania, da una parte, e rispettivamente Belgio, Francia, Polonia e Cecoslovacchia, dall'altra; il Trattato di conciliazione tra USA e Filippine del 16 novembre 1946; il Trattato di pace e amicizia tra Paraguay e Spagna del 12 ottobre 1949; il Trattato di conciliazione e regolamento giudiziario tra Italia e Turchia del 24 marzo 1950; il Trattato di conciliazione e regolamento giudiziario tra Brasile e Italia del 24 novembre 1954. Fra i trattati multilaterali devono ricordarsi: la Convenzione di conciliazione e arbitrato di Helsingfors, del 17 gennaio 1925, tra Estonia, Finlandia, Lettonia e Polonia; l'Atto generale per il regolamento pacifico delle controversie internazionali, adottato dall'Assemblea generale della Società delle Nazioni il 26 settembre 1928; la Convenzione interamericana di conciliazione, del 5 gennaio 1929; il Trattato americano di soluzione pacifica delle controversie (Patto di Bogotà) del 30 aprile 1948; la Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, del 29 aprile 1957.

Per un esame sistematico della prassi convenzionale più risalente, nella prospettiva della progressiva distinzione della conciliazione dall'inchiesta, v. NGUYEN - QUOC - DINH, *Les Commissions de conciliation sont-elles aussi des Commissions d'enquête?*, in *Revue gén. droit int. public*, 1967, p. 561 ss.

⁹ Per avere un'idea della varietà di tale casistica – e quindi dell'utilizzabilità della conciliazione con riguardo a controversie di tipo pur molto differente tra loro – possono richiamarsi i seguenti casi: – il caso risolto dalla c.d. «*Chaco Commission*», istituita da Bolivia e Paraguay nel 1929 per occuparsi della controversia seguita al verificarsi di scontri armati in una zona di frontiera tra i due Stati (v. in proposito L. WOOLSEY, *Commission of inquiry and conciliation, Bolivia and Paraguay*, in *American Journal Int. Law*, 1930, p. 110 ss. e *ibid.*, 1930, p. 122 ss.; N. BAR-YAACOV, *The handling of disputes by means of inquiry*, London-New York-Toronto, 1974, p. 199 ss.); – la controversia tra Francia e Siam sullo *status* di alcuni territori di confine tra Siam, Laos e Cambogia, sottoposta nel 1947 ad una commissione che, dopo aver effettuato un esame approfondito delle caratteristiche etniche, geografiche ed economiche del territorio, nonché degli argomenti sostenuti dalle parti, al fine di ottenere il consenso di entrambe le parti (peraltro senza successo), avanzò proposte per così dire di «compromesso», che si discostavano dalle risultanze «oggettive» contenute nel rapporto, ritenute non accettabili da una delle parti (si veda S. BASTID, *La Commission de conciliation franco-siamoise*, in *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de George Scelle*, Paris, 1950, vol. I, p. 1 ss.); – la controversia tra Belgio e Danimarca, relativa ad alcuni incidenti verificatisi nel porto di Anversa nel 1904, nei quali erano rimaste coinvolte alcune navi danesi, controversia risolta nel 1952 mediante una commissione di conciliazione la cui proposta di regolamento venne accettata senza modifiche dalle parti (sul caso v. H. ROLIN, *Une conciliation belgo-danoise*, in *Revue gén. droit int. public*, 1953, p. 353 ss.); – le controversie risolte nel 1955 da una commissione di conciliazione franco-svizzera, riguardanti sia le spese di mantenimento, dal 1940 al 1945, di una divisione polacca rifugiata in Svizzera dopo l'ar-

3. *La conciliazione negli strumenti sulla soluzione delle controversie adottati da organizzazioni internazionali e nei trattati multilaterali di «codificazione»*

La rilevanza acquisita nella prassi internazionale della prima metà del secolo scorso ha avuto come risultato che la conciliazione venisse presa in espressa considerazione, quale procedimento per la soluzione di controversie internazionali, sia nella Carta delle NU, sia in vari strumenti adottati dalle organizzazioni internazionali regionali sorte nel secondo dopoguerra.

Per quanto riguarda la Carta NU, la conciliazione è in particolare menzionata all'art. 33, che elenca – com'è noto – i mezzi a disposizione degli Stati per adempiere l'obbligo statutario di tentare di risolvere pacificamente qualsiasi controversia suscettibile di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale; mezzi il ricorso ai quali può altresì essere raccomandato alle parti dal Consiglio di sicurezza, qualora il Consiglio lo reputi necessario.

Nell'ambito dei principali atti adottati dalle NU, riguardanti in termini generali la soluzione delle controversie, la conciliazione è stata inoltre presa in considerazione, al pari degli altri procedimenti di soluzione c.d. diplomatici, sia nella Dichiarazione sulle «Relazioni amichevoli» del 1970¹⁰, sia nella Dichiarazione di Manila del 1982 sul regolamento pacifico delle controversie¹¹. Va infine ricordato che nella prima metà degli anni Novanta, un Comitato speciale delle NU è stato incaricato di elaborare una serie di «Regole modello» in tema di conciliazione internazionale e che tali Regole, contenute in 29 articoli, sono state approvate dall'Assemblea generale nel 1995¹².

mistizio franco-tedesco, sia una vertenza relativa a certi atti compiuti in Svizzera da autorità doganali francesi, atti che le autorità elvetiche consideravano una violazione della sovranità territoriale elvetica (v. in proposito S. BASTID, *La Commission de conciliation franco-suisse*, in *Annuaire français droit int.*, 1956, p. 436 ss.); – la controversia risolta nel 1956 dalla commissione di conciliazione italo-svizzera, relativa all'applicabilità ai cittadini svizzeri dell'imposta straordinaria italiana sul patrimonio (sul caso, VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., p. 332 ss.).

¹⁰ *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the UN*, adottata dall'Assemblea generale con ris. 2625(XXV) del 24 settembre 1970.

¹¹ *Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes*, adottata dall'Assemblea generale con ris. 37/10 del 15 marzo 1982.

¹² *UN Model Rules for the Conciliation of Disputes between States*, adottate dall'Assemblea generale con ris. 50/50, dell'11 dicembre 1995.

Sempre nell'ambito delle NU bisogna anche rilevare che nel 1980 l'Assemblea generale, con ris. 35/52, ha adottato le *Conciliation Rules* elaborate dall'UNCITRAL (*UN Commission*

Per quanto riguarda le organizzazioni regionali, oltre alla normativa dedicata alla conciliazione nel già menzionato Patto di Bogotà (articoli 15-30), devono ricordarsi tra gli altri: il Protocollo istitutivo della Commissione di mediazione, conciliazione e arbitrato, adottato dall'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA) nel 1964 (articoli 22-26); il Trattato istitutivo dell'Organizzazione degli Stati dei Caraibi dell'Est del 1981 (art. 14 e Allegato A); nonché la Convenzione sulla conciliazione e l'arbitrato nel quadro della CSCE, adottata a Stoccolma nel 1992 (articoli 20-26).

Per completare questa sintetica ricostruzione dello sviluppo storico della conciliazione, è ancora molto importante evidenziare il ruolo centrale assegnato alla conciliazione, negli ultimi decenni del secolo scorso, da una serie di trattati multilaterali di «codificazione» del diritto internazionale. Si tratta in primo luogo della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati – che, come si dirà meglio in seguito, prevede un meccanismo di conciliazione «obbligatoria» per le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione della normativa sulle cause di invalidità ed estinzione dei trattati¹³ – e, quindi, delle successive convenzioni di Vienna dedicate sempre alla tematica dei trattati (Convenzione del 1978 sulla successione degli Stati in materia di trattati; Convenzione del

on International Trade Law), riguardanti specificamente le controversie «arising in the context of international commercial relations».

Fuori dalle NU, ma sempre nel contesto di organizzazioni internazionali a carattere universale, va segnalato che la conciliazione è espressamente presa in considerazione nell'«Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie» (c.d. *Dispute Settlement Understanding*) nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del Commercio. In particolare, l'art. 5 la indica – insieme a buoni uffici e mediazione – tra le procedure che le parti possono volontariamente esperire al fine di risolvere una controversia rientrante nel campo di applicazione dell'«Intesa» stessa. Va poi ricordato che prima della riforma realizzata nel 1994 con l'istituzione dell'OMC e l'adozione dell'«Intesa», il sistema di regolamento delle controversie commerciali previsto nell'ambito del GATT 1947, e frequentemente utilizzato nella prassi, era di tipo marcatamente conciliativo (v. in proposito, per tutti, E. CANAL FORGUES, *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT. Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, 1993, e A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 175-434).

Anche nell'ambito dell'ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) è prevista e disciplinata la conciliazione tra i possibili metodi di soluzione delle controversie in materia di investimenti. Si vedano in particolare le *Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings* e le *Rules of Procedure for Conciliation Proceedings*, adottate sin dal 1967 e emendate da ultimo nel settembre 2002 (le si veda riportate nel sito web dell'ICSID, <http://icsid.worldbank.org>).

¹³ Art. 66 e Allegato. Tale meccanismo non si applica nel caso in cui la controversia riguardi gli articoli 53 e 64 della Convenzione, ponga cioè questioni di rispetto del c.d. *ius cogens*; nel qual caso è prevista la giurisdizione «obbligatoria» della Corte internazionale di giustizia.

1986 sui trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali). Ma si tratta anche, tra le altre: della Convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle relazioni con organizzazioni internazionali universali; della Convenzione di Vienna del 1983 sulla successione tra Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato; di alcune importanti convenzioni in materia di tutela dell'ambiente (Convenzione del 1985 sulla protezione della fascia di ozono, Convenzione del 1992 sui mutamenti climatici e la bio-diversità); nonché della Convenzione delle NU sul diritto del mare, adottata a Montego Bay nel 1982. Come si dirà, tutte queste convenzioni valorizzano il ricorso alla conciliazione come procedimento per la soluzione di controversie giuridiche relative all'interpretazione e all'applicazione delle convenzioni stesse: favorendo o persino rendendo obbligatorio tale ricorso; predisponendo meccanismi di attivazione unilaterale della procedura; ed enfatizzando nel procedimento la funzione di accertamento del diritto rispetto a quella di composizione meramente transattiva della controversia.

Va peraltro segnalato che, a fronte dell'ampia diffusione della conciliazione, quale procedura prevista in trattati di «codificazione» (o comunque multilaterali), tale diffusione non ha tuttavia dato luogo ad una casistica rilevante. Non risulta infatti che sia stata attivata, ad oggi, alcuna delle procedure di conciliazione previste nelle convenzioni poc'anzi elencate¹⁴.

Meritano infine di essere menzionati autorevoli tentativi «accademici» di enucleare, dalla varietà della normativa convenzionale e dalla casistica concreta, un modello generale di conciliazione. Ci riferiamo, in particolare, alle due risoluzioni sulla conciliazione adottate dall'*Institut de Droit International*, una nel 1927 e l'altra nel 1961¹⁵, nonché al più recente «Regolamento facoltativo di conciliazione», predisposto dalla Corte permanente di arbitrato nel 1996¹⁶.

¹⁴ Per quanto riguarda la casistica meno datata, va ricordata la Commissione di conciliazione istituita da Norvegia e Islanda con trattato del 28 maggio 1980, incaricata di occuparsi della controversia relativa all'isola di Jan Mayen e, in particolare, di fare raccomandazioni sulla linea di confine della piattaforma continentale tra l'Islanda e l'isola stessa. I due Stati hanno accolto la soluzione proposta dalla Commissione, recependola nell'accordo del 22 ottobre 1981. Il rapporto della Commissione è riprodotto in *Int. Legal Materials*, 1981, p. 797 ss. Sul caso si vedano J. EVENSEN, *La délimitation du plateau continental entre la Norvège et l'Islande dans le secteur de Jan Mayen*, in *Annuaire français droit int.*, 1981, p. 711 ss.; E.L. RICHARDSON, *Jan Mayen in Perspective*, in *American Journal Int. Law*, 1988, p. 443 ss.

¹⁵ Per la prima si veda *Annuaire*, 33, 1927, II, p. 339 ss.; per la seconda v. *supra*, nota 1.

¹⁶ PERMANENT COURT OF ARBITRATION, *Optional Conciliation Rules*, The Hague, 1996 (adottate il 1° luglio 1996). Il regolamento della Corte riprende peraltro fedelmente le regole sulla conciliazione già elaborate dall'UNCITRAL, di cui *supra*, nota 12.

In aggiunta, ma fuori dall'ambito della conciliazione intesa *stricto sensu*, aspetti o funzioni di tipo conciliativo si riscontrano vuoi nell'attività svolta da organi politici di organizzazioni internazionali (quale, ad esempio, l'attività svolta dal Consiglio di sicurezza delle NU in base al Capitolo VI della Carta)¹⁷, vuoi nelle procedure di controllo e garanzia previste da sistemi convenzionali di protezione dei diritti umani (si pensi, ad esempio, alle funzioni conciliative a suo tempo attribuite alla Commissione europea dei diritti umani, o a quelle tuttora proprie della Commissione interamericana dei diritti umani, o – ancora – a quelle che potrebbero essere svolte dal Comitato dei diritti umani nel contesto della procedura c.d. interstatale, prevista dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966).

Non sembra tuttavia corretto né opportuno considerare le attività in questione alla stessa stregua delle procedure di conciliazione in senso proprio o «puro», nelle quali ad una commissione, preconstituita o istituita *ad hoc* dalle parti al solo fine di risolvere le loro controversie, viene affidato – come s'è detto – il compito di esaminare i vari aspetti di una specifica controversia e di avanzare proposte di soluzione. Tali attività vanno piuttosto inquadrare nel contesto – l'una – del sistema per la soluzione delle controversie predisposto dal trattato istitutivo dell'organizzazione internazionale cui appartiene l'organo politico svolgente funzioni conciliative, e – l'altra – dei sistemi di controllo e garanzia giurisdizionali, o quasi-giurisdizionali, previsti nel settore della protezione internazionale dei diritti umani¹⁸.

4. *I tratti essenziali del procedimento: la costituzione di una commissione di conciliazione*

I tratti distintivi della conciliazione vanno ricostruiti sulla base della abbondante normativa convenzionale richiamata nei precedenti para-

¹⁷ In proposito v. per tutti G. ARANGIO-RUIZ, *Controversie*, cit., pp. 419-431, S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000, pp. 199-217, B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2005, pp. 155-175.

¹⁸ Quanto alle funzioni conciliative svolte da un organo politico di un'organizzazione internazionale, va tenuto presente che «tale organo risulta provvisto dell'autorità politica che gli deriva dall'ente internazionale del quale è emanazione. Sotto questo profilo emerge una profonda differenza rispetto alla conciliazione tradizionalmente intesa, che si caratterizza per l'assenza di autorità politica nella commissione, fornita solo dell'autorità morale derivante dall'obiettività dei suoi componenti e dalla fiducia riposta in essi dalle parti» (VILLANI, *Conciliazione internazionale*, cit., p. 307).

Quanto invece all'attività conciliativa riconducibile ad organi deputati alla protezione dei diritti umani, la sua finalità consiste non tanto nel favorire la soluzione di una controversia internazionale, quanto nell'attuare una forma di controllo e di garanzia di tali diritti.

grafi, nonché dalla casistica – molto meno abbondante – cui tale normativa ha dato luogo. Poiché tuttavia non sussistono, sul piano del diritto internazionale generale, obblighi per gli Stati di ricorrere alla conciliazione quale procedura di regolamento di controversie internazionali, né obblighi di svolgere la conciliazione in un determinato modo, per gli Stati che scegliessero questo procedimento per la soluzione di una loro controversia, si tratta evidentemente di una ricostruzione di mero valore descrittivo. Si tratta cioè di rilevare quali siano gli elementi e gli aspetti che accomunano, nella prassi convenzionale e nella casistica di cui sopra, le varie procedure di conciliazione predisposte (e talvolta messe in atto) dagli Stati parti di una controversia internazionale. Ciò nel tentativo di individuare i caratteri essenziali della conciliazione, considerata in se stessa e in rapporto agli altri procedimenti di soluzione.

Cominciando dal «terzo» cui le parti attribuiscono il ruolo di conciliatore, quantunque non sia da escludere la possibilità che si tratti di un singolo individuo¹⁹, la sua configurazione consiste per lo più in un collegio di individui indipendenti. Si tratta precisamente di commissioni composte di un numero dispari di persone – in genere cinque, ma talvolta tre – di cui una (o anche due, in caso di commissione a cinque) vengono scelti rispettivamente da ciascuna delle parti (quasi sempre, almeno uno, tra i propri cittadini). Il membro o i membri residui – che di regola non hanno la nazionalità di alcuno degli Stati parti e, per questo, vengono anche denominati membri «neutrali» – vengono scelti di comune accordo fra le parti, ovvero (specie nella normativa convenzionale più recente) di comune accordo dai componenti della commissione designati dalle parti²⁰. Il presidente della commissione viene in genere designato dagli

¹⁹ L'ipotesi del conciliatore unico è ad es. presa in considerazione nelle regole sulla conciliazione elaborate dall'UNCITRAL (art. 3) ed è ripresa anche dal regolamento facoltativo di conciliazione adottato dalla Corte permanente di arbitrato (art. 3). Per quanto riguarda la casistica, un esempio di conciliazione condotta da un conciliatore unico può considerarsi quello verificatosi nel 1977 nella controversia tra Kenya, Uganda e Tanzania, relativa alla ripartizione dei beni e delle varie pertinenze della cessata Comunità dell'Africa dell'Est (EAC). In questo caso la procedura è stata condotta dal diplomatico svizzero Victor Umbricht, incaricato dagli Stati parti – su invito del Fondo monetario internazionale – di esaminare ogni aspetto della controversia e di presentare un progetto di regolamento. Il progetto di regolamento presentato da Umbricht, benché non accettato nella sua totalità, costituì la base dell'accordo che, nel maggio 1984, chiuse definitivamente la controversia. Sul caso si veda V. UMBRICHT, *Principles of international mediation. The case of the East African Community*, in *Recueil des cours*, 1984-IV, p. 307 ss.

²⁰ È importante precisare che i componenti designati unilateralmente da ciascuno Stato parte della controversia, benché siano definiti usualmente membri «nazionali», non svolgono il ruolo di rappresentanti dello Stato. Essi sono anzi tenuti, al pari dei membri c.d. neutrali, a un dovere di obiettività e indipendenza. Ciò non toglie che la presenza di membri «nazionali»

stessi membri della commissione fra i componenti «neutrali» (e nel caso in cui nella commissione vi sia un solo membro neutrale, coincide di regola con tale membro).

Al fine di evitare che gli Stati impegnatisi ad esperire una procedura di conciliazione frappongano ostacoli nella fase di composizione della commissione, taluni trattati stabiliscono la precostituzione di commissioni a carattere permanente, con riferimento ad una serie di controversie eventuali e future²¹. Si tratta tuttavia di un sistema non molto utilizzato²² e al quale tende ad essere preferito – specie nel contesto di convenzioni di «codificazione», o adottate nel quadro di organizzazioni internazionali – il diverso sistema dell'elenco dei conciliatori. Gli Stati contraenti designano cioè uno o più conciliatori da inserire in un elenco, nell'ambito del quale dovranno poi essere scelti – in tutto o in parte – i membri della commissione che si occuperà della controversia specifica, nel caso in cui dovesse essere avviata una procedura di conciliazione²³.

In alcuni casi la normativa convenzionale stabilisce inoltre accorgimenti e rimedi al fine di ridurre determinati inconvenienti che possono presentarsi nella costituzione della commissione. In particolare, nel caso in cui le parti (o i componenti «nazionali» della commissione) non raggiungano entro un determinato lasso di tempo l'accordo necessario per designare il membro o i membri c.d. «neutrali», si prevede spesso che il membro o i membri in questione siano nominati da una terza entità (talvolta uno Stato, più frequentemente una personalità eminente, quale ad esempio il Segretario generale delle NU o il Presidente della Corte internazionale di giustizia)²⁴. Meno spesso è preso in considerazione il caso in

risponda allo scopo essenziale di favorire il rapporto di fiducia e collaborazione degli Stati parti nei confronti della commissione di conciliazione e, quindi, la disponibilità di tali Stati a considerare accettabili le proposte di soluzione che la commissione riuscisse ad avanzare.

²¹ È questo il caso, ad es., dei Trattati Bryan e del Trattato di conciliazione, regolamento giudiziario e arbitrato tra Svizzera e Regno Unito del 7 luglio 1965.

²² Ciò anche perché «gli Stati sono poco solleciti nell'operare le nomine dei commissari e ancor più le sostituzioni rese necessarie da scadenze del mandato, dimissioni, decessi o altre ragioni; con la conseguenza che, nel momento in cui una controversia venga sottoposta alla conciliazione, la commissione 'permanente' risulta spesso da costituire *ex novo*» (VILLANI, *Conciliazione internazionale*, cit., p. 308).

²³ È questo il sistema adottato, ad es., dal Patto di Bogotà (art. 18), dal Protocollo dell'OUA del 1964 (articoli 2 e 23), dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (par. 1 dell'Allegato), e dalla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982 (art. 2 dell'Allegato n. 5).

²⁴ In caso di disaccordo tra le parti, il conferimento al Segretario generale delle NU del compito di nominare i membri neutrali è ad es. previsto sia nell'Allegato alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, sia nell'Allegato n. 5 alla Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare. Sempre a titolo di esempio, l'art. 7 della Convenzione europea di Strasburgo del 1957 sul regolamento pacifico delle controversie dispone invece che la no-

cui sia uno degli Stati parti a non procedere alla nomina del conciliatore o dei conciliatori «nazionali». Questa ipotesi viene in particolare disciplinata nel contesto di strumenti convenzionali che prevedano l'attivazione della procedura su iniziativa di una delle parti. Tali strumenti dispongono in genere, per la mancata nomina del membro nazionale, il medesimo rimedio previsto per il caso di mancato accordo sulla designazione dei membri «neutrali»²⁵.

5. (Segue) *L'avvio della procedura e la distinzione tra conciliazione facoltativa e conciliazione «obbligatoria»*

Il ricorso alla conciliazione, al pari di quello a qualsiasi altro procedimento per la soluzione di controversie internazionali (di tipo sia diplomatico, sia arbitrale o giudiziario) si fonda sul mutuo consenso delle parti. Quando tale consenso si manifesta mediante un accordo *ad hoc*, concluso a controversia già insorta, l'avvio della procedura si ha a seguito dell'attuazione di tale accordo e secondo le modalità in esso previste.

È peraltro possibile, come s'è detto, che gli Stati concludano accordi – vuoi dedicati appositamente al regolamento di controversie internazionali, vuoi aventi un diverso oggetto principale – in cui contemplano e disciplinano preventivamente il ricorso alla conciliazione come metodo per la soluzione di una serie di controversie eventuali e future. Alcune volte questi accordi prevedono il ricorso alla conciliazione come *facoltativo*, ossia come una possibile procedura a disposizione delle parti, in combinazione spesso con altri procedimenti di regolamento. In tal caso, una

mina sia affidata ad uno Stato terzo scelto dalla parti, o – in caso di mancato accordo sull'individuazione dello Stato terzo – dal Presidente della Corte internazionale di giustizia. Medesimo sistema è previsto dalle «Regole modello» adottate dall'Assemblea generale delle NU nel 1995 (art. 5, par. 3).

²⁵ L'art. 2 dell'Allegato alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati stabilisce ad es. che qualora le parti, entro 60 giorni dalla richiesta di costituzione della commissione, non abbiano designato i rispettivi membri «nazionali», tali membri siano nominati, entro i 60 giorni successivi, dal Segretario generale delle NU. Analogamente dispongono le altre Convenzioni di Vienna che riprendono il modello di quella del 1969, nonché la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982. L'Allegato n. 5 di quest'ultima prevede invero la nomina «d'ufficio» dei membri c.d. nazionali da parte del Segretario generale non solo per la procedura «obbligatoria», ma anche per il caso di accordo *ad hoc* tra le parti che determini il ricorso alla procedura c.d. facoltativa. Merita infine di essere ricordata la Convenzione di Bruxelles del 1969 sull'intervento in alto mare in caso di incidente che comporti o possa comportare inquinamento da idrocarburi. L'Allegato n. 3 alla Convenzione stabilisce in particolare che, in caso di mancata nomina ad opera di una parte, sia il Segretario dell'Organizzazione intergovernativa consultiva marittima ad effettuare «d'ufficio» le nomine necessarie alla costituzione della commissione di conciliazione.

volta sorta la controversia, è necessaria la conclusione di un ulteriore accordo tra le parti per concretizzare il mutuo consenso e precisare gli adempimenti richiesti agli effetti dell'avvio della procedura (ivi compresi, eventualmente, quelli relativi alla composizione della commissione).

Altre volte, gli accordi in questione prevedono il ricorso come *obbligatorio*, nel senso che le parti, una volta sorta la controversia, sono tenute a ricorrere alla conciliazione – in qualche caso entro un certo lasso di tempo e dopo aver vanamente esperito altri metodi di soluzione – per tentare di risolvere la controversia stessa. Se l'accordo iniziale si limita a disporre genericamente l'obbligo per gli Stati di ricorrere alla conciliazione, è comunque necessario – a controversia in corso – un ulteriore accordo tra le parti per avviare la procedura (ed eventualmente per costituire la commissione). Va rilevato che qualora la mancata conclusione di questo secondo accordo fosse addebitabile all'indisponibilità o al comportamento ostruzionistico di una delle parti, ciò darebbe luogo ad un illecito internazionale dello Stato, consistente nella violazione dell'obbligo *de contrahendo* assunto in precedenza nei confronti della controparte.

Diverso è il discorso nel caso in cui nell'accordo iniziale, oltre a prevedersi l'obbligo di ricorrere alla conciliazione, si sia già disposta la costituzione della commissione (o se ne stabiliscano precisamente le modalità di costituzione), e si consenta altresì che la procedura sia attivabile in virtù dell'iniziativa di una delle parti. In questo caso, affinché si abbia l'avvio della procedura è sufficiente che una delle parti, a controversia in corso, eserciti unilateralmente il proprio potere di «azione»²⁶. Quest'ultimo è il sistema prescelto, ad esempio, dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In particolare, secondo l'art. 66, lett. *b*): «qualsiasi parte di una controversia riguardante l'applicazione o l'interpretazione di uno qualsiasi degli articoli della parte V [sull'invalidità,

²⁶ Com'è stato giustamente osservato, ciò non garantisce di per sé lo svolgimento del procedimento, il quale comunque, in tutte le sue fasi, «finisce per dipendere essenzialmente dalla volontà di cooperazione e dalla disponibilità delle parti» (VILLANI, *Conciliazione internazionale*, cit., p. 310 nonché, più ampiamente, Id., *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., p. 195 e ss.). In proposito è significativo quanto accaduto nella procedura di inchiesta e conciliazione tra Francia e Marocco relativa al caso del dirottamento dell'aereo FOABV (su cui viaggiava il leader nazionalista algerino Ben Bella), procedura concordata tra i due Stati con accordo *ad hoc* del 5 gennaio 1957. Il Marocco, in segno di protesta contro alcune prese di posizione della Commissione, ritirò il proprio commissario «nazionale» (al cui ritiro fecero seguito le dimissioni del membro libanese della Commissione), determinando così la fine prematura del procedimento, a causa del venir meno dell'integrità dell'organo collegiale. Su questo caso v. *L'affaire du FOABV*, in *Annuaire français droit int.*, 1958, p. 282 ss., e Ch. ROUSSEAU, *France et Maroc. Echec de la procédure d'enquête et de conciliation dans l'affaire du déroutement de l'avion transportant de Rabat à Tunis les chefs nationalistes algériens le 22 octobre 1956*, in *Revue gén. droit int. public*, 1958, p. 691 ss.

l'estinzione e la sospensione dei trattati] può mettere in opera la procedura [di conciliazione] indicata nell'Allegato alla Convenzione indirizzando a questo effetto una domanda al Segretario generale delle NU»²⁷.

Analogo sistema è previsto sia dalla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982²⁸, sia dalla Convenzione di Stoccolma del 1992, sull'arbitrato e la conciliazione nel quadro della CSCE (articoli 20-22)²⁹.

6. (Segue) *Formalità e riservatezza della procedura*

Dal punto di vista del suo svolgimento, la conciliazione si caratterizza per due aspetti principali: la presenza di una procedura formalizzata e la regola della riservatezza.

²⁷ Analogamente dispongono, tra le altre, la Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli Stati nei trattati (art. 42), la Convenzione di Vienna del 1983 sulla successione degli Stati in materia di beni, archivi e debiti di Stato (art. 43), e la Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali (art. 66).

²⁸ Gli articoli 297 e 298 della Convenzione prevedono un sistema di conciliazione «obbligatoria» soltanto per determinate controversie. Si tratta precisamente delle controversie in tema di ricerca scientifica marina e di pesca, sottratte alla giurisdizione obbligatoria prevista dall'art. 286, nonché delle controversie riguardanti alcuni degli ambiti che possono essere sottratti dagli Stati contraenti all'obbligo di giurisdizione (controversie relative alla delimitazione di aree marittime, a baie o a c.d. titoli storici). L'utilizzazione del sistema di conciliazione «obbligatoria» previsto dall'art. 297, è inoltre espressamente richiesta dall'Accordo di New York del 4 dicembre 1995, sull'applicazione delle disposizioni della Convenzione delle NU sul diritto del mare relative alla conservazione e gestione di banchi di specie ittiche altamente migratorie (in vigore dall'11 dicembre 2001), per quanto riguarda in particolare le controversie in materia di pesca nella Zona economica esclusiva. L'art. 284 della Convenzione di Montego Bay prevede invece un sistema di conciliazione parzialmente diverso, come metodo «facoltativo» di regolamento per qualsiasi tipo di controversia riguardante l'interpretazione o l'applicazione della Convenzione (sull'uso della conciliazione nella Convenzione di Montego Bay, v. in generale R. LAVALLE, *Conciliation under the UN Convention on the Law of the Sea: A Critical Overview*, in *Austrian Review Int. Eur. Law*, 1997, p. 25 ss., nonché T. TREVES, *Le controversie internazionali*, Milano, 1999, p. 171 ss.).

²⁹ Riguardo al sistema della Convenzione di Stoccolma va ricordato che esso contempla anche un altro tipo di «obbligatorietà» della conciliazione. Ci riferiamo in particolare alla conciliazione «prescritta» (o «sotto direzione»), prevista dall'Allegato 4. Secondo questo documento (di valore – è bene sottolinearlo – meramente politico, e non giuridico-vincolante), nel caso in cui Stati dell'OSCE non siano riusciti a comporre una loro controversia entro un periodo di tempo ragionevole, il Consiglio dell'OSCE o il Comitato degli Alti Funzionari (CAF), decidendo per «*consensus* meno due» (ossia meno le parti in lite), possono «prescrivere a detti Stati di ricercare la conciliazione». Com'è stato rilevato, il potere d'iniziativa del Consiglio e del CAF, una volta attuato, «pur non essendo giuridicamente sanzionato, implica [comunque] l'assunzione di una responsabilità politica per gli Stati partecipanti che non in-

Quanto al primo aspetto, la maggior parte delle disposizioni pattizie (e in special modo quelle più recenti) prevedono che sia la stessa commissione a stabilire le proprie regole di procedura, limitandosi in genere a porre alcuni principi essenziali³⁰. La derivazione dall'inchiesta e il compito di esaminare ogni aspetto della controversia hanno peraltro inciso sensibilmente sulla prassi delle commissioni di conciliazione, nel senso di rendere usuale da parte loro la predisposizione regolamentata e l'attuazione di una vera e propria fase istruttoria, consistente nella visione di documenti richiesti alle parti, nell'audizione di testimoni, nella raccolta di materiale probatorio, e nella visita *in loco* (quest'ultima previo espresso consenso dello Stato interessato). Tale fase istruttoria è sempre caratterizzata dal rispetto del principio del contraddittorio: la commissione è tenuta cioè ad ascoltare le parti e tiene conto dei documenti che queste le sottopongono, nonché delle loro osservazioni scritte ed orali³¹. In questo contesto di relativo rigore formale viene anche previsto e regolamentato, talvolta, il diritto delle parti di essere rappresentate dinanzi alla commissione da «agenti», consiglieri o esperti da esse designati³².

L'attitudine delle commissioni di conciliazione a procedere secondo una certa rigidità formale e a rispettare con attenzione il principio del contraddittorio risponde evidentemente all'esigenza di garantire, di fronte alle parti, l'imparzialità e l'obiettività del metodo di lavoro seguito

tendano uniformarsi alle 'prescrizioni' del Consiglio e/o del CAF» (G. NESI, *Soluzione pacifica delle controversie in Europa: recenti sviluppi nella CSCE*, in *Com. internazionale*, 1993, p. 273). Sulla conciliazione c.d. prescritta v. più ampiamente G. PALMISANO, *Reflections on «directed» conciliation in a conflict prevention perspective*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli, 2004, p. ss.

³⁰ Nei trattati di conciliazione più risalenti è molto frequente trovare, per quanto riguarda la regolamentazione della procedura, un rinvio vuoi alle norme del titolo III della Convenzione dell'Aia del 1907 (concernenti l'inchiesta), vuoi alle norme del titolo IV della medesima Convenzione (concernenti l'arbitrato).

³¹ Si vedano in proposito le disposizioni riportate in UN, *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928-1948*, Lake Success, 1948, pp. 214-226. Si veda inoltre l'affermazione rigorosa del principio del contraddittorio nel Trattato di conciliazione tra Svizzera e Regno Unito del 7 luglio 1965, secondo il quale le regole di procedura stabilite dalla Commissione devono comunque «assurer aux Parties Contractantes dans chaque stade de la procédure des possibilités égales de présenter leurs arguments» (art. 7). La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 stabilisce sinteticamente il principio nel par. 5 dell'Allegato, secondo il quale «La Commissione sente le parti, esamina le pretese e le obiezioni».

³² Si veda in proposito UN, *Systematic Survey*, cit. alla nota precedente, pp. 223-225. Si vedano anche, tra gli altri, l'art. 12, par. 2, dell'Allegato alla Convenzione di europea di Strasburgo del 1957 e l'art. 5, par. 2, dell'Allegato alla Convenzione di Bruxelles del 1969 sull'intervento in alto mare in caso di incidente che comporti o possa comportare inquinamento da idrocarburi.

e, quindi, di rafforzare il più possibile, sul piano della persuasività e dell'autorevolezza (o, se si preferisce, dell'autorità «morale»), le valutazioni e le proposte da sottoporre alle parti.

Quanto alla regola della riservatezza (o segretezza), essa – a prescindere dal fatto che venga o meno esplicitata dalle rilevanti disposizioni convenzionali³³ – caratterizza in genere il lavoro delle commissioni di conciliazione. Il procedimento si svolge infatti, di regola, a porte chiuse e lo stesso rapporto conclusivo il più delle volte non viene reso pubblico, a meno che non sussista un consenso a ciò di tutte le parti della controversia³⁴.

I motivi per cui la «non pubblicità» costituisce un tratto caratteristico della conciliazione sono facilmente comprensibili. Innanzitutto, essa determina un maggior favore ad utilizzare la conciliazione, in quanto «può valere a mettere lo svolgimento del procedimento al riparo dalle pressioni che potrebbero arrivare dalle opinioni pubbliche dei singoli Stati parti»³⁵. In secondo luogo, «il clima di discrezione favorisce una maggiore disponibilità della parti e un dialogo più sereno ed aperto»³⁶, contribuendo a creare quella confidenza tra le parti e la commissione che può risultare determinante in vista del successo della procedura, inteso come accoglimento delle proposte avanzate dalla commissione.

7. *Il rapporto conclusivo e le proposte di regolamento: contenuti e valore giuridico*

Un elemento formale caratterizza anche la conclusione del lavoro delle commissioni di conciliazione. Tale lavoro scaturisce infatti sempre in un documento scritto che, il più delle volte, ha la forma di un rapporto

³³ La regola è espressamente stabilita ad es. dall'art. 10 dell'Atto generale per il regolamento pacifico delle controversie internazionali del 1928 e nella Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie del 1957 (art. 11).

³⁴ La riservatezza viene evidenziata come aspetto caratterizzante la conciliazione in entrambi i «Regolamenti» sulla conciliazione adottati dall'*Institut de Droit International*. Secondo l'art. 5, par. 5, del Regolamento del 1927: «Aucune publicité ne sera donnée soit à l'ensemble des travaux de la Commission, soit au rapport, soit au procès verbal, autrement qu'en vertu d'une décision prise par la Commission avec l'assentiment des Parties». Il Regolamento del 1961 pone un dovere di segretezza a carico dei commissari e delle parti negli articoli da 10 a 14, contenuti nella sezione n. 4 intitolata per l'appunto al «Secret des travaux». Anche le «Regole modello» sulla conciliazione adottate dall'Assemblea generale nel 1995 dedicano una serie di disposizioni alla «confidentiality» della procedura (articoli 25-26). Un dovere di segretezza è infine previsto all'art. 14 del «regolamento facoltativo» sulla conciliazione adottato nel 1996 dalla Corte permanente di arbitrato.

³⁵ VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., p. 241.

³⁶ ID., *Conciliazione internazionale*, cit., p. 312.

sottoposto alle parti. L'ipotesi più completa – prevista spesso nella normativa convenzionale recente – è che questo documento, per un verso, dia conto dell'esame effettuato di ogni aspetto della controversia (accertamento dei fatti e valutazioni giuridiche) e, per altro verso, contenga le proposte di soluzione avanzate alle parti³⁷. L'indicazione di proposte di soluzione, considerato come elemento a sé stante (distinto rispetto alla valutazione degli aspetti di fatto e di diritto della controversia) può tuttavia anche mancare, laddove ad esempio la controversia verta essenzialmente su questioni di fatto o di natura prettamente giuridica. In questi casi, la proposta di regolamento è da considerare infatti insita già nell'accertamento dei fatti o nella valutazione giuridica delle pretese delle parti, quali risultanti dall'esame della commissione³⁸.

Nel caso poi in cui il mandato della commissione evidenzi non tanto l'esame obiettivo di ogni aspetto della controversia, quanto la ricerca di una transazione tra le parti³⁹, il rapporto conclusivo della procedura risulta in genere molto sintetico. Si tratta precisamente di una sorta di breve verbale nel quale, in caso di esito positivo, si attesta l'avvenuto accordo tra le parti (riportando talvolta i termini e le condizioni di tale accordo), ovvero – in caso di esito negativo – ci si limita a constatare che non è stato possibile conciliare le posizioni delle parti⁴⁰.

³⁷ Va notato come tra le risultanze dell'esame dei vari aspetti della controversia e le proposte di regolamento non debba sussistere necessariamente un rigoroso nesso di coerenza. La commissione può cioè sempre «aggiustare» le ultime rispetto alle prime, o anche discostarsi decisamente da queste, in vista della formulazione di una proposta che possa ottenere il consenso di entrambe le parti e favorire, quindi, la conclusione di un accordo risolutivo della controversia.

³⁸ Nel caso in cui l'accordo istitutivo della competenza della commissione lo consenta, la mancanza di un apposito progetto di regolamento può anche dipendere da una scelta «politica» della commissione. In particolare, se la commissione dovesse ritenere improbabile la conclusione di un accordo risolutivo della controversia quale esito della conciliazione, «la mancanza di proposte di regolamento può valere, quanto meno, ad evitare che le parti, pronunciandosi, per ipotesi, negativamente su un dato progetto, siano portate ad irrigidire ulteriormente le proprie posizioni e quindi a pregiudicare anche per il futuro, e anche al di fuori del procedimento di conciliazione, la possibilità di risolvere la loro controversia» (VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., pp. 234-235).

³⁹ Secondo la terminologia usata nei trattati di conciliazione, questo aspetto del mandato delle commissioni viene di solito evidenziato indicando che la commissione ha il compito «to endeavour to bring the parties to an agreement» («de s'efforcer de concilier les parties»). Tale aspetto risulta evidenziato, ad es., negli Accordi di Locarno del 1925, nell'Atto generale di Ginevra del 1928, nella Convenzione europea di Strasburgo del 1957, nelle «regole modello» adottate dall'UNCITRAL nel 1980 e in quelle adottate dall'Assemblea generale nel 1996.

⁴⁰ Talune disposizioni pattizie prevedono espressamente che, in caso di insuccesso, la commissione possa procedere alla pubblicazione di un rapporto contenente le proposte di regolamento, nonché le opinioni individuali dei singoli membri della commissione. In questo senso dispongono, ad es., i Trattati di conciliazione, regolamento giudiziario e arbitrato con-

Al di là delle forme, dei contenuti e persino del nome, il documento conclusivo della conciliazione rivela e conferma comunque due aspetti tipici della conciliazione: il primo è che gli Stati la predispongono e la intraprendono in quanto metodo finalizzato essenzialmente a produrre proposte di soluzione. Il secondo è che si tratta di una procedura formale, seppure talvolta minimamente formalizzata: il conferimento del compito al terzo conciliatore e, per l'appunto, la presentazione da parte del terzo del documento conclusivo del procedimento, costituiscono infatti elementi formali che contraddistinguono sempre la conciliazione, tanto nella normativa convenzionale quanto nella casistica rilevante.

Con riferimento al valore giuridico del documento conclusivo e, in particolare, delle proposte di regolamento eventualmente adottate dalla commissione di conciliazione, va sottolineato che esse non sono mai vincolanti per le parti e, per dirla con le parole dell'Annesso alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, «non hanno altro carattere che quello di raccomandazioni sottoposte alla considerazione delle parti al fine di favorire un regolamento amichevole della controversia». Le parti restano dunque libere di accettare o meno, in tutto o soltanto in parte, i termini di regolamento proposti dalla commissione. Esse sono cioè libere sia di concludere un accordo che recepisca fedelmente le proposte della commissione, sia di concludere un accordo risolutivo di diverso contenuto, che corrisponda in parte a tali proposte, o che non ne tenga alcun conto esplicito⁴¹. Così come sono ovviamente libere di non concludere alcun accordo, lasciando la controversia irrisolta.

Sotto questo profilo la conciliazione rientra pertanto pienamente nell'ambito dei procedimenti c.d. diplomatici per la soluzione delle controversie: la «pronuncia» della commissione non costituisce di per sé un mezzo di soluzione della controversia, non produce nuovo diritto per le parti, né costituisce per esse una valutazione giuridicamente vincolante delle rispettive pretese. Soltanto l'eventuale accordo che recepisce i termini di regolamento proposti dalla commissione sarebbe idoneo a rendere giuridicamente vincolante per le parti tali termini e, quindi, a risolvere la controversia⁴².

clusi nel 1927 dal Belgio rispettivamente con la Svizzera (art. 8, par. 4) e con la Spagna (art. 9, par. 4). La possibilità di pubblicazione è peraltro subordinata alla mancata opposizione dei commissari «nazionali» o al consenso delle parti.

⁴¹ Tra le scelte discrezionali delle parti può anche rientrare quella di tentare un ulteriore e diverso tipo di procedura di soluzione.

⁴² Esistono per la verità disposizioni convenzionali che attribuiscono efficacia vincolante alle decisioni di commissioni definite di conciliazione. Esempari sono in tal senso i Trattati di pace conclusi nel febbraio 1947 dagli Stati vincitori della seconda guerra mondiale rispettivamente con Italia, Finlandia, Bulgaria, Romania e Ungheria. Nonostante il *nomen iuris*, sembra

All'assenza di forza giuridica vincolante va aggiunta, nelle pronunce di conciliazione, l'assenza pressoché totale di autorità politica. Tale assenza dipende innanzitutto dalla natura dell'ente da cui le pronunce scaturiscono. Le commissioni di conciliazione, non essendo composte di Stati, né essendo organi di organizzazioni internazionali, non sono infatti in condizione di far valere sulle parti della controversia alcuna forma di pressione *lato sensu* politica⁴³. Inoltre, nella normalità dei casi, il rap-

tuttavia corretto escludere le procedure in questione dal novero di quelle di conciliazione in senso proprio, per assimilarle piuttosto a procedimenti di tipo arbitrale. Lo stesso vale per la procedura di conciliazione prevista dal Trattato istitutivo dell'Organizzazione degli Stati del Carabi dell'Est (art. 14, par. 3, e par. 6 dell'Allegato), secondo il quale «Member States undertake to accept the conciliation procedure ... as compulsory. Any decisions or recommendations of the Conciliation Commission in resolution of the dispute shall be final and binding on the Member States», e inoltre «[t]he report of the Commission, including any conclusions stated therein regarding the facts or questions of law, shall be binding upon the parties».

Esistono inoltre disposizioni pattizie che tentano di rafforzare in vario modo il valore giuridico di mera raccomandazione proprio delle proposte di regolamento avanzate da commissioni di conciliazione. Ad es., secondo l'art. 85, par. 7 della Convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali a carattere universale, «The recommendations in the report of the Commission shall not be binding on the parties to the dispute unless all the parties to the dispute have accepted them. Nevertheless, any party to the dispute may declare unilaterally that will abide by the recommendations in the report so far as it is concerned». Diversamente, la Convenzione di Vienna del 1985 sulla protezione della fascia di ozono stabilisce che «The Commission shall render a final and recommendatory award, which the parties shall consider in good faith». Qualunque sia l'effetto giuridico riconducibile direttamente o indirettamente alle disposizioni riportate, esse non sembrano comunque idonee a trasformare giuridicamente l'essenza delle procedure in questione: si tratta cioè pur sempre di procedure di tipo conciliativo e non arbitrale o giudiziario.

⁴³ Con riferimento a questo aspetto, un discorso parzialmente diverso andrebbe ovviamente fatto, come s'è detto, per le procedure di conciliazione previste nell'ambito di organizzazioni internazionali o, comunque, di forme di cooperazione internazionale istituzionalizzata. Si pensi, ad esempio, alla procedura di conciliazione prevista nella Convenzione sulla conciliazione e l'arbitrato nel quadro della CSCE, adottata a Stoccolma nel 1992 (sulla quale v. in generale, oltre a LOHMANN, cit. *supra*, nota 1, H. STEINBERGER, *The Conciliation Procedure Established by the Convention on Conciliation and Arbitration within the OSCE*, in L. CAFLISCH (sous la direction de), *Règlement pacifique des différends entre Etats: Perspective universelle et européenne*, The Hague-London-Boston, 1998, p. 67 ss.). In particolare, l'art. 25 stabilisce che qualora entro 30 giorni il rapporto proposto dalla Commissione non venisse accettato dagli Stati-parte, il rapporto stesso verrebbe comunque trasmesso al Consiglio CSCE; così come il Consiglio verrebbe informato ogni qualvolta una delle parti si rendesse contumace o abbandonasse la procedura dopo il suo inizio. Come s'è osservato in altra sede, ciò significa che «ogni qual volta il comportamento di uno Stato-parte determinasse il fallimento della procedura di conciliazione, sorgerebbe il dovere politico per tale Stato di motivare la propria scelta pubblicamente, di fronte cioè al «foro» costituito dall'insieme di tutti gli Stati dell'OSCE riuniti in Consiglio. E proprio dalla presa di posizione comune emergente nella sede altamente rappresentativa del Consiglio potrebbe venire la pressione politica (ma non di parte) necessaria vuoi per convincere lo Stato recalcitrante ad accettare la soluzione proposta

porto delle commissioni di conciliazione non può essere reso pubblico senza il consenso di entrambe le parti. Ciò priva evidentemente le pronunce di conciliazione dell'«autorità» che potrebbe derivare dalle pressioni favorevoli della c.d. opinione pubblica internazionale, nonché di quella nazionale di ciascuno degli Stati parti della controversia.

8. *Aspetti distintivi della conciliazione rispetto ad altri procedimenti di soluzione delle controversie internazionali*

Individuate le caratteristiche essenziali della conciliazione, risulta relativamente agevole evidenziarne i tratti distintivi rispetto agli altri procedimenti di soluzione delle controversie implicanti l'intervento di un terzo.

Cominciando dai metodi di tipo «diplomatico», la differenza con l'inchiesta è data innanzitutto dalla circostanza che il compito assegnato alle commissioni d'inchiesta è limitato all'accertamento dei fatti e il loro lavoro consiste quindi esclusivamente nell'esame delle questioni di fatto. Come s'è detto, la conciliazione comporta invece la considerazione di tutti gli aspetti della controversia (e non dei soli punti di fatto), nonché l'eventuale formulazione di proposte di regolamento. Ciò significa, per un verso, la possibilità per le commissioni di conciliazione di avere un quadro tendenzialmente completo delle questioni controverse, necessario in vista della formulazione di una proposta di soluzione, per così dire, complessiva. Ma significa anche, per altro verso, che l'esame dei fatti assume in genere, nella conciliazione, un carattere meno rigido e meno «certificato» rispetto all'inchiesta⁴⁴: «il che – com'è stato notato – può indurre le parti ad affrontare con minore preoccupazione l'esito di un accertamento che potrebbe presentare maggiori incognite qualora fosse, almeno dal punto di vista dell'opera della commissione, fine a se stesso»⁴⁵.

dalla Commissione di conciliazione, vuoi per far convergere il consenso di tutti gli Stati parti della controversia su un aggiustamento ulteriore di tale soluzione, frutto della valutazione politica comune svoltasi in seno al Consiglio. Il coinvolgimento dell'organo politico doterebbe insomma la procedura conciliativa di quel *peso politico* di cui nel modello «classico» la conciliazione è invece priva, peso decisivo quando si tratti di comporre controversie politiche la cui continuazione può degenerare in un pericolo per la pace e la sicurezza di una certa regione, se non addirittura in un conflitto violento» (G. PALMISANO, *La conciliazione per prevenire i conflitti internazionali*, in *Affari esteri*, 2001, p. 838).

⁴⁴ Sul carattere «rigido» della procedura d'inchiesta e sul valore di accertamento «definitivo» dei fatti tipico del rapporto conclusivo delle commissioni internazionali d'inchiesta v. G. PALMISANO, *L'inchiesta nel regolamento di controversie interstatali: metodo diplomatico o arbitrato sui fatti?*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì, Volume I, Diritto internazionale*, Torino, 2011, p. 502 ss.

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, *Controversie internazionali*, cit., p. 401.

Dalla mediazione la conciliazione si distingue sotto svariati aspetti. Un aspetto fondamentale riguarda la tipologia del «terzo» protagonista del procedimento. Nella conciliazione – a differenza della mediazione – il terzo consiste in un collegio d'individui indipendenti appositamente istituito al fine di occuparsi della soluzione di controversie internazionali (o, in rari casi, di un individuo scelto dalle parti in virtù di caratteristiche che lo rendono idoneo ad esaminare la specifica controversia e a formulare proposte di soluzione). Trattandosi inoltre di una commissione (o, raramente, di una persona) scelta dalle parti, l'intervento del terzo non comporta mai – come accade invece di regola nella mediazione – l'interposizione di potenze estranee (Stati o organizzazioni internazionali che siano)⁴⁶.

Un secondo punto di distinzione riguarda la rilevanza degli aspetti formali. La derivazione storica dall'inchiesta, la disciplina convenzionale rilevante, la prassi concreta delle commissioni di conciliazione, dimostrano che la conciliazione si è affermata, tra i vari metodi «diplomatici» di soluzione delle controversie, quale vera e propria procedura formale, contraddistinta da alcuni adempimenti essenziali (tra questi: la costituzione della commissione e l'attribuzione ad essa di determinati compiti, il rispetto di determinate modalità nello svolgimento di tali compiti, la produzione di un documento a conclusione del lavoro svolto), nonché da un certo grado di rigidità nei rapporti tra il terzo e le parti. Tutto ciò è invece assente dalla mediazione intesa nella sua essenza di metodo «informale» (anche se, nel caso concreto, un processo di mediazione può ben svilupparsi secondo fasi formalmente distinte e mediante il compimento di atti caratterizzati da un certo formalismo)⁴⁷.

Una terza differenza – da considerare al tempo stesso causa ed effetto di quelle fin qui individuate – concerne l'efficacia potenziale dei due procedimenti e, quindi, le ragioni che determinano l'esperimento

⁴⁶ In alcuni casi, rientranti peraltro nell'ambito delle funzioni conciliative di organizzazioni internazionali, accade che vengano istituite commissioni denominate di conciliazione composte da Stati. Esempio classico è quello della Commissione di conciliazione delle NU per la Palestina, costituita da tre Stati membri e istituita dall'Assemblea generale con la ris. 194(III) dell'11 dicembre 1948. Più che di conciliazione in senso «puro» (ammesso che esista) si tratta tuttavia di una delle tante forme «ibride» che caratterizzano i metodi per la soluzione delle controversie utilizzati in concreto da organi politici di organizzazioni internazionali.

⁴⁷ Sull'informalità e la flessibilità come tratti caratteristici della mediazione internazionale, e che consentono di distinguerla sempre dalla conciliazione (anche quando la mediazione sia condotta non da Stati, ma da individui o collegi di persone a titolo individuale) v. G. PALMISANO, *Mediazione internazionale e ruolo del mediatore tra dispute settlement e conflict prevention*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, pp. 562-567.

dell'uno e dell'altro. Nella conciliazione tale efficacia dipende essenzialmente dalla convinzione degli Stati che il procedimento da essi congegnato sia idoneo a produrre proposte di soluzione fondate su una valutazione «competente» e imparziale della controversia e, al contempo, ragionevolmente accettabili per entrambe le parti. Nella mediazione l'efficacia potenziale dipende piuttosto dal peso politico e dalle capacità negoziali che le parti riconoscono al mediatore: dall'esercizio di tale peso e di tali capacità potrebbe per l'appunto scaturire una proposta idonea a ricomporre il contrasto tra le parti.

Per finire, è appena necessario rilevare la diversità della conciliazione rispetto ai procedimenti di tipo arbitrale o giudiziario. Precisamente, la differenza fondamentale e, per così dire, incolmabile dipende dall'assenza di qualsiasi forza giuridica vincolante nella pronuncia delle commissioni di conciliazione. Si tratti di accertamento dei fatti, di valutazione *de lege lata* di contrapposte pretese, o di proposta di innovativi termini di regolamento, tale pronuncia – a differenza delle decisioni arbitrali o del regolamento giudiziario – non è mai vincolante per le parti; ha soltanto il valore di proposta, esplicitata talvolta nella forma della raccomandazione alle parti. In tal senso la conciliazione non può dunque essere considerata in sé come un mezzo di regolamento delle controversie internazionali. Essa altro non è che un procedimento inteso a favorire la conclusione di un accordo tra le parti, e soltanto l'eventuale accordo raggiunto dalle parti a seguito di una procedura di conciliazione costituirà – per dirla con Morelli⁴⁸ – il mezzo di soluzione della controversia.

Ciò detto, va peraltro rilevato come la conciliazione sia, fra i vari procedimenti c.d. diplomatici, quello che più si avvicina alle procedure di tipo arbitrale e giudiziario, specie nei casi in cui l'esame e la valutazione dei vari aspetti della controversia costituiscano l'aspetto centrale del compito affidato dalle parti alla commissione. In tali casi, le modalità di svolgimento della procedura e la struttura del rapporto conclusivo finiscono per somigliare molto, in effetti, a quelle dell'arbitrato e della decisione arbitrale.

9. *La duplice valenza della conciliazione e la prevalente tendenza ad attribuirle una funzione di tipo consultivo-giurisdizionale*

L'analisi dei suoi elementi essenziali, e il raffronto con gli altri procedimenti di soluzione, rivelano la compresenza nella conciliazione di due valenze distinte, che assumono spesso un peso differente nella nor-

⁴⁸ G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁶, Padova, 1967, p. 375 ss.

mativa e nella casistica rilevante. Tali valenze potrebbero definirsi di tipo, l'una, consultivo-giurisdizionale e, l'altra, diplomatico-negoziale.

La prima valenza si manifesta in maniera prevalente nelle ipotesi in cui assumono rilievo centrale, nel compito delle commissioni di conciliazione, l'esame di tutti gli aspetti della controversia, la valutazione della posizione delle parti in base al diritto o a principi equitativi, nonché la formulazione di proposte di regolamento che siano coerenti con gli accertamenti e le valutazioni contenute nel rapporto. Il ruolo delle commissioni può assimilarsi, in questi casi, a quello di un imparziale consulente comune delle parti, e l'efficacia del procedimento va individuata essenzialmente nella potenzialità di persuasione derivante dall'autorevolezza e dalla fondatezza obiettiva delle proposte della commissione⁴⁹.

La seconda valenza si manifesta invece nei casi in cui risultano attenuati gli aspetti formali della rigidità di procedura e della regola del contraddittorio, e in cui non è richiesta la stesura di un vero e proprio rapporto, né la formulazione di conclusioni coerenti con l'eventuale esame contenuto nel rapporto, ma si ritiene sufficiente un breve verbale che attesti il successo o il fallimento della procedura. Il ruolo delle commissioni di conciliazione, in tali casi, può effettivamente definirsi di «*amicable compositeur*» e consiste essenzialmente in un'azione diplomatica volta a favorire una stretta collaborazione delle parti con la commissione, in vista dell'individuazione di una proposta di soluzione transattiva che sia accettabile per le parti, a prescindere dalla maggiore o minore rispondenza a parametri «obiettivi» di valutazione giuridica o equitativa.

Senza necessità di soffermarsi sulla normativa convenzionale e la casistica della prima metà del secolo scorso, e senza trascurare il rilievo dato alla valenza di tipo diplomatico-negoziale in alcuni importanti documenti recenti sulla conciliazione⁵⁰, va rilevato come negli ultimi de-

⁴⁹ Ciò spiega perché nelle più recenti procedure di conciliazione connotate da una valenza consultivo-giurisdizionale – quelle previste cioè da accordi c.d. di codificazione (su cui v. di seguito nel testo) – non venga contemplata la possibilità che il rapporto della commissione sia accompagnato dalle eventuali opinioni dei commissari di minoranza (possibilità espressamente prevista invece in molti dei trattati bilaterali di conciliazione conclusi prima della seconda guerra mondiale). La presenza di tali opinioni costituirebbe infatti un fattore di indebolimento dell'autorevolezza, e quindi dell'efficacia persuasiva, del rapporto e delle proposte di regolamento della commissione. Sul punto v. VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., p. 242 ss. e pp. 288-289.

⁵⁰ Ci riferiamo in particolare alle «Regole modello» adottate dall'Assemblea generale nel dicembre 1995 e al «Regolamento facoltativo di conciliazione» predisposto dalla Corte permanente di arbitrato nel luglio 1996. Nelle prime la connotazione diplomatico-negoziale emerge in particolare dai seguenti elementi: – funzione essenziale della conciliazione è «to assist the parties in reaching an amicable settlement of the dispute» (art. 7); – la commissione «shall refrain from presenting in its report any final conclusions with regard to facts or from

cenni la valorizzazione della conciliazione – specie nel contesto delle disposizioni sul regolamento delle controversie contenute in accordi c.d. di codificazione, di cooperazione istituzionalizzata o, comunque, multilaterali – sia essenzialmente legata ad una funzione di tipo consultivo-giurisdizionale, talvolta qualificata addirittura come «quasi arbitrale»⁵¹.

Tale funzione caratterizza decisamente, ad esempio, la procedura di conciliazione prevista dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. Ciò si desume da una serie di elementi. Precisamente, a parte l'aspetto dell'attivazione della procedura su iniziativa unilaterale (di cui s'è detto in precedenza), la Convenzione di Vienna del 1969 stabilisce: – che i componenti delle commissioni di conciliazione siano scelti da una lista di giuristi qualificati; – che nello svolgimento della procedura si rispetti il principio del contraddittorio; – e che il rapporto finale contenga le conclusioni della commissione su tutti i punti di fatto e di diritto⁵².

ruling formally on issues of law, unless the parties have jointly asked it to do so» (art. 20, par. 2); – e, anche in caso di accettazione delle proposte di soluzione ad opera della parti, «acceptance by a party of recommendations submitted by the commission in no way implies any admission by it of the considerations of law or of fact which may have inspired the recommendations» (art. 28, par. 2).

Quanto al «Regolamento facoltativo» adottato dalla Corte permanente di arbitrato (che, come s'è detto, riprende molto da vicino le Regole UNCITRAL del 1980), la funzione «negoziale» risulta evidenziata sia dalla possibilità del conciliatore unico (art. 3), sia dall'indicazione del ruolo del conciliatore (individuato anche qui nell'assistere le parti nel loro tentativo di raggiungere una soluzione amichevole della controversia) (art. 7, par. 1), sia ancora dalla «flessibilità» della procedura (art. 7, par. 3), sia infine dalla possibilità per il conciliatore di avanzare proposte di soluzione che non siano accompagnate «by a statement of the reasons therefor» (art. 7, par. 4). È da notare che la stessa Corte permanente di arbitrato ha invece accentuato la funzione consultivo-giurisdizionale della conciliazione nel «regolamento facoltativo» del 2002, riguardante le controversie relative alle risorse naturali e/o all'ambiente. In tale «regolamento» è infatti aggiunta l'indicazione che il conciliatore dovrà condurre la procedura «taking into account the relevant law». Come indicato nell'Introduzione al «regolamento», predisposta dalla Corte, l'aggiunta sarebbe dovuta all'esigenza «to reflect the public international law element which pertains to disputes which may involve States, utilization of natural resources and environmental protection issues, and international practice appropriate to such disputes».

⁵¹ Si veda in tal senso F. CAPOTORTI, *Sugli aspetti quasi arbitrali di talune forme di conciliazione*, in *Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, vol. XIV di *Com. Studi*, Milano, 1975, p. 137 ss.

⁵² Sulla procedura di conciliazione prevista nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati si vedano, tra gli altri: R.J. DUPUY, *Codification et règlement de différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement*, in *Annuaire français droit int.*, 1969, p. 70 ss.; W.M. REISMAN, *Procedures for Controlling Unilateral Treaty Terminations*, in *American Journal Int. Law*, 1969, p. 544 ss.; S. ROSENNE, *The Settlement of Treaty Disputes under the Vienna Convention of 1969*, in *ZaöRV*, 1971, p. 1 ss.; F. CAPOTORTI, *L'estinction et la suspension des traités*, in *Recueil des cours*, 1971-III, p. 559 ss.; G. MORELLI, *Aspetti proces-*

La valenza in questione è presente anche nella Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare. L'Allegato n. 5 alla Convenzione stabilisce in particolare, per quanto riguarda la procedura di conciliazione c.d. facoltativa: – che i conciliatori siano scelti da un elenco di persone «enjoying the highest reputation for fairness, competence and integrity» (art. 2); – che le commissioni applichino il principio del contraddittorio ed esaminino le rispettive pretese ed obiezioni delle parti (art. 6); – e che, in caso di mancato raggiungimento di un accordo tra le parti, la commissione produca e depositi comunque un rapporto al Segretario generale delle NU (che lo trasmetterà a sua volta alle parti), da cui risultino le conclusioni su tutte le questioni di diritto e di fatto (art. 7). Quanto alla conciliazione c.d. obbligatoria (attivabile su iniziativa unilaterale), l'Allegato stabilisce inoltre che il procedimento possa svolgersi anche nella contumacia di una parte (art. 12), e che le commissioni di conciliazione abbiano la c.d. *Kompetenz-Kompetenz*, siano cioè competenti a decidere della propria competenza in caso di contestazione di una delle parti (art. 13).

La connotazione di tipo giurisdizionale risulta ancor più accentuata nella Convenzione di Stoccolma sulla conciliazione e l'arbitrato, adottata nel 1992 nel quadro della CSCE. Anche in questo caso si tratta – come s'è detto in precedenza – di una procedura attivabile su iniziativa unilaterale. Quanto alla composizione delle commissioni si prevede, tra l'altro, che i conciliatori debbano essere persone «dotate di notoria competenza in materia di diritto internazionale» (art. 3, par. 2) e che le commissioni siano formate a maggioranza di membri «neutrali» nominati dal *Bureau* della Corte di arbitrato della CSCE (art. 21, par. 5). Quanto alla procedura, l'art. 23 stabilisce che essa si svolga in contraddittorio, e l'art. 25, par. 2, che la commissione esamini tutti gli aspetti della controversia e tutte le possibili soluzioni, dandone conto nel rapporto. Molto significativo è infine l'art. 24, secondo il quale obiettivo della conciliazione è «aiutare le parti della controversia a trovare una soluzione, conformemente al diritto internazionale e ai loro impegni CSCE».

suali della invalidità dei trattati, in *Riv. dir. int.*, 1974, p. 5 ss.; VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, cit., p. 280 ss.

Riprendono da vicino il modello consultivo-giurisdizionale della Convenzione del 1969, la Convenzione del 1978 sulla successione degli Stati in materia di trattati, la Convenzione del 1983 sulla successione in materia di beni, archivi e debiti di Stato, la Convenzione del 1986 sui trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali, la Convenzione del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle relazioni con organizzazioni internazionali universali. Quest'ultima accentua ulteriormente il carattere giurisdizionale del modello, mediante la previsione della possibilità per le commissioni di conciliazione di raccomandare all'organizzazione internazionale coinvolta nella controversia la richiesta di un parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia.

La valorizzazione dei tratti consultivo-giurisdizionali risponde evidentemente – specie nel contesto degli accordi di «codificazione» – all'esigenza di favorire il principio del rispetto delle regole e della certezza del diritto, nella composizione di controversie concernenti settori d'interesse generale per la c.d. comunità internazionale; settori cioè in cui è di comune interesse per la generalità degli Stati che trovino effettiva applicazione regole certe e condivise. Tale esigenza prevale su quella di favorire comunque la composizione meramente negoziale e transattiva di una controversia tra due degli Stati contraenti⁵³.

In questa prospettiva la conciliazione si presta a rappresentare per gli Stati un'interessante alternativa rispetto alle procedure di tipo arbitrale-giudiziario. In essa risultano infatti attenuati gli aspetti di rigidità formale e di rigoroso accertamento del diritto, tipici di tali procedure; e – soprattutto – essa non comporta per gli Stati l'inconveniente (politico e giuridico insieme) della sottoposizione all'«autorità» di un organo giudicante, le cui pronunce sono dotate di efficacia vincolante.

La prevalente tendenza ad assumere una connotazione di tipo consultivo-giurisdizionale si spiega tuttavia anche per ragioni diverse dal contesto in cui è prevista l'utilizzazione del procedimento; ragioni attinenti piuttosto ad aspetti intrinseci della conciliazione.

Nella misura in cui gli Stati parti intendano tenere un approccio di tipo negoziale alla soluzione della controversia (mediante il quale andare innanzitutto alla ricerca di un accordo transattivo), essi preferiscono infatti ricorrere a metodi che assicurino il massimo di flessibilità di partecipazione diretta alla elaborazione di proposte di soluzione, e che consentano altresì di disporre, se necessario, di un'ampia gamma di strumenti politico-diplomatici al fine di favorire la composizione del contrasto. Come s'è visto, la conciliazione non risponde a sufficienza ad esigenze di tal genere, o – quanto meno – vi risponde in maniera inferiore rispetto alla mediazione e al negoziato. Ciò comporta necessariamente che nella conciliazione la dimensione diplomatico-negoziale, pur presente, abbia limitate potenzialità di applicazione e di sviluppo. Il ricorso alla conciliazione è insomma previsto in ragione molto più della sua idoneità a produrre proposte di soluzione accettabili in quanto ragionevoli e al contempo «obiettivamente» fondate, che non della sua relativa attitudine a far convergere progressivamente le parti su una soluzione negoziata⁵⁴.

⁵³ CAPOTORTI, *Sugli aspetti quasi arbitrari*, cit., p. 159.

⁵⁴ Questa specificità della conciliazione, e la sua natura di metodo prevalentemente consultivo-giurisdizionale, trova una conferma nell'Allegato alla ris. 44/415 con cui l'Assemblea generale ha recepito, il 4 dicembre 1989, il documento sul ricorso a una Commissione di

Chiarito ciò, non è facile dire se la conciliazione, con la valenza consultivo-giurisdizionale che in prevalenza la connota, sia un procedimento davvero efficace e congeniale ai rapporti e alle controversie internazionali. Certo, il numero notevole di strumenti convenzionali che prevedono e disciplinano il ricorso alla conciliazione farebbe propendere per una risposta affermativa. Tuttavia, com'è stato giustamente osservato: «In the eighty or so years in which conciliation has been available, less than twenty cases have been heard. Although this is rather more than the number of cases handled by commissions of inquiry over a slightly longer period, it is hardly an impressive record. When one bears in mind the more than 200 bilateral treaties and the various multilateral instruments with similar provisions, it is clear that conciliation has failed to become the routine procedure that its promoters expected»⁵⁵.

Se questo è vero, non bisogna d'altra parte neppure trascurare il significativo *effetto preventivo* riconducibile alle tante disposizioni pattizie sulla conciliazione. Com'è stato messo in luce dalla dottrina, il valore di tali disposizioni, e della predisposizione di articolati meccanismi di conciliazione, risiede infatti più nella loro mera esistenza che non nella probabilità che i meccanismi stessi siano frequentemente messi in moto⁵⁶.

Per finire, non può non aggiungersi un'ultima notazione positiva, almeno dal punto di vista del giurista. Tale notazione riguarda i casi concreti in cui la conciliazione, intesa in modo essenzialmente consultivo-giurisdizionale, è stata effettivamente utilizzata dagli Stati. I termini di re-

buoni uffici, mediazione e conciliazione, presentato dal «Comitato speciale per la Carta delle NU e per il rafforzamento del ruolo dell'Organizzazione». In questo documento è infatti proprio l'aspetto della valutazione della controversia alla luce di principi di diritto che distingue il compito svolto dalla Commissione quando esercita funzioni di conciliazione rispetto al ruolo cui invece è chiamata quando svolge funzioni di buoni uffici o di mediazione. Precisamente, secondo il par. 9 dell'Allegato, «The States parties to the dispute may agree at any moment of the procedure to entrust the commission with functions of conciliation. The States parties to the dispute determine the legal basis on which the commission should perform its functions. If such a basis is not determined, the commission should be guided mainly by the rights and duties of States resulting from the Charter of the UN and by the applicable principles of international law».

⁵⁵ J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1998, p. 84.

⁵⁶ «Paradoxically, the less they are utilised the more effective they will be. No State is anxious to indulge in lengthy and expensive international conciliation or litigation. This imposes a very heavy burden upon Foreign Offices and upon their legal advisers, with the outcome far from certain. What is important – what is indeed crucial – is that there should always be in the background, as a necessary check upon the making of unjustified claims, or upon the denial of justified claims, automatically available procedures for the settlement of disputes» (I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, 1984, p. 235. Sull'effetto preventivo delle procedure «obbligatorie» o «automatiche» di conciliazione si veda anche TREVES, *Le controversie internazionali*, cit., pp. 192-193).

golamento raggiunti in questi casi dimostrano l'alta qualità giuridica, per così dire, delle proposte avanzate dalle commissioni di conciliazione. Ciò costituisce una riprova significativa di come, tra i vari procedimenti «diplomatici», la conciliazione – favorendo una maggiore obiettività ed imparzialità della soluzione proposta – sia quello più rispondente all'interesse che le relazioni internazionali si svolgano nel rispetto delle regole, e che i contrasti tra Stati trovino una composizione sulla base di soluzioni conformi, per quanto possibile, all'applicazione del diritto esistente⁵⁷.

⁵⁷ Sul punto si vedano le riflessioni sviluppate in PALMISANO, *Reflections on «directed» conciliation*, cit., p. 1110 ss.

ALESSANDRA PIETROBON

IL MOSAICO INCERTO DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI OPERANTI NEL KOSOVO, SECONDO IL PARERE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Il quesito proposto dall'Assemblea generale delle NU. – 2. La risoluzione NU n. 1244 (1999) e l'instaurazione dell'ordinamento provvisorio per il Kosovo – 3. I limiti dell'ordinamento provvisorio – 4. La sospensione dell'ordinamento della Repubblica di Serbia ed il suo successivo richiamo ad opera dei regolamenti UNMIK – 5. Il *Constitutional Framework* per l'autogoverno del Kosovo – 6. L'identità degli autori della dichiarazione di indipendenza – 7. La posizione degli autori della dichiarazione, rispetto alla *lex specialis* internazionale e la conseguente conclusione della Corte – 8. (*Segue*): la mancanza di effetti diretti della *lex specialis* – 9. I dubbi lasciati aperti dalla collocazione incerta dell'ordinamento provvisorio, fra diritto interno e diritto internazionale – 10. In quale ordinamento giuridico si colloca la dichiarazione di indipendenza del Kosovo? – 11. Conclusioni.

1. *Il quesito proposto dall'Assemblea generale delle NU*

Il parere della Corte Internazionale di Giustizia «sulla conformità al diritto internazionale della dichiarazione unilaterale di indipendenza rispetto al Kosovo» è già stato oggetto di grande attenzione e di molte critiche¹. Le osservazioni della maggior parte dei commentatori e, prima an-

¹ I commenti al parere sono molto numerosi. Senza pretesa di completezza, si indicano: A. CARGANO, *Sul rapporto fra diritto all'autodeterminazione dei popoli e secessione: in margine al parere della Corte internazionale di giustizia riguardante il Kosovo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 1135-1143; B. CONFORTI, *La risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza e il parere della Corte internazionale di giustizia sul Kosovo*, *ivi*, pp. 1128-1131; P. FOIS, *Il parere della Corte internazionale di giustizia sull'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale «à la carte»*, *ivi*, pp. 1131-1135; L. GRADONI - E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, Padova, 2011; I. INGRAVALLO, *Osservazioni critiche sul parere della Corte Internazionale di Giustizia relativo alla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, in *Forum SIDI*, <http://www.sidi-isil.org>; E. MILANO, *Il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo: qualche istruzione per l'uso*, *ivi*; G. PALMISANO, *Sul Kosovo la Corte non «rende giustizia» alla richiesta dell'Assemblea Generale*, *ivi*; A. TANCREDI, *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione d'indipendenza del Kosovo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 994-1052 (a que-

cora, le opinioni dissidenti o separate allegate alla decisione, esaminano prevalentemente aspetti sostanziali, per rilevare in modo quasi unanime come la Corte abbia deliberatamente evitato di pronunciarsi su alcune questioni cruciali nel diritto internazionale, ad esempio in tema di autodeterminazione dei popoli e di diritto alla «*remedial secession*».

A due anni di distanza, queste brevi note prendono in considerazione, invece, gli aspetti formali del complesso ragionamento della Corte, riguardo ai quali possono sorgere, sembra, altrettante ragioni di perplessità. Queste non riguardano – beninteso – il contenuto della risposta finale al quesito, bensì il ragionamento seguito per raggiungerla.

Il quesito sottoposto alla Corte dall'Assemblea generale delle NU era il seguente: «Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?»²

La Corte interpreta il quesito nel senso che esso richieda un'indagine circa l'esistenza nel diritto internazionale *di un divieto* di dichiarare l'indipendenza³. Sono prese quindi in esame le possibili fonti internazionali da cui una norma contenente tale divieto potrebbe desumersi⁴.

sto ampio commento si rinvia anche per ulteriore bibliografia). Nella dottrina straniera, cfr. fra gli altri M. BOTHE, *Kosovo, So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence*, in *GLJ*, 2010, pp. 837-839; R. HOWSE - R. TETTEL, *Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?*, *ivi*, pp. 841-846; B. ARP, *The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities*, *ivi*, pp. 847-866; R. MUHARREMI, *A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo*, *ivi*, pp. 867-880; T. BURRI, *The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links*, *ivi*, pp. 881-890; J.E. MOLITERNO, *What the ICJ's Decision Means for Kosovars*, *ivi*, pp. 891-894; E. CIRKOVIC, *An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence*, *ivi*, pp. 895-912; J. VIDMAR, *The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized*, in *Leiden Journal Int. Law*, 24, 2011, pp. 355-383. Altre opere saranno richiamate nel corso del lavoro.

² Cfr. *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion*, par. 1. Il parere e le opinioni ad esso allegate sono disponibili in: <http://www.icj-cij.org>. Il parere riporta per intero il testo della risoluzione (A/RES/63/3).

³ Il tema dell'indagine – così definito – è costruito in modo da evitare di dover considerare le questioni sostanziali menzionate nel testo: infatti la Corte, interpretando il quesito dell'Assemblea generale, osserva: «it is entirely possible for a particular act – such as a unilateral declaration of independence – not to be in violation of international law, without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the first point, not the second»: cfr. par. 56. Per un'analisi critica di tale interpretazione, cfr. A. TANCREDI, *Il parere*, cit., p. 1005 ss.

⁴ Il *modus procedendi* è analogo a quello seguito dalla Corte per rendere il parere sulla liceità dell'uso o della minaccia dell'uso delle armi nucleari: cfr. *Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion*, in <http://www.icj-cij.org>. Anche in quel caso, l'indagine

Prima di tutto, viene considerato il diritto internazionale generale, per concludere che questo non prevede norme recanti uno specifico divieto di dichiarare l'indipendenza. Non vi sono particolari difficoltà in tale accertamento, dato che non risulta una prassi pertinente né quindi, a maggior ragione, un'*opinio iuris*⁵.

Il ragionamento della Corte diventa già più delicato quando accerta la impossibilità di desumere l'ipotizzato divieto, quale implicito corollario, dalla norma generale sul rispetto dell'integrità territoriale degli Stati. Alcuni fra i numerosi Stati intervenuti avevano, infatti, rilevato la inevitabile incompatibilità di una dichiarazione di indipendenza – quale preludio o conseguenza di una secessione in corso – con il multiforme dovere di astenersi da qualsiasi atto che possa recare pregiudizio all'integrità territoriale di uno Stato. Al riguardo, la Corte ritiene però di poter evitare un approfondimento, osservando che «the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations *between States*»⁶. Poiché nel caso in esame la ipotizzata violazione dell'integrità territoriale serba non è sicuramente da imputarsi ad uno Stato, la questione generale *sostanziale* dell'incompatibilità di una dichiarazione di indipendenza con il principio di integrità territoriale può restare, e resta, impregiudicata.

Il ragionamento, quindi, presuppone che il comportamento tenuto dall'entità *non* statale che aveva dichiarato l'indipendenza del Kosovo non abbia – non essendo tale fatto imputabile ad uno Stato – attitudine a collocarsi sul piano delle regole inerenti i rapporti fra Stati: ovvero, sulla scena del diritto internazionale, il solo che la Corte ritiene di dover esaminare, per attenersi testualmente allo specifico quesito sottopostole.

Questa impostazione, che implica un necessario riferimento alla coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici e alla diversità dei loro destinatari, è nell'intelaiatura di tutto il ragionamento giuridico che la Corte seguirà per trovare la risposta finale. Si disegna così, per tappe successive, una sorta di «mosaico» di ordinamenti giuridici, le cui tessere

aveva preso in esame successivamente varie norme per vedere se da esse potesse desumersi un divieto. A differenza di quanto avviene nel caso ora in esame, il diritto generale non viene esaminato per primo, ma a seguito dell'esame delle norme particolari, seguendo l'ordine fra le fonti del diritto internazionale indicato dall'art. 38 dello Statuto della stessa Corte.

⁵ La prassi del Consiglio di sicurezza conosce più esempi di risoluzioni che hanno dichiarato «illegittima» una dichiarazione di indipendenza. Tuttavia tale prassi non è pertinente ai fini dell'indagine in corso, secondo la Corte, perché nei casi richiamati la valutazione di illegittimità era dipesa non tanto dall'aver la dichiarazione di indipendenza – come tale – violato un qualsivoglia divieto, quanto dall'essere connessa con un uso illegittimo della forza o con la violazione di altre norme fondamentali: cfr. par. 81.

⁶ Par. 80, corsivo aggiunto. Sul punto, cfr. K. ODENDAHL, *The scope of Application of the Principle of Territorial Integrity*, in *German Yearbook Int. Law*, 2010, pp. 511-540.

però non sempre combaciano fra loro. Fuor di metafora, come si vedrà, è dubbio che questa prospettiva sia rispettata con coerenza e riesca davvero a sostenere, anche da un punto di vista strettamente logico, tutta la complessa motivazione del parere.

2. *La risoluzione NU n. 1244 (1999) e l'instaurazione dell'ordinamento provvisorio per il Kosovo*

A seguito dell'intervento della NATO, il Consiglio di sicurezza adotta, sulla base del Capitolo VII della Carta delle NU, la risoluzione NU n. 1244 del 1999, allo scopo di normalizzare la situazione nella regione provata dal conflitto⁷. La risoluzione prevede che il territorio del Kosovo sia sottoposto, sotto l'egida delle NU, ad un regime di amministrazione provvisoria che deve provvedere ai compiti civili ed amministrativi fondamentali e porre le basi per un effettiva ripresa delle funzioni da parte della autorità locali (*institutions building*).

Elemento fondamentale della risoluzione – ai fini di questo lavoro – è l'assenza di qualsiasi indicazione da parte del Consiglio di Sicurezza sullo *status* finale della regione, la cui determinazione è riservata a futuri negoziati, con la partecipazione della Repubblica Federale di Jugoslavia (RFY) e di tutte le parti coinvolte⁸. Tali negoziati dovranno portare ad un *political settlement*: sarà questo a determinare in modo definitivo lo *status* della regione, decidendo quindi se il Kosovo avrà accesso all'indipendenza o se resterà soggetto alla sovranità della RFY, con il riconoscimento però di un'ampia autonomia⁹.

Sulla base della risoluzione NU n. 1244, la RFY deve provvedere al ritiro dal Kosovo di tutte le proprie forze militari e di polizia mentre, contemporaneamente, si instaura una duplice presenza internazionale, sotto l'egida dell'ONU, con lo scopo da un lato di ripristinare condizioni di pace e sicurezza per la popolazione della regione (missione KFOR), dall'altro di provvedere all'amministrazione provvisoria del territorio¹⁰.

⁷ Sull'utilizzo del Capitolo VII per tali azioni, cfr. J. A. FROWEIN - N. KRISCH, *Art. 41, MN 20-22*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the UN. A Commentary*², Oxford, 2002, p. 743.

⁸ L'allegato 1 alla risoluzione n. 1244 indica principi e criteri sulla base dei quali dovranno essere condotti i negoziati. L'allegato recepisce indicazioni provenienti dal G8.

⁹ La risoluzione NU n. 1244 si rivolge alla Repubblica Federale di Jugoslavia, il nome dello Stato diventa, dal 2006, Repubblica di Serbia: nel parere, si trovano entrambe le denominazioni.

¹⁰ Se la situazione del Kosovo, come la stessa Corte di Giustizia riconosce, è per vari aspetti eccezionale, l'azione delle NU non rappresenta un caso isolato, ma si inserisce in una prassi ormai consolidata di amministrazione di territori, cfr. O. KORHONEN, *International*

A questa seconda funzione provvede la missione «civile», che sarà chiamata UNMIK (*UN Interim Administration Mission in Kosovo*), cui la risoluzione NU n. 1244 affida il compito di provvedere alle funzioni civili ed amministrative essenziali, fra cui quelle di mantenere l'ordine pubblico costituendo una forza di polizia locale, di favorire la ricostruzione delle infrastrutture-chiave della regione, di assicurare che i rifugiati possano fare ritorno nel Kosovo in condizioni di sicurezza¹¹.

Il controllo sull'esecuzione della missione civile è affidato, come previsto dalla risoluzione NU n. 1244, ad un Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle NU (di seguito: Rappresentante speciale). Questi, appena assunte le proprie funzioni, emana un regolamento da cui emergono i caratteri giuridici fondamentali dell'ordinamento provvisorio¹². Secondo questo regolamento, compete ad UNMIK: «all legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary»¹³.

La titolarità di tutti i relativi poteri è accentrata nel Rappresentante speciale, cui spetta anche di nominare (ed eventualmente revocare) i funzionari pubblici, inclusi i magistrati.

Per l'esercizio delle funzioni ad essa affidate dalla risoluzione NU n. 1244, UNMIK avrà il potere di emanare «legislative acts in the form of regulations». Al Rappresentante speciale spetta il potere di promulgare i regolamenti dell'autorità provvisoria. Tali regolamenti di UNMIK – a parte il caso di revoca da parte della stessa autorità emittente – sono destinati a restare in vigore fino a quando saranno sostituiti da analoghi atti legislativi o amministrativi delle istituzioni «definitive», che saranno individuate alla fine del processo di *political settlement* cui la risoluzione NU n. 1244 demanda la decisione circa lo *status* finale del Kosovo¹⁴.

L'ordinamento provvisorio rivela quindi, senza dubbio, i caratteri di un ordinamento derivato, che trae la propria legittimità dalla risoluzione NU n. 1244 e così, tramite questa, dalla Carta delle NU.

Governance in Post-Conflict Situations, in *Leiden Yearbook Int. Law*, 2001, pp. 495-529; R. WOLFRUM, *International Administration in Post-Conflict Situations by the UN and Other International Actors*, in *Max Planck Yearbook*, 2005, pp. 649-696.

¹¹ Cfr. S/RES/1244 (1999), par. 10.

¹² Questo potere, peraltro, non risulta testualmente dalla risoluzione NU n. 1244, tanto che la Serbia poté parlare di un'usurpazione da parte del SRSG: cfr. sul punto J. FRIEDRICH, *UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty*, in *Max Planck Yearbook*, 2005, pp. 225-293.

¹³ Cfr. UNMIK/REG/1991/1, *On the Authority of the Interim Administration in Kosovo*, sezione 1. I regolamenti UNMIK si leggono al sito: <http://www.unmikonline.org>. L'efficacia del regolamento, adottato il 25 luglio 1999, viene fatta retroagire al 10 giugno 1999, per farla coincidere con la data di adozione della risoluzione NU n. 1244 (sezione 7).

¹⁴ *Ivi*, sezione 4, corsivo aggiunto.

La risoluzione NU n. 1244 che a tale ordinamento provvisorio dà origine, fa parte del diritto internazionale e perciò rientra nella *lex specialis* che la Corte dichiara di voler prendere in esame per rispondere al quesito sottoposto¹⁵.

3. *I limiti dell'ordinamento provvisorio*

In quanto di natura derivata, l'ordinamento provvisorio può operare solo per l'espletamento delle funzioni ad esso attribuite dalla risoluzione NU n. 1244, nel rispetto dei principi e dei limiti che questa impone.

Ogni atto dell'amministrazione provvisoria deve essere, innanzitutto, conforme agli standard internazionalmente riconosciuti di tutela dei diritti umani e, in particolare, del divieto di ogni discriminazione¹⁶.

Inoltre, qualsiasi norma applicabile nel Kosovo dovrà essere compatibile con l'adempimento delle funzioni affidate ad UNMIK dalla risoluzione NU n. 1244. Il limite cruciale, che qui verrà in considerazione, è proprio il *carattere provvisorio* dello speciale ordinamento posto in essere, in corrispondenza alla natura provvisoria e temporanea del mandato di UNMIK. Si tratta di limite «genetico», che risulta dalla risoluzione NU n. 1244, poiché questa non prevede alcun potere, in capo alle istituzioni provvisorie, di porre in essere provvedimenti o comportamenti di qualsivoglia natura che possano incidere in modo determinante sullo *status* finale del Kosovo. La Corte infatti ricorda: «This resolution mandated UNMIK merely to facilitate the desired negotiated solution for Kosovo's future status, *without prejudging the outcome of the negotiating process*»¹⁷.

La stessa UNMIK, subito dopo raggiungimento di un *political settlement* e prima di cessare le proprie funzioni, avrà il compito ultimo di: «at a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions established under a political settlement»¹⁸.

Non può esservi dubbio sull'esistenza del limite «genetico» di cui si è detto: del resto, il preambolo della risoluzione NU n. 1244 ribadisce¹⁹:

¹⁵ Cfr. par. 85 del parere: «Resolution 1244 (1999) was expressly adopted by the Security Council on the basis of Chapter VII of the UN Charter, and therefore clearly imposes international obligations».

¹⁶ Cfr. regolamento UNMIK n. 1/1999, sez. 2.

¹⁷ Così accerta la Corte nel parere: «resolution 1244 (1999) clearly establishes an interim regime» (par. 99).

¹⁸ S/RES/1244 (1999), par. 11, lett. f.

¹⁹ Sulle norme applicabili per l'interpretazione della risoluzione, cfr. P. FRANZINA, *L'interpretazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza alla luce del parere sul Kosovo*, in L. GRADONI - E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte*, cit., pp. 59-88; cfr. anche Cfr. M.D. ÖBERG, *The Legal Effects of UN Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion*, in *American Journal Int. Law*, 2011, pp. 81-90.

«the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia»²⁰.

Fu solo a ragione del riconoscimento della perdurante sovranità della Serbia e del suo diritto all'integrità territoriale, peraltro, che la risoluzione NU n. 1244 poté essere adottata con il consenso della stessa RFY e, quindi, in assenza del veto – altrimenti certo – della Russia²¹.

A salvaguardia dunque della sovranità della Serbia, la risoluzione NU n. 1244 non si presta a costituire una valida base giuridica per atti dell'amministrazione provvisoria che mirino a determinare lo *status* finale della regione: un atto di questo tipo incontrerebbe il limite della compatibilità con l'adempimento del mandato di UNMIK, che è testualmente ribadito anche dal regolamento n. 1/1991.

4. *La sospensione dell'ordinamento della Repubblica di Serbia, ed il suo successivo richiamo ad opera dei regolamenti UNMIK*

La sovranità e l'integrità territoriale della Serbia sono dunque salvaguardate dalla risoluzione NU n. 1244. Nondimeno, quest'ultima determina una *sospensione* dell'esercizio di tale sovranità nel territorio del Kosovo, in corrispondenza all'instaurarsi dell'ordinamento provvisorio, in tutti i settori per i quali la risoluzione stessa attribuisce funzioni all'UNMIK²².

È quindi sospesa non solo l'autorità di governo, ma anche l'applicabilità del diritto dell'ordinamento serbo, sostituito dal diritto prodotto dalle autorità provvisorie. Tuttavia, lo stesso diritto serbo viene successivamente richiamato, dal regolamento n. 1/1999, quale fonte sussidiaria per le materie non regolate dall'ordinamento provvisorio²³. Il diritto

²⁰ La Repubblica di Jugoslavia, in un *Memorandum of the Government of RFY on the implementation of UN Security Council Resolution 1244 (1999)*, disponibile al sito <http://www.monddiplomatie.fr>, imputa ad UNMIK di avere ecceduto dai poteri conferiti dalla 1244, emanando alcuni provvedimenti incompatibili con la sua perdurante sovranità sulla regione: in particolare dettando proprie disposizioni in materia monetaria e doganale, e di rilascio di passaporti. Sul punto, cfr. J. FRIEDRICH, *UNMIK in Kosovo*, cit., p. 268.

²¹ Nel par. 2 della risoluzione, il Consiglio di Sicurezza «welcomes the acceptance by the Federal Republic of Yugoslavia». La stessa Serbia invece contesterà la missione EULEX dell'Unione europea, avviata in Kosovo senza il consenso serbo e senza una specifica autorizzazione del Consiglio di sicurezza: cfr. A. ANNONI, *Gli effetti del parere sulle presenze «internazionali» in Kosovo*, in L. GRADONI - E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte*, cit., pp. 197-210.

²² La Corte rileva: «Viewed together, resolution 1244 (1999) and UNMIK regulation 1999/1 therefore had the effect of superseding the legal order in force at that time in the territory of Kosovo and setting up an international territorial administration»: cfr. par. 97.

²³ Il regolamento n. 1/1999 (come modificato regolamento UNMIK n. 59/2000) dispone: «The law applicable in Kosovo shall be: (a) The regulations promulgated by the Spe-

serbo potrà quindi essere nuovamente applicato, ma non per forza propria, bensì per effetto del richiamo disposto dal regolamento ed entro i limiti da questo indicati. Si tratta, anche a questo riguardo, degli stessi limiti risultanti dalla risoluzione NU n. 1244 e, *in primis*, dalla necessaria compatibilità con le funzioni dell'amministrazione provvisoria.

Successivamente, il regolamento UNMIK n. 59/2000 traccia una più precisa gerarchia delle fonti nell'ordinamento provvisorio, stabilendo che il diritto serbo – collocato all'ultimo gradino – potrà trovare applicazione solo in mancanza di un regolamento o di uno «strumento sussidiario» dell'amministrazione provvisoria, e solo nel caso gli effetti della sua applicazione non siano in contrasto con una di tali fonti superiori.

5. *Il Constitutional Framework per l'autogoverno del Kosovo*

La risoluzione NU n. 1244 affida al Segretario generale delle NU, e per il suo tramite ad UNMIK, il compito di provvedere alla realizzazione di una forma di autogoverno affidata al popolo del Kosovo. Precisamente, il Consiglio di sicurezza, all'art. 10, prevede la costituzione di: «an interim administration for Kosovo, under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants of Kosovo»²⁴.

A poco più di un anno dal suo insediamento, UNMIK prepara le basi giuridiche per l'autogoverno, con l'emanazione di un regolamento che contiene il *Constitutional Framework* (CF) delle future istituzioni provvisorie, disponendo altresì per lo svolgimento di libere elezioni.

Nonostante il nome, il *Constitutional Framework* non è atto idoneo a porre in essere le norme fondamentali di un ordinamento che possa

cial Representative of the Secretary-General and subsidiary instruments issued thereunder; and (b) The law in force in Kosovo on 22 March 1989. In case of a conflict, the regulations and subsidiary instruments issued thereunder shall take precedence». La modifica apportata nel 2000 riguarda la data, che viene anticipata dal 1999 della versione originaria, al 1989: per far coincidere il limite temporale dell'ordinamento richiamato con l'anno in cui la RFY aveva abolito l'autonomia precedentemente concessa al Kosovo. È esclusa così l'applicabilità delle norme successive al 1989, presumibilmente meno favorevoli.

²⁴ L'art. 11 specifica poi che è affidato ad UNMIK il compito di organizzare e sorvegliare «the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including holding of elections»: S/RES/1244 (1999), par. 11, lett. c.

dirsi originario²⁵. Anche il sistema di autogoverno posto in essere sulla base del *Constitutional Framework* ha quindi carattere provvisorio e derivato, traendo fondamento direttamente dalla risoluzione NU n. 1244 e dal regolamento UNMIK che contiene il *Constitutional Framework*. Così, il preambolo dello stesso *Constitutional Framework* precisa che l'attività delle istituzioni provvisorie non dovrà in alcun modo «affect or diminish the ultimate authority of the SRSG for the implementation of UNSCR 1244»²⁶.

L'art. 2 del *Constitutional Framework* è chiaro poi nello stabilire che le istituzioni sono tenute ad esercitare le funzioni loro assegnate in modo «consistent with the provisions of UNSCR 1244(1999)». In caso di violazione dei limiti derivanti da quest'ultima, il Rappresentante speciale ha il potere di intervenire per annullare gli atti illegittimi²⁷.

A giudizio della Corte, come si è visto, la risoluzione NU n. 1244 fa parte della *lex specialis* di diritto internazionale che deve essere presa in considerazione per la soluzione del quesito. Tale *lex specialis* comprende, rileva la Corte, anche il *Constitutional Framework*, dal momento che questo è stato adottato sulla base della risoluzione. È quanto dire che la natura di diritto internazionale della prima si trasmette al secondo²⁸. Pertanto, il quesito concernente la legalità della dichiarazione di indipendenza *nel diritto internazionale*, va esaminato senz'altro anche alla luce di entrambi tali atti.

Era logico attendersi che la Corte, dopo aver stabilito di esaminare il caso alla luce della *lex specialis* internazionale, concludesse nel senso della *non* conformità della dichiarazione di indipendenza al diritto internazionale: perché atto in contrasto con il carattere provvisorio dei poteri attribuiti all'Assemblea e, quindi, incompatibile sia con il *Constitutional*

²⁵ Per un esame più dettagliato, cfr. T.H. IRMSHER, *The Legal Framework for the Activities of the UN Interim Administration Mission in Kosovo: the Charter, Human Rights and the Law of Occupation*, in *German Yearbook Int. Law*, 2001, pp. 353-395; C. STAHN, *Constitution Without a State? Kosovo Under the UN Constitutional Framework for Self Government*, in *Leiden Journal Int. Law*, 2001, pp. 531-561.

²⁶ *Ivi*, par. 9.

²⁷ L'art. 12 del *Constitutional Framework* prevede: «The exercise of the responsibilities of the Provisional Institutions of Self-Government under this Constitutional Framework shall not affect or diminish the authority of the SRSG to ensure full implementation of UNSCR 1244(1999), including overseeing the Provisional Institutions of Self-Government, its officials and its agencies, and taking appropriate measures whenever their actions are inconsistent with UNSCR 1244(1999) or this Constitutional Framework». Vari risultano gli interventi del SRSG per l'annullamento di atti *ultra vires*: sul punto, cfr. *Declaration by Vice-President Tomka*, par. 32.

²⁸ Cfr. par. 88 del parere: «the Constitutional Framework derives its binding force from the binding character of resolution 1244 (1999) and thus from international law. In that sense it therefore possesses an international legal character».

Framework, sia con la risoluzione NU n. 1244 e perciò – infine – con il diritto internazionale.

6. *L'identità degli autori della dichiarazione di indipendenza*

Non è così. Come noto, la Corte a questo punto inserisce un'analisi dettagliata volta a verificare l'identità degli autori della dichiarazione.

La Corte avverte, infatti, che l'identità degli autori della dichiarazione «*is a matter which is capable of affecting the answer to the question whether the declaration was in accordance with international law*» e che, pertanto, essa si ritiene «*free to examine the entire record and decide whether that declaration was promulgated by the Provisional Institutions of Self-Government or by some other entity*»²⁹. È funzionale a questa specifica indagine la modifica del quesito proposto dall'Assemblea generale delle NU, da cui viene eliminato il riferimento alle *Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo*³⁰. Così la Corte rileva come gli autori della dichiarazione di indipendenza, benché riuniti in seno all'Assemblea provvisoria, avessero operato non già a nome di tale istituzione, ma in altra veste. Sulla base di tale accertamento, la Corte potrà arrivare – come meglio si dirà nel prossimo paragrafo – a concludere che la dichiarazione di indipendenza «*did not violate any applicable rule of international law*», rispondendo (formalmente a tono) al quesito dell'Assemblea generale³¹.

La qualificazione dell'identità giuridica degli autori della dichiarazione è già, in sè, uno degli aspetti a nostro avviso criticabili del ragionamento della Corte, così come quelli di cui si dirà nei prossimi paragrafi. Infatti, se è vero che gli autori della dichiarazione non agiscono in nome dell'Assemblea, è altrettanto vero che essi non proclamano l'indipendenza in quanto privati cittadini.

Si qualificano, piuttosto, come «*the democratically-elected leaders of our people*»: essi si pongono quindi, comunque, in una veste che deriva loro dall'avvenuto svolgimento delle elezioni. E tali elezioni si sono svolte in esecuzione del *Constitutional Framework*, portando a risultati che non potevano in ogni caso consentire a coloro che erano stati in tal modo «*democraticamente eletti*» di travalicare il limite fondamentale del rispetto della risoluzione NU n. 1244. In altri termini, poiché la qualifica di «*democraticamente eletto*» è ottenuta sulla base del *Constitutional*

²⁹ Parr. 52-54 del parere, corsivo aggiunto.

³⁰ Sulla formulazione del quesito originario, cfr. *supra*, par. 1.

³¹ Cfr. par. 122.

Framework, è difficile pensare che i soggetti che agiscono in tale veste non siano soggetti allo stesso *Constitutional Framework* (pure se decidono di non qualificarsi come «assemblea»).

Ancora, uno degli argomenti sulla base dei quali la Corte ritiene che la dichiarazione di indipendenza *non* sia imputabile all'Assemblea, è la composizione atipica della riunione in cui è stata pronunciata. Ad essa, infatti, partecipa anche il Presidente del Kosovo, che – stando a quanto riferisce la stessa Corte – si qualifica come tale e firma anch'egli la dichiarazione, mentre la sua presenza non è prevista per le riunioni «ordinarie» dell'Assemblea³². Quindi, la Corte ritiene che non si possa qualificare l'adunanza dei rappresentanti del popolo kosovaro come riunione dell'Assemblea provvisoria, cui non può riferirsi, infine, la paternità della dichiarazione di indipendenza.

Il Presidente del Kosovo, però, è senz'altro una delle autorità provvisorie previste dal *Constitutional Framework*. Pertanto (anche facendo salvo per ogni altro aspetto il ragionamento della Corte) la conclusione da trarsi doveva essere quella per cui – almeno – la sua partecipazione alla proclamazione dell'indipendenza era avvenuta in violazione del diritto internazionale³³. Non era in fondo fuori luogo l'aspettativa della Serbia di veder intervenire il Rappresentante speciale, quale autorità di controllo del governo provvisorio.

7. *La posizione degli autori della dichiarazione rispetto alla lex specialis internazionale e la conseguente conclusione della Corte*

La *lex specialis* di diritto internazionale presa in considerazione dalla Corte è composta unicamente dalla risoluzione NU n. 1244 e dal *Constitutional Framework*. Entrambi questi atti, secondo la Corte, non avrebbero però effetti diretti nei confronti degli individui.

La risoluzione NU n. 1244, osserva la Corte, non contempla gli individui fra i propri destinatari: se avesse voluto diversamente, il Consiglio di Sicurezza lo avrebbe detto espressamente. Quindi, rispetto agli individui, la risoluzione non produce effetti: pertanto essa «does not preclude the issuance of the declaration of independence (...) because the two

³² Cfr. par. 107.

³³ Appaiono a nostro avviso inconfidenti, invece, altri indizi che secondo la Corte dimostrerebbero che ad agire *non* era stata l'Assemblea. Il fatto, ad esempio, che il Rappresentante speciale avesse omesso di esercitare i suoi poteri di annullamento dell'atto non può dimostrare di per sé che l'atto sia legittimo o che *non* provenga dall'Assemblea. Analogamente, il fatto che la dichiarazione d'indipendenza non fosse stata trasmessa per la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale – come doveroso per l'Assemblea (cfr. par. 107): potrebbe infatti trattarsi di omissioni, od errori.

instruments operate on a different level: unlike resolution 1224 (1999), the declaration of independence is an attempt to determine finally the status...»³⁴.

Quanto al *Constitutional Framework*, la Corte rileva che esso regola solo gli atti delle istituzioni provvisorie, non la condotta degli individui. Pertanto, poiché gli autori della dichiarazione non avevano agito in quanto Assemblea provvisoria, «it follows that the authors of the declaration of independence were not bound by the framework of powers and responsibilities established to govern the conduct of the Provisional Institutions of Self-Government»³⁵.

Quindi nessuno dei due atti costituenti la *lex specialis* internazionale è applicabile per valutare la condotta dei cittadini kosovari autori della dichiarazione: la conclusione del parere, pertanto, è nel senso che questi non abbiano infranto alcuna regola *di diritto internazionale*: «the adoption of the declaration of independence *did not violate any applicable rule of international law*»³⁶.

8. (Segue): *la mancanza di effetti diretti della lex specialis*

Presupposto essenziale a reggere tale conclusione è la «collocazione giuridica» data alle azioni degli individui, ad un livello *diverso* da quello del diritto internazionale. Solo in base ad una tale premessa si può giungere alla conclusione per cui l'azione di semplici cittadini non poteva «incontrare» il limite posto dalla risoluzione NU n. 1244 (e confermato dal *Constitutional Framework*), proprio per essere tale limite operante solo sul piano del diritto internazionale, senza avere «presa» nella sfera giuridica degli individui.

Il ragionamento seguito dalla Corte presuppone una rigorosa visione dualista del rapporto fra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni. Il primo, sarebbe rivolto esclusivamente agli Stati, il secondo sarebbe l'unico in grado di avere «presa» sugli individui³⁷.

Tuttavia, la risoluzione NU n. 1244, adottata in base al Capitolo VII della Carta delle NU, non incontra il limite del dominio riservato³⁸. Anche

³⁴ Par. 114.

³⁵ Par. 121.

³⁶ Par. 122.

³⁷ Tale impostazione è oggetto di ampia critica da parte del giudice Cançado Trindade, che rileva: «States exist for human beings and not *vice-versa*...»: cfr. *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, par. 239. Il giudice ritiene che senz'altro possa attribuirsi efficacia diretta alle norme internazionali di *jus cogens* (par. 216).

³⁸ Il limite del riservato dominio (*domestic jurisdiction*), sancito dall'art. 2.7 della Carta delle NU, va proprio ad escludere che l'azione dell'organizzazione possa produrre effetti

i sostenitori di una concezione dualista (o pluralista) del rapporto fra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni non hanno difficoltà a riconoscere che, ove operi il Capitolo VII, le norme internazionali possano produrre effetti anche riguardo nella sfera giuridica degli individui³⁹.

La Corte certo non prende in considerazione questa possibilità che poteva, se confermata, essere controproducente rispetto al risultato finale. Il tema suggerisce comunque una riflessione, pur senza la pretesa di poter arrivare qui a risultati conclusivi.

La riconducibilità di effetti diretti a disposizioni contenute nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza è sostenuta, in dottrina, per lo più in relazione alla possibilità che tali effetti, nei confronti degli individui, possano prodursi nell'ordinamento degli Stati membri anche in mancanza – o, comunque, prima – dell'adozione dei necessari provvedimenti nazionali di recepimento⁴⁰.

Il caso del Kosovo non pone questo tipo di problema e risulta, almeno a questo riguardo, più semplice: l'ordinamento provvisorio infatti si instaura per effetto della risoluzione NU n. 1244, con il consenso della Serbia. L'ordinamento di quest'ultimo Stato è sospeso e non vi è quindi necessità, né – pare – la possibilità giuridica di porre in essere ulteriori provvedimenti di recepimento.

Esiste allora la possibilità che la risoluzione NU n. 1244 produca alcuni effetti diretti, pur essendo formalmente indirizzata solo agli Stati membri?

È naturale ricordare, a questo riguardo come – già cinquant'anni or sono – la Corte di giustizia delle Comunità europee abbia riconosciuto la configurabilità *nel campo del diritto internazionale* di un «ordinamento

diretti all'interno degli Stati membri, sul piano interindividuale. La possibilità di regolare le relazioni interindividuali è, in altre parole, riservata agli Stati, che vi provvedono con i meccanismi di adattamento. Tale limite tuttavia non riguarda le misure adottate sulla base del Capitolo VII: cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, in *Recueil des cours*, 1990, IV, p. 412.

³⁹ Il limite della *domestic jurisdiction* sarebbe rimosso solo per le azioni intraprese in base all'art. 42 della Carta (in questo senso, G. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*). La risoluzione NU n. 1244 richiama in generale il Capitolo VII ma, con riferimento alla missione UNMIK, non menziona esplicitamente né l'art. 42 né l'art. 41 come base giuridica specifica (mentre autorizza KFOR ad usare *all necessary means* per ripristinare condizioni di sicurezza). In ogni caso, il limite del riservato dominio viene meno per effetto del consenso dello Stato interessato, come accade per la Serbia.

⁴⁰ La possibilità di effetti diretti di alcune risoluzioni (benché non confermata dalla prassi degli ordinamenti interni) è da tempo sostenuta dalla dottrina, in particolare, da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 325 ss. Nello stesso senso, cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2011, p. 115. Per una recente valutazione, e ulteriori riferimenti bibliografici cfr. F. VISMARA, *Il problema dell'efficacia diretta delle decisioni del Consiglio di sicurezza: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 1065-1082.

giuridico di nuovo genere» che «riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini»⁴¹. Da tale affermazione prende avvio una nutrita giurisprudenza che attribuisce effetti diretti a norme contenute nel Trattato istitutivo della (allora) Comunità economica europea, pure se questo formalmente assume a propri destinatari solo gli Stati membri⁴². Alcune norme del Trattato ne risultano idonee a produrre sia diritti che obblighi nei confronti dei singoli, anche se la situazione giuridica così ricostruita non si ricava *testualmente* dalle norme stesse, inevitabilmente più generali: la condizione è che l'effetto diretto sia comunque attribuito a principi o norme che risultino, in relazione alla situazione considerata, chiare, precise e incondizionate.

Analoga costruzione potrebbe essere utilizzata, ci sembra, per riconoscere alcuni effetti diretti della risoluzione NU n. 1244 nell'ordinamento provvisorio per il Kosovo (anch'esso... di nuovo genere), posto che a ciò non dovrebbe fare ostacolo il fatto che tale ordinamento sia fondato non su di un trattato internazionale, ma su di una risoluzione delle NU.

Semmai, è da vedere se alcune norme della risoluzione o del *Constitutional Framework* abbiano – in relazione al loro contenuto – attitudine ad essere applicate nei confronti degli individui.

È vero che la risoluzione NU n. 1244 non sancisce (almeno espressamente) uno specifico divieto di dichiarare l'indipendenza ma, al riguardo, sembra nondimeno sufficientemente chiara, precisa e incondizionata⁴³.

Infatti, col prevedere la salvaguardia dell'integrità territoriale della Serbia ed il carattere soltanto provvisorio dell'ordinamento instaurato nel Kosovo, la risoluzione esclude necessariamente – in generale – la legalità nello stesso ordinamento provvisorio di *ogni comportamento*, che

⁴¹ Corte giust. CEE, 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3, corsivo aggiunto. Il riferimento al diritto internazionale sparirà nella giurisprudenza successiva, volta a dimostrare le caratteristiche uniche dell'ordinamento comunitario.

⁴² La sentenza *Van Gend & Loos* ben chiarisce il punto, precisando che, per effetto diretto di alcune norme del Trattato, possono configurarsi diritti soggettivi «non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie» (*ibidem*).

⁴³ Il giudice Bennouna sembra in quest'ordine di idee, quando afferma che la risoluzione NU n. 1244 «is binding on all States and non-State actors in Kosovo as a result of the territory having been placed under UN administration»: cfr. *Dissenting Opinion of Judge Bennouna*, par. 62. Nel senso che la risoluzione sia sufficientemente chiara circa l'inammissibilità di iniziative unilaterali, cfr. *Declaration of Vice-President Tomka*, par. 28: «the notion of a settlement is clearly incompatible with the unilateral step-taking by one of the parties aiming at the resolution of the dispute against the will of the other».

miri a determinare in modo definitivo l'assetto della regione. Sembra che tale principio sia sufficientemente chiaro e incondizionato da poter essere applicato anche a comportamenti di semplici individui, non solo a quello delle istituzioni⁴⁴.

E la dichiarazione di indipendenza è senza dubbio in contrasto con tale principio, perché non solo mira a far cessare definitivamente la sovranità della Serbia, ma produce anche effetti concreti in tal senso, sul piano delle relazioni internazionali. Il giorno seguente la dichiarazione, infatti, arrivano i primi riconoscimenti da parte di altri Stati, cui molti altri seguono, dando luogo ad una situazione che, già all'epoca dell'emanazione del parere, appariva politicamente irreversibile⁴⁵.

9. *I dubbi lasciati aperti dalla collocazione incerta dell'ordinamento provvisorio, fra diritto interno e diritto internazionale*

Se ci si colloca nell'ordine di idee seguito dalla Corte, viene spontaneo chiedersi quale natura abbia l'ordinamento provvisorio operante nel Kosovo, «a valle» della risoluzione NU n. 1244 e del *Constitutional Framework* (unici atti cui la Corte attribuisce natura internazionale).

Dovrebbe trattarsi di un ordinamento *non internazionale*: se fosse stato diversamente, la stessa Corte avrebbe dovuto prenderlo in considerazione, nell'ambito della *lex specialis* internazionale, per rispondere al quesito. L'attitudine di tale ordinamento (comprensivo del sistema di autogoverno) a produrre effetti nei confronti egli individui è fuori discussione. La conclusione – ovvia a questo punto – è che si tratti di un ordinamento *interno*.

Ricapitolando: l'ordinamento provvisorio è posto in essere sulla base di una risoluzione delle NU, che è atto di diritto internazionale. Questa risoluzione è la fonte da cui deriva al Rappresentante speciale il

⁴⁴ Peraltro, pure se non vi sono nella risoluzione norme specificamente indirizzate agli individui, nel preambolo il Consiglio di sicurezza si dichiara: «determined to ensure the safety and security of international personnel and the implementation by all concerned of their responsibilities under the present resolution». Il riferimento ad *all concerned* potrebbe ben comprendere *tutti* i soggetti operanti nell'ordinamento provvisorio (che sono comunque responsabili del rispetto delle norme dell'ordinamento medesimo) non solo i componenti delle missioni internazionali, che hanno mansioni e responsabilità speciali.

⁴⁵ Il riconoscimento da parte degli Stati Uniti del Kosovo come «independent and sovereign State» giunge il giorno seguente la dichiarazione di indipendenza: cfr. la Lettera del Presidente Bush al Presidente del Kosovo, Fatmir Sejdiu, del 18 febbraio 2008. Il Segretario di Stato americano peraltro, con separata dichiarazione, precisa: «The unusual combination of factors found in the Kosovo situation (...) are not found elsewhere and therefore make Kosovo a special case. Kosovo cannot be seen as a precedent for any other situation in the world today». Entrambi i documenti si leggono in *American Journal Int. Law*, 2008, pp. 638-640.

potere di porre in essere dei regolamenti UNMIK, direttamente operativi nel Kosovo *anche* a livello degli individui.

Come visto già all'inizio, si tratta certamente di un ordinamento derivato, nel cui ambito non possono non operare i limiti voluti dalla risoluzione NU n. 1244, fra i quali quello di non adottare provvedimenti volti a determinare lo *status* finale del Kosovo.

Ciò è confermato dal fatto che tutti i regolamenti UNMIK (come già si è detto per il *Constitutional Framework*) richiamano nel preambolo la risoluzione NU n. 1244, quale base giuridica, e dichiarano quindi di volerne rispettarne i limiti e di dare ad essa esecuzione. Così, tramite i regolamenti UNMIK, il limite di cui si è detto incontra finalmente (anche se non si attribuiscono ad esso effetti diretti) la sfera giuridica degli individui, rendendo ad essi applicabile il divieto di porre in essere misure volte a determinare lo *status* finale del Kosovo.

Assumendo però – come fa la Corte – che questo effetto comunque si produca (solo) a livello di diritto *interno*, non ne deriva alcuna conclusione negativa nella risposta al quesito. Si comprende allora, a questo punto, perché la Corte ponga tanta cura nel distinguere fra diritto internazionale e *non* internazionale e nell'indicare come nel primo rientrino *solo* la risoluzione NU n. 1244 e il *Constitutional Framework* (*non* i regolamenti UNMIK).

Sarebbe forse stato opportuno – non solo per l'importanza determinante che questa impostazione assume rispetto alla risposta finale al quesito, ma anche in generale – che venissero fornite argomentazioni più esaurienti circa la natura dell'ordinamento giuridico operante nel Kosovo. Evidentemente, infatti, secondo la Corte, l'ordinamento in questione ad un certo punto... cessa di essere internazionale e diventa un ordinamento interno: sarebbe necessario poter capire quale sia questo punto. Fra le righe, il parere sembra suggerire che il campo del diritto internazionale e quello del diritto interno si possano delimitare a seconda della materia trattata: si tratta solo di un cenno e peraltro, come noto, si tratta di impostazione che si ritiene superata⁴⁶.

Altra ipotesi potrebbe essere – sempre per restare nell'ordine di idee dalla Corte – che lo «spartiacque» sia dato dal *Constitutional Framework*,

⁴⁶ Una volta stabilito che il *Constitutional Framework* ha natura internazionale, il parere prosegue rilevando che «at the same time» il *Constitutional Framework* «functions as part of a specific legal order, created pursuant to resolution 1244 (1999) which is applicable only in Kosovo and the purpose of which is to regulate, during the interim phase (...), matters which would ordinarily be subject of internal, rather than international law»: cfr. par. 89, corsivo aggiunto. Sulla non praticabilità di una distinzione *ratione materiae* fra diritto internazionale e diritto interno cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé*, cit., p. 320 ss.

cui è attribuita una duplice natura, per considerarlo, da un lato, atto di diritto internazionale e, dall'altro lato, la «carta» fondante dell'ordinamento *interno* di autogoverno. Anche questa costruzione non convince, dal momento che il *Constitutional Framework* è anch'esso un regolamento UNMIK (derivato dalla risoluzione NU n. 1244) e non contiene elementi che lascino scorgere una soluzione di continuità fra il sistema di autogoverno da esso posto in essere «a valle», e le norme internazionali «a monte» da cui lo stesso *Constitutional Framework* desume il proprio carattere giuridico⁴⁷.

A nostro avviso, occorre considerare come la base di tutta questa complessa architettura giuridica risalga alla risoluzione NU n. 1244 quindi, in definitiva, alla Carta delle NU e così al diritto internazionale⁴⁸. Non vi è un elemento che produca una soluzione di continuità fra questi atti, permettendo di ricollegarvi un mutamento di natura dell'ordinamento⁴⁹. Sembra pertanto che l'ordinamento provvisorio si debba collocare interamente nell'ambito del diritto internazionale⁵⁰.

⁴⁷ Peraltro i regolamenti UNMIK avevano già operato prima della costituzione delle autorità provvisorie. La Gazzetta Ufficiale del Kosovo, dopo l'avvio delle funzioni dell'assemblea contiene, insieme, regolamenti UNMIK e atti «legislativi» dell'Assemblea del Kosovo: cfr. <http://www.unmikonline.org>.

⁴⁸ Come si è visto *supra*, par. 5, la Corte stessa si basa sulla continuità fra la risoluzione NU n. 1244 e il *Constitutional Framework* per affermare che il secondo condivide la natura di diritto internazionale della prima.

⁴⁹ Sul *continuum* fra le fonti che compongono un ordinamento giuridico, si ricordano le pagine del Professor GIOVANNI BATTAGLINI, in *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, 1999, p. 216 ss.

⁵⁰ Nel senso che l'ordinamento provvisorio si collochi nel diritto internazionale, cfr. J. FRIEDRICH, *UNMIK in Kosovo*, cit., p. 240. L'Autore ritiene che i recenti casi delle amministrazioni provvisorie del Kosovo, ma anche di Timor Est e dell'Iraq permettano di rilevare «a development in international territorial administration towards the possibility of directly inserting international law into the legal order of the territory through international actors». Nel senso che tutto l'ordinamento provvisorio, anche il *Constitutional Framework* debba considerarsi invece un sistema di diritto interno, cfr. D. JACOBS - Y. RADI, *Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo*, in *Leiden Journal Int. Law*, 2011, pp. 331-353, a p. 343. Nello stesso senso la valutazione del giudice Yusuf, che contesta la teoria qui seguita (e, in parte fatta propria dalla Corte) secondo cui un atto condivide la natura della fonte da cui desume il suo carattere giuridico. L'errore è, secondo il giudice, che questa impostazione «confuses the source of the authority for the promulgation of the Kosovo regulations and the nature of the regulations themselves. International administrations have to act in a dual capacity when exercising regulatory authority. Although they act under the authority of international institutions such as the UN, the regulations they adopt belong to the domestic legal order of the territory under international administration. The legislative powers vested in the SRSG in Kosovo under resolution 1244 are not for the enactment of international legal rules and principles, but to legislate for Kosovo and establish laws and regulations which are exclusively applicable at the domestic level»: cfr. *Separate Opinion of Judge Yusuf*, par. 18.

Quanto ai meccanismi di autogoverno, questi non vanno collocati in un ordinamento ulteriore, diverso da quello provvisorio, bensì nell'ambito quest'ultimo, organizzando particolari modalità di esercizio delle funzioni indicate dalla risoluzione NU n. 1244, ad opera delle nuove istituzioni provvisorie, che si affiancano così ad UNMIK.

10. *In quale ordinamento giuridico si colloca la dichiarazione di indipendenza del Kosovo?*

Comunque sia, l'ordinamento provvisorio non è considerato applicabile per la soluzione del quesito. La motivazione del parere fa ripetutamente cenno al fatto che gli autori della dichiarazione d'indipendenza, agendo non in quanto Assemblea del Kosovo, ma in altra veste, si sarebbero volutamente collocati *fuori* dell'ordinamento provvisorio, senza così incontrare il limite che la risoluzione NU n. 1244 indirizza (sempre secondo la Corte) solo alle istituzioni provvisorie⁵¹. Risulta, così, che gli individui potrebbero... scegliere di restare o meno soggetti ad un ordinamento di governo territoriale e, pur operando nel territorio, evitare di incorrere nei divieti stabiliti dall'ordinamento medesimo. È quanto dire che quest'ultimo risulta... privo di natura imperativa.

Ammesso, e non concesso, che una tale operazione di volontaria esclusione dell'ordinamento provvisorio fosse possibile, è spontaneo chiedersi in quale ordinamento, allora, vada collocata la dichiarazione d'indipendenza⁵². Sembra che la domanda possa avere due risposte. La prima, è che la legittimità della dichiarazione medesima dovesse valutarsi alla stregua... dell'ordinamento della Serbia. Questo, pur essendo quanto di più si voleva evitare, è invece una conseguenza logica del ragionamento seguito. Se un atto si colloca *fuori* dell'ordinamento provvisorio dovrebbe ricadere nel «sottostante» ordinamento precedente. L'ordinamento della Serbia certamente è stato sospeso dalla risoluzione NU n. 1244, ma, come si è visto, diventa nuovamente operativo (non per forza propria, ma) per effetto del richiamo contenuto nel regolamento UNMIK n. 1/1999, per tutte le materie non regolate dall'ordinamento

⁵¹ «The declaration of independence was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase, nor was it capable of doing so. On the contrary, the Court considers that the authors of that declaration did not act, or intended to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out a measure the significance and effects of which would lie outside that order» così al par. 105 del parere.

⁵² La Corte di ciò non si occupa, poiché ritiene esaurito il suo compito dopo aver preso in considerazione il (solo) diritto internazionale.

provvisorio, con il limite del non contrasto con la risoluzione NU n. 1244⁵³.

È da credere che allora – paradossalmente – si sarebbe dovuto ritenere questo diritto applicabile alla fattispecie, con risultati certo politicamente disastrosi sul piano interno e su quello internazionale (all'epoca della pronuncia del parere già molti Stati avevano riconosciuto il Kosovo).

La seconda risposta possibile, ma ancor più sorprendente, è che gli autori della dichiarazione d'indipendenza, collocandosi al di fuori dell'ordinamento provvisorio, si fossero posti in uno spazio di vuoto giuridico⁵⁴. Anche a questo riguardo, si affaccia una questione teorica alquanto sofisticata, cui non si tenterà di dare risposta, vale a dire: si può concepire uno spazio vuoto di diritto?

11. Conclusioni

Gli elementi di debolezza riscontrati nel ragionamento della Corte sono tali per cui una diversa e, a nostro avviso, più adeguata impostazione avrebbe portato ad una conclusione diametralmente opposta a quella che la Corte raggiunge: e che tuttavia, senza dubbio, è la più opportuna dal punto di vista politico. Non si deve dimenticare infatti che la dichiarazione di indipendenza segue al fallimento dei negoziati condotti dall'inviato speciale delle NU Marti Athisaari, il quale aveva dichiarato di non ritenere possibile una ripresa dei colloqui fra le parti e quindi il raggiungimento del *political settlement* finale voluto dalla risoluzione NU n. 1244⁵⁵. All'epoca della pronuncia del parere, poi, molti Stati avevano ormai riconosciuto il Kosovo. Si comprende bene, quindi, perché la Corte

⁵³ Sul punto, cfr. *supra*. Il regolamento n. 1/1999, era così formulato: «*Applicable law in Kosovo*. The laws applicable in the territory of Kosovo prior to 24 March 1999 shall continue to apply in Kosovo insofar as they do not conflict with standards referred to in section 2, the fulfilment of the mandate given to UNMIK under UN Security Council resolution 1244 (1999), or the present or any other regulation issued by UNMIK».

⁵⁴ Cfr., su questi punti, l'opinione dissidente del giudice Bennouna, (parr. 63-68), che conclude: «the Court in this case has not identified the rules, general or special, of international law governing the declaration of independence of 17 February 2008; according to the Opinion, general international law is inoperative in this area and UN law does not cover the situation the Court has chosen to consider: that of a declaration arising in an indeterminate legal order. What legal order governed the authors and the declaration itself?».

⁵⁵ Come la stessa Corte riferisce nel parere (cfr. par. 69), l'inviato speciale, a conclusione della propria missione, aveva rilevato: «It is my firm view that the negotiations' potential to produce any mutually agreeable outcome on Kosovo's status is exhausted. No amount of additional talk, whatever the format, will overcome this impasse». Pertanto, egli concludeva che «the only viable option for Kosovo is independence, to be supervised for an initial period by the international community».

abbia evitato di dover concludere nel senso della contrarietà della dichiarazione di indipendenza del Kosovo al diritto internazionale.

La Corte di giustizia non è però un organo politico. Una volta accettato di rendere il parere, era legittimo attendersi che offrisse un supporto giuridico più forte alla conclusione raggiunta⁵⁶. Invece, per evitare di pronunciarsi su questioni sostanziali delicate, la Corte preferisce condurre il ragionamento su di un piano tecnico-formale. Il percorso però si rivela meno asettico del previsto, aprendo la via a questioni anche più complesse e non prive di ripercussioni pratiche, ad esempio, in materia di rapporti fra ordinamenti e di efficacia degli atti delle organizzazioni internazionali nei confronti degli individui.

Senza dire che il punto davvero sorprendente è la possibilità, implicitamente ammessa dalla Corte, che gli individui, per loro volontà, possano porsi al di fuori di un ordinamento e compiere così legittimamente degli atti che quell'ordinamento non consentirebbe (compresa una sorta di colpo di Stato)⁵⁷. È da credere che una tale opportunità non tarderebbe ad esser presa in considerazione, per esempio, anche da altri gruppi aspiranti all'indipendenza; Questo spunto potrebbe infine rivelarsi «pericoloso» per la stabilità dell'ordinamento internazionale, più di quanto lo sarebbe stata l'attesa (ma da molti temuta) pronuncia in materia di *remedial secession* o diritto all'autodeterminazione. Di questi la Corte avrebbe avuto occasione di indicare – ad esempio – modi e condizioni, anche in considerazione del carattere eccezionale della vicenda del Kosovo⁵⁸.

Anche all'epoca del parere sulla liceità delle armi nucleari erano state quasi unanimi le critiche, che ritenevano la Corte avesse evitato di pronunciarsi sulle questioni sostanziali più rilevanti. Sulla lunga distanza, però, si può rilevare come quel parere abbia fatto utilmente il punto su contenuti fondamentali del diritto internazionale, ad esempio in materia di diritto dell'ambiente, di diritto umanitario, di obblighi di disarmo. Il parere sul Kosovo non sembra destinato ad assumere analogo rilievo, anzi sembra auspicabile che alcune impostazioni... non vengano prese troppo alla lettera.

⁵⁶ Sarebbe bastato valutare la possibilità di considerare estinta la risoluzione n. 1244 (almeno nella parte in cui ritiene imprescindibile il *political settlement*), sulla base del principio *rebus sic stantibus*: è quanto suggerisce B. CONFORTI, *La risoluzione 1244*, cit., p. 1131.

⁵⁷ Sono pungenti al riguardo le osservazioni del giudice Koroma: «The Court's Opinion will serve as a guide and instruction manual for secessionists groups the world over...»: cfr. *Dissenting Opinion of Judge Koroma*, par. 4.

⁵⁸ Per una lettura del parere alla luce di altre possibili situazioni, analoghe a quella del Kosovo, H. JAMAR - M.K. VIGNESS, *Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence*, in *GLJ*, pp. 913-928 (disponibile al sito <http://www.germanlawjournal.com>).

ANDREA PUGIOTTO*

L'ABOLIZIONE COSTITUZIONALE DELLA PENA DI MORTE E LE SUE CONSEGUENZE ORDINAMENTALI

SOMMARIO: 1. Una revisione costituzionale sottovalutata. – 2. Una revisione costituzionale non scontata. – 3. L'irrigidimento del sistema delle fonti in tema di pena di morte (e i suoi corollari operativi). – 4. La recuperata coerenza interna alla trama costituzionale. – 5. Pena di morte e missioni militari italiane all'estero: un problema finalmente risolto alla radice. – 6. Il divieto di estradizione passiva verso Paesi che contemplano la pena di morte. – 7. Il divieto di allontanamento dello straniero verso Paesi che contemplano la pena di morte. – 8. Contaminazioni proficue: l'esportazione del divieto della pena di morte all'interno di ordinamenti statali non abolizionisti. – 9. La soppressione costituzionale della pena di morte quale viatico alla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 13 alla CEDU. – 10. «*Is it time to kill the Death Penalty?*». L'azione italiana nella promozione della moratoria universale delle esecuzioni capitali. – 11. (*Segue*) Polemiche pretestuose: altre moratorie di altre condanne a morte? – 12. Pena di morte e morti di pena. – 13. Un'ipotesi di lavoro conclusiva: la Costituzione dietro le sbarre.

1. *Una revisione costituzionale sottovalutata*

È una cattiva abitudine quella di evocare periodicamente la necessità di grandi riforme istituzionali (sempre annunciate e mai o mal realizzate), sottostimando invece le revisioni costituzionali puntuali arrivate al traguardo (benché foriere, il più delle volte, di vere e proprie conseguenze sistemiche). La legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1, che modifica in senso integralmente abolizionista il 4° comma dell'art. 27 Cost. («*Non è ammessa la pena di morte*»), è forse il caso esemplare di «una riforma passata praticamente sotto silenzio»¹, quasi si trattasse non di un atto normativo gerarchicamente apicale, semmai di un fatto solo simbolico.

* Il contributo è stato consegnato nel marzo 2011.

¹ Certamente nella dottrina costituzionalistica dove, salvo errore, si rintraccia il solo commento a prima lettura di G.M. SALERNO, *Un ampio consenso in Parlamento ha precluso la strada al referendum*, in *Guida dir.*, 2007, n. 44, p. 17 ss. (da cui è tratta la citazione). Eppure la l. cost. n. 1 del 2007 rappresenta «una delle più rilevanti svolte che il nostro ordinamento giuridico abbia effettuato nell'epoca contemporanea: la sopravvenuta scomparsa dall'arsenale

Questa percezione d'irrilevanza ordinamentale risulta indotta da molteplici fattori. Già la formulazione originaria dell'art. 27, 4° comma, Cost. esprimeva la regola del divieto di esecuzioni capitali e «della eccezione al principio generale del rifiuto della pena di morte non ci si è mai avvalsi»². La pena capitale, inoltre, risultava da tempo abolita a livello di fonti primarie, rimossa prima dal codice penale³, successivamente dal codice penale militare di pace e dalle leggi speciali diverse da quelle militari di guerra⁴ e, infine, dal resto dell'ordinamento militare⁵. La storia italiana della pena di morte, infine, è sempre stata narrata come tradizionalmente abolizionista (il che, peraltro, è una mezza verità⁶).

Le cose stanno diversamente. Alla revisione costituzionale del 2007 è infatti possibile agganciare conseguenze ordinamentali di assoluto rilievo. Ciò che serve allora – e che il presente contributo si prefigge – non è l'ennesima riflessione sulle ragioni che militano *pro* o *contra* la pena capitale⁷, quanto semmai assumerne l'abolizione integrale come dato costi-

sanzionatorio della pena capitale [...]. Una riforma che non è esagerato definire storica» (così – sia pure in altro contesto – M. NUNZIATA, *Scompare del tutto la pena di morte dall'ordinamento italiano?*, in *Giust. pen.*, 1996, I, p. 155; accenti simili usa I. AMBROSI, *L'abolizione della pena di morte: la modifica dell'art. 27 Cost.*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, n. 12, p. 1049 ss.).

² L. GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1655 ss. (in nota 29). L'ultima pena capitale eseguita in Italia risale al 4 marzo 1947, in forza della sentenza pronunciata dalla Corte d'Assise di Torino il 5 luglio 1946 nei confronti di tre rapinatori, condannati a morte per aver ucciso a bastonate dieci persone ed averne gettato i corpi in un pozzo.

³ Ad opera del d.lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224 (anche se poi temporaneamente ripristinata, come misura eccezionale, dal d.lgs. lgt. 10 maggio 1945, n. 234).

Del periodo transitorio va segnalato l'art. 5, d.lgs. lgt. 27 luglio 1944, n. 159 che include retroattivamente nel reato di tradimento (punito dal c.p.m.g. anche con la pena capitale) fatti di collaborazionismo col tedesco invasore, purché successivi all'8 settembre 1943.

⁴ Rimozione disposta – in attuazione dell'originario art. 27, 4° comma, Cost. – con d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 21.

⁵ In forza di quanto disposto con l. 13 ottobre 1994, n. 589.

⁶ La nostra è, semmai, una storia *tendenzialmente* abolizionista, dato che «la previsione della pena di morte costituisce [...] una costante nella legislazione penale italiana applicabile in tempo di guerra»: così G. MAZZI, *L'abolizione della pena di morte nelle leggi militari di guerra*, in *Rass. giust. mil.*, 1994, n. 3-4, p. 98 (ed *ivi* l'antologia dei relativi riferimenti normativi). Lo stesso dibattito in Assemblea Costituente si concentrò prevalentemente su quali eccezioni contemplare al divieto della pena capitale (cfr. G.G. FLORIDIA, *L'adattamento del diritto interno alle convenzioni di estradizione. Limiti al sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1267, nota 5, anche per l'illustrazione delle singole proposte presentate).

È dunque imprecisa la tesi di una pena di morte che – con la sola eccezione della parentesi fascista e del d.lgs. lgt. 10 maggio 1945, n. 234 – sarebbe stata cancellata dalla legislazione italiana a far data dal primo Codice penale dell'Italia unitaria, adottato nel 1889 su impulso del Ministro della Giustizia Zanardelli.

⁷ «La letteratura sulla pena di morte è immensa, ma spesso ripetitiva»: così N. BOBBIO, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 205 nota 1. Per una

tuzionale di partenza, per esplicitarne le ricadute di diritto positivo, sia interne che nelle relazioni con gli altri ordinamenti (statali, sovranazionali, internazionale).

2. *Una revisione costituzionale non scontata*

«Appare quasi straordinario, considerato il clima dominante, che sia stata approvata nel 2007 una legge costituzionale per la cancellazione assoluta dal nostro ordinamento della pena di morte»⁸. Tentativi, in tal senso, non erano mancati in precedenza, sempre arenatisi però al Senato, dopo la prima deliberazione della Camera⁹. L'esito positivo registratosi nella XV Legislatura è il frutto di una felice alchimia di ragioni politiche e procedurali. Per un verso, la volontà programmatica del Governo si incontra con il consenso unanime di tutti i gruppi parlamentari, anche di opposizione¹⁰. Per altro verso, vincente si rivela la strategia del deposito di più proposte di legge perfettamente eguali nella tecnica redazionale, agevolmente confluite in un testo unificato asciutto nella sua formulazione, il cui esame parlamentare comincia subito, ad inizio legislatura¹¹.

efficace visione d'insieme del dibattito pluridisciplinare tra abolizionisti e anti abolizionisti – oltre al saggio appena citato – si può rinviare ancora a N. BOBBIO, *Contro la pena di morte*, *ivi*, 181 ss.; Amnesty International, *Un errore capitale. Il dibattito sulla pena di morte*, a cura di A. Marchesi, L. Giovanelli, R. Noury, Roma, 1995, ed al recente volume curato da P. COSTA, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano, 2010.

⁸ S. ANASTASIA - F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009, p. 14.

⁹ Così nella XIII Legislatura: la modifica all'art. 27, 4° comma Cost., approvata in prima deliberazione a larghissima maggioranza (362 favorevoli, 1 contrario, 4 astenuti) dall'Assemblea di Montecitorio nella seduta 14 aprile 1999, venne trasmessa il giorno dopo al Senato (A.S. 3965), dove non proseguì mai il suo *iter*.

Esito non diverso si registrò nella XIV Legislatura: approvato il 4 giugno 2002 alla Camera, sempre a larghissima maggioranza (419 voti favorevoli, 4 contrari, 4 astenuti), il testo di revisione costituzionale venne trasmesso al Senato (A.S. 1472) dove iniziò una ambigua navetta tra Commissione I e Assemblea di Palazzo Madama che (salvo per la seduta 13 febbraio 2003) non proseguì la discussione sul testo.

¹⁰ «Ritengo opportuno riprendere l'iniziativa italiana riguardo alla moratoria della pena di morte, che è uno dei punti fermi della nostra cultura e della nostra civiltà»: così la replica del Presidente del Consiglio Prodi, nel corso del dibattito alla Camera sulla fiducia al suo II Governo (Assemblea, seduta 23 maggio 2006, n. 6). L'accordo parlamentare è pressoché irripetibile: solo il gruppo al Senato della Lega Nord – in seconda deliberazione – lascerà libertà di voto ai propri membri (cfr. sen. Castelli, Assemblea, seduta 25 settembre 2007, n. 220).

¹¹ Il riferimento è alle seguenti proposte di legge costituzionale: A.C. 193 (Boato); A.C. 523 (D'Elia e altri); A.C. 1175 (Mascia e altri); A.C. 1231 (Piscitello). Tutte constano di un solo identico articolo: «Al quarto comma dell'articolo 27 della Costituzione le parole: “, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra” sono soppresse».

L'*iter* di revisione costituzionale si esaurisce così a velocità sostenuta: poco meno di un anno, tra l'approvazione del testo unificato alla Camera (10 ottobre 2006) e il voto definitivo in seconda deliberazione al Senato (2 ottobre 2007), registrando *sempre* una maggioranza qualificata ben oltre i due terzi in *tutte* le quattro votazioni parlamentari.

Il corollario procedurale più significativo è la non referendabilità *ex art.* 138 Cost. della delibera legislativa costituzionale (perché approvata a maggioranza qualificata)¹² come pure della legge costituzionale finale, sottratta per sua natura a referendum *ex art.* 75 Cost. Il principio per cui la morte non è una pena che lo Stato può infliggere ai suoi cittadini viene così messo in sicurezza, al riparo dalla spada di Damocle di un voto abrogativo popolare, facilmente suggestionabile e condizionabile ad arte¹³.

Quanto al merito del provvedimento in esame, le perplessità manifestate nel corso del dibattito parlamentare sono davvero poche (e di pochi¹⁴), riconducibili ad un'unica riserva di fondo: la modifica costituzionale, introducendo una preclusione non derogabile dalla legge, potrebbe rivelarsi inopportuna ove, a fronte di situazioni straordinarie di particolare gravità, il legislatore ordinario avvertisse la necessità di reintrodurre la pena capitale nelle leggi militari di guerra.

L'obiezione ha radici profonde: come si è già detto, il diritto penale *post-unitario* ha *sempre* conservato tale eccezione alla regola abolizionista; entrata in vigore la Costituzione repubblicana, le critiche hanno riguardato semmai le modalità dell'esecuzione capitale e il numero eccessivamente elevato di reati sanzionati con la pena di morte, più che la sua previsione per i tempi di guerra¹⁵; lo stesso dibattito poi approdato alla legge abolizionista n. 589 del 1994 non ha mancato di registrare simili distinguo e voti contrari¹⁶.

L'obiezione in esame, inoltre, ha una sua logica comunque riconducibile ad una tendenza abolizionista. «Solitamente le ipotesi di eccezio-

¹² Rivelandosi quindi infondati i timori – manifestati in dottrina – di forze politiche così divise sul tema da condurre la revisione costituzionale «ad una bocciatura in sede di referendum costituzionale» (G. COLETTA, *Identità europea, pena di morte e valori costituzionali*, in *Stud. parl. e di pol. cost.*, 2000, n. 128-129, p. 57).

¹³ Sulle condizioni che favoriscono la manipolazione dell'opinione pubblica in tema di pena capitale cfr. D. PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte. Le «massime pene» tra referendum e riforma*, in *Dem. dir.*, 1981, p. 155 ss.

¹⁴ Emerse solo a Palazzo Madama da parte dei sen. Balboni, Fisichella, Pastore, Quagliariello.

¹⁵ MAZZI, *L'abolizione della pena di morte*, cit., p. 98 e nota 4.

¹⁶ *Ivi*, p. 101 e nota 12. In dottrina, per analoghe riserve, vedi A. BERTOLINO, *Effetti dell'abrogazione della pena di morte dal codice penale militare di guerra*, in *Rass. giust. mil.*, 1998, n. 5-6, p. 26.

nalità e, quindi i limiti della liceità della pena di morte, sono individuati su due piani distinti: quello della tipologia dei reati [...] e quello della situazione obiettiva in cui viene commesso il reato»¹⁷. In realtà solo la seconda eccezione – cui sono riconducibili le perplessità in esame – ha un suo fondamento autonomo, diversamente dalla prima che finisce per coincidere con il consueto ambito di utilizzazione della pena capitale.

A tale obiezione, dunque, una risposta è dovuta, in termini squisitamente giuridici. Andrà allora ricordato che proprio in tempo di guerra, quando le procedure si rivelano sommarie e veloci, sono più probabili i casi di errori o di omissioni giudiziari: è soprattutto qui che l'applicazione della pena di morte causa ingiustizie irreversibili e irreparabili. Si tratta, inoltre, di perplessità oramai superate da scelte legislative pregresse dello stesso Parlamento italiano, espressione di una volontà integralmente abolizionista¹⁸. Inattuali si rivelano anche laddove confrontate con orientamenti – avallati pure dal nostro ordinamento statale – espressi alla nascita di forme di giurisdizione penale internazionale, privata dello strumento sanzionatorio della pena capitale¹⁹.

Siamo dunque in presenza di perplessità certamente legittime, ma giuridicamente arcaiche.

3. *L'irrigidimento del sistema delle fonti in tema di pena di morte (e i suoi corollari operativi)*

Grazie alla legge costituzionale n. 1 del 2007 l'Italia acquisisce lo *status* di paese abolizionista. Prima, tale non era. Il sistema a doppio binario dell'originario art. 27, 4° comma, Cost. impediva di rintracciare nel

¹⁷ F.C. PALAZZO, *Pena di morte e diritti umani (a proposito del Sesto Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 761.

¹⁸ Il riferimento è alla l. 9 dicembre 1994, n. 734, di esecuzione del Protocollo facoltativo al Patto internazionale dei diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea dell'ONU il 15 dicembre 1989, che vieta l'applicazione di condanne a morte ed obbliga ad adottare le misure necessarie per abolire la pena capitale dalla giurisdizione dei Paesi parte. Aderendovi, l'Italia non ha espresso l'unica riserva ammessa dall'art. 2 del Protocollo concernente «la pena di morte in tempo di guerra a seguito della condanna per un reato fra i più gravi di natura militare commesso in tempo di guerra» (come opportunamente rileva F. SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio: l'ordinamento italiano verso l'abolizione totale della pena di morte*, in *Critica dir.*, 1999, n. 2-3, pp. 224-225).

Il riferimento è anche alla già citata l. 13 ottobre 1994, n. 589, che sostituisce la pena di morte contemplata dal c.p.m.g. e dalle leggi militari di guerra con la pena massima prevista dal c.p., sterilizzando in tal modo l'eccezione alla regola dell'originario art. 27, 4° comma, Cost.

¹⁹ Appare davvero tardivo il dubbio se mantenere ancora la pena di morte in caso di guerra, quando la pena capitale è già stata bandita addirittura per le ipotesi di genocidio e di crimini contro l'umanità accertati dalla Corte Penale Internazionale (vedi, *infra*, par. 8).

nostro ordinamento un divieto assoluto della pena di morte²⁰: l'Italia andava dunque più correttamente relegata tra i paesi «retenzionisti»²¹.

È vero che il dato normativo testuale, declinato in termini di regola ed eccezione, *non imponeva* ma solo *consentiva* l'esistenza della pena capitale²². Tuttavia «è un fatto che l'art. 27 ammette[sse] la pena di morte»²³, ed in una misura solo apparentemente circoscritta: il richiamo ai casi previsti dalle leggi militari di guerra configurava un'«espressione ellittica»²⁴ pericolosamente espansiva perché riferibile non ad una specifica *fonte* ma ad una generica *materia*. Una sorta, dunque, di «riserva di legge marziale»²⁵ che aveva la possibilità di ampliare il proprio ambito di applicazione, aggravando in tal modo il problema dell'ammissibilità della pena di morte.

È quanto, in effetti, poteva accadere. La pena capitale risultava applicabile anche al di fuori dei casi di conflitto armato internazionale²⁶, a soggetti estranei alle forze armate che agivano in tempo di guerra o in luoghi in cui vigeva lo stato di guerra dichiarato²⁷, per un numero davvero copioso di ipotesi di reato²⁸. Considerata «l'elasticità dei presuppo-

²⁰ Cfr. Cass. pen., sentenza 9 maggio 1977, n. 950, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Estradizione*, nn. 2-5.

²¹ T. SCOVAZZI, *La pena di morte secondo il diritto internazionale e alcuni ordinamenti confessionali*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1994, n. 1, p. 255 nota 1.

²² R. VENDITTI, *Leggi di guerra: no alla pena capitale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, n. 1, p. 40. Se, infatti, di obbligo costituzionale si fosse trattato, la sua (tentata) estromissione dal nostro ordinamento penale militare di guerra mediante la l. n. 589 del 1994 si sarebbe configurata come operazione costituzionalmente illegittima: M.B. MAGRO, *Pena di morte e principi costituzionali*, in *Arch. giur.*, 2003, fasc. IV, pp. 452-453.

²³ COLETTA, *Identità europea, pena di morte*, cit., p. 62.

²⁴ G. FIANDACA, *Il 4° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, p. 348.

²⁵ SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio*, cit., p. 233. L'art. 27, 4° comma, Cost., detto altrimenti, «si risolve in un mero rinvio alle condizioni per l'applicazione delle leggi militari di guerra che, quindi, assumono un ruolo decisivo per una valutazione delle reali dimensioni della scelta abolizionista italiana» (*ivi*, p. 227).

²⁶ In forza di non poche previsioni: cfr. l'art. 217, r.d. 18 giugno 1931, n. 773; l'art. 3, 1 comma, r.d. 8 luglio 1938, n. 1415; quanto al c.p.m.g. cfr. gli articoli 5 e 10 (abrogati solo nel 2003, *ex art.* 2, l. 18 marzo 2003, n. 42) e 9 (anche nella modifica introdotta dall'art. 2, 1 comma, lett. a), l. 31 gennaio 2002, n. 6).

²⁷ *Ex* articoli 6, 7, 14, c.p.m.g.

²⁸ Il catalogo comprende, *ex plurimis*, i reati di attentato al comandante supremo, diserzione, aiuto al nemico, spionaggio, disfattismo, violazione dei doveri, disobbedienza all'ordine di attaccare, omissione nell'esecuzione di un ordine, violazione di consegne, soppressione o falsificazione di ordini scritti, passaggio al nemico, sabotaggio, sottrazione di forniture militari, atti ostili contro Stati neutrali o alleati, ribellione, ostilità da parte di un prigioniero liberato sulla parola, violenze e minacce a fine di lucro (l'inventario è tratto dal *dossier* «Pena di morte (art. 27 Cost.)» elaborato dal Servizio Studi della Camera dei deputati).

sti applicativi della normativa»²⁹, l'eventualità del ricorso alle leggi di guerra (e dunque alla pena di morte) era quindi «molto meno remota»³⁰ di quanto si creda comunemente.

Prospettare un'interpretazione restrittiva del dato costituzionale (mettendo a valore alcune indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte)³¹ era soluzione dottrinale capace, al più, di circoscrivere il problema. Giuridicamente inadeguata appariva anche l'abolizione con legge *ordinaria* delle fattispecie penali contemplanti la pena capitale³². Tentativi entrambi insufficienti perché quando è questione – alla lettera – di vita o di morte, la soluzione va allocata a livello di *disposizioni* (e non di *norme*) al loro massimo grado gerarchico (per sottrarla alla disponibilità della maggioranza, parlamentare o popolare)³³.

È quanto finalmente accade con la legge costituzionale n. 1 del 2007. Approvandola, il Parlamento sceglie la strada del ripudio assoluto, dell'abolizione che non autorizza deroghe né ammette riserve: *nessuno tocchi Caino, mai*.

L'ipotesi di una sua reintroduzione si rivela giuridicamente impervia³⁴ e, nelle intenzioni del legislatore costituzionale del 2007, politica-

²⁹ T. PADOVANI, *L. 13/10/1994 n. 589. Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 369.

³⁰ SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio*, cit., p. 226.

³¹ Se «la disposizione dell'art. 27, comma 4, non deve essere isolatamente concepita, ma va interpretata ed applicata alla luce della complessiva disciplina costituzionale» (sentenza n. 54/1979), allora si considerava imposta una sua lettura adeguatrice, con riferimento sia alla materia cui rinvia (le leggi militari di guerra), sia alle garanzie giurisdizionali che dovevano assicurare il momento dell'irrogazione della pena capitale: cfr. R. D'ALESSIO, *Art. 27*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990, p. 198; G. FIANDACA, *Il 4° comma dell'art. 27*, cit., 348-349; R. IANNOTTA, *Morte (pena di)*. *Diritto penale militare*, in *Nov.mo. dig. it.*, X, Torino, 1975, p. 944.

³² *Ex art. 1, l. n. 589 del 1994* (vedi, *infra*, nota 39).

³³ Detto altrimenti, «la sede naturale per la soluzione storicamente fondata, e quindi valida, del problema [dell'abolizione della pena di morte] è proprio quella delle dichiarazioni *lato sensu* "costituzionali", siano esse interne o internazionali»: PALAZZO, *Pena di morte e diritti umani*, cit., p. 760.

³⁴ SALERNO, *Un ampio consenso in Parlamento*, cit., p. 18, ipotizza alcune strade, tutte in salita: una (nuova) revisione costituzionale della revisione costituzionale del 2007; il conferimento dei poteri di guerra al Governo, *ex art. 78 Cost.*, con autorizzazione a derogare al dettato costituzionale (ivi compreso il nuovo art. 27, 4° comma). Il quadro ordinamentale appare oltremodo sigillato. Per un verso, dal rispetto degli obblighi internazionali gravanti sul legislatore – *ex art. 117, 1° comma, Cost.* – a seguito della ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 13 alla CEDU, intervenuta con l. 15 ottobre 2008, n. 179 (vedi, *infra*, par. 9). Per altro verso, dalla circostanza che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (cui va riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi: cfr. sentenza costituzionale n. 80/2011) vieta l'inflizione e l'esecuzione della pena capitale (art. 2, 2° comma).

In ragione del sistema elettorale non più proporzionale (segnala però SCHIAFFO, *La ne-*

mente da escludersi³⁵: l'averne disposto la *soppressione* (in luogo dell'ordinaria abrogazione) sta a significare proprio «la volontà di eliminare la pena di morte in modo sostanzialmente definitivo dal nostro ordinamento costituzionale»³⁶. Argomentazioni giuridiche a sostegno dell'irreversibilità della scelta abolizionista non sono, peraltro, mancate in dottrina: il richiamo ad un'implicita «clausola di non regresso», che precluderebbe la reintroduzione di modifiche alla Parte I della Costituzione comportanti un arretramento nella protezione dei diritti fondamentali³⁷; la saldatura tra il divieto della pena capitale e il «valore supremo della dignità umana» indisponibile anche al legislatore costituzionale³⁸.

Il nuovo 4° comma dell'art. 27 Cost. taglia gordianamente anche tutti i nodi legati alla particolare tecnica abrogativa adoperata dalla legge n. 589 del 1994 che, al fine di evitare pericolose omissioni normative, escludeva riferimenti espliciti a disposizioni specifiche (con un'unica eccezione)³⁹: un caso di abrogazione *innominata*, dunque, che non riusciva però a rimuovere dall'ordinamento l'intera disciplina giuridica della pena

cessità di un omicidio, cit., p. 248) anche la revisione costituzionale dell'art. 27, 4° comma, risulterebbe in realtà «sposta al pericolo di ulteriori ripensamenti».

³⁵ È chiaro il significato definitivamente abolizionista attribuito alla l. cost. n. 1 del 2007 dai parlamentari che l'hanno approvata: «la costituzionalizzazione del principio di abolizione rende impossibile per il futuro di potere reintrodurre la pena di morte sotto qualsiasi forma nel nostro ordinamento giuridico. Questo è il significato concreto di questo provvedimento» (sen. Saporito, Assemblea, seduta 7 marzo 2007, n. 120). In senso analogo gli interventi degli on. Betta (Commissione IV, seduta 1 agosto 2006), Adenti (Assemblea, seduta 9 ottobre 2006, n. 49), Nicchi e D'Elia (Assemblea, seduta 10 ottobre 2006, n. 50), Forlani (Assemblea, seduta 19 aprile 2007, n. 147).

³⁶ SALERNO, *Un ampio consenso in Parlamento*, cit., p. 19.

³⁷ L. CIAURRO, *Le modifiche (interrotte) alla prima parte della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 360.

³⁸ MAGRO, *Pena di morte*, cit., p. 456. Spingendo oltre il segno l'interpretazione per valori, già con riferimento alla l. n. 589 del 1994 si era parlato di irretrattabilità della scelta abolizionista, costituendo «il dato di integrazione del processo di graduale rafforzamento del carattere di inviolabilità della vita»: l'opzione della via legislativa ordinaria si spiegherebbe proprio perché «svolgimento di un valore su cui si regge l'intero assetto costituzionale» (I. NICOTRA, *«Vita» e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997, pp. 157-159).

³⁹ Art. 1: «1. Per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, la pena di morte è abolita ed è sostituita dalla pena massima prevista dal codice penale. 2. Sono abrogati l'articolo 241 del codice penale militare di guerra e tutte le disposizioni dello stesso codice e delle leggi militari di guerra che fanno riferimento alla pena di morte».

L'art. 241 cit. disciplinava la possibilità del comandante di corpo di ordinare la pena capitale al di fuori di un regolare processo: è la c.d. coercizione diretta, «un'ipotesi mascherata di pena di morte applicata in assenza di qualsiasi garanzia giurisdizionale» (GOISIS, *La revisione dell'articolo 27*, cit., p. 3).

di morte⁴⁰. Quel residuo di disciplina, posto ora davanti alla legge costituzionale n. 1 del 2007, non avrebbe futuro alcuno, destinata certamente all'annullamento – previa impugnazione incidentale – per mano del Giudice delle leggi.

4. *La recuperata coerenza interna alla trama costituzionale*

La clausola di salvaguardia della pena capitale, prevista nell'originario 4° comma dell'art. 27, rappresentava un *non sequitur* all'interno della trama costituzionale: di ciò il dibattito parlamentare che conduce all'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2007 rivela piena consapevolezza⁴¹. Vediamo sotto quali profili.

Di tutta evidenza era la contraddizione interna al medesimo 4° comma dell'art. 27 Cost., tra la regola affermata e l'inglobata eccezione⁴²: il divieto di pena di morte si fonda sul rispetto del diritto alla vita, che la deroga prevista per i casi di cui alle leggi militari di guerra subordinava ad altro bene giuridico evidentemente più degno di tutela (ma qual è?). Né si trattava di un ragionevole punto di equilibrio tra beni costituzionali antinomici, per la semplice ragione che il diritto alla vita veniva azzerato *in toto*⁴³ e l'esito di un'operazione di bilanciamento non può mai tradursi nel totale sacrificio di un principio a favore dell'altro.

Altrettanto evidente era la contraddizione interna all'originario art. 27 Cost., tra il finalismo della pena prescritto nel suo 3° comma e l'ecce-

⁴⁰ Di «scelta tecnicamente discutibile» parla, non a torto, NUNZIATA, *Scompare del tutto la pena di morte*, cit., p. 158, per l'inevitabile incertezza dell'estensione della portata abrogativa della legge e per l'attribuzione al giudice (e non al legislatore) della relativa valutazione in una materia cruciale quale il sistema sanzionatorio in tempo di guerra. Specifici inconvenienti sistematici, legati all'abrogazione tacita operata dalla l. n. 589 del 1994, sono segnalati da PADOVANI, *L. 13/10/1994 n. 589*, cit., pp. 372-373 e SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio*, cit., pp. 245-246, con particolare riferimento alla sopravvivenza dell'art. 183 c.p.m.g. (poi fatto oggetto di abrogazione espressa dall'art. 2, 1° comma, lett. h), l. 31 gennaio 2002, n. 6).

⁴¹ Di un vero e proprio «refuso» parla il sen. Divina (Assemblea, seduta 7 marzo 2007, n. 120). In altri interventi parlamentari ricorrono espressioni come «intrinseca contraddizione», «antinomia», «passaggio incoerente», «intimo contrasto».

⁴² Come efficacemente argomenta COLETTA, *Identità europea, pena di morte*, cit., p. 58 nota 71.

⁴³ *Ivi*, p. 62. *A fortiori*, andranno rigettate quelle interpretazioni della l. 13 febbraio 2006, n. 59, di riforma della scriminante della legittima difesa, che antepongono al diritto alla vita dell'aggressore la tutela del domicilio e dei beni materiali dell'agredito: anche in tali casi, si tratta di bilanciamenti irragionevoli da respingere, per impedire che «la pena di morte si incunei tra gli interstizi dell'ordinamento» (P. VERONESI, «*Fine pena: morte*». *Le basi costituzional-democratiche della scelta abolizionista*, in *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini, Milano, 2009, p. 466).

zione alla regola del suo 4° comma: le pene devono tendere «alla rieducazione ed a dare la possibilità ad ogni persona, che abbia subito e scontato una condanna, anche molto grave, di reinserirsi nella società e ciò, ovviamente, con la pena di morte non è mai possibile»⁴⁴. Il principio secolarizzato del finalismo rieducativo della pena (che, in quanto testualmente previsto nel dettato costituzionale, non può *mai* essere *integralmente* sacrificato) è espressione di un'opzione abolizionista, di cui offre la più razionale giustificazione⁴⁵. Tale principio costituzionale era invece negato in radice dalla pena capitale, la quale realizza nella massima misura la prevenzione speciale e assolutizza il profilo retributivo della sanzione penale, rendendo così impossibile qualunque risocializzazione del reo, dato che «la morte non potrebbe mai realizzare un programma di rieducazione o di reinserimento»⁴⁶.

C'è dell'altro. Il Consiglio d'Europa è giunto a bandire dal proprio ordinamento la pena capitale al termine di un'evoluzione che ha preso il via da un assunto (giurisprudenziale): le circostanze dell'esecuzione della pena di morte non devono essere tali da costituire un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 della CEDU⁴⁷. Analogamente, si ri-

⁴⁴ On. Boato, Assemblea, seduta 9 ottobre 2006, n. 49. Anche ad ammettere che la pena capitale eserciti una funzione di emenda, inducendo il condannato «a rimeditare sui suoi precedenti criminosi e a pentirsi» (IANNOTTA, *Morte (pena di)*, cit., p. 945), l'incompatibilità resta comunque: la funzione rieducativa costituzionalmente imposta mira infatti alla risocializzazione del soggetto, «ossia al suo recupero sociale» (COLETTA, *Identità europea, pena di morte*, cit., p. 60) ed «è solo diacronicamente che l'emendabilità del condannato potrà essere davvero accertata» (VERONESI, «*Fine pena: morte*», cit., p. 463).

⁴⁵ Se per COLETTA, *Identità europea, pena di morte*, cit., p. 60, «il terzo comma dell'art. 27 si pone quindi come premessa teorica alla prima disposizione del comma successivo», analogamente per A. GIGANTE, *Oltre la moratoria. La pena di morte nel terzo millennio. Foggia, 9 maggio 2008*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2008, n. 3, p. 1253, il divieto di pena di morte «è «figlio» dell'art. 27, comma 3» Cost.

L'inconciliabilità della pena capitale con il principio rieducativo della sanzione è un *topos* in dottrina, anche la più scettica: *ex plurimis*, cfr. BOBBIO, *Contro la pena di morte*, cit., p. 195, MAGRO, *Pena di morte*, cit., pp. 450-452, G.D. PISAPIA, *Il problema della pena di morte e la sua attualità*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1449.

⁴⁶ Così, icasticamente, MAGRO, *Pena di morte*, cit., p. 457.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, sentenza 7 luglio 1989, (su cui, *infra*, nota 84). Sulla scelta abolizionista della CEDU (e dell'UE) si rinvia ai paragrafi 8 e 9.

Analogamente, nel dibattito statunitense, ci si interroga sulla legittimità (se non della pena di morte in sé, almeno) di talune modalità di esecuzione capitale, in relazione al divieto di «*cruel and unusual punishments*» sancito nell'VIII emendamento della Costituzione americana: da ultima, la Corte Suprema, 16 aprile 2008, *Blaze v. Rees* (553 US), ha escluso tale incompatibilità con riferimento alla pena di morte mediante iniezione letale (cfr. P. PASSAGLIA, *La pena non condannata: la morte resta, in linea di principio, una pena non crudele né inusuale*, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 483 ss.). Per una ricostruzione del dibattito e della giurisprudenza sta-

velava problematica la coesistenza nell'originario art. 27 Cost. tra l'eccezione al divieto della pena capitale (4° comma) ed il principio secondo il quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (comma 3)⁴⁸.

In ultima analisi, la praticabilità della pena di morte entrava in rotta di collisione con l'impianto complessivo del sistema di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Repubblica. È la stessa giurisprudenza costituzionale a saldare il divieto della pena capitale con l'art. 2 Cost., nel nome dell'assoluta garanzia del bene giuridico della vita⁴⁹: esigenze di coerenza sistematica ed assiologica, dunque, avrebbero imposto *ab origine* quale unica opzione possibile la totale ed incondizionata abolizione della pena di morte⁵⁰. Ecco perché la clausola di salvaguardia della pena capitale rappresentava una «distorcente norma costituzionale interna»⁵¹; ecco perché «solo la revisione del testo costituzionale ha consentito di eliminare queste contraddizioni e soprattutto la inaccettabile antinomia fra tale disposizione e il resto del dettato costituzionale»⁵².

5. *Pena di morte e missioni militari italiane all'estero: un problema finalmente risolto alla radice*

Gli effetti tutt'altro che simbolici della legge costituzionale n. 1 del 2007 si colgono anche altrove. Ai sensi dell'art. 9 c.p.m.g. sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, tutti i corpi di spedizione all'estero impegnati in operazioni militari, nonché il relativo personale di comando, di controllo e di supporto. Si tratta, dunque, di personale esposto alla pena di morte, irrogabile con sentenza di condanna – emessa dai tribunali militari di guerra costituiti presso i corpi di spedizione – avente esecutività immediata, prescindendo da ogni motivo di gravame⁵³. Siamo in presenza di una traslazione legislativa automatica in occasione delle non infrequenti missioni di *peace-keeping*, cui si

tunitense in tema, vedi ora F.E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Bologna, 2009.

⁴⁸ Salvo non ritenere che il Costituente intendesse, in tal modo, escludere solo talune *modalità esecutive* della pena di morte comportanti brutalità fisiche e psichiche: l'ipotesi è avanzata – se non intendo male – da PALAZZO, *Pena di morte e diritti umani*, cit., p. 772.

⁴⁹ Cfr. sentenza n. 233/1996 (sulla quale vedi, *infra*, par. 6).

⁵⁰ SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio*, cit., p. 1139.

⁵¹ CIAURRO, *Le modifiche (interrotte)*, cit., p. 358.

⁵² GOISIS, *La revisione dell'articolo 27*, cit., p. 7.

⁵³ *Ex art. 290 c.p.m.g.*, diversamente dalle sentenze di condanna a morte emesse dai tribunali militari di guerra nel territorio dello Stato, esecutive solo quando passate in giudicato.

è cercato inizialmente di porre rimedio – «proprio al fine di scongiurare l'applicazione della sanzione capitale»⁵⁴ – derogandovi mediante decretazione d'urgenza⁵⁵. Problemi non dissimili si potevano porre sia nell'impiego delle forze armate in funzione di ordine pubblico interno⁵⁶, sia nell'ambito degli accordi di cooperazione nel campo della difesa⁵⁷.

In tutte queste ipotesi «la realtà si vendicava»⁵⁸, attestando la concreta e drammatica pericolosità della clausola di salvaguardia della pena capitale prevista originariamente in Costituzione. Una soluzione ordinamentale s'imponesse, e fu individuata nella scelta abrogativa della legge n. 589 del 1994. Soluzione, tuttavia, sempre reversibile: un successivo intervento normativo di rango primario (anche governativo) poteva resettare l'ordinamento alla situazione normativa precedente, reintroducendo così la possibilità di irrogare ed eseguire la pena capitale (anche) ai contingenti militari italiani impegnati oltreconfine.

È solo con la legge costituzionale n. 1 del 2007 che il problema viene finalmente reciso alla radice: il passaggio dall'abrogazione legislativa alla radicale cancellazione dall'art. 27 Cost. della pena capitale configura una scelta abolizionista inequivoca e non più precaria perché, ora,

⁵⁴ E. SCORZA, *L.C. 2.10.2007 n. 1. Modifica all'art. 27 della Costituzione concernente l'abolizione della pena di morte*, in *Leg. pen.*, 2008, n. 2, p. 129.

⁵⁵ Ignorato giuridicamente in occasione della spedizione militare in Libano (1982), il problema viene affrontato – talvolta con scarsa perizia normativa – ricorrendo alla decretazione d'urgenza nelle successive operazioni militari nel Golfo Persico (1988), in Iraq (1990), in Somalia ed in Mozambico (1993) nei Balcani (1999), in Afghanistan (2001): cfr. P. PITTARO, *Quale codice penale per le spedizioni militari all'estero?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 1436-1437 (ed *ivi*, in nota 3, i relativi estremi normativi, cui *adde* d.l. 1 dicembre 2001, n. 421). Va peraltro segnalato che con l. 4 agosto 2006, n. 247, è stato infine disposto (*ex art. 2, 26° comma*) l'applicazione del c.p.m.p. a tutte le missioni oggetto di proroga, comprese quelle cui era stato applicato il c.p.m.g.

Per una sintetica ma aggiornata riflessione sulla normativa applicabile alle attuali missioni militari all'estero e sulle proposte *de jure condendo*, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Un nuovo codice penale per le missioni militari*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 novembre 2010; C.F. FERRAJOLI, *La proposta governativa di un codice penale delle missioni militari all'estero*, in *www.associazioneeitalianadeicostituzionalisti.it*, 1 marzo 2011.

⁵⁶ Il problema si è posto – teoricamente – per il ricorso alle forze armate in Sicilia, nel quadro delle azioni di contrasto alla mafia e alla criminalità organizzata, ai sensi del d.l. 25 luglio 1992, n. 349, convertito in l. 25 settembre 1992, n. 386: cfr. M. NUNZIATA, *Ai militari impegnati a contrastare la criminalità organizzata si deve applicare la legge penale militare di guerra?*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1307 ss.

⁵⁷ Il riferimento è ai c.d. Sofas [*Status of Force Agreements*], accordi internazionali (stipulati anche dall'Italia) volti a disciplinare il regime giuridico e amministrativo applicabile al personale militare e civile inviato da uno Stato a prestare servizio nel territorio di altro Stato: cfr. U. MONTUORO, *Giurisdizione e pena di morte negli accordi della difesa*, in *Riv. studi pol. int.*, 2008, n. 2, p. 228 ss.

⁵⁸ G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 9.

garantita dalla rigidità costituzionale. Soppressa così la clausola derogatoria dell'art. 27, 4° comma, Cost., nulla osta – sotto il profilo sanzionatorio – alla traslazione legislativa *ex art. 9 c.p.m.g.*, essendosi ormai stabilito definitivamente che le leggi militari di guerra «non possono mai essere in contrasto con il diritto fondamentale alla vita e all'esistenza di una persona»⁵⁹.

6. *Il divieto di estradizione passiva verso Paesi che contemplan la pena di morte*

Il divieto di pena di morte s'impone con tutta la sua efficacia quando lo Stato italiano riceve, da parte di uno Stato estero, la richiesta di consegna di un soggetto imputato per un reato ivi punito con la pena capitale. Richiesta che va respinta al mittente. È stata la giurisprudenza costituzionale a rimodulare le dinamiche dell'extradizione passiva, antepo- nendo alle esigenze della cooperazione giudiziaria interstatale il diritto alla vita dell'estraddando, italiano o straniero che sia: dapprima con la sentenza n. 54/1979⁶⁰, successivamente con la sentenza n. 233/1996⁶¹, entrambe ampiamente indagate in dottrina.

Colpisce, rileggendo le due pronunce, la risolutezza dei giudici costituzionali nel voler arrivare ad affermare il valore inderogabile del divieto della pena capitale anche nei rapporti bilaterali tra Stati.

La si coglie, innanzitutto, nella loro volontà di decidere *nel merito* le questioni sollevate, scavalcando tutte le relative pregiudiziali di inammissibilità (tante e di spessore)⁶²: come se, data la posta in gioco, fosse deci-

⁵⁹ On. D'Alia, Assemblea, seduta 10 ottobre 2006, n. 50.

⁶⁰ Con la quale viene dichiarato incostituzionale il r.d. 30 giugno 1870, n. 5726, regolante l'extradizione fra l'Italia e la Francia, nella parte in cui consente che vengano estradate persone imputate di reati sanzionati dall'ordinamento dello Stato richiedente con la pena di morte.

⁶¹ Con la quale viene dichiarato incostituzionale l'art. 698, 2° comma, c.p.p. e la l. 26 maggio 1984, n. 225, regolante l'extradizione tra l'Italia e gli Stati Uniti, nella parte in cui dà esecuzione all'art. IX del relativo trattato firmato a Roma il 13 ottobre 1983. Sul piano ordinamentale, la sentenza n. 233/1996 «rimette in discussione il sistema, in uso nella prassi internazionale, di subordinare l'extradizione alla concessione di assicurazioni di non esecuzione o di non applicazione della pena capitale previste nella legislazione dello Stato richiedente» (C. DI PAOLO, *I riflessi internazionali del caso Venezia*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 496).

⁶² Sui problemi di ammissibilità aggirati nella sentenza n. 54/1979 si rinvia a G. CARELLA, *L'extradizione passiva nei trattati internazionali e il divieto costituzionale della pena di morte*, in *Riv. dir. int.*, 1981, pp. 272-279; R. D'ALESSIO, *Decreti reali in materia di estradizione*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 415 ss. Quanto alle eccezioni processuali superate nella sentenza n. 233/1996 si rinvia ai contributi di G. DELLA CANANEA, *Il giudice amministrativo come giudice di diritti soggettivi*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, p. 30 ss.; P. GAETA, *Extradizione e diritti fon-*

sivo cogliere l'occasione di giudici *a quibus* finalmente sensibili all'operatività *erga omnes* del divieto sancito dall'art. 27, 4° comma, Cost.⁶³.

È una risolutezza che emerge anche dall'assenza di preoccupazione per le conseguenze derivanti dalle due declaratorie d'incostituzionalità, sul piano della politica estera e della responsabilità internazionale dell'Italia. Per un verso, infatti, entrambe le sentenze rendono inapplicabili (e dunque da rinegoziare alla luce del principio affermato dalla Corte costituzionale) le numerose convenzioni bilaterali che prevedevano l'estradabilità per reati puniti con la pena di morte⁶⁴, anche se inclusive di apposite clausole di tutela per l'estradando⁶⁵. Per altro verso, il divieto di estradizione verso la Francia e verso gli Stati Uniti, imposto dal giudicato costituzionale fino ad apposita rinegoziazione dei relativi trattati bilaterali, configurava un inadempimento ad obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano, chiamato dunque a risponderne⁶⁶.

Tra l'una e l'altra pronuncia gli orientamenti della Corte costituzionale maturano, radicalizzandosi. Alla fine, è il carattere *assoluto* della garanzia costituzionale interna espressa dalla regola dell'art. 27, 4° comma, Cost. ad essere assunto quale punto prospettico privilegiato per la risolu-

damentali nel «caso Venezia», in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3551-3555; M. NUNZIATA, *Sull'assoluto difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine al decreto ministeriale di autorizzazione all'estradizione*, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 481 ss.

⁶³ M.R. MARCHETTI, *Estradizione e pena di morte: cent'anni di polemiche*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1041. All'epoca, secondo la Cassazione penale, «l'inammissibilità della pena di morte si riferisce esclusivamente all'ordinamento italiano e non può avere rilevanza nei rapporti internazionali qualora non sia espressamente richiamata nel relativo trattato di estradizione» (Cass., sez. I pen., 22 novembre 1977, in *Giust. pen.*, 1978, II, p. 221; Cass., sez. I pen., 9 maggio 1977, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1466, con nota di T. DELOGU, *Delitti punibili con la pena di morte ed estradizione passiva*).

Una ricostruzione dei contrasti giurisprudenziali tra Corti d'appello e Cassazione penale anteriori alla sentenza costituzionale n. 54/1979 si può leggere in D. STRIANI - G. PIZZICOLI, *Estradabilità dall'Italia per reati punibili all'estero con la pena di morte*, in *Giust. pen.*, 1980, III, pp. 53-55. Più lenta e timida si rivelava la riflessione dottrinale, come riassume P. PISA, *Reati puniti con la pena di morte e collaborazione internazionale: la ricerca di una soluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1035 ss.

⁶⁴ Così dopo la sentenza n. 54/1979: cfr. G. SALVINI, *Delitti punibili con la pena di morte ed estradizione dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 225 (che, in nota 29, fa alcune esemplificazioni).

⁶⁵ Così dopo la (ancor più radicale) sentenza n. 233/1996: esemplificazioni in V. DELICATO, *Diritti assoluti e garanzia di non applicazione della pena di morte nell'estradizione*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1936.

⁶⁶ Cfr. sul punto, con riferimento alla sentenza n. 54/1979, CARELLA, *L'estradizione passiva nei trattati internazionali*, cit., p. 284 e, con riferimento alla sentenza n. 233/1996, DELICATO, *Diritti assoluti e garanzia*, cit., p. 1935; GAETA, *Estradizione e diritti fondamentali*, cit., pp. 3559-3560.

zione dei dubbi di legittimità⁶⁷: tale assolutezza – per citare la sentenza n. 233/1996 – «incide sull'esercizio delle potestà attribuite a tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento repubblicano, e nella specie su quelle potestà attraverso cui si realizza la cooperazione internazionale ai fini della mutua assistenza giudiziaria»⁶⁸. Attraverso «un'interpretazione *magis ut valeat*»⁶⁹ dell'originario art. 27, 4° comma, Cost., s'impone dunque la tesi del valore universale del principio abolizionista.

Ma se così è, la legge costituzionale n. 1 del 2007, *a fortiori*, consolida tale giurisprudenza, assolutizzandone ulteriormente i corollari operativi.

In ambito continentale trova così giustificazione – oggi più di ieri – la riserva apposta dall'Italia, all'atto della firma, all'art. 11 della Convenzione europea in tema di estradizione, a tenore della quale «*il governo italiano dichiara che in nessun caso accorderà l'estradizione per reati che la legge della Parte richiedente punisca con la pena capitale*»⁷⁰. Non tutti gli Stati parte della citata convenzione hanno giuridicamente abolito la pena capitale: dunque, le conseguenze concrete di quella riserva non si sono ancora esaurite. A suo tempo quella scelta italiana (e il principio cui risultava tributaria) venne criticata per la sua eccessiva rigidità, in quanto preclusiva di *qualsiasi* cooperazione giudiziaria e per l'assimilazione – ai fini del divieto di estradizione – tra paesi non abolizionisti e paesi abolizionisti *de facto*⁷¹. Obiezioni oggi precluse, alla luce della riforma costituzionale del 2007.

Riforma che impone anche un'interpretazione sistematica tra il principio abolizionista ora introdotto in Costituzione e quanto disposto dalla

⁶⁷ Così nella sentenza n. 233/1996, diversamente da quanto accadeva nella sentenza n. 54/1979 dove, in un controverso *obiter dictum*, sembrava ritenersi conforme a Costituzione il meccanismo delle sufficienti assicurazioni offerte dal Paese richiedente.

Che il punto prospettico interno faccia premio su tutto è affermazione condivisa nei commenti dedicati alla vicenda in esame: cfr., ad esempio, G. DI CHIARA, *Osservazioni a Corte costituzionale, sentenza 27 giugno 1996, n. 223*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2586 ss.; G. DIOTALLEVI, *Esclusa l'estradizione per i reati puniti con la pena di morte*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3266; M. PALMIERI, *Trattati di estradizione e pena di morte*, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2063.

⁶⁸ Cons. dir., punto 5. La formula delle «sufficienti assicurazioni» si rivela incostituzionale proprio «perché il divieto contenuto nell'art. 27, 4° comma, Cost., e i valori ad esso sottostanti – primo fra tutti il bene essenziale della vita – impongono una garanzia assoluta» che invece «viene infirmata dalla presenza di una norma che demanda a valutazioni discrezionali, caso per caso, il giudizio sul grado di affidabilità e di effettività delle garanzie accordate dal Paese richiedente» (*ivi*).

⁶⁹ E. BETTINELLI, *Pena di morte, Stato di principi, Stato di valori*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 834.

⁷⁰ Convenzione europea del 13 dicembre 1957 in tema di estradizione, resa esecutiva con l. 30 gennaio 1963, n. 300. La riserva citata si può leggere in G.U., 23 marzo 1963, n. 84.

⁷¹ Cfr., per la prima obiezione, DI PAOLO, *I riflessi internazionali*, cit., p. 501 e, per la seconda obiezione, SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio*, cit., p. 1134.

legge costituzionale n. 1 del 21 giugno 1967⁷². Esigenze di coerenza con quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale in tema di cooperazione giudiziaria e pena di morte inducono infatti a concordare con chi, in dottrina, esclude la possibilità di estradizione *anche* per il delitto di genocidio, se punito con la pena capitale nello Stato richiedente⁷³.

Più in generale, la nuova formulazione dell'art. 27, 4° comma, Cost. costringe a rinegoziare le clausole dei trattati bilaterali di estradizione sottoscritti dall'Italia, ben al di là del meccanismo delle c.d. «sufficienti assicurazioni» offerte dal paese richiedente, già ritenuto illegittimo dalla Corte costituzionale⁷⁴. Vietando la pena di morte *tout court*, la nostra Costituzione è contraria certamente all'*esecuzione* della pena capitale ma, prima ancora, anche alla sua *inflizione*, che ne rappresenta il prodromo processuale. Ecco perché l'unico meccanismo ora consentito andrà costruito attorno ad un automatismo: la commutazione *ex ante* della pena capitale in altra pena detentiva⁷⁵. Analoga trama normativa dovrà presentare la disposizione da introdursi nel c.p.p. destinata a valere in caso di estradizione non disciplinata da alcuna convenzione, regionale o bilaterale.

Nel frattempo, al giudice italiano «basta sapere che la legislazione estera prevede [la pena di morte] per trovarsi automaticamente vincolato a respingere la richiesta dell'extradizione»⁷⁶. E così di regola accade nella

⁷² È noto che – ai sensi degli ultimi commi degli articoli 10 e 26 Cost. – il divieto di estradizione è costituzionalmente previsto per i delitti politici. La l. cost. n. 1 del 1967 dà attuazione a quanto previsto all'art. 7 della Convenzione internazionale del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, affermando che «l'ultimo comma dell'art. 10 e l'ultimo comma dell'art. 26 della Costituzione non si applicano ai delitti di genocidio».

⁷³ NICOTRA, «*Vita*» e sistema dei valori, cit., pp. 171-174.

⁷⁴ Laddove la sentenza n. 233/1996 rimuove dall'ordinamento (anche) l'art. 698, 2° comma, c.p.p. L'esito è paradossale: il venir meno «di qualunque norma che, in termini espliciti, ponga limiti alla possibilità di estradizione per reati punibili con la pena di morte secondo la legge dello Stato estero» (come subito rilevato da V. GREVI, *Il divieto costituzionale della pena capitale impone «garanzia assoluta» in sede di estradizione*, in *Guida dir.*, 1996, n. 28, p. 74, che parla conseguentemente di «una vera e propria lacuna nel sistema», peraltro mai colmata dal legislatore).

⁷⁵ Cfr. PISA, *Reati puniti con la pena di morte*, cit., p. 1038 (che ipotizza la commutazione con la pena detentiva prevista per il medesimo reato dalla legge italiana); GREVI, *Il divieto costituzionale della pena capitale*, cit., pp. 72-74 (che prospetta la sostituzione con la pena detentiva più grave prevista dalle leggi dello Stato estero richiedente). Per un esempio di convenzione bilaterale di estradizione in linea con il nuovo art. 27, 4° comma, Cost. cfr. M. PISANI, *Postilla. A proposito della pena di morte nel trattato di estradizione Italia-Perù*, in *Id.*, *Italia-Stati Uniti. Cooperazione in materia penale*, Milano, 2007, pp. 171-172.

⁷⁶ A. TENCATI, *Condanna a morte e divieto dell'extradizione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, p. 519.

giurisprudenza⁷⁷. Non sempre però: il riferimento è alle pericolose soluzioni interpretative accolte in due decisioni della Cassazione penale del 1998⁷⁸ e del 2005⁷⁹; il riferimento è anche alla dinamica del «caso Cipriani»⁸⁰. Sono eccezioni giurisprudenziali che vanno guardate con grande preoccupazione: aggirando il divieto di estradizione laddove si configuri (anche potenzialmente) lo spettro dell'esecuzione capitale nel paese richiedente⁸¹, esse finiscono per affievolire la scelta abrogazionista sottostante, oggi elevata a principio costituzionale non derogabile.

⁷⁷ Cfr. Cass. pen., 2 ottobre 2006, n. 33980 (richiesta d'extradizione della Bielorussia), in *D&G*, 2006, n. 39, p. 73 (con nota di C. CORATELLA, *Sulla pena di morte l'Italia non transige. Ecco perché scatta il no all'extradizione*, *ivi*, p. 59); Cass. pen., 3 marzo 2000, n. 117 (richiesta d'extradizione della Cina), in *Riv. pen.*, 2000, p. 903. Vedi ora la ricognizione giurisprudenziale compiuta da L. VIOLA, *Il giudice amministrativo italiano e la pena di morte*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 83 ss.

È solo il caso di segnalare che la mancata estradizione implica la celebrazione del processo in Italia, in ottemperanza all'art. 9, 3° comma o all'art. 10, 2° comma, c.p.

⁷⁸ Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 1998, n. 1, in *Giur. it.*, 1999, p. 1287, che concede l'extradizione verso la Bosnia-Erzegovina perché la relativa Costituzione – *ex art. 11, 2° comma*, che rinvia alla CEDU e, implicitamente, al suo Sesto protocollo – ha introdotto il divieto di pena di morte, ancora prevista invece nel c.p.: «Attraverso l'interpretazione di legge nell'ambito della gerarchia delle fonti, la Cassazione recupera il metodo della valutazione in termini concreti ed effettivi delle garanzie offerte in sede di cooperazione internazionale» (così R. OGGIONI, *Estradizione e pena di morte*, *ivi*, p. 1288, che vede in tale opzione ermeneutica il tentativo di ridimensionare il massimalismo della sentenza costituzionale n. 233/1996).

⁷⁹ Cass. pen., sez. VI, 19 settembre 2005, n. 35069, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2883 (con *Osservazioni* di E. APRILE), che concede l'extradizione verso il Connecticut, la cui legislazione non punisce con la pena di morte il reato per il quale la richiesta è stata avanzata, nonostante l'eccezione dell'extradando circa il fatto che i suoi complici – già processati negli Stati Uniti – fossero stati condannati alla pena capitale. Secondo la Cassazione, infatti, è da escludersi il temuto mutamento d'imputazione in altra per la quale è prevista la pena di morte, posto l'obbligo per lo Stato di attenersi al Trattato tra Italia e U.S.A., che vieta di detenere, giudicare o punire – nel Paese richiedente – la persona estradata per un reato diverso da quello per il quale l'extradizione è stata concessa.

⁸⁰ Cfr. Tar Lazio-Latina, 9 ottobre 2006, n. 1046, in *Foro amm.*, 2006, n. 10, 3266 (che annulla il decreto di estradizione) e Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286, *ivi*, 2007, n. 6, 1792 (che riforma la decisione del Tar, accogliendo il ricorso del Guardasigilli Mastella), relative al trattato bilaterale con gli Stati Uniti. L'extradizione è poi avvenuta il 13 luglio 2007. Sul caso si è pronunciata anche la Corte EDU, sez. II, 30 marzo 2010, n. 22142, *Cipriani c. Italia*, dichiarando il ricorso irricevibile (siccome infondato).

Per una ricostruzione del «caso Cipriani» si può rinviare a GIGANTE, *Oltre la moratoria*, cit., p. 1253; M. PISANI, *Ancora su estradizione e pena di morte nei rapporti tra Italia e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1238-1241; ID., *Il «caso Cipriani»: l'extradizione verso gli Stati Uniti*, *ivi*, pp. 1555-1557. Severamente critico è il commento di G. VASSALLI, *Pena di morte e richiesta di estradizione. Quando il ministero scavalca la Consulta*, in *D&G*, 2006, n. 22, p. 76 ss., che conclude ricordando come il Ministro di giustizia non disponga del potere «di reintrodurre in un suo decreto una norma di legge dichiarata costituzionalmente illegittima» (p. 80).

⁸¹ Significativa, in tal senso, è la circostanza che la l. 22 aprile 2005, n. 69, *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giu-*

7. *Il divieto di allontanamento dello straniero verso Paesi che contemplano la pena di morte*

Ciò che vale per l'extradizione *deve* valere anche per l'allontanamento dello straniero verso paesi non abolizionisti dove egli rischi la pena di morte. Il problema non è affatto ipotetico: l'assenza di tutela giurisdizionale nei casi di respingimento in alto mare con conseguente rimpatrio in Libia, come anche l'espulsione ministeriale o prefettizia sottratta ad adeguato controllo giurisdizionale, creano le condizioni perché accada (come è già accaduto) quanto sopra paventato⁸².

Già con la sentenza n. 54/1979 la Corte costituzionale ha riconosciuto l'operatività del divieto della pena capitale nell'ambito dei rapporti internazionali dell'Italia e nei confronti di *tutti* gli Stati. Ed è sempre con la medesima sentenza che la titolarità del diritto a non essere estradato verso uno Stato non abolizionista viene riconosciuta (anche) allo straniero⁸³.

Né serve obiettare che lo Stato italiano non sarebbe il diretto responsabile della pena di morte inflitta altrove, perché l'art. 27, 4° comma, Cost. vieta anche il *concorso indiretto* all'esecuzione capitale. Sul punto la giurisprudenza costituzionale è inequivoca⁸⁴: «Deve considerarsi lesivo della Costituzione che lo Stato italiano concorra all'esecuzione di pene che in nessuna ipotesi, e per nessun tipo di reati, potrebbero essere inflitte in Italia nel tempo di pace, se non sulla base di una revisione costituzionale»⁸⁵ (ora intervenuta, ma in senso radicalmente abolizionista).

gno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, si accontenti di «un serio pericolo» che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte (art. 18, 1° comma, lett. *b*) o di «gravi ragioni» per ritenere che la sua vita sarebbe messa in pericolo (art. 23, 3° comma) per rifiutarne ovvero sospenderne la consegna ad altro Stato membro.

⁸² Sul punto rinvio – anche per le opportune esemplificazioni – ad A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in A.I.C., *Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 333 ss. (spec. pp. 355-360 e pp. 378-381).

⁸³ «L'eguaglianza davanti alla legge [va] garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo [...] e tale è appunto il diritto alla vita, specificamente protetto – in sede penale – dall'art. 27, comma 4» Cost. (sentenza n. 54/1979, cons. dir., punto 6).

⁸⁴ Analogamente la Corte EDU, 7 luglio 1989, pronunciandosi nel caso *Soering c. Regno Unito*, ha affermato che l'extradizione che esponesse l'extradando al rischio di subire la sindrome del c.d. corridoio della morte configura una violazione dell'art. 3 CEDU e che «il semplice fatto che la violazione possa verificarsi in uno Stato terzo che non sia Parte contraente alla Convenzione, non esime lo Stato Parte contraente dalla responsabilità di avervi concorso consegnando il ricorrente allo Stato terzo» (A. BULTRINI, *Il caso Venezia di fronte alla Commissione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, n. 3, p. 582).

⁸⁵ Così ancora la sentenza n. 54/1979, poi ripresa nella sentenza n. 233/1996.

Si tratta di un principio che trova espressione anche altrove nel nostro ordinamento. Ad esempio, nel divieto di importazione di organi o tessuti da Stati la cui legislazione ne consenta la vendita e il prelievo da cadaveri di cittadini condannati a morte⁸⁶. O, ancora, nel divieto di importazione e di esportazione di strumenti utilizzabili per praticare la pena di morte (o la tortura o altri trattamenti inumani e degradanti)⁸⁷. O, infine, nella legge sul mandato di cattura europeo, laddove prevede il negato assenso ad estradizione successiva ad altro Stato membro qualora ricorrano gravi ragioni per ritenere che – a seguito della «triangolazione» – la consegna metterebbe in pericolo la vita della persona richiesta⁸⁸.

Va infine sottolineato che a vietare l'allontanamento dello straniero è sufficiente che nello Stato verso il quale è respinto egli *rischi* la pena capitale, «perché il divieto contenuto nell'art. 27, 4° comma, Cost. e i valori ad esso sottostanti – primo fra tutti il bene essenziale della vita – impongono una garanzia assoluta»⁸⁹. Come già in materia di estradizione, la questione va posta e risolta «*esclusivamente* dal punto di vista del nostro ordinamento costituzionale»⁹⁰, senza dare rilievo alcuno alla presenza o meno di sufficienti garanzie circa la non esecuzione della pena di morte nel Paese verso cui lo straniero è allontanato.

Il riformato art. 27, 4° comma, irrobustisce così l'aggancio costituzionale delle norme che già oggi esprimono tale divieto. Il riferimento è innanzitutto all'art. 19 della Carta di Nizza, a tenore del quale nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte (o alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti). Il rinvio è anche alla disciplina delle modalità di espulsione per via aerea, laddove si fa divieto di autorizzare o richiedere il transito dell'aeromobile se il cittadino di un

⁸⁶ Ex art. 19, 4° comma, l. 1 aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*.

⁸⁷ Ex art. 2, d.lgs. 12 gennaio 2007, n. 11, *Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1236/2005, concernente il commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti*.

Il problema si è posto, recentemente, con riferimento alla produzione da parte di una casa farmaceutica italiana di sodio tiopentale (c.d. Pentotal), barbiturico presente in tutti i protocolli di iniezione letale applicati in vari Stati americani: cfr. *Dossier «Commercio letale»*, a cura di Nessuno tocchi Caino e Reprieve, in www.nessunotocchicaino.it, 1 dicembre 2010. La vicenda, peraltro, ha avuto una conclusione addirittura più positiva di quanto auspicato dalla Camera dei deputati (*infra*, nota 97): cfr. *Hospira non produrrà più Pentotal. «Maiavalato uso farmaco per esecuzioni»*, ne *la Repubblica*, 21 gennaio 2011.

⁸⁸ Ex art. 26, 3° comma, l. 22 aprile 2005, n. 69.

⁸⁹ Sentenza n. 233/1996 (cons. dir., punto 5).

⁹⁰ GAETA, *Estradizione e diritti fondamentali*, cit., p. 3556 (corsivo non testuale).

Paese terzo corra il rischio di subire, nel Paese di destinazione o di transito, la pena di morte (oltre che la tortura o trattamenti inumani o umilianti)⁹¹. Il richiamo, infine, è al riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria internazionale a stranieri altrimenti esposti a un danno grave, quale la condanna a morte o l'esecuzione della pena di morte⁹².

8. *Contaminazioni proficue: l'esportazione del divieto della pena di morte all'interno di ordinamenti statali non abolizionisti*

La revisione dell'art. 27, 4° comma, Cost. si rivela produttiva di effetti rilevanti nel campo dei rapporti bilaterali, obbligando a «fondare o rifondare una grammatica delle relazioni internazionali», che elevi la questione della pena di morte e della sua abolizione a «*standard giuridico*»⁹³.

Già lo si è visto nell'ambito della cooperazione giudiziaria: rigettando ovvero sottoponendo a condizioni la richiesta di estradizione passiva perché contrastante con il divieto costituzionale assoluto di pena di morte, il principio abolizionista si trasferisce all'interno dell'ordinamento statale non abolizionista, introducendovi così una (proficua) contraddizione normativa⁹⁴. Si inseriscono in questo contesto di ridefinizione costituzionalmente orientata delle relazioni bilaterali con Stati non abolizionisti alcune recenti mozioni parlamentari, discusse e approvate alla Camera del deputati, concernenti iniziative per scongiurare (in particolare) l'esecuzione di Sakineh Mohammadi Ashtiani⁹⁵, come anche dell'ex Vicepresidente dell'Iraq Tareq Aziz⁹⁶, o volte a garantire la pro-

⁹¹ Ex art. 4, 4° comma, d.lgs. 25 gennaio 2007, n. 24, *Attuazione della direttiva 2003/110/CE, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea*.

⁹² Ex art. 14, 1° comma, lett. a), d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, (benché condizionato alla non sussistenza delle cause di cessazione e di esclusione di cui agli articoli 15 e 16).

⁹³ Così l'on. Allam, Assemblea, seduta 19 aprile 2007, n. 147. Vedi anche l'intervento dell'on. Evangelisti, Assemblea, seduta 9 ottobre 2006, n. 49.

⁹⁴ Così GIGANTE, *Oltre la moratoria*, cit., p. 1251, e SCHIAFFO, *La necessità di un omicidio*, cit., p. 1136. È una circostanza che trova proiezione processuale nel riconoscimento del Governo degli Stati Uniti d'America quale parte nel giudizio di costituzionalità poi definito con la sentenza n. 233/1996 (vedi, in particolare, cons. dir., punto 2).

⁹⁵ Mozione n. 1-00450, Zamparutti e altri (Camera, seduta mercoledì 6 ottobre 2010, n. 379).

⁹⁶ Mozione n. 1-00472, Mecacci e altri (Camera, seduta mercoledì 27 ottobre 2010, n. 389).

duzione e la vendita all'estero di sodio tiopentale esclusivamente per scopi medici⁹⁷.

Si tratta di una direttrice che varca i confini nazionali: l'esportazione del principio abolizionista all'interno di Stati che ancora mantengono la pena capitale è un obiettivo perseguito anche dalle organizzazioni sovranazionali dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa.

L'abolizione della pena di morte, infatti, è condizione necessaria per l'appartenenza e per l'adesione di nuovi Stati all'UE⁹⁸ ed è in tale ambito regionale che sono stati elaborati, e vengono sottoposti a revisione periodica triennale, gli «Orientamenti per una politica dell'UE nei confronti dei paesi terzi in materia di pena di morte»⁹⁹.

Anche il Consiglio d'Europa¹⁰⁰ impone ai propri Stati membri una moratoria immediata della pena capitale e la ratifica in tempi brevi (almeno) del Protocollo n. 6 alla CEDU¹⁰¹. Nel medesimo ambito regionale sono state proposte sanzioni nei confronti di quei paesi (Stati Uniti, Giappone) che godono dello *status* di osservatori presso il Consiglio d'Europa e ancora mantengono e infliggono la pena di morte¹⁰².

In una dimensione ordinamentale ancora più vasta, è rintracciabile un'eguale orizzonte di senso nell'esclusione della comminazione (prima ancora della esecuzione) della pena di morte dal novero delle sanzioni contemplate negli statuti dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* per i

⁹⁷ Mozione n. 1-00508, Zamparutti e altri (Camera, seduta giovedì 25 novembre 2010, n. 402).

⁹⁸ A far data almeno dalla dichiarazione di principio sull'abolizione della pena di morte allegata al Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 2007. Oggi, secondo la Carta di Nizza, «nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato» (art. 2, 2 comma).

⁹⁹ Adottati dal Consiglio dell'Unione il 29 giugno 1998, tali *Orientamenti* si prefiggono alcuni obiettivi, facenti parte integrante della politica dell'UE in materia di diritti umani: adoperarsi in vista dell'abolizione universale della pena di morte; chiedere che la sua applicazione nei paesi non abolizionisti sia progressivamente limitata; insistere affinché venga comminata ed eseguita nel rispetto di norme minime (poi dettagliate al capitolo III). Gli *Orientamenti* tracciano inoltre le diverse iniziative ed azioni (di carattere generale, su casi individuali, in consessi multilaterali) operativamente necessarie per conseguire gli obiettivi prefissati.

¹⁰⁰ Come stabilito, per la prima volta, nella risoluzione 1044 (1994) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

¹⁰¹ Nel tempo l'asticella si collocherà ancora più in alto: infatti «una volta accettati da tutti gli Stati parte della CEDU, i più stringenti obblighi scaturenti dal Protocollo n. 13 rappresenteranno la nuova frontiera del Consiglio d'Europa in materia di pena di morte, ponendosi essi stessi quale requisito ineludibile per l'ammissione di nuovi Stati» (A. SACCUCCI, *L'abolizione della pena di morte in tempo di guerra nel Protocollo n. 13 alla Convenzione europea*, in *Dir. uomo*, 2004, n. 3, p. 39).

¹⁰² La richiesta, rivolta al Comitato dei Ministri, è formulata nella Raccomandazione 1760 (2006) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. In tema si rinvia a G.C. BRUNO, *Il Consiglio d'Europa e la pena di morte*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2007, n. 1, p. 133 ss.

crimini commessi in Ruanda e nella ex Jugoslavia, come pure nello statuto di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale¹⁰³, per quanto indicibile sia il crimine commesso dal condannato. Si tratta di un'evoluzione significativa, rispetto alle pregresse esperienze dei Tribunali internazionali *post* bellici¹⁰⁴, nella quale può leggersi la traduzione normativa del c.d. «paradosso retributivo dei crimini più gravi»¹⁰⁵, operante così quale limite alla giustizia penale (anche internazionale), fondandone la sua umanità.

Tali opzioni politiche (nazionali, sovranazionali, internazionali) miranti ad universalizzare il principio abolizionista, ripropongono il problema del rapporto tra forma di Stato e rifiuto della pena di morte. Storicamente, è vero che la correlazione tra scelta abolizionista e democrazia si rivela solo «una tendenza di fondo» e non una costante necessaria¹⁰⁶. Tuttavia quanto accade in ambito UE e CEDU è particolarmente significativo ed innovativo: la scelta abolizionista vi assume «un inedito rilievo identitario», configurandosi come un «aspetto essenziale per lo sviluppo del processo di unificazione» in entrambi gli ordinamenti sovranazionali¹⁰⁷.

¹⁰³ Vedi però G. SALCUNI, *Il cammino verso l'abolizione della pena di morte*, in *Indice pen.*, 2009, n. 1, p. 8, che parla di «soluzione di compromesso accolta nello Statuto della Corte Penale Internazionale», in considerazione del suo art. 80 ove si afferma che «le disposizioni relative alle pene irrogabili dalla Corte non ostano all'applicazione da parte degli Stati delle pene prescritte dalla propria normativa interna né incidono sulla normativa degli Stati che non prevedono le pene prescritte nello Statuto della Corte».

¹⁰⁴ Come ricorda F. MANTOVANI, *Sacertà della vita e pena di morte*, in *Iustitia*, 2003, fasc. 1, p. 108, sia lo statuto del Tribunale di Norimberga (1945) sia quello del Tribunale di Tokyo (1946) contemplavano per i crimini internazionali la pena di morte, che venne altresì applicata in concreto.

¹⁰⁵ Di cui ragiona M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla «necessaria sproporzione» della pena nelle gross violations*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 13 (ma *passim*): il senso di giustizia presuppone una proporzione commisurativa tra reato e pena, che tuttavia è impossibile davanti alle *gross violations* («neanche la morte del colpevole sarebbe proporzionata a un genocidio consumato»), dove inevitabilmente la giustizia si rivela sproporzionata per difetto. In simili casi «poiché non c'è commisurabilità tra il fatto e la persona del reo, è impossibile «barattare» la sua vita con quella delle vittime, dato che la sua vita non si annulla nel fatto commesso e nessuna vita è sacrificabile ad altre vite, a prescindere dal numero di queste».

¹⁰⁶ Così FIANDACA, *Il 4° comma dell'art. 27*, cit., p. 346. Non mancano, tuttavia, posizioni più radicali: cfr., ad esempio, BETTINELLI, *Pena di morte*, cit., pp. 833-834; C. AMIRANTE - F. RUBINO, *Diritti umani e pena di morte. Una riflessione preliminare*, in *Crit. dir.*, 2001, fasc. 3-4, p. 436 ss.

¹⁰⁷ COLETTA, *Identità europea, pena di morte*, cit., p. 45. Analogamente, secondo C. LANZA, *Morti e pena di morte*, in *Diritto romano attuale*, 2007, fasc. 1, p. 107, «per noi europei, ormai, l'avversione [alla pena di morte] è principio incrollabile» a tal punto da indurci a «forzare l'idea di sovranità nazionale». In tema vedi ora il documentato saggio di P. PASSAGLIA, *L'abolizione della pena di morte: una peculiare tradizione costituzionale comune agli Stati*

È un orizzonte comune che registra anche una convergenza simbolica nella scelta del 10 ottobre di ogni anno quale Giornata mondiale ed europea contro la pena di morte.

9. *La soppressione costituzionale della pena di morte quale viatico alla ratifica ed esecuzione del 13° Protocollo alla CEDU*

Con l'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2007 si sono finalmente create le condizioni ordinamentali necessarie perché l'Italia potesse ratificare ed eseguire (con legge 15 ottobre 2008, n. 179) il Protocollo n. 13 alla CEDU, firmato da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa a Vilnius, il 3 maggio 2002, relativo all'abolizione della pena di morte *in qualsiasi circostanza*¹⁰⁸.

Il nostro paese, in tal modo, tiene il passo del Consiglio d'Europa nella sua progressiva emancipazione dalla pena capitale: originariamente contemplata nell'art. 2 della CEDU¹⁰⁹, già l'art. 1 del Protocollo n. 6¹¹⁰ ne affermava l'abolizione, salvo però – all'art. 2 – legittimarne la previsione «per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra» tassativamente previsti dalla legislazione nazionale. L'opzione integralmente abolizionista trova finalmente espressione nel Protocollo n. 13, con il quale gli Stati membri del Consiglio d'Europa si determinano «a compiere il passo definitivo al fine di abolire la pena di morte in qualsiasi circostanza», escludendo le eccezioni contemplate in periodo bellico¹¹¹.

membri dell'UE, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, p. 207 ss.

¹⁰⁸ Tale nesso causale (normativo), ben presente nel dibattito parlamentare (cfr. on. Boato, Assemblea, seduta 9 ottobre 2006, n. 49; sen. Sinisi, Assemblea, seduta 25 settembre 2007, n. 220), è comunemente riconosciuto in dottrina. Isolatamente, A. SACCUCCI, *L'abolizione della pena di morte*, cit., 41, ritiene invece che l'ostacolo del previgente art. 27, 4° comma, Cost. alla ratifica del Protocollo n. 13 fosse «più apparente che reale», avendo già l'Italia assunto un obbligo abolizionista integrale a seguito della ratifica (senza apposizione di riserva) del Protocollo facoltativo al Patto internazionale dei diritti civili e politici (cfr., *supra*, nota 18).

¹⁰⁹ Pur razionalizzandone l'inflizione nel comma successivo, il comma 1° dell'art. 2 legittima espressamente la pena di morte «in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito dalla legge con tale pena».

¹¹⁰ Adottato dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 aprile 1983 a Strasburgo, ratificato e reso esecutivo con l. 2 gennaio 1989, n. 8.

¹¹¹ Per il resto, il Protocollo n. 13 è copia conforme al Protocollo n. 6: entrambi non autorizzano deroghe ai sensi dell'art. 15 della CEDU e non ammettono riserve ai sensi dell'art. 57 della medesima Convenzione. Né il più recente abroga *espressamente* il precedente: in tal modo gli Stati membri del Consiglio d'Europa o che intendono aderirvi possono optare per l'uno o l'altro regime convenzionale.

Va oltre il segno la critica di «scarsa effettività»¹¹² mossa a tali Protocolli, perché vincolanti solo gli Stati che vi aderiscono. Per un verso, il carattere volontario degli impegni derivanti dalla loro ratifica è un limite strutturale comune a qualunque trattato internazionale. Per altro verso, l'importanza di tali accordi è nell'erodere lo spazio occupato dalla pena capitale e nell'edificare un'organizzazione regionale che poi – come già si è argomentato¹¹³ – tenderà ad esportare l'opzione abolizionista attraverso le proprie relazioni internazionali.

Quanto all'Italia, la sua piena adesione al Protocollo n. 13 ha un immediato corollario giurisdizionale: il vietato ricorso alla pena capitale entra a far parte integrante degli obblighi convenzionali, fondando così un diritto soggettivo dell'individuo, azionabile davanti alla Corte di Strasburgo¹¹⁴. C'è anche un evidente corollario di politica internazionale: senza rimuovere le cause normative interne ostative alla ratifica del Protocollo n. 13, ben difficilmente l'Italia avrebbe potuto, con egual forza e credibilità, conservare un ruolo trainante dell'iniziativa in ambito ONU per la promozione della moratoria universale delle esecuzioni capitali¹¹⁵.

10. «Is it time to kill the Death Penalty?». *L'azione italiana nella promozione della moratoria universale delle esecuzioni capitali*

Attraverso la legge costituzionale n. 1 del 2007, l'Italia «non si è accontentata dell'abolizione della pena di morte nel proprio ordinamento interno, ma ha inteso proiettare questa sua posizione abolizionista anche nei confronti dei paesi che ancora praticano la pena di morte»¹¹⁶. Irrompe qui il tema della moratoria universale delle esecuzioni capitali, battaglia di lungo periodo cui «tutti nel mondo riconoscono al nostro Paese la primogenitura storica e la *leadership* politica»¹¹⁷.

¹¹² SALCUNI, *Il cammino verso l'abolizione*, cit., p. 33.

¹¹³ Vedi, *supra*, par. 8.

¹¹⁴ Come a suo tempo fece, in forza dell'adesione dell'Italia al Protocollo n. 6, Pietro Venezia, il cui ricorso presentato davanti alla Commissione venne poi cancellato all'indomani della sentenza costituzionale n. 223/1996 che ne vietava l'estradizione verso gli Stati Uniti: cfr., sul punto, BULTRINI, *Il caso Venezia*, cit., p. 573 ss.

¹¹⁵ Lo riconosce apertamente il relatore alla Camera, on. Boato, Assemblea, seduta 19 aprile 2007, n. 147. Lo segnala in dottrina I. NICOTRA, *La richiesta italiana di una moratoria universale: occorre cancellare dalla Costituzione la norma che ammette la pena di morte «nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹⁶ On. D'Elia, Assemblea, seduta 9 ottobre 2006, n. 49.

¹¹⁷ Il lungo e argomentato intervento dell'on. D'Elia (Assemblea, seduta 19 aprile 2007, n. 147) ha il merito di ricostruire le dinamiche (non sempre fluide) tra Parlamento e Governo italiani e le varie strategie (in ambito internazionale) opposte alle (fallite) risoluzioni presen-

Dopo due tentativi falliti, l'Assemblea generale delle NU ha approvato negli ultimi cinque anni tre risoluzioni finalizzate all'introduzione di una sospensione universale della pena di morte, nella prospettiva della sua definitiva abolizione: la prima nel 2007, la seconda nel 2008, l'ultima nel 2010¹¹⁸. Le tre risoluzioni confermano la tendenza mondiale sempre più estesa verso «il superamento del fasullo e arcaico principio dell'occhio per occhio» di cui la pena capitale è traduzione estrema¹¹⁹: nel 2007 votarono a favore della moratoria 104 Paesi (54 contrari, 29 astensioni, 5 assenti al momento del voto); nel 2008 i Paesi favorevoli sono passati a 105 (47 contrari, 34 astenuti, 6 assenti); nel 2010 il fronte *pro* moratoria cresce ulteriormente a 108 Paesi (41 contrari, 36 astenuti, 7 assenti). Impegnandosi al loro rispetto, gli Stati sono chiamati ad assicurare *standard* minimi di garanzia nei processi capitali; a rendere pubblici i dati sulle condanne a morte e sulle esecuzioni capitali («il che può contribuire a trasparenti e informati dibattiti nazionali sulla questione», come specifica la risoluzione del 2010); a fornire tutte le informazioni al riguardo al Segretario generale delle NU (tenuto a riferire all'Assemblea generale sullo stato di attuazione della risoluzione e delle raccomandazioni in essa contenute); a limitare progressivamente l'uso della pena di morte e a ridurre il numero dei reati per i quali può essere comminata. Infine, l'appello ai Paesi non abolizionisti è di stabilire una moratoria delle esecuzioni capitali, mentre ai Paesi abolizionisti si chiede di non reintrodurre la pena di morte (invitandoli «a condividere la loro esperienza sulla questione», come raccomanda la risoluzione del 2010).

tate alle NU, su impulso dell'Italia, già nel 1994 (respinta per 8 voti) e nel 1999 (la cui trattazione fu rinviata su iniziativa della UE).

Per una ricostruzione analitica della «intensa attività parlamentare [che] ha orientato, accompagnato e sottolineato il complesso percorso di formazione della moratoria sulla pena di morte» si può certamente rinviare al dossier *La moratoria sulla pena di morte*, elaborato dal Servizio Studi della Camera dei deputati (aggiornato al 2007).

¹¹⁸ Cfr. Assemblea generale dell'ONU, risoluzione 62/149, approvata il 18 dicembre 2007; risoluzione 63/168, approvata il 18 dicembre 2008; risoluzione 65/206, approvata il 21 dicembre 2010. Molto opportunamente, MARCHESI, *La via maestra dell'abolizione totale*, in *Il diritto di uccidere*, cit., p. 176, sottolinea come la legittimità della presentazione e della discussione di tali risoluzioni revoca definitivamente l'argomento, spesso adoperato dagli Stati non abolizionisti, secondo cui la pena di morte sarebbe un problema nazionale, estraneo alla dimensione internazionale dei diritti umani.

¹¹⁹ Cfr. ONU: *approvata nuova risoluzione, cresce il fronte pro moratoria* [fonte: *Nessuno tocchi Caino*, 22 dicembre 2010]. Tutti i dati riportati nel testo sono tratti dal Rapporto di *Amnesty International* sulla pena di morte nel 2010 e dal Rapporto 2010 di Nessuno tocchi Caino contro la pena di morte. La citazione inglese nel titolo del presente paragrafo rimanda all'omonimo saggio di L.S. SALINAS, *Is it time to kill the Death Penalty? A view from the bench and the bar*, in *American Jour. Crim. Law*, 2006, p. 39 ss.

Oggi, l'elenco degli Stati dove non esistono più (o più non operano) cappi, camere a gas, plotoni d'esecuzione, sedie elettriche, iniezioni letali, lapidazioni e altre anacronistiche mostruosità include 139 Paesi (96 totalmente abolizionisti; 9 abolizionisti per i reati comuni, 34 abolizionisti *de facto*), a fronte di 58 Paesi che ancora mantengono in vigore la pena capitale. A tale quadro complessivo ha certamente contribuito l'insistita iniziativa delle NU, se è vero che sono 17 i Paesi che hanno abbandonato la pratica della pena di morte tra il 2007 e il 2010, sulla scia delle tre risoluzioni approvate dall'Assemblea generale.

Eppure la politica della moratoria universale viene ancora contestata, a motivo del suo valore solamente ottativo e non vincolante per i singoli Stati. Se ne sottovaluta così, erroneamente, l'efficacia sia tattica che strategica. È una consapevolezza ben presente, invece, nel dibattito parlamentare che approderà alla legge costituzionale n. 1 del 2007: lo strumento della moratoria è l'unico capace di «tradurre in tempi politici i tempi storici dell'abolizione» della pena capitale nel mondo; inoltre l'esperienza storica attesta come «tutti i Paesi che hanno deciso di abolire la pena di morte sono passati [...] attraverso moratorie (ad esempio, i Paesi dell'ex Unione Sovietica o il Sudafrica)»¹²⁰.

La politica della moratoria universale è osteggiata anche per la sua natura compromissoria rispetto ad una opzione di valore – il rifiuto della pena di morte – non negoziabile. La parola d'ordine *abolizione subito (o niente)*, appagante sul piano della mera testimonianza, non fa però i conti con una realtà che mostra, semmai, un processo di progressiva delegittimazione della pena di morte, sempre scandita da tappe intermedie: la restrizione fino all'esiguità dei reati puniti con la pena capitale; l'aumento dei reati per i quali la sua inflizione non è più automatica; l'allargamento del novero dei Paesi abolizionisti *de facto*; la tendenza a sospendere *sine die* l'esecuzione delle condanne a morte ed a farne oggetto di provvedimenti di clemenza individuale; l'incostituzionalità della pena capitale per talune categorie di soggetti (come i minori o gli incapaci d'intendere e di volere)¹²¹. La moratoria si inserisce all'interno di questa dinamica, mimando l'efficacia deterrente della pena capitale che è connessa alla certezza della sua applicazione e, dunque, alla frequenza della sua inflizione¹²².

Sarà inoltre opportuno prestare ascolto a chi – già all'indomani del-

¹²⁰ On. D'Elia, Assemblea, seduta del aprile 2007, n. 147.

¹²¹ Cfr. BOBBIO, *Contro la pena di morte*, cit., pp. 210-211; MAGRO, *Pena di morte*, cit., p. 450.

¹²² Cfr. FIANDACA, *Il 4° comma dell'art. 27*, cit., p. 354.

l'approvazione della risoluzione del 2007¹²³ – ne segnalava la portata tutt'altro che simbolica. La scelta dell'Assemblea generale delle NU, infatti, legittima – agevolandola – la scelta abolizionista *de jure* o *de facto* di Governi o Parlamenti nazionali, ostacolati in tale opzione dalla propria opinione pubblica o da movimenti oltranzisti interni. Inoltre, impegnando il Segretario Generale a presentare annualmente un rapporto sull'attuazione della moratoria universale, costringe anche gli Stati non abolizionisti a fornire dati e informazioni circa il ricorso alla pena di morte, che molto si nutre di opacità, assenza di notizie, segreti di Stato. La concretezza della politica della moratoria universale si può, infine, quantificare in termini di vite umane risparmiate, se solo si considera che «le abolizioni e le moratorie, legali e di fatto, di questi ultimi diciassette anni equivalgono già a migliaia di fucilati, di impiccati, di avvelenati tramite iniezione letale in meno nel mondo»¹²⁴.

11. (*Segue*) *Polemiche pretestuose: altre moratorie di altre condanne a morte?*

Invero, anche nel dibattito parlamentare sulla revisione dell'art. 27, 4° comma, Cost., la politica della moratoria universale è stata fatta oggetto di critica, per la sua (asserita) parzialità: «Se vogliamo parlare di pena di morte, che non è solo quella decretata nei tribunali ma è quando si sopprime la vita di un essere umano, non possiamo farlo se non nel senso complessivo della questione. Quindi, a fronte di una pena di morte ufficiale che nel nostro Paese di fatto non esiste, non si può non parlare delle altre pene di morte che invece nel nostro Paese vengono quotidianamente praticate»¹²⁵. Quali? Le altre «condanne capitali» evocate in Parlamento sono l'interruzione volontaria della gravidanza, l'eutanasia, l'indulto e gli sconti di pena quali «indulgenzialismi legislativi e giudiziari criminogeni»¹²⁶; l'equiparazione tra il pentotal (farmaco adoperato nelle iniezioni letali) e la pillola abortiva RU486 fa invece la sua comparsa nel dibattito alla Camera sulla mozione n. 1-00508¹²⁷.

¹²³ Il riferimento è ad A. CASSESE, *La vittoria italiana*, in *La Repubblica*, 19 dicembre 2007. Sulla genesi della prima, storica risoluzione ONU vedi A. LIGUSTRO, *La moratoria universale sulla pena di morte: una missione finalmente possibile*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2007, p. XIII ss.

¹²⁴ Così S. D'ELIA, *Prefazione* al Rapporto 2010 di Nessuno tocchi Caino, che segnala come «dal 1993 a oggi, ben 55 Paesi hanno abbandonato la pratica della pena di morte».

¹²⁵ Sen. Galli, Assemblea, seduta 7 marzo 2007, n. 120.

¹²⁶ L'espressione citata è dottrinale: cfr. MANTOVANI, *Sacertà della vita*, cit., p. 115.

¹²⁷ Vedi, *supra*, nota 97. Ad introdurre l'argomento è l'on. Polledri, Assemblea, seduta 25 novembre 2010, n. 402.

Costruendo uno strumentale parallelismo con la moratoria universale sulla pena di morte, si finisce così per invocare la necessità altrettanto urgente – perché «non si può essere favorevoli alla vita a giorni alterni»¹²⁸ – soprattutto di una moratoria universale sull'aborto. Ed è noto come tale iniziativa abbia cercato anche una sua traduzione in termini giuridici attraverso la proposta di modificare la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, con un emendamento al suo art. 3 («Ogni individuo ha diritto alla vita, *dal concepimento fino alla morte naturale*, alla libertà e alla sicurezza della propria persona») ed inserendovi un art. 3-*bis* («Il diritto alla vita del concepito deve essere sempre bilanciato con il diritto alla salute fisica e psichica della madre»)¹²⁹.

Che dire? Si tratta di scorciatoie mentali che non conducono da nessuna parte. Quella invocata *non* è, infatti, una moratoria. Perché la moratoria può avere ad oggetto una decisione politica statale, non una scelta individuale qual è l'interruzione volontaria della gravidanza. Perché, paradossalmente, si tratterebbe della «moratoria» di una moratoria rispetto all'altrimenti inevitabile fenomeno delle morti per aborto clandestino, scongiurato proprio dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, la cui applicazione si mira a sospendere. Perché la proposta di una «moratoria» per l'interruzione della gravidanza, al di fuori di quegli Stati che ne fanno uno strumento politico di controllo della natalità, assimila indebitamente aborto terapeutico e aborto selettivo. Da ultimo, se le parole sono importanti è bene adoperarle con la massima attenzione. In questo caso, invece, rotolano su se stesse: poiché la moratoria della pena di morte serve a fermare la mano del boia, allora una «moratoria» dell'aborto induce – per traslazione – a qualificare come *boia* la donna che sceglie volontariamente di abortire e/o il medico che ne interrompe la gravidanza.

Moratoria universale sull'aborto, dunque, è un significativo privo di significato, è solo un suggestivo ma ingannevole «calco capovolto»¹³⁰ ri-

¹²⁸ Sen. Eufemi, Assemblea, seduta 7 marzo 2007, n. 120.

¹²⁹ Il riferimento è alla campagna promossa dal quotidiano *Il Foglio*, sfociata poi nella presentazione di una lista *pro-life* alle elezioni politiche del 13 e 14 aprile 2008, ora ripercorsa (con accenti marcatamente critici) da G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, p. 819.

Anche nel dibattito in Assemblea generale sulla citata risoluzione ONU del 2008, furono presentati (ma non approvati) emendamenti tesi sostanzialmente ad una estensione della moratoria sulla pena di morte all'interruzione della gravidanza (come illustra VERONESI, «*Fine pena: morte*», cit., p. 467 nota 73).

¹³⁰ L'espressione è di Adriano Sofri, cui si devono le confutazioni illustrate nel testo: cfr., in particolare, ID., *Contro Giuliano. Noi uomini, le donne e l'aborto*, Palermo, 2008.

spetto alla non assimilabile moratoria universale sull'uso della pena capitale.

12. *Pena di morte e morti di pena*

Revisionato l'art. 27, 4° comma, Cost. in senso radicalmente abolicionista, nel nostro ordinamento non esiste più la pena di morte. Eppure in Italia si muore ancora di pena. Le cifre dei decessi avvenuti in carcere nell'ultimo decennio (2000-2010) raccontano di una vera e propria carneficina: 1.736 detenuti, di cui 626 suicidi; l'anno penitenziario in corso si è aperto in misura altrettanto drammatica: già 37 detenuti, di cui 15 suicidi, sono morti nei primi tre mesi del 2011¹³¹.

Questi decessi rappresentano una variante della pena capitale: essi sono imputabili allo Stato italiano, perché della vita del recluso risponde la struttura che lo detiene in custodia. Alcuni dati statistici elaborati da osservatori imparziali¹³² indicano come la detenzione carceraria – che dovrebbe consistere esclusivamente nella riduzione della libertà personale – si riveli luogo dove si rischia la vita e spesso la si perde. Pallottoliere alla mano, proviamo a ordinarli secondo razionalità.

1) Il primo dato riguarda i detenuti deceduti per «cause naturali»: cioè, in assenza di indagini più approfondite, per arresto cardiaco.

Secondo l'ISTAT (Annuario statistico italiano 2009-Mortalità per malattie cardiocircolatorie), nella popolazione italiana ogni 10.000 persone si registrano 33 decessi. Proiettata sulla popolazione carceraria, i detenuti morti per crisi cardiaca dovrebbero annualmente oscillare tra i 3-4 decessi, che è invece la cifra già raggiunta nei soli primi dieci giorni dell'anno 2011. I motivi sono molteplici, tutti però riconducibili al regime detentivo: «la popolazione detenuta è mediamente meno in salute di quella libera; la detenzione causa di per sé un aumento dei fattori di rischio per quanto riguarda le malattie nervose, cardiocircolatorie, infet-

¹³¹ Cfr. la tabella *Morire di carcere: dossier 2000-2010*, in www.ristrettiorizzonti.it (i dati riferiti all'anno 2011 sono aggiornati al 3 aprile).

¹³² Il riferimento è all'*Osservatorio permanente sulle morti in carcere*, promosso da Radicali Italiani, Associazione «Il Detenuto Ignoto», Associazione «A Buon Diritto», Redazione «Radiocarcere», Redazione «Ristretti Orizzonti».

Istantanee aggiornate sulla situazione carceraria italiana sono state scattate di recente attraverso l'illustrazione di specifiche mozioni sia alla Camera (seduta 12 gennaio 2010, n. 264: n. 1-00288, Bernardini e altri; n. 1-00301, Vietti e altri; n. 1-00302, Franceschini e altri; n. 1-00309, Vitali e altri) che al Senato (seduta 17 febbraio 2010, n. 336: n. 1-00227, Di Giovanpaolo e altri; n. 1-00233, D'Alia e altri; n. 1-00235, Bricolo e altri; n. 1-00236, Fleres e altri; n. 1-00238, Li Gotti e altri).

tive, respiratorie, etc.; la condizione di vita nelle celle caratterizzata da sovraffollamento, precarie condizioni igieniche, sedentarietà forzata, aggiunge ulteriori elementi patogeni»; né vanno dimenticati i «tagli» alle risorse economiche destinate al sistema penitenziario che – nel biennio 2008/2010 – ammontano al 30% ed hanno prevalentemente colpito la manutenzione e la pulizia dei fabbricati, il mantenimento e l'assistenza sanitaria dei detenuti¹³³.

2) Esiste una provata correlazione tra sovraffollamento carcerario e frequenza delle morti per suicidio.

Prendendo in considerazione istituti di pena dove, nell'anno 2010, si sono verificati almeno 2 suicidi si rileva – in estrema sintesi – che «in 9 carceri, dove l'affollamento medio è del 22% oltre la media nazionale, si è registrata una frequenza dei suicidi più che doppia rispetto al complesso della popolazione detenuta»: 1 caso ogni 415 detenuti, mentre la media nazionale è di 1 su 1.090.

L'interpretazione di simili cifre è facile: «Pare evidente che quando alla limitazione della libertà personale si sommano altre condizioni di disagio, la situazione dei detenuti diventa drammatica e spesso porta ad un livello tale di disperazione da indurre al suicidio»¹³⁴. È una lettura ampiamente giustificata dai dati del sovraffollamento carcerario: al 31 dicembre 2010 erano presenti 67.623 detenuti (64.700 uomini, 2.923 donne), ben 22.643 in più rispetto alla capienza massima, con una media nazionale dell'indice di sovraffollamento attorno al 53,5%. Delle 205 strutture penitenziarie attive, 30 sono risultate sovraffollate oltre il 100%, 89 tra il 99% ed il 50%, 43 fra il 49% e il 10%, 9 con un sovraffollamento sotto il 10%¹³⁵. Si tratta di una situazione esplosiva – mai raggiunta dai tempi dell'amnistia di Togliatti del 1946 – benché attutita dall'effetto deflattivo prodotto dall'indulto approvato nel 2006¹³⁶.

¹³³ Cfr. *Morti 5 detenuti nei primi 10 giorni del 2011*, in *Notizie Radicali*, 12 gennaio 2011.

¹³⁴ Cfr. *Giustizia: la strage dei detenuti... bilancio di un altro anno tragico*, in *Notizie Radicali*, 31 dicembre 2010. Al fine di prevenire i suicidi in carcere il DAP ha emanato, in data 24 aprile 2010, apposita lettera circolare avente ad oggetto *Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire i fenomeni autoaggressivi* (consultabile in <http://www.ristretti.it>): condivisibile nelle intenzioni, ma – a quanto consta – scarsamente applicata negli istituti di pena. In tema vedi anche il parere del Comitato Nazionale di Bioetica, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, del 25 giugno 2010 (in <http://www.governo.it/bioetica/pareri>).

¹³⁵ Cfr. *Carceri: sovraffollamento killer, nel 2011 già tre morti e un suicidio*, in *Notizie Radicali*, 10 gennaio 2011.

¹³⁶ L. 31 luglio 2006, n. 241, sulla quale – volendo – può vedersi il commento di A. PUGIOTTO, *Dopo l'indulto del 2006: tornare a riformare l'art. 79 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 285 ss.

3) Esiste infine una provata correlazione tra severità del regime detentivo e frequenza delle morti per suicidio.

Il rischio suicidario, infatti, aumenta parallelamente all'inasprimento delle limitazioni della vita carceraria. Dei 64 suicidi compiuti nel 2010, il 40% (pari a 26 suicidi) ha riguardato detenuti comuni, che rappresentano il 90% della popolazione carceraria, mentre il 60% (pari a 38 suicidi) hanno riguardato detenuti sottoposti a regimi speciali di detenzione, che pure sono solo il 10% della popolazione carceraria: celle di isolamento, reparti per collaboratori, infermeria, protetti, di alta sicurezza, grande sorveglianza, internati, transito-isolati, transessuali, c.d. carcere duro *ex 41-bis* o.p.

Occorre dunque – e con un'urgenza mai sufficientemente sottolineata – porre mano alle condizioni in cui vive la comunità carceraria (detenuti, agenti penitenziari, personale amministrativo e sanitario). Per parte sua il Consiglio dei Ministri, in considerazione della permanente situazione di sovraffollamento penitenziario, ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale fino al 31 dicembre 2010¹³⁷. E per farvi fronte ha, altresì, deliberato un piano straordinario (c.d. «Piano carceri») articolato in quattro pilastri: interventi di edilizia penitenziaria ordinaria e straordinaria, interventi di natura normativa, assunzione di 2.000 agenti di polizia penitenziaria.

In attuazione del terzo pilastro è stato approvato un apposito provvedimento legislativo¹³⁸ che consente l'esecuzione delle pene detentive non superiori ad un anno presso il domicilio del condannato, mirando così a produrre un effetto deflattivo carcerario. Così, invece, non sarà. Le profonde modifiche apportate al progetto di legge originario¹³⁹ ed alcune criticità applicative non adeguatamente considerate dal legislatore¹⁴⁰ rappresentano altrettanti fattori che hanno ridotto di molto le previsioni ministeriali, le quali stimavano – a seguito della novità normativa introdotta – una riduzione del numero di detenuti di circa 8.000 unità su base annua. Viceversa, al 31 gennaio 2011, in tutta Italia sono solo 693 (su circa

¹³⁷ Con d.p.c.m 13 gennaio 2010, in G.U. 29 gennaio 2010, n. 23.

¹³⁸ È la c.d. legge «svuota carceri»: l. 26 novembre 2010, n. 199.

¹³⁹ Cfr. A.C. 3291, d'iniziativa del Governo. Il riferimento è, ad esempio, all'eliminazione automatismo nella concessione del beneficio introdotto dalla legge, all'indicazione di un termine finale (31 dicembre 2013) per la sua applicazione, all'introduzione di nuove cause ostative alla sua concessione. Il riferimento è anche all'esclusione dal testo legislativo approvato dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per reati di criminalità medio-piccola, analogamente a quanto già previsto nel processo penale minorile.

¹⁴⁰ «Non si è tenuto in debito conto che gran parte dei detenuti è composta da stranieri che non hanno un luogo dove scontare la detenzione domiciliare e da tossicodipendenti per i quali non ci sono strutture adeguate per accoglierli» (cfr. *La legge «svuota-carceri» sta fallendo, ai domiciliari solo l'1% dei detenuti*, in *Notizie Radicali*, 11 febbraio 2011).

68.000 detenuti) le persone che hanno beneficiato della possibilità di scontare agli arresti domiciliari l'ultimo anno di pena: in termini percentuali, poco più dell'1%.

Il sovraffollamento degli istituti penitenziari resta, dunque, un nodo ancora da sciogliere, sul doppio versante delle sue cause legislative di fondo e delle sue drammatiche conseguenze concrete. È un compito cui Governo e Parlamento sono incalzati, indirettamente, anche dalla condanna subita dall'Italia a Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU¹⁴¹, proprio in ragione della evidente mancanza di spazio nella cella in cui il ricorrente era stato per mesi recluso: 2,7 metri quadri, una misura di gran lunga inferiore a quella «superficie minima auspicabile per una cella detentiva» che il CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti) stima in 7 metri quadri; *standard* cui anche la Corte EDU aveva già fatto riferimento in alcune sue anteriori pronunce. Si tratta di un precedente che, come un magnete, sta calamitando decine e decine di altri ricorsi individuali – ancora in attesa di trattazione – giustificati da analoghe (infernali) condizioni di detenzione¹⁴²: il rischio è l'accertamento di una sistematica violazione convenzionale da parte dell'Italia, riconducibile a uno specifico difetto «strutturale» del suo sistema normativo interno.

Né si pensi ad un (isolato e dissestante) eccesso di radicalità giurisprudenziale da parte della Corte EDU. Alla superficie minima *standard* di metri quadrati per recluso si è richiamato di recente anche il Tribunale costituzionale tedesco, annullando il provvedimento dell'istanza giurisdizionale di un *Land* con cui era stato negato il gratuito patrocinio a un detenuto che lamentava di subire un trattamento non compatibile con il rispetto della dignità umana¹⁴³. In tale sentenza la Corte di Karlsruhe ha

¹⁴¹ Corte EDU, sentenza 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03.

¹⁴² Risultano già presentati 34 ricorsi dal carcere di Busto Arsizio, 11 dal carcere di Piacenza, 26 dalle carceri di Cosenza, Salerno, Palmi, Matera e Saluzzo. In merito a questi casi, la Corte di Strasburgo ha richiesto al Governo italiano di fornire tutti i dati concernenti le condizioni di detenzione dei ricorrenti, il numero di reclusi in ogni carcere, la loro capienza massima, le ore d'aria previste nei penitenziari. Cfr. *Giustizia: ricorso di 26 detenuti a Strasburgo. La Corte chiede chiarimenti al Governo italiano* [fonte: Ansa, 31 marzo 2011].

¹⁴³ Il riferimento è alla decisione 1 BvR 409/09 del 22 febbraio 2011. Il ricorso diretto verteva sul diritto al gratuito patrocinio per il detenuto, che lamentava la lesione del diritto costituzionale alla dignità umana in ragione delle condizioni della sua reclusione. Il gratuito patrocinio gli veniva negato perché, secondo le istanze giurisdizionali adite del *Land*, il ricorso del ricorrente non aveva alcuna *chance* di essere accolto. Il Tribunale costituzionale federale smentisce esattamente quest'ultimo passaggio.

La Corte di Karlsruhe richiama una sentenza del *Bundesgerichtshof* (BGH, sentenza 11 marzo 2010, III ZR 124/09, pubblicata in *NJW-RR*, 2010, 1465 ss.) secondo la quale l'esecuzione della pena va interrotta, quando e fintantoché la detenzione non possa essere assicurata

tradotto sul piano della tutela legale il principio già affermato dal *Bundesgerichtshof* secondo il quale, all'occorrenza, lo Stato deve rinviare o – quale *extrema ratio* – rinunciare alla punizione e rilasciare il detenuto cui non è in grado di assicurare un regime penitenziario rispettoso della dignità umana.

13. *Un'ipotesi di lavoro conclusiva: la Costituzione dietro le sbarre*

Già le conseguenze ordinali *in atto* fin qui illustrate vanno a comporre un elenco ben più lungo e significativo di quanto comunemente reputato in dottrina¹⁴⁴. Eppure non basta. Se valorizzata nel suo significato epistemologico, la scelta radicalmente abolizionista del 2007 crea *in potenza* un effetto domino ancora più travolgente, sul più generale versante della dimensione costituzionale della pena (e della sua esecuzione, in particolare).

Soppressa la condizione normativa legittimante l'inflizione e l'applicazione della pena capitale, cade l'*unica* eccezione costituzionalmente prevista al principio secolarizzato del finalismo rieducativo penale. Esso recupera così la propria natura di autentico paradigma costituzionale, cui vanno commisurate tutte le misure incidenti sulla libertà personale del detenuto e sulle modalità della sua reclusione. È un approdo del dato normativo costituzionale che mette in sicurezza l'evoluzione ormai compiutasi nella giurisprudenza del Giudice delle leggi¹⁴⁵ dove, prese le di-

in condizioni che garantiscano il rispetto della dignità umana. Il Tribunale costituzionale prosegue [par. 49] affermando che, attraverso tale giurisprudenza, la Corte di cassazione non ha solo formulato l'obbligo dello Stato di rinunciare alla pretesa punitiva in caso di condizioni di detenzione incompatibili con il rispetto della dignità umana, ma ha anche determinato l'accessibilità ad una nuova via di tutela legale: all'obbligo gravante sullo Stato, infatti, deve corrispondere il diritto del detenuto di richiedere – all'autorità competente per l'esecuzione – l'interruzione o il differimento della pena.

Nel caso deciso dal Tribunale costituzionale tedesco il ricorrente, da recluso, era stato costretto per 151 giorni a vivere 23 ore al giorno in una cella di 8 metri quadrati, con annesso gabinetto separato da un paravento (e privo di areazione), con il tavolo per la consumazione del cibo ad un metro di distanza dalla toilette, condivisi con altro detenuto il più delle volte fumatore. [Ringrazio Pietro Faraguna per l'aiuto prezioso nella redazione di tale nota].

¹⁴⁴ Per tutti, si rinvia – vigente l'originario art. 27, 4° comma – a M. D'AMICO, *Art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, I, pp. 577-578, e – per la dottrina successiva alla l. cost. n. 1 del 2007 – a P. PITTARO, *Art. 27*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, pp. 290.

¹⁴⁵ Per un'efficace visione d'insieme cfr. l'analitico *dossier* (consultabile nel sito www.cortecostituzionale.it) su *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, a cura di S. Magnanensi e E. Rispoli.

Sembra utile segnalare che, oltre ai poteri istruttori utilizzabili ai fini del sindacato di legittimità (*ex* articoli 12-14, norme integrative deliberate il 7 ottobre 2008), i Giudici costi-

stanze dall'originaria concezione polifunzionale della pena, se ne valorizza in massimo grado la finalità specialpreventiva (declinata in termini di risocializzazione del reo). Oggi, tutti i soggetti che entrano nella dinamica della sanzione penale partecipano del medesimo vincolo teleologico: il legislatore (nella fase della astratta previsione normativa), il giudice di cognizione (nella fase della commisurazione della pena), il giudice dell'esecuzione e quello di sorveglianza al pari della polizia penitenziaria (nella fase della sua applicazione), finanche il Presidente della Repubblica (nell'esercizio del suo potere di fare grazia).

Unitamente al «senso di umanità» di tutte le misure limitative della libertà personale, la finalità rieducativa traccia dunque – in ragione dell'art. 27, 3° comma, Cost. – l'orizzonte costituzionale della pena cui l'ordinamento deve «*tendere*». Se così è, andrebbero allora scrutinate quali sanzioni penali, in ragione della loro tipologia e/o delle loro modalità esecutive, si collochino entro tale orizzonte costituzionale o, invece, non ne siano già oltre. Per esemplificare: siamo davvero certi che l'ergastolo o – all'opposto – le misure detentive brevi, il regime del c.d. carcere duro (ora stabilizzato nell'ordinamento) come, più in generale, le effettive condizioni di vita all'interno degli istituti per le pene detentive (che, per legge, dovrebbero essere diversi dalle case circondariali per la custodia cautelare), il sistema delle misure di sicurezza personali detentive o il trattenimento (solo formalmente amministrativo) nei centri di identificazione ed espulsione per immigrati, siano corrispondenti alla dimensione costituzionale della pena?

La risposta a simili interrogativi è decisiva, per capire cosa dobbiamo realmente intendere quando ragioniamo di Costituzione *dietro le sbarre*: il suo essere prigioniera impotente o, piuttosto, la sua idoneità a permeare di sé anche i luoghi di reclusione?

tuzionali possono anche avvalersi della facoltà di visitare – senza previa autorizzazione – gli istituti penitenziari, ex art. 67, l. 26 luglio 1975, n. 354. È uno strumento che suggerirei di mettere a valore (anche per la sua funzione pedagogica) quando la Corte è investita di questioni di costituzionalità relative alla pena e alle sue effettive modalità di esecuzione.

MAURIZIO RAGAZZI

BANCA MONDIALE
ED ARTICOLATO SULLA RESPONSABILITÀ
DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI:
UN'OPERA IN TRE ATTI

«... all'ispirazione profetica obbedisce pure la coscienza del legame materiale ultimo degli 'ultimate legal principles' con l'etica dei valori nello *ius divinum naturale*»¹.

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. A Giovanni. – 2. Atto primo: contributi fino all'approvazione del testo in prima lettura. – 3. Atto secondo: commenti alla CDI sul testo approvato in prima lettura. – COMMENTI GENERALI: 4. Le norme sulla responsabilità come norme secondarie (o procedurali). – 5. (*Segue*) *Lex specialis* e carattere residuale dell'articolato. – 6. (*Segue*) Codificazione e sviluppo progressivo. – COMMENTI PARTICOLARI: 7. Definizione di «agente» ed «organo»; imputabilità. – 8. (*Segue*) Violazione di un obbligo internazionale. – 9. (*Segue*) Aiuto o assistenza nella commissione di un illecito. – 10. (*Segue*) Direttive o controllo nella commissione di un illecito. – 11. Atto terzo: commenti trasmessi alla Sesta commissione (giuridica) dell'Assemblea generale sul testo approvato dalla CDI in seconda lettura. – 12. Conclusione: dalla responsabilità giuridica al senso di responsabilità morale.

1. INTRODUZIONE. *A Giovanni*

Tutti noi sappiamo per esperienza che la morte non spezza il legame che ci unisce a coloro che ci sono stati vicini. Questo non solo perché la facoltà dell'anima che chiamiamo memoria tiene vivo in noi il loro ricordo, ma soprattutto perché è proprio in ciò che siamo e che facciamo che s'intravede l'impronta di chi abbiamo frequentato. Nella mia vocazione internazionalista un peso decisivo l'hanno certo avuto i miei geni-

¹ G. BATTAGLINI, «Valori» e rispetto del «diritto internazionale» nello spirito di Giovanni Paolo II, in *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato*, a cura di Loiodice e Vari, Libreria Editrice Vaticana, 2003, p. 793.

tori nella mia età formativa e mia moglie nella nostra vita insieme all'estero. È però anche vero che, a partire dal mio primo anno universitario, la Provvidenza ha posto sul mio cammino Giovanni, con la sua indimenticabile generosità nell'incoraggiare i suoi allievi allo studio del diritto internazionale, per cui ci sarà sempre molto di suo nell'ispirazione delle mie scelte professionali come in quelle dei tanti suoi studenti.

Che la morte non dissolva i legami terreni noi cattolici poi lo sappiamo anche per fede, oltre che per esperienza pratica. La Chiesa militante di noi che siamo ancora su questa terra, nel riconoscere la comunione di tutto il corpo mistico di Cristo (e quindi la nostra comunione con la Chiesa trionfante che già gode della visione beatifica e con la Chiesa espiante delle anime del purgatorio), prega per i defunti, affinché la nostra supplica aiuti chi sta espiando e renda efficaci le intercessioni dei beati a nostro favore. Ecco quindi che, nella speranza, il legame con Giovanni diventa ben più saldo che non quello dell'umano ricordo.

Poiché l'ultima corrispondenza epistolare che ho avuto con Giovanni riguardava il suo contributo ad una raccolta di studi sulla responsabilità internazionale in memoria di Oscar Schachter², mi è parso opportuno dedicargli uno scritto sulla responsabilità, più precisamente la responsabilità delle organizzazioni internazionali, un tema che mi ha tenuto occupato in questi anni quale consigliere giuridico della Banca Mondiale incaricato di seguire il progetto di codificazione della Commissione del diritto internazionale sull'argomento. In un certo senso, la scelta di questo tema intende anche essere un omaggio ai curatori di questo volume, dato che Gaetano Arangio-Ruiz ha fornito imprescindibili contributi allo studio della responsabilità quale relatore speciale della Commissione nel precedente progetto di codificazione della responsabilità degli Stati, mentre Francesco Salerno è ritornato più volte sull'argomento nelle sue apprezzate pubblicazioni.

2. *Atto primo: contributi fino all'approvazione del testo in prima lettura*

Ovviamente, i commenti scritti sugli articoli di un progetto di codificazione comunicati dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali alla Commissione del diritto internazionale sono solo la punta dell'iceberg, la cui parte sommersa consiste in una miriade di previ contatti per lo più

² G. BATTAGLINI, *War Against Terrorism Extra Moenia, Self-defence and Responsibility: A Pure Juridical Approach*, in *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, a cura di M. Ragazzi, Leiden, 2005, pp. 137-149.

informali. Nel caso dei commenti della Banca Mondiale su questo articolo, forse l'immagine dei cerchi concentrici vale a rendere l'idea.

(a) Il primo cerchio è interno all'istituzione, anzi ristretto al suo ufficio legale. Fra i circa centocinquanta giuristi che lo compongono, chi potrebbe contribuire alla preparazione dei commenti? In altre parole, data la varietà dei settori d'intervento dell'ufficio legale, dal diritto amministrativo al diritto finanziario, dal diritto dello sviluppo al diritto dell'ambiente (solo per citarne alcuni), quali prospettive sono manifestamente collegate al tema della responsabilità, non solo da un punto di vista teorico ma anche e soprattutto dell'esperienza pratica? La Commissione del diritto internazionale ha lamentato la scarsità di casi pratici portati a sua conoscenza dalle organizzazioni nel corso del suo progetto di codificazione. Mi sembra però che il problema sia di fondo e riguardi il modo in cui ad esempio un'istituzione finanziaria come la Banca Mondiale tende a risolvere in maniera pragmatica e spesso confidenziale, sulla base delle politiche interne e della sua prassi, ogni eventuale controversia. Basti pensare al fatto che, nonostante la Banca Mondiale abbia concluso migliaia di accordi di finanziamento assoggettati ad una clausola arbitrale, non si è mai verificato nessun arbitrato.

(b) Il secondo cerchio è esterno alla Banca Mondiale (con la quale espressione si denotano insieme la Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo (IBRD) e l'Associazione Internazionale per lo Sviluppo (IDA), servite dagli stessi funzionari), ma interno al Gruppo Banca Mondiale, che comprende anche la Società Finanziaria Internazionale (IFC), l'Agenzia Multilaterale di Garanzia degli Investimenti (MIGA) ed il Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie relative ad Investimenti (ICSID), servite da funzionari diversi con uffici legali separati da quello della Banca Mondiale. Tutte e cinque sono organizzazioni fra loro indipendenti, anche se collegate, e tre delle cinque (IBRD, IDA ed IFC) sono istituti specializzati delle NU³. Nonostante il capo dell'ufficio legale della Banca Mondiale abbia prerogative di coordinamento su temi di comune interesse alle quattro istituzioni economiche (l'ICSID è un caso a parte proprio in funzione della sua natura), i commenti sono stati dati per conto della Banca Mondiale in senso stretto (IBRD ed IDA), dato che i legali delle altre organizzazioni del Gruppo Banca Mondiale, pur contribuendo ad uno scambio informale di vedute, hanno rite-

³ Si veda M. RAGAZZI, *World Bank Group*, in *Max Planck Enc. Publ. Int Law*, a cura di R. Wolfrum, 2012, vol. X, pp. 909-912.

nuto opportuno mantenere un basso profilo, non certo per disaccordo sui commenti della Banca Mondiale ma per ragioni attinenti all'organizzazione ed alle priorità del loro lavoro.

(c) Il terzo cerchio è quello delle istituzioni finanziarie internazionali⁴, più precisamente il Fondo Monetario Internazionale (IMF) e le banche regionali di sviluppo, cioè la Banca Africana per lo Sviluppo (AFDB), la Banca Asiatica per lo Sviluppo (ADB), la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (EBRD) e la Banca Inter-Americana per lo Sviluppo (IADB). Non occorre che mi soffermi sui molteplici e costanti rapporti istituzionali fra Banca Mondiale e Fondo Monetario (i cui edifici principali sono collegati da un tunnel, a testimonianza visiva della loro vicinanza) e su quelli che la Banca Mondiale intrattiene con le banche regionali di sviluppo, spesso anche a livello operativo attraverso il cofinanziamento degli stessi progetti. Non sorprenderà quindi il fatto che i legali di queste varie istituzioni, che regolarmente interagiscono fra loro, si siano anche scambiati idee sulla codificazione della responsabilità delle organizzazioni internazionali per tutta la durata del progetto e che nel sottoporre i loro commenti abbiano tenuto nel debito conto quelli formulati dai loro colleghi⁵.

(d) Il quarto cerchio abbraccia organizzazioni internazionali diverse dalle istituzioni finanziarie internazionali, a cominciare dalle NU (con i cui legali io stesso ho più volte collaborato su temi pratici di comune interesse, quali le problematiche attinenti alle amministrazioni fiduciarie internazionali successive a conflitti)⁶ per poi passare agli altri istituti specializzati delle NU (i cui legali vari miei colleghi incontrano nei periodici incontri di coordinamento su temi amministrativi) ed anche ad altre organizzazioni internazionali (dalle banche sub-regionali di sviluppo ad organizzazioni internazionali con i cui legali abbiamo magari discusso dei nostri rispettivi modelli contrattuali). Tutto ciò per rendere evidente come il progetto di codificazione della responsabilità delle organizzazioni

⁴ Si veda M. RAGAZZI, *Financial Institutions, International*, in *Max Planck Enc. Publ. Int. Law*, cit., 2012, vol. IV, pp. 21-29.

⁵ Si paragonino, ad esempio, i commenti dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico in Doc. A/CN.4/637 con quelli del Fondo Monetario. Nello stesso documento, al par. 2, è riportato come la Banca Asiatica per lo Sviluppo abbia manifestato il suo consenso all'integralità dei commenti della Banca Mondiale al testo approvato dalla Commissione in prima lettura.

⁶ Si veda M. RAGAZZI, *The Role of the World Bank in Conflict-Afflicted Areas*, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2001, pp. 240-245.

internazionali abbia messo in moto una rete molto estesa di contatti informali in parte riflessi nei commenti scritti delle varie organizzazioni.

In questa prima fase del nostro coinvolgimento abbiamo anche beneficiato di occasioni d'incontro con membri della Commissione del diritto internazionale, ed in particolare col relatore speciale (ora giudice) Giorgio Gaja, la cui cortese disponibilità è ben nota. In particolare, nell'ottobre del 2005, organizzammo presso la Banca Mondiale una sessione di studio sul progetto che ci permise di ascoltare dalla viva voce del relatore speciale in che direzione andasse il progetto ed ai partecipanti (per lo più rappresentanti di organizzazioni internazionali con sede a Washington) di interloquire col relatore speciale ed altri membri della Commissione, esprimendo anche iniziali commenti. Poco più di un anno dopo l'approvazione in prima lettura dell'articolato, l'ufficio legale della Banca Mondiale organizzò un nuovo incontro sull'argomento nel novembre del 2010, sempre con la partecipazione del relatore speciale ed altri membri della Commissione, che facilitò la redazione conclusiva dei nostri commenti e di quelli di altre organizzazioni internazionali.

A differenza dei nostri colleghi del Fondo Monetario, che hanno inviato commenti scritti alla Commissione quasi ogni anno, noi della Banca Mondiale ci siamo limitati ad inviare informazioni di carattere generale e brevi commenti sugli articoli nel luglio del 2004⁷, e commenti sull'articolo relativo allo stato di necessità quale circostanza di esclusione dell'illecito nel febbraio del 2006⁸. Non bisogna però trarre indebite conclusioni da questo diverso atteggiamento, dovuto in gran parte ai ripetuti mutamenti in quegli anni del vertice dell'ufficio legale della Banca Mondiale, che pure ha continuato a seguire con attenzione il progetto senza soluzioni di continuità.

3. *Atto secondo: commenti alla CDI sul testo approvato in prima lettura*

Il grosso dei commenti scritti della Banca Mondiale è stato quindi comunicato alla Commissione dopo che questa aveva approvato il testo dell'articolato in prima lettura, più esattamente alla fine del dicembre del 2010, entro quel limite temporale che avrebbe consentito alla Commissione di prenderli in considerazione ai fini della sua seconda lettura dell'articolato.

Non essendo la redazione dei commenti della Banca Mondiale un esercizio accademico, sin dal principio mi era parso opportuno (la qual

⁷ Questi commenti non sono stati pubblicati.

⁸ Si veda Doc. A/CN.4/568, lettera II.E.

cosa incontrò il consenso dei miei colleghi) andare al sodo, procedendo in maniera fortemente selettiva nella scelta degli articoli da commentare, cosicché risultassero chiare le vere preoccupazioni della Banca Mondiale in merito al progetto, senza divagazioni di sorta. Nel redigerli, organizzai i nostri commenti in due parti, separando quelli di carattere generale da quelli di carattere particolare.

COMMENTI GENERALI

4. *Le norme sulla responsabilità come norme secondarie (o procedurali)*

Nel suo rapporto iniziale, il Gruppo di lavoro della Commissione aveva chiarito che il termine «responsabilità», nel progetto sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali come già prima nel progetto sulla responsabilità degli Stati, riguarda solo «le conseguenze di diritto internazionale di atti internazionalmente illeciti»⁹. Ne consegue che l'articolato della Commissione si compone di norme secondarie (o procedurali), non primarie (o sostanziali), senza quindi nessun tentativo da parte della Commissione di definire il contenuto degli obblighi sostanziali che, una volta violati, danno luogo a responsabilità. Il punto è importante, non solo perché definire il contenuto degli obblighi appartiene alle norme sostanziali, ma anche perché la molteplicità delle organizzazioni internazionali e la varietà del diritto sostanziale loro applicabile avrebbero reso comunque impossibile per la Commissione l'elaborazione di norme sulla responsabilità che riflettessero gli obblighi specifici di diritto sostanziale delle organizzazioni internazionali.

Quindi, al fine di evitare il rischio che gli articoli approvati dalla Commissione potessero offrire il pretesto d'invocare apoditticamente l'esistenza di obblighi sostanziali delle organizzazioni internazionali che invece vanno provati in base alle fonti di produzione giuridica, la Banca Mondiale chiese alla Commissione d'indicare espressamente, nel suo commento ai principi generali del primo capitolo dell'articolato, che tutti i riferimenti ad obblighi primari rilevabili nel testo dell'articolato o del commento sono a titolo esclusivamente esemplificativo e non discendono da nessun tentativo della Commissione di pronunciarsi sull'esistenza e la portata degli obblighi primari, tutto ciò esulando appunto dai compiti della Commissione.

⁹ «Working Group on Responsibility of International Organizations. Report of the Working Group. The responsibility of international organizations: scope and orientation of the study», Doc. A/CN.4/L.622, par. 4.

5. (Segue) *Lex specialis e carattere residuale dell'articolato*

Il Gruppo di lavoro della Commissione aveva anche giustamente osservato che la grande varietà delle organizzazioni internazionali e del loro diritto particolare comporta che, in caso di violazione di un obbligo da parte dell'organizzazione nei confronti di un suo Stato membro, la necessità di ricorrere a principi generali è verosimilmente remota¹⁰. Per l'appunto, se solo si considerano (i) l'adesione quasi universale alle organizzazioni fondate a Bretton Woods (IBRD ed IMF), (ii) il fatto che le attività delle istituzioni finanziarie internazionali si rivolgono, di norma, ai loro Stati membri, e (iii) le disposizioni molto dettagliate sulle conseguenze dell'illecito contenute sia nelle politiche interne di queste organizzazioni che nei loro accordi finanziari con gli Stati¹¹, risulta ovvio come le occasioni di applicare norme sulla responsabilità diverse da quelle del diritto particolare di ogni istituzione finanziaria internazionale siano davvero rare.

Nei suoi commenti, la Banca Mondiale perciò insistette sul ruolo fondamentale del progetto di articolo 63 sulla *lex specialis* nel contesto dell'articolato, ed incoraggiò la Commissione, in seconda lettura, a rivisitare gli articoli ed i commenti in modo tale da non lasciare adito a dubbi sul carattere residuale dell'articolato. Più precisamente:

(a) Nel commento (6) al progetto di articolo 63, la Commissione avrebbe dovuto modificare il testo in modo da chiarire che, salvo il ristrettissimo novero delle norme di *jus cogens*, il diritto particolare di un'organizzazione internazionale prevale su ogni norma generale confligente.

(b) Analogamente, la Banca Mondiale trovava inaccettabile il commento (5) al progetto di articolo 4, laddove si sollevavano dubbi sulla proposizione che il diritto particolare di un'organizzazione prevalga sempre sugli obblighi che questa ha verso uno Stato membro in base al diritto internazionale. Se l'obbligo in questione non è di diritto imperativo, ma di mero diritto dispositivo e quindi derogabile, in virtù di quale principio il diritto dell'organizzazione non dovrebbe prevalere, appunto quale *lex specialis*?

¹⁰ *Ibidem*, par. 6.

¹¹ Si veda, ad esempio, la politica operativa della Banca Mondiale sulla sospensione degli esborsi in seguito a violazioni di obblighi di pagamento o altri (OP13.40), disponibile elettronicamente sul sito web della Banca Mondiale. Si veda anche la clausola sulle cause di sospensione nelle condizioni generali di contratto applicabili ai prestiti (31 luglio 2010), consultabili sullo stesso sito web.

(c) Infine, la Banca Mondiale suggerì che sarebbe stato opportuno che la Commissione, in seconda lettura, riesaminasse l'utilizzo dell'espressione «diritto internazionale», così da assicurarne un uso uniforme in tutto l'articolato. Per esempio, non era certo palese che l'espressione avesse lo stesso significato nel progetto di articolo 4(a) sugli elementi di un atto internazionalmente illecito e nel progetto di articolo 5(1) sul comportamento di un organo o di un agente in quanto atto dell'organizzazione. In altre parole, la domanda di fondo era se l'espressione «diritto internazionale», in quanto usata nell'articolato, andasse intesa nel senso di comprendere o invece di escludere il diritto internazionale particolare delle organizzazioni.

6. (Segue) *Codificazione e sviluppo progressivo*

Dato il numero limitato di casi pratici utili alla Commissione per il suo lavoro su questo progetto di codificazione, come si desumeva anche dalla cautela del tono usato nel commento che accompagnava il progetto di articolato, sembrava evidente che un buon numero di progetti di articoli fossero il risultato di un ragionamento per analogia (almeno come punto di partenza) con i corrispondenti articoli sulla responsabilità degli Stati. Ovviamente, non c'è nulla di male nel ricorso ad un procedimento analogico, cui d'altronde la Commissione ha fatto ricorso in varie altre occasioni.

Proprio per questo, la Banca Mondiale chiese che, nella stesura definitiva del suo commento in seconda lettura, la Commissione indicasse espressamente fino a che punto l'articolato codificasse davvero il diritto vigente e non fosse invece frutto di un suo sviluppo progressivo.

COMMENTI PARTICOLARI

7. *Definizione di «agente» ed «organo»; imputabilità*

Nel suo commento al progetto di articoli, la Commissione aveva giustamente ricordato il passo di una decisione in cui il Tribunale dei reclami tra Iran e Stati Uniti osserva che l'attribuzione di un comportamento allo Stato presuppone l'identificazione, con ragionevole certezza, di chi ha tenuto tale comportamento e della sua relazione con lo Stato¹².

¹² Si veda «International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001)», in *General Assembly Official Records, Fifty-*

Ebbene, lo stesso vale anche per l'attribuzione di un comportamento ad un'organizzazione internazionale, per cui una precisa definizione di cosa s'intenda per «organo» e per «agente» dell'organizzazione acquista un valore decisivo.

L'articolato approvato dalla Commissione in prima lettura non conteneva nessuna definizione di «organo», mentre con il termine «agente» ci s'intendeva riferire, secondo quanto disposto dal progetto di articolo 2(c), a quei funzionari ed altre persone o enti attraverso cui l'organizzazione agisce. A tale proposito, la Banca Mondiale osservò:

(a) Se la Commissione aveva preferito non definire il termine «organo», se ne doveva forse desumere che la definizione di «agente» fosse tale da comprendere anche gli organi di un'organizzazione? Per certi versi, sembrava di no, dato che la Commissione in vari progetti di articoli aveva usato l'espressione «organo o agente», lasciando quindi intendere che una distinzione fra i due termini esistesse. D'altro canto, però, si poteva essere tentati a concludere in senso contrario, dato che la stessa Commissione aveva scritto che «la distinzione fra organi ed agenti non pare rilevante per l'attribuzione di un comportamento ad un'organizzazione internazionale»¹³. Quindi, onde evitare possibili malintesi, non sarebbe stato forse opportuno che l'articolato includesse una definizione di «organo» e che questa definizione rimandasse al diritto particolare di ogni organizzazione in modo analogo a quanto previsto dagli articoli sulla responsabilità degli Stati in merito alla definizione di organo dello Stato?¹⁴

(b) Quanto alla definizione di «agente», nonostante la Banca Mondiale comprendesse la volontà della Commissione di adottare una definizione che non restringesse indebitamente l'attribuzione del comportamento illecito, restava il fatto che usare in una definizione il termine generico «comprende» (*includes*) al posto del più preciso «significa» (*means*) denotava una certa ambiguità.

fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), par. (9) del commento sul capitolo II («Attribuzione di un comportamento allo Stato»).

¹³ Si veda «International Law Commission's Report on the work of its sixty-first session (4 May to 5 June and 6 July to 7 August 2009)», in *General Assembly Official Records, Sixty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/64/10)*, par. (5) del commento al progetto di articolo 5.

¹⁴ «Un organo comprende qualsiasi persona o ente che rivesta tale posizione secondo il diritto interno dello stato»: «International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001)», *General Assembly Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, art. 4(2) («Comportamenti di organi di uno Stato»).

(c) Nella disposizione sull'imputabilità, il riferimento all'esercizio delle funzioni dell'organo o agente sembrava indicare che, a giudizio della Commissione, il criterio esclusivo di attribuzione aveva carattere funzionale. Ma è davvero così? In realtà, non si richiede qualcosa in più, cioè che l'agente non abbia solo in pratica esercitato le funzioni dell'organizzazione ma che abbia anche agito seguendo le istruzioni dell'organizzazione ed essendo sottoposto al suo controllo?

(d) Infine, mentre il secondo paragrafo del progetto di articolo 5 restringeva la rilevanza del diritto particolare di un'organizzazione all'identificazione delle funzioni di un organo o agente, in altri passaggi del suo commento all'articolato la Commissione aveva riconosciuto che il diritto di un'organizzazione poteva anche «alterare l'applicazione dei principi e delle norme della Seconda Parte alle relazioni fra un'organizzazione internazionale ed i suoi Stati membri, ad esempio in tema di attribuzione»¹⁵. Stando così le cose, la Banca Mondiale chiese alla Commissione di riesaminare la questione della rilevanza del diritto dell'organizzazione sull'attribuzione di un comportamento e di conseguenza rivedere il testo del progetto di articolo 5.

8. (Segue) *Violazione di un obbligo internazionale*

Come per gli Stati, anche per le organizzazioni si ha violazione di un obbligo internazionale quando l'atto è difforme da quanto richiesto dall'obbligo, «quale che ne sia la fonte o la natura». Ciò era quanto stabilito dal progetto di articolo 9(1), il cui secondo paragrafo aggiungeva che in questa disposizione rientrava anche la violazione di un obbligo creato dal diritto dell'organizzazione. Però la Commissione, nel suo commento (5) al progetto di articolo 9, aveva riconosciuto che la natura del diritto dell'organizzazione era «per certi versi controversa», restando aperta la questione «se tutti gli obblighi prodotti dal diritto dell'organizzazione debbano considerarsi obblighi internazionali». Ecco perché il commento (6) chiariva che, nell'articolo 9(2), la Commissione non intendeva esprimere un'opinione sulla questione ma si limitava ad indicare che, ammesso che un obbligo di diritto dell'organizzazione fosse un obbligo di diritto internazionale, i principi espressi in quest'articolo avrebbero trovato applicazione.

¹⁵ Si veda «International Law Commission's Report on the work of its sixty-first session (4 May to 5 June and 6 July to 7 August 2009)», in *General Assembly Official Records, Sixty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/64/10)*, par. (4) del commento al progetto di articolo 31.

Proprio perché concordava con la Commissione su questo atteggiamento di cautela, la Banca Mondiale chiese alla Commissione di cancellare dall'articolo 9 il suo secondo paragrafo. Dato che il primo paragrafo già indicava chiaramente che la violazione di un obbligo internazionale era tale qualunque fosse l'origine dell'obbligo, che cosa poteva mai aggiungere il secondo paragrafo? Inoltre, mantenerlo non comportava forse il rischio di concludere affrettatamente (contrariamente a quanto sosteneva la stessa Commissione) che la violazione di qualsivoglia norma del diritto dell'organizzazione fosse necessariamente la violazione di una norma internazionale?

9. (Segue) *Aiuto o assistenza nella commissione di un illecito*

Se non riportata entro limiti ben precisi, l'estensione alle organizzazioni internazionali della disposizione sulla responsabilità per aiuto o assistenza nella commissione di un illecito potrebbe indurre le istituzioni finanziarie a restringere i cordoni della borsa degli aiuti economici. Per questo, nei suoi commenti, la Banca Mondiale osservò che, se la fonte di questa disposizione era il corrispondente articolo 16 nel progetto sulla responsabilità degli Stati, allora anche qui avrebbe dovuto trovare applicazione il passo del commento a quell'articolo secondo il quale chi offre assistenza finanziaria di norma non assume il rischio che tale assistenza sia poi usata per la commissione di un illecito, sempre che il finanziatore non fosse a conoscenza dell'intenzione del beneficiario di usare i fondi del prestito a fini illeciti¹⁶.

D'altronde, era la stessa Commissione che, alla nota 58 del suo commento sul progetto di articolato sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, aveva asserito espressamente che «quando le disposizioni di questi articoli corrispondono a quelle contenute negli articoli sulla responsabilità degli Stati, ci si potrà anche riferire, qualora ciò sia opportuno, ai commenti sulle disposizioni di quei precedenti articoli»¹⁷. Proprio ad evitare che l'eventuale cancellazione o riformulazione di questa nota in seconda lettura generasse fraintendimenti, la Banca Mondiale chiese alla Commissione d'indicare espressamente, nel testo del suo com-

¹⁶ Si veda «International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001)», in *General Assembly Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, par. (4) del commento all'articolo 16.

¹⁷ Si veda «International Law Commission's Report on the work of its sixty-first session (4 May to 5 June and 6 July to 7 August 2009)», in *General Assembly Official Records, Sixty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/64/10)*, nota 58 del commento (1) al progetto di articolo 3.

mento al progetto di articolo 13 sull'aiuto e l'assistenza alla commissione di un illecito, che l'assistenza finanziaria non comporta, di norma, il rischio di responsabilità per uso illecito del finanziamento.

10. (Segue) *Direttive o controllo nella commissione di un illecito*

Secondo il progetto di articolo 14, un'organizzazione internazionale che desse direttive ad un'altra organizzazione o ad uno Stato nella commissione di un illecito o ne controllasse il comportamento era internazionalmente responsabile per l'illecito qualora agisse con la consapevolezza delle circostanze dell'atto illecito e qualora l'atto fosse internazionalmente illecito se commesso da quell'organizzazione.

Ebbene, quanto al requisito della conoscenza o consapevolezza delle circostanze dell'illecito, la Banca Mondiale chiese alla Commissione di specificare, nel suo commento, che tale conoscenza doveva essere provata, non presunta, come d'altronde la Commissione aveva espressamente indicato nel suo commento all'articolo 16 sulla responsabilità degli Stati¹⁸.

Era inoltre necessario chiarire bene cosa s'intendesse per «direttive e controllo». Nel caso di un accordo di prestito fra un'istituzione finanziaria internazionale ed il beneficiario del prestito, la direzione ed il controllo del progetto finanziato dal prestito non sono mai cedute all'istituzione finanziaria: la responsabilità di esecuzione del progetto resta quella del beneficiario, il ruolo dell'istituzione finanziaria riducendosi a quello della supervisione, secondo le disposizioni dell'accordo di prestito. Ma la supervisione non è nè una forma di controllo nè una forma di direzione. Anzi, proprio nel suo commento al corrispondente articolo 17 sulla responsabilità degli Stati, la Commissione aveva sottolineato come il controllo in realtà si riferisca a quei casi di dominio sulla commissione di un illecito e non a quelli di un mero esercizio di supervisione¹⁹. Quindi, la Banca Mondiale riteneva che un'esplicitazione in tal senso da parte della Commissione avrebbe certo reso meno ambiguo l'articolato ed evitato di dar adito a preoccupazioni sull'effettiva portata di questo progetto di articolo.

¹⁸ Si veda «International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001)», in *General Assembly Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, par. (9) del commento all'articolo 16: «le circostanze particolari di ogni caso andranno attentamente valutate al fine di determinare se lo Stato che ha prestato aiuto sapeva ed intendeva facilitare un comportamento internazionalmente illecito».

¹⁹ *Ibidem*, par. (7) del commento all'articolo 17.

11. *Atto terzo: commenti trasmessi alla Sesta commissione (giuridica) dell'Assemblea generale sul testo approvato dalla CDI in seconda lettura*

Una volta sottoposti i commenti, non restava che aspettare l'esito della seconda lettura, che la Commissione completò nell'estate del 2011 con l'approvazione dell'articolato e del commento che l'accompagna²⁰. A questo punto, ci ponemmo tre domande. Il nuovo articolato ed il commento presentano le modifiche richieste dalla Banca Mondiale? A seconda della risposta affermativa o negativa a questa prima domanda, è preferibile tacere o leggere una dichiarazione alla Sesta commissione (giuridica) dell'Assemblea Generale? Nel caso ci si orientasse per una dichiarazione, sarebbe stato meglio procedere da soli o assieme ad altre organizzazioni che condividessero il punto di vista della Banca Mondiale?

Quanto alla prima domanda, da una nostra tavola comparativa dettagliata risultò che le preoccupazioni di carattere generale che avevamo formulato nei nostri commenti avevano trovato un'eco incoraggiante nel nuovo commento introduttivo predisposto dalla Commissione. Per quanto invece riguardava i nostri commenti che non erano stati accolti dalla Commissione, sarà pur vero che *repetita juvant*, ma è anche vero che una riproposizione integrale dei nostri commenti non sarebbe servita a gran che, mentre una loro proposizione selettiva rischiava d'ingenerare confusione sulle nostre posizioni. Ci orientammo quindi nel senso di presentare una brevissima dichiarazione che facesse restare agli atti i nostri commenti di carattere generale che avevano trovato riscontro in seconda lettura e che d'altronde erano largamente condivisi da tutte le organizzazioni internazionali, sia quelle finanziarie che le altre.

A quest'ultimo proposito, da un'altra tavola comparativa che richiesi a due giovani colleghi della Banca Mondiale e che è stata pubblicata in calce ad un mio breve intervento all'incontro annuale dell'*American Society of International Law* nel 2011²¹, risultava come su certe tematiche di fondo (quali il ruolo della *lex specialis* e la natura del progetto, in aggiunta al carattere progressivo dell'articolato che non poteva essere colto dalla tavola comparativa proprio perché non riguarda un solo arti-

²⁰ Si veda «International Law Commission, Report on the work of its sixty-third session (26 April - 3 June and 4 July - 12 August 2011)», in *General Assembly Official Records, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/66/10 and Add.1)*, pp. 69-172.

²¹ Si vedano M. RAGAZZI, *The ILC Draft Articles and International Financial Institutions: Select Considerations*, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2011, pp. 353-356; *Chart: International Organizations' Comments on the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (prepared by Evarist Baimu and Aristeidis Panou)*, *ibidem*, pp. 357-363.

colo particolare) vi fosse ampia convergenza fra i commenti delle organizzazioni internazionali.

Esistendo quindi i presupposti per una breve dichiarazione comune, ne preparai la prima stesura che poi discutemmo con i nostri colleghi del Fondo Monetario. Velocemente pervenuti al testo definitivo, ne inviammo copia, per informazione, ai nostri colleghi presso varie altre organizzazioni internazionali, specificando che la dichiarazione sarebbe stata letta alla Sesta commissione (giuridica) dell'Assemblea Generale da parte del rappresentante dell'ufficio della Banca Mondiale alle NU per conto di tutte quelle organizzazioni (o, meglio, dei capi dei loro uffici legali)²² che lo avessero sottoscritto. Si è così giunti alla sottoscrizione della dichiarazione da parte dei *General Counsels/Legal Advisers* di dieci istituti specializzati delle NU²³, tre banche regionali di sviluppo²⁴, e quattro altre organizzazioni internazionali²⁵, oltre alla Banca Mondiale ed al Fondo Monetario. Ecco la traduzione italiana del testo della dichiara-

²² Non occorre in questa sede esaminare a che titolo le organizzazioni internazionali forniscano i loro commenti alla Commissione sui vari progetti in cui si richiede il loro parere. Data la ripartizione interna delle competenze degli organi, è lecito presumere che i commenti emanino di norma dai segretariati delle organizzazioni. Nel caso della dichiarazione comune, la sua attribuzione ai capi degli uffici legali è dovuta semplicemente ai tempi ristretti che non avrebbero permesso l'espletamento delle procedure interne qualora si fosse voluto attribuirle genericamente alle organizzazioni o ai loro uffici di presidenza. Non mi pare però che la questione abbia qui grande importanza, non solo per le prerogative di cui godono i capi degli uffici legali, ma anche perché, su di un tema tanto complesso di tecnica giuridica quanto quello della responsabilità, mi sembra ovvio che gli uffici legali finiscano per pronunciare una parola decisiva.

²³ Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (IFAD), Organizzazione delle NU per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), Organizzazione delle NU per lo Sviluppo Industriale (UNIDO), Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), Organizzazione Meteorologica Mondiale (WMO), Organizzazione Mondiale del Turismo (UNWTO), Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO), Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (WIPO), Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (ITU).

²⁴ Banca Africana per lo Sviluppo (AFDB), Banca Asiatica per lo Sviluppo (ADB), Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (EBRD). Ancora una volta, non si devono trarre indebite conclusioni dall'assenza della quarta banca regionale, cioè la Banca Inter-Americana per lo Sviluppo (IADB), con i cui legali siamo stati in stretto contatto per tutta la durata del progetto data la comune sede a Washington. In altre parole, la mancata sottoscrizione dell'IADB non è indice di disaccordo sui nostri commenti e la dichiarazione presentata alla Sesta commissione (giuridica) ma si deve a ragioni del tutto estranee al progetto.

²⁵ Commissione Preparatoria per l'Organizzazione del Trattato sulla Messa al Bando Totale degli Esperimenti Nucleari (Preparatory Commission CTBTO), Organizzazione Internazionale della Polizia Criminale (INTERPOL), Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), Organizzazione per la Proibizione delle Armi Chimiche (OPCW).

zione, datata 21 ottobre 2011 e letta cinque giorni dopo alla Sesta commissione²⁶:

1. Nel sottoporre questa dichiarazione alla Sesta Commissione, i *General Counsels* della Banca Mondiale (IBRD ed IDA) e del Fondo Monetario Internazionale, unitamente ai loro colleghi delle organizzazioni internazionali elencate in calce a questa dichiarazione, esprimono innanzitutto al relatore speciale ed agli altri membri della Commissione del diritto internazionale, assistiti dalla divisione di codificazione dell'ufficio legale delle NU, il loro apprezzamento per il lavoro svolto su questo tema e per le varie occasioni di scambi costruttivi che hanno offerto alle organizzazioni internazionali.

2. Nel corso della prima lettura del progetto di articolato predisposto dalla Commissione, e subito dopo la sua conclusione, abbiamo avuto modo di portare a conoscenza della Commissione varie nostre preoccupazioni. Siamo perciò grati alla Commissione per aver dato seguito ad alcune di queste preoccupazioni durante la sua seconda lettura dell'articolato. La dichiarazione che ora sottoponiamo all'attenzione della Sesta commissione è aggiuntiva, non sostitutiva, dei nostri precedenti commenti e non mira ad elencare le sole preoccupazioni che permangono; intendiamo piuttosto sottolineare alcuni principi-chiave.

3. Apprezziamo il commento di carattere generale premesso all'articolato al termine della seconda lettura. Vari principi riflessi in quel commento introduttivo consentono una chiara valutazione dell'importanza, ma anche dei limiti intrinseci, del lavoro della Commissione su questo tema. In particolare:

(a) *Principio di specialità*. Il commento introduttivo riconosce, al paragrafo (7), la ragguardevole differenza fra Stati ed organizzazioni internazionali, e le significative diversità fra le organizzazioni internazionali. Proprio in virtù di questa diversità, il progetto di articolo 64 (*Lex specialis*) ha speciale importanza perché rimarca che le norme sulla responsabilità contenute nell'articolato hanno carattere meramente residuale rispetto a quelle particolari di ogni organizzazione, alcune delle quali possono anche essere rilevanti nei rapporti con gli Stati non-membri.

(b) *Sviluppo progressivo*. Il commento introduttivo riconosce anche, al paragrafo (5), che la scarsità della prassi sulla quale si fonda un buon numero dei progetti di articoli indica chiaramente che questi hanno valore di sviluppo progressivo, più che di codificazione.

²⁶ L'originale in lingua inglese, in versione abbreviata, è in Doc. A/C.6/66/SR.20 («Summary record of the 20th meeting», 26 ottobre 2011), par. 88-91.

(c) *Norme secondarie*. Infine, corrispondentemente all'atteggiamento seguito in tutto il suo progetto, la Commissione riconosce al paragrafo (3) del commento introduttivo che l'articolato si compone di norme secondarie, non primarie, per cui niente che vi sia contenuto «va letto a supporto dell'esistenza o meno di qualsivoglia norma primaria vincolante per le organizzazioni internazionali».

4. Questi chiarimenti, forniti nel commento introduttivo, serviranno da importanti principi-guida per una corretta comprensione dell'articolato.

Non fu questa l'unica dichiarazione da parte di organizzazioni internazionali letta alla Sesta commissione il 26 ottobre 2011. In un'altra, letta a nome dei *Legal Advisers* di varie organizzazioni dal rappresentante dell'UNESCO, si lamentò che le preoccupazioni espresse nel corso del progetto non fossero state prese debitamente in considerazione e che l'articolato, così come approvato dalla Commissione in seconda lettura, potrebbe «ispirare decisioni giurisprudenziali non avvalorate da una sufficiente prassi od *opinio iuris*», col rischio di soluzioni giuridiche pregiudizievoli degli interessi sia delle organizzazioni internazionali che dei loro Stati membri. Su questa base, le organizzazioni che avevano sottoscritto questa seconda dichiarazione sollecitavano l'Assemblea generale a non prendere nessuna decisione sull'articolato e a chiedere invece alla Commissione «di proseguire nel suo dialogo con le organizzazioni internazionali al fine di migliorare l'articolato da sottoporre poi ad una successiva sessione» dell'Assemblea generale²⁷. Le organizzazioni appoggiavano comunque la dichiarazione della Banca Mondiale e del Fondo Monetario, riportata sopra, che in forza di questa ulteriore sottoscrizione indiretta veniva quindi ad esprimere il parere degli uffici legali di quasi tutti gli istituti specializzati delle NU²⁸. (Ovviamente, dato il duplice ruolo ricoperto dall'ufficio legale delle NU, cioè di servizio alla Commissione del diritto internazionale attraverso la sua divisione di codificazione, ma anche di ufficio legale di un'organizzazione internazionale potenzialmente destinataria delle norme sulla responsabilità contenute nel-

²⁷ Se ne veda l'originale in lingua inglese, in versione abbreviata, *ibidem*, par. 92-93.

²⁸ Infatti, oltre ai *Legal Advisers* di CTBTO, IFAD, ILO, IMO, ITU, OPCW, UNESCO, UNIDO, UNWTO, WHO, WIPO, WMO, già sottoscrittori della dichiarazione della Banca Mondiale e del Fondo Monetario, questa seconda dichiarazione venne anche sottoscritta dai *Legal Advisers* dell'Organizzazione Internazionale dell'Aviazione Civile (ICAO), dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM) e dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO).

l'articolato, anche il *Legal Counsel* delle NU intervenne nel dibattito alla Sesta commissione con una sua dichiarazione)²⁹.

Come spiegare le differenze fra le due dichiarazioni (quella letta dal rappresentante della Banca Mondiale e quella letta dal rappresentante dell'UNESCO), soprattutto in merito alla richiesta, contenuta nella seconda, di rinviare l'articolato alla Commissione, un possibile (anche se improbabile)³⁰ esito previsto dall'articolo 23(2) dello Statuto della Commissione? Penso che, in parte, la risposta vada ricercata in ragioni obiettive che hanno a che vedere con le differenze fra le organizzazioni che avevano preso l'iniziativa relativa alle due dichiarazioni, mentre in parte vada ricercata in ragioni soggettive legate alle convinzioni dei giuristi coinvolti. Ad ogni modo, per quanto riguarda la Banca Mondiale, la richiesta di rinvio dell'articolato non sarebbe stata conforme al tono e contenuto dei suoi commenti, anche ammettendo che la richiesta avesse qualche possibilità di successo e che l'ulteriore studio da parte della Commissione potesse condurre a risultati più soddisfacenti.

Comunque, nel dicembre del 2011, l'Assemblea generale adottò una risoluzione pressoché identica a quella adottata dieci anni prima sul progetto di responsabilità degli Stati, prendendo nota dell'articolato e raccomandandolo all'attenzione dei governi e delle organizzazioni internazionali, senza pregiudicare una loro futura adozione o altra eventualità³¹.

12. *Conclusione: dalla responsabilità giuridica al senso di responsabilità morale*

A voler trarre conclusioni da quanto appena scritto, ne indicherei tre: una rivolta al futuro, una che guarda al passato, ed una che riflette sul rapporto, sempre attuale e fondamentale, fra diritto e morale.

(a) È difficile prevedere quale impatto l'articolato potrà avere sulla trattazione delle questioni di responsabilità delle organizzazioni internazionali. Proprio perché gli articoli in gran parte sviluppano, più che co-

²⁹ Si veda Doc. A/C.6/66/SR.18 («Summary record of the 18th meeting», 24 ottobre 2011), par. 22-29.

³⁰ Che queste eventualità fossero comunque remote trova conferma nell'affermazione del relatore speciale, come riportata nel riassunto della sessione della Sesta commissione (giuridica) del 2011, che a quel punto il testo dell'articolato non era più negoziabile. (Doc. A/C.6/66/SR.21 («Summary record of the 21st meeting», 27 ottobre 2011, par. 11).

³¹ Si veda Doc. A/RES66/100.

dificare, il diritto internazionale, vale il detto anglosassone che «se il budino è buono, lo sapremo solo mangiandolo» (*the proof of the pudding is in the eating*), o, in termini nostrani, «chi vivrà vedrà». Analogamente, sul rapporto fra norme generali sulla responsabilità e diritto particolare delle organizzazioni internazionali il tempo dirà se ha davvero ragione chi si chiede, con fine ironia, se l'insistenza delle organizzazioni sulla *lex specialis* non sia magari dettata, almeno per alcune di loro, dalla volontà preminente di sottrarsi comunque all'applicazione delle norme generali³².

(b) Se invece si guarda a cosa abbia significato il coinvolgimento della Banca Mondiale in questo progetto di codificazione, si possono individuare vari livelli di rapporti. C'è innanzitutto il rapporto fra un istituto specializzato delle NU (la Banca Mondiale, ovvero IBRD ed IDA) ed un organo sussidiario dell'Assemblea Generale (la Commissione del diritto internazionale): la Banca Mondiale, quale organizzazione indipendente, coopera da sempre con le NU ed i suoi organi (principali e sussidiari) sulla base degli accordi di relazione³³, per cui il contributo a questo progetto della Commissione s'iscrive nell'alveo più ampio di questa cooperazione. C'è poi il rapporto fra Banca Mondiale ed altre organizzazioni internazionali (finanziarie e non, istituti specializzati e non), che ha consentito un costante scambio d'idee su di un piano informale ed il consolidamento di opinioni condivise nella dichiarazione finale alla Sesta commissione (giuridica) dell'Assemblea Generale. C'è infine il rapporto della Banca Mondiale con i suoi paesi membri: nonostante la Banca Mondiale, come le altre organizzazioni internazionali, abbia formulato i suoi commenti autonomamente, essa ha certo seguito con attenzione i commenti sottoposti dagli Stati, così come questi hanno valutato, esplicitamente o meno, i commenti della Banca Mondiale e delle altre organizzazioni internazionali nella formulazione dei propri.

(c) Pur non essendo un appassionato d'opera, se non sbaglio la *Traviata* è proprio un'opera in tre atti, come in tre atti è la suddivisione che ho qui adottato per descrivere le fasi nelle quali si è articolato il contributo della Banca Mondiale. Non mi sembra quindi fuori luogo ricorrere all'immagine generica del «traviamento» (senza ovviamente riferirmi al libretto dell'opera in questione) per esprimere l'auspicio che la lunga riflessione sugli aspetti tecnici della responsabilità ispiri Stati ed organizza-

³² Si veda la dichiarazione del rappresentante italiano alla Sesta commissione (giuridica) in Doc. A/C.6/66/SR.18 («Summary record of the 18th meeting», 24 ottobre 2011), par. 50.

³³ Quello fra NU ed IBRD è del 1947 (*UNTS* 16 (1948), pp. 341-357); quello fra NU ed IDA è del 1961 (*UNTS* 394 (1961), pp. 221-229).

zioni internazionali a comportarsi responsabilmente, in senso sia giuridico che morale. E ciò a cominciare dal rispetto dei valori fondamentali di morale naturale, quindi frutto di una riflessione della retta ragione, della vita umana sin dal concepimento e della famiglia naturale fondata sul matrimonio fra un uomo ed una donna, rigettando la tentazione di trasformarsi da autorità pubbliche al servizio del bene comune in strutture immorali di dominio (o, in termini teologici, «strutture di peccato»)³⁴ che traviano il prossimo con la promozione di false ideologie che non tutelano i più deboli fra i deboli (cioè i nascituri nel ventre delle loro madri) e che tentano indebitamente di ridefinire la famiglia invece di rafforzarla quale cellula naturale di ogni sana società. Nella citazione di apertura, Giovanni Battaglini riconosceva ispirazione profetica al legame indissolubile che unisce principi giuridici fondamentali e *ius divinum naturale*. Forse non gli sarebbe dispiaciuto questo passo ulteriore, che apre la riflessione su di un argomento tecnico come quello della responsabilità in diritto internazionale alla sua dimensione ulteriore di natura morale.

³⁴ Sul concetto di «struttura di peccato» e sulla dimensione sociale del peccato, venuti di nuovo alla ribalta con l'insegnamento del Beato Giovanni Paolo II durante il suo pontificato, ma con profonde radici nella tradizione teologica, si veda M. RAGAZZI, *The Concept of Social Sin in Its Thomistic Roots*, in *Journal Markets & Morality*, 2004, pp. 363-408. Sui valori irrinunciabili della vita e della famiglia, a baluardo del vero bene comune sia nazionale che internazionale, è ritornato da par suo Papa Benedetto XVI nell'enciclica *Caritas in veritate* (29 giugno 2009), il cui testo in varie lingue è disponibile sul sito della Santa Sede.

FRANCESCO SALERNO

LA FUNZIONE DI CONTROLLO
DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
SUL RISPETTO DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. Il vincolo costituzionale per gli organi dello Stato di rispettare gli obblighi internazionali. – 2. L'incidenza degli obblighi internazionali sulla funzione di indirizzo politico. – 3. Il controllo sul rispetto degli obblighi internazionali da parte del Presidente della Repubblica. – 4. Il parametro «materiale» della funzione di controllo presidenziale. – 5. Le modalità della funzione di controllo presidenziale. – 6. Conclusioni.

1. *Il vincolo costituzionale per gli organi dello Stato di rispettare gli obblighi internazionali*

Giovanni Battaglini aveva molto a cuore le funzioni costituzionali rilevanti in tema di formazione degli obblighi internazionali e soprattutto il rispetto della loro attuazione nell'ordinamento interno¹. Con la nuova formulazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., si è introdotto il vincolo del rispetto di obblighi internazionali per leggi ordinarie dello Stato e leggi regionali. A partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la Corte costituzionale ha ritenuto che, se l'obbligo internazionale è conforme alla

¹ Cfr., in particolare, G. BATTAGLINI, *Riflessione breve su di un tema della sentenza n. 295, con variazioni*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1334 ss. Ho potuto conoscere G. Battaglini solo nel 1995 quando si concretizzava la mia chiamata quale professore associato di diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara. Conoscendo l'incidente concorsuale in cui ero incappato, G. Battaglini mi rassicurò nell'occasione che il mio trasferimento sarebbe stato seguito dalla determinazione della Facoltà di bandire appena possibile un posto di I fascia nella disciplina. Cosa che la Facoltà puntualmente fece, di modo che lo stesso G. Battaglini venne designato membro interno della Commissione (composta anche da Riccardo Luzzatto, Giorgio Gaja, Pierluigi Lamberti Zanardi e Stefania Bariatti), che concluse nel 1999 i lavori in modo per me positivo. È doveroso qui sottolineare che mai G. Battaglini ha fatto pesare il mio debito verso di Lui, ed anzi ha sempre rispettato le mie scelte nella gestione della disciplina. Di più. Battaglini, per quanto espressione di altre scuole, mi ha confortato nei miei percorsi scientifici, in specie incoraggiandomi a scrivere subito il manuale di diritto internazionale anziché procedere alla stesura del manuale di diritto internazionale privato, perché il secondo «fai sempre in tempo a scriverlo». E così è stato. Grazie Giovanni.

Costituzione, il vincolo abbia portata generale per la legislazione ordinaria statale, rendendola subalterna ad un qualunque obbligo internazionale tanto da assegnare a questo la qualifica di «norma interposta». Per la Corte costituzionale, la nuova norma integra ma non sostituisce quelle originarie in materia di garanzia di obblighi internazionali, vale a dire l'art. 10, 1° comma, per l'adattamento a norme consuetudinarie generalmente riconosciute² e l'art. 11 per le limitazioni che si impongono alla sovranità in conseguenza delle competenze rimesse a determinate organizzazioni internazionali, tra cui in primo luogo l'UE. Coordinando le varie formule costituzionali di garanzia del diritto internazionale, emerge a livello costituzionale un principio generale di coerenza dell'ordinamento italiano rispetto agli obblighi internazionali, sia pure modulato in disposizioni diverse con un profilo corrispondente di garanzia costituzionale che risente dell'autonomo apprezzamento del legislatore costituente. La differenza attiene però all'intensità della garanzia apprestata non alla funzione dello Stato che è chiamata ad osservarla o a farla osservare.

Questo genere di limitazioni non figura nell'art. 10, 1° comma e nell'art. 11 Cost. Entrambe le disposizioni richiedono, sia pure con formule diverse, un modo d'essere dell'ordinamento statale conseguente a determinati obblighi internazionali con la conseguenza che ogni organo dello Stato è chiamato a prenderne atto nell'ambito delle proprie competenze. La questione si pone per l'art. 117, 1° comma, che richiama il limite del rispetto di obblighi internazionali in relazione alla sola funzione legislativa dello Stato (e della Regione), ma la sua osservanza investe inevitabilmente altre funzioni dello Stato. L'estensione è incontrovertibile rispetto a leggi entrate in vigore. In tal caso la Corte costituzionale assicura l'osservanza dell'obbligo internazionale e il giudice ordinario provvede all'interpretazione conforme delle leggi. Ma anche perché sorrette da questo genere di valutazioni, il vincolo al rispetto di obblighi internazionali investe *ab origine* le varie espressioni del Pubblico Potere che sono coinvolte nella determinazione del contenuto materiale di una legge e nel suo perfezionarsi quale atto normativo. In questo modo l'art. 117, 1° comma, sollecita e legittima iniziative funzionali al rispetto di obblighi internazionali per lo Stato ancor prima della loro formale attuazione, anzi al fine di realizzare la conformità dell'ordinamento interno. Pertanto, oltre al Parlamento, viene in rilievo l'insieme delle fasi attraverso cui si dovrebbe definire questa scelta legislativa, a partire dalla volontà governativa di se-

² Anche l'art. 10, 2° comma, Cost., costituisce una garanzia costituzionale per determinati obblighi internazionali quali quelli inerenti alla condizione giuridica dello straniero, ma – a prescindere dalla riserva di legge ivi enunciata – la sua formulazione ricalca la garanzia generale ora enunciata dall'art. 117, 1° comma, Cost. e questo vi si sovrappone.

guire un determinato indirizzo politico. Ne sono tra l'altro interessati gli organismi interministeriali, la «leale cooperazione» tra Stato e Regioni, un possibile «atto di indirizzo politico» dell'Esecutivo. Data la portata generale dell'art. 117, 1° comma, Cost., la sua riformulazione incrina definitivamente la scissione concettuale tradizionalmente operata dalla dottrina italiana tra lo Stato «persona» di diritto interno e lo Stato quale «persona», *rectius* soggetto, di diritto internazionale. La distinzione poggia in verità sulla semplice constatazione che diritto interno e diritto internazionale sono due sistemi giuridici distinti e autonomi tra loro, di modo che la qualificazione della «persona-Stato» dipende dall'ordinamento di volta in volta considerato. Di riflesso, seguendo sempre la più rigorosa concezione dualista, le norme che promanano dalla volontà dello Stato sono ontologicamente distinte secondo che afferiscano al diritto internazionale o al diritto interno. Ne segue, in ragione del carattere autonomo ed originario dei due ordinamenti, che gli organi dello Stato sono vincolati all'osservanza della norma internazionale in quanto vi sia una norma dell'ordinamento interno che lo imponga³.

L'impostazione dualista va però riconsiderata partendo dalla considerazione che l'«ente reale» assunto come identificativo dello Stato nel senso del diritto internazionale è «in atto» la medesima entità che «gestisce» l'ordinamento interno quale comunità giuridicamente organizzata. Questa unità «strutturale» si contrappone alla logica dualista e può essere resa compatibile con essa se è lo stesso ordinamento statale a predisporre regole che opportunamente non configurano una soluzione di continuità nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno quando quest'ultimo precostituisce un meccanismo permanente in forza del quale l'obbligo internazionale si traduce in una «norma» rilevante nell'organizzazione giuridica dello Stato. Nella Costituzione italiana hanno sempre svolto questa funzione gli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost. L'art. 117, 1° comma, novellato generalizza una simile soluzione poiché la clausola di rispetto ivi sancita è un limite «interno» permanente alla funzione legislativa ordinaria dello Stato.

La valenza innovativa della nuova disposizione costituzionale sta dunque anche in questo, poiché assume che gli organi titolari (nello Stato e nelle Regioni) della funzione legislativa e relativi controllori siano chia-

³ D. DONATI, *Gli organi dello Stato e il diritto internazionale (a proposito di una recente pubblicazione del Ministero della marina)* (1908), ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1966, p. 19 ss. La più rigorosa applicazione di questa dottrina si deve comunque agli studi successivi di G. ARANGIO-RUIZ, di cui vedi – tra gli altri – *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951 e, più di recente, *La persona internazionale dello Stato*, Torino, 2008, spec. p. 29 ss.

mati a tener direttamente conto del principio di coerenza sancito a favore di obblighi internazionali e dunque ad operare – o a far operare – «direttamente ed immediatamente» in modo conforme ad essi. Una simile prospettiva era già presente a Dionisio Anzilotti, fondatore della dottrina dualista italiana in tema di rapporti tra ordinamenti. Anzilotti aveva ben presente che questa impostazione non poteva spingersi fino al punto da eludere nell'ordinamento interno qualunque rilievo dell'obbligo internazionale già perfezionatasi a carico dello Stato. In quanto la condotta conforme dello Stato dipende dai suoi organi, «i diritti ed i doveri internazionali sono esercitati o adempiuti da vari organi dello Stato nella misura della competenza attribuita a ciascuno dal diritto interno: dentro questi limiti, però, *gli organi possono essere direttamente in contatto col diritto internazionale*, perché gli organi sono lo Stato ...»⁴. In questa linea di continuità si traduceva la rilevanza costituzionale del rispetto di obblighi internazionali nell'ambito delle funzioni svolte da singoli organi dello Stato, così da ammettere, come egli stesso scriveva, «un rapporto di subordinazione del diritto interno al diritto internazionale»⁵, che discendeva «dallo stesso rapporto di subordinazione dello Stato al diritto internazionale»⁶. L'art. 117, 1° comma, Cost. riflette ora questa logica imponendo agli organi dello Stato di operare per il rispetto dovuto alla garanzia costituzionale.

2. *L'incidenza degli obblighi internazionali sulla funzione di indirizzo politico*

È in tale dimensione normativa che viene coinvolta la funzione di controllo costituzionale del Presidente della Repubblica inevitabilmente diretta, come interlocutore principale, all'Esecutivo quale titolare della funzione di indirizzo politico. Infatti è il Governo che avvia normalmente l'attività legislativa per il rispetto di obblighi internazionali. È possibile che, in considerazione della materia trattata, l'Esecutivo preferisca ricercare un'intesa con forze dell'opposizione. Come accade in altre democrazie parlamentari, questo più vasto consenso risponde anzitutto a ra-

⁴ D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni* (1905), ora in *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, I, Padova, 1956, p. 430, corsivo aggiunto.

⁵ *Ivi*, p. 448.

⁶ *Ivi*, p. 517. Ne consegue, per Anzilotti, che «i doveri internazionali dello Stato costituiscono ... un complesso di limiti giuridici della funzione legislativa, nel senso che lo Stato, essendo giuridicamente tenuto verso gli altri Stati ad una determinata condotta, non può emanare norme giuridiche contrarie a ciò che il diritto internazionale esige da lui» (*ivi*, p. 446).

gioni di opportunità di modo che il vincolo maturato sul piano internazionale da un precedente Governo venga rispettato da quello successivo. Ma, anche in caso di mancato coinvolgimento dell'opposizione, il principio internazionalistico di continuità degli obblighi internazionali è un dato comunque ineludibile da parte di una diversa maggioranza parlamentare successiva a quella il cui Governo aveva pattuito il trattato.

L'art. 117, 1° comma, Cost., assegnando rango di «norma interposta» all'obbligo internazionale, formalizza la continuità di tale vincolo rispetto alla funzione legislativa ordinaria, senza che al riguardo abbia rilievo la forma – solenne o semplificata – con cui si sia formato il consenso dello Stato a vincolarsi sul piano internazionale⁷. Il vincolo al rispetto di obblighi internazionali comprime la sfera di discrezionalità del legislatore ordinario, determinando limitazioni di vario genere. Tale compressione è presso che piena se la norma internazionale detta direttamente la regolamentazione della situazione oppure prefigura in modo puntuale il tipo di condotta (anche semplicemente omissiva) che lo Stato deve seguire. In altre situazioni la norma internazionale indica un obbligo di risultato che lascia lo Stato libero nella determinazione delle modalità per realizzarlo. Più in generale, per effetto della clausola di rispetto degli obblighi internazionali, residua solo la possibilità di adottare leggi compatibili con tali obblighi.

La compressione costituzionale della libertà legislativa – e dello stesso indirizzo politico che la sostiene – risulta particolarmente accentuata dallo sviluppo delle relazioni internazionali, che ormai permeano tutti i settori della società statale, specie attraverso l'azione di organizzazioni internazionali o altre forme di cooperazione multilaterale. Gli obblighi che discendono dall'appartenenza a questi sistemi internazionali «particolari» strutturati fanno parte integrante del vincolo costituzionale di rispetto degli obblighi internazionali dello Stato. In tali condizioni l'Esecutivo e le forze politiche non possono ignorare gli effetti della condotta statale nell'ambito dell'organizzazione internazionale anche solo per effetto dell'obbligo di cooperazione che accompagna l'appartenenza dell'Italia alla stessa. In considerazione delle competenze attribuite a singole organizzazioni internazionali, può anche accadere che una di queste attui – o coordini l'attuazione di – obblighi internazionali discendenti da atti di un'altra organizzazione internazionale. La clausola di rispetto degli obblighi internazionali viene così ad articolarsi su un duplice livello.

⁷ Come rileva G. Gaja, ciò che conta è l'esistenza del vincolo a livello internazionale: ID., *Convenzione europea dei diritti umani e norme costituzionali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. Salerno e R. Sapienza, Torino, 2011, p. 4.

Lo Stato italiano, membro di entrambe le organizzazioni, deve rispettare sia l'obbligo originario che l'obbligo inerente al modo in cui una seconda organizzazione internazionale abbia attuato gli obblighi della prima. È quanto avviene in relazione a sanzioni decise dalle NU e generalmente attuate in Italia a seguito di atti dell'UE⁸. In questo modo viene ulteriormente ridotta se non del tutto annullata la libertà che residua allo Stato nella determinazione delle modalità della propria condotta per assicurare il risultato richiesto a livello internazionale.

Il «fattore internazionale» sicuramente erode la sfera costituzionalmente garantita di indirizzo politico dell'Esecutivo e della sua maggioranza parlamentare, ma per altri versi condiziona l'ordinamento a qualificarla in termini diversi. Il carattere ampiamente internazionalizzato di vasti settori dell'amministrazione statale impone infatti un'azione coordinata dell'Esecutivo che esalta maggiormente la funzione di coordinamento del Presidente del Consiglio in materia di politica estera assistito ovviamente dal Ministro degli Affari esteri, al quale però non può essere (più) riconosciuta una posizione «esclusiva» in materia. Lo stesso orientamento è stato pure puntualizzato a proposito della funzione di coordinamento del Presidente del Consiglio rispetto alle attività regionali, essendo stata strutturata la Conferenza permanente Stato-Regioni in modo tale da farla operare in stretto raccordo con la Presidenza del Consiglio.

La centralità di questo organo nell'attuale articolazione – centrale e periferica – del «Pubblico Potere» semplifica i canali di confronto istituzionale in specie nel dialogo tra le varie espressioni politiche di impulso, controllo o freno all'azione legislativa anche nell'attuazione di obblighi internazionali. Nel contempo, il dato che emerge dalla prassi costituzionale integra il testo costituzionale e rende possibile una lettura aggiornata delle singole norme costituzionali.

3. *Il controllo sul rispetto degli obblighi internazionali da parte del Presidente della Repubblica*

Il vincolo costituzionale al rispetto degli obblighi internazionali investe direttamente le funzioni di controllo costituzionale dello Stato. Al Presidente della Repubblica la Costituzione rimette una generale fun-

⁸ Vedi peraltro il ricorso in chiave del tutto eccezionale all'attuazione diretta in relazione a sanzioni di carattere individuale decise dalle NU e non ancora attuate dall'UE: F. SALERNO, *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale*, in *Sanzioni «individuali» del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, a cura di F. Salerno, Padova, 2010, p. 172 s.

zione di garanzia delle sue norme, in specie di quelle che mettono in giuoco l'unità nazionale nei suoi risvolti internazionalistici. Lo è ormai il principio di coerenza rispetto agli obblighi internazionali dello Stato, in specie dopo la novella dell'art. 117, 1° comma, Cost.

Nell'ambito della propria funzione di garanzia costituzionale il Presidente della Repubblica può – ed anzi deve – richiamare gli altri organi dello Stato al rispetto degli obblighi internazionali, in specie quando ne sia coinvolta l'attività legislativa ordinaria. Si tratta di una funzione di garanzia «parallela» a quella svolta dalla Corte costituzionale, ma diversa nelle modalità⁹. La Corte costituzionale si trova a svolgere la propria funzione in base all'art. 134 Cost. nel valutare se atti legislativi siano conformi alla Costituzione; ma il controllo di legittimità sulle leggi (come anche il giudizio sul conflitto di attribuzioni) dipende dal ricorso che solo determinati organi possono presentare alla Corte se ne ravvedono la necessità. Invece il Presidente della Repubblica è nella condizione di esercitare in modo autonomo e continuo la propria funzione di controllo. Come si vedrà in seguito, egli può operare anche *ex officio* e in chiave preventiva ora sollecitando le necessarie determinazioni politiche per il rispetto di obblighi internazionali, ora «frenando» quelle che appaiono incompatibili con essi¹⁰.

Proprio perché di natura preventiva nel rispetto del «fine» costituzionale¹¹, il controllo presidenziale si deve assestare ad un livello valutativo rispettoso della sfera propria della funzione di indirizzo politico nei limiti in cui questa sia residuata a seguito della formazione di un obbligo internazionale.

D'altronde, il controllo presidenziale non può neppure rispondere ad un parametro strettamente giurisdizionale per la collocazione istituzionale del Presidente della Repubblica «alla frontiera degli organi politici»¹². Solo concettualmente la funzione di controllo costituzionale che il Presidente della Repubblica esercita per il rispetto degli obblighi inter-

⁹ Comune ad entrambe gli organi di garanzia costituzionale resta un certo grado di commistione con valutazioni di «politica» costituzionale: cfr. P. CARETTI, *Relazione di sintesi, in Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 2011, p. 363.

¹⁰ Cfr. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 211 ss.

¹¹ L. CARLASSARE, *La limitazione del potere: il Presidente della Repubblica, istituzione di garanzia*, in *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale. L'insegnamento di Serio Galeotti*, a cura di B. Pezzini, Milano, 2003, p. 57.

¹² L. CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica: la prassi recente*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 16, Torino, 2006, p. 21.

nazionali dello Stato andrebbe distinta dalla sua funzione di «indirizzo politico costituzionale». Per quanto di controverso fondamento nel disegno originario del Costituente, è difficilmente opinabile che nella prassi costituzionale si sia evidenziata ed ormai consolidata tale funzione. Le ragioni storiche che ne hanno favorito l'affermazione sono in parte riconducibili alla frequente debolezza dei governi in carica di modo che il Presidente della Repubblica interviene con «arbitraggi» di varia natura per favorire le determinazioni necessarie sul piano propriamente politico¹³. Ma vi sono ragioni anche insite nell'originario disegno costituzionale. Questo ha infatti configurato una frequente commistione di ruoli tra Presidente della Repubblica e gli organi che definiscono ed attuano l'indirizzo politico su questioni che direttamente evocano la Carta costituzionale. In tale condizione il Presidente della Repubblica svolge le proprie funzioni in diretta esplicazione dei valori fondanti della Carta e può legittimamente rendersene interprete. L'autonomia valutativa resta così direttamente circoscritta alla Carta e non intacca la sfera di discrezionalità propria della funzione legislativa se non nella misura in cui lo richieda il rispetto della stessa Costituzione¹⁴.

L'ambito di queste valutazioni del Presidente della Repubblica assume una dimensione particolare in materia internazionale, avendo tale organo non solo la funzione che le è propria di rappresentare unitariamente lo Stato ma di «partecipare» ad atti di politica estera della maggioranza. L'art. 87 della Costituzione riconosce espressamente talune funzioni del Presidente della Repubblica nel campo delle relazioni internazionali: il potere di ratifica dei trattati previa, quando occorra, l'autorizzazione del Parlamento *ex art. 80*, l'accreditamento di ambasciatori, la dichiarazione dello stato di guerra deliberato dalle Camere. In tali situazioni il Capo dello Stato opera anche quale organo gestore del potere estero, dando forma solenne alla manifestazione di volontà dello Stato. Il Capo dello Stato può esercitare poteri, come la grazia, che si riflettono sul piano internazionale esprimendo un indirizzo unitario di politica estera di indubbia valenza costituzionale, suscettibile di condizionare la condotta di altri organi dello Stato. Emblematica al riguardo la decisione presa nell'aprile 2013 dal Presidente Napolitano di concedere la grazia al colonnello statunitense J. Romano condannato dalla Corte d'appello di

¹³ Per una recente analisi di tale aspetto, vedi soprattutto A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive*, in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., p. 3 ss.

¹⁴ Perciò è da escludere, ad esempio, come giustamente sostiene PALADIN (*op. cit.*, p. 214), che il Presidente della Repubblica rinvii una legge alle Camere per questioni di «puro» merito.

Milano per il sequestro di Abu Omar. Al di là delle pressioni statunitensi e nonostante il parere contrario della Procura generale di Milano, ha pesato sulla determinazione presidenziale l'esigenza di seguire nel caso in esame una condotta coerente con la pretesa che lo Stato italiano avanzava da tempo nei confronti dell'India sollecitando il rispetto dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale per i marò accusati dell'omicidio di due pescatori indiani. La rilevanza del fattore internazionale emerge anche sul versante propriamente «interno» quando il Capo dello Stato appresta la propria funzione in relazione ad atti o condotte dello Stato che in qualche modo evocano il rispetto degli obblighi internazionali. Vi rientrano tra l'altro la firma del Presidente della Repubblica su atti normativi dell'Esecutivo (decreti legge, leggi delegate, decreti regolamentari), la promulgazione di leggi, la presidenza di organi collegiali costituzionalmente rilevanti, quale in particolare il Consiglio supremo di difesa¹⁵. In circostanze del genere il Presidente della Repubblica non svolge solo un atto «dovuto» ma è chiamato ad apprezzamenti propri che trovino giustificazione in principi e norme della Costituzione¹⁶. Anzi, questa verifica è ancora più giustificata se, come nella ratifica di trattati internazionali, dall'atto presidenziale discendono vincoli costituzionali sulla futura attività legislativa e quindi sull'indirizzo politico di maggioranze successive in ragione della clausola di rispetto degli obblighi internazionali¹⁷.

¹⁵ Cfr. R. BELLANDI, *Il Presidente della Repubblica in Consiglio supremo di difesa*, in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., p. 393 ss.

¹⁶ Sembra così anche difficile ritenere esclusivamente un «atto dovuto» la determinazione con cui il Presidente della Repubblica, G. Napolitano, ha revocato «per indegnità» con decreto del 28 settembre 2012 il proprio precedente decreto dell'11 marzo 2010 con il quale aveva conferito al Presidente della Repubblica Araba Siriana Bashar Al-Assad l'onorificenza di Cavaliere di Gran Croce decorato di Gran Cordone dell'Ordine «Al merito della Repubblica Italiana» (in *Gazz. Uff.*, 31 ottobre 2012, n. 255, p. 60). Da tener presente che, ai sensi dell'art. 5 della legge 3 marzo 1951, n. 178, istitutiva dell'Ordine, la revoca avviene «su proposta motivata del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio dell'Ordine».

¹⁷ La funzione del Presidente della Repubblica di garante della continuità degli impegni internazionali dello Stato ben è evidenziata nella prassi costituzionale a seguito della lettera inviata nel 2000 da Ciampi, in qualità di Capo dello Stato, al Presidente del Consiglio Amato e poi trasmessa nel 2001 anche al suo successore Berlusconi (vedine il testo in A. PURI PURINI, *Dal Colle più alto. Al Quirinale con Ciampi negli anni in cui tutto cambiò*, Milano, 2012, p. 34 s.). Il Presidente della Repubblica osserva che l'art. 87 Cost., annoverando tra le sue funzioni quella di rappresentare l'unità nazionale, vi assorbe in modo particolare il settore della politica estera perché quello in cui «maggiormente si avverte un'essenziale esigenza di continuità per assicurare la quale il Presidente della Repubblica ha ... una responsabilità specifica». E poi, in termini ancora più netti: «La politica estera ..., pur non essendo evidentemente svincolata dalla funzione di indirizzo politico che compete al governo nella sua collegialità, per taluni aspetti la trascende nella misura in cui non è soggetta alle mutazioni che, in altri settori, caratterizzano il succedersi degli esecutivi».

È difficile peraltro tracciare nella pratica costituzionale una rigida separatezza tra la funzione di controllo e quella di indirizzo politico costituzionale, vale a dire tra il rispetto formale ed il «merito» della Costituzione. In primo luogo, per considerazioni di ordine interno perché, come si vedrà meglio in seguito, nello stesso momento in cui il Presidente della Repubblica svolge un determinato controllo sul rispetto di una prescrizione ne riflette anche il relativo «indirizzo politico». In secondo luogo, le due funzioni sono talora intrinsecamente commiste in relazione al contenuto di determinati obblighi internazionali. Non pare infatti possibile limitare la funzione di controllo alla mera richiesta di attuazione di obblighi internazionali se la condotta e talora anche il risultato richiesto allo Stato sia da questo variamente modulabile. Si pensi agli obblighi di natura promozionale come la tutela dell'ambiente, il sostegno ai paesi in via di sviluppo, la promozione del diritto alla democrazia rappresentativa ecc. Nel momento in cui il Presidente della Repubblica si attiva per farne valere il rispetto, egli in realtà sollecita una determinata condotta «attiva» dello Stato in politica estera e più in generale nel campo delle relazioni internazionali. Ancora più netta è questa funzione di «impulso» se riferita a generici obblighi di cooperazione¹⁸. In tale circostanza il Presidente della Repubblica chiede determinazioni concrete dello Stato che, pur in attuazione di quell'obbligo, in realtà configurano nuove situazioni giuridiche. Emblematica al riguardo è stata la sollecitazione del Presidente Napolitano affinché l'Italia partecipasse direttamente all'operazione NATO «Unified Protector» autorizzata dal Consiglio di sicurezza (ris. n. 1973/2011) per la protezione della popolazione civile libica durante l'insurrezione del 2011, peraltro asserendo con un'interpretazione un po' ampia del mandato l'uso legittimo della forza a sostegno della «libertà» politica del popolo libico e non solo per esigenze di solo carattere umanitario¹⁹. Il Presidente Napolitano ha voluto in tal

¹⁸ Cfr. PURI PURINI, *op. cit.*, p. 109.

¹⁹ Cfr. la dichiarazione del Presidente Napolitano, riportata in «Missione legittimata dalla Costituzione», in *Corriere della Sera*, 20 marzo 2011, p. 13; vedi anche R. BELLANDI, *Il Consiglio supremo di difesa e la crisi libica: quando il capo dello Stato si fa partecipe dell'indirizzo politico*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 664 ss. L'atteggiamento interventista del Presidente Napolitano trovava però pur sempre giustificazione in una determinazione del Consiglio di sicurezza ed è quindi coerente con l'indirizzo seguito nel 2003 dal Presidente Ciampi che pose esplicitamente un freno al possibile intervento italiano nella guerra all'Iraq all'interno della coalizione guidata da Stati Uniti e Regno Unito, evocando principalmente la mancanza di un'autorizzazione espressa del Consiglio di sicurezza (PURI PURINI, *op. cit.*, p. 190). Nella «dottrina Ciampi» trova giustificazione un'iniziativa militare italiana svolta anche nell'ambito di una cornice internazionale quale la NATO (*ibidem*) e questo spiega l'atteggiamento dello stesso Ciampi che, insediatosi quale Presidente della Repubblica il 18 maggio 1999, non mo-

modo riferirsi direttamente ad un valore propriamente costituzionale – in qualche modo richiamato dall'art. 11 Cost. – per rafforzare la legittimità dell'attività militare italiana.

4. *Il parametro «materiale» della funzione di controllo presidenziale*

La funzione di controllo presidenziale sul rispetto degli obblighi internazionali discende dal principio costituzionale di coerenza con gli obblighi internazionali. In linea di principio, l'iniziativa del Capo dello Stato può riguardare qualunque obbligo internazionale, senza che rilevi la «forma» del medesimo. Può pertanto trattarsi di un obbligo avente natura consuetudinaria, come di un obbligo di natura pattizia (o da questo derivata) senza che il trattato si sia concluso necessariamente in forma solenne.

Se l'iniziativa presidenziale può astrattamente riguardare qualunque obbligo internazionale, la sua concreta manifestazione e incidenza dipende da varie considerazioni a cui il Capo dello Stato deve attenersi oltre che dalla sua personale sensibilità ad affrontare questioni in materia internazionale²⁰.

In primo luogo, va considerato il grado d'intensità con cui l'obbligo va garantito nell'ordinamento interno.

La funzione costituzionale di controllo è condizionata dall'obbligo internazionale quale questo si configura nel suo ordinamento d'origine. Così è da esso che dipende il grado di precettività della norma internazionale al quale deve raccordarsi il principio di coerenza. Tale rinvio acquista rilievo allorché la stessa garanzia costituzionale includa norme di diverso tenore precettivo nel diritto internazionale, di modo che è questo che provvede sia a coordinare le stesse nell'ordinamento interno sia a stabilire esiti diversi in merito al criterio di ponderazione dei valori. Perciò l'art. 10, 1° comma, Cost. – che configura l'adattamento automatico alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute – deve poter distinguere tra quelle di natura derogabile e le norme imperative con correlati obblighi *erga omnes*. Parimenti, l'art. 117, 1° comma, Cost., che richiama in particolare al rispetto degli obblighi pattizi, deve poter distinguere tra quelli derogabili ed obblighi solidali *erga omnes partes* quali

difficò la partecipazione italiana all'intervento umanitario della NATO a favore del Kosovo (24 marzo-12 giugno 1999), decisa dal Governo D'Alema di cui lo stesso Ciampi faceva parte in qualità di Ministro del Tesoro.

²⁰ È in ogni caso da escludere un indirizzo «personale» del Capo dello Stato: vedi in proposito L. GRAZIANO, *La politica estera italiana nel dopoguerra*, Padova, 1968, p. 28.

enunciati nei trattati in materia di diritti umani o di diritto internazionale umanitario. La portata della clausola di rispetto si estende peraltro all'intera realtà ordinatoria del diritto internazionale che disciplina i singoli obblighi internazionali come il regime generale di responsabilità. Non si potrebbe pertanto neppure impedire al Presidente della Repubblica di svolgere una funzione di freno nell'attuazione di determinati obblighi internazionali se la condotta conseguente fosse concretamente contrastante con altri pregressi obblighi internazionali dello Stato. Ad esempio, il Presidente della Repubblica potrebbe rinviare alle Camere la legge di autorizzazione alla ratifica di trattati in contrasto con norme imperative o obblighi solidali.

A modulare la funzione presidenziale di controllo degli obblighi internazionali sovengono anche considerazioni puramente «endogene» al sistema costituzionale.

Così anzitutto in relazione all'eventualità che l'obbligo pattizio si sia perfezionato sul piano internazionale senza un rispetto formale delle regole poste dalla Costituzione sul modo in cui debba formarsi la volontà dello Stato a vincolarsi sul piano internazionale. Il Presidente della Repubblica potrebbe legittimamente trattenersi dall'esercitare il proprio potere di controllo sul rispetto di quel trattato e dovrebbe piuttosto frenare ogni ulteriore prassi statale di attuazione del medesimo trattato che si tradurrebbe in una reiterata violazione della Costituzione.

Al contrario, il Presidente della Repubblica potrebbe giustificare la propria iniziativa in funzione della garanzia che la Costituzione appresta in relazione all'obbligo internazionale. È noto che ciò avviene attraverso tre diverse disposizioni – l'art. 10, 1° comma, l'art. 11 e l'art. 117, 1° comma – con differenti gradi e forme di garanzia per ciascuna di esse, non sempre peraltro coincidenti con il valore precettivo dell'obbligo internazionale nel suo ordinamento d'origine.

È possibile una certa omologazione nella garanzia degli obblighi internazionali se la determinazione di attuarli nell'ordinamento interno nel rispetto della Costituzione finisce in effetti col favorire un'interpretazione evolutiva delle stesse norme costituzionali. Come è emerso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, questo fenomeno di «osmosi» è presente soprattutto con riguardo ai trattati a tutela dei diritti umani, permettendo una sostanziale integrazione in via interpretativa della norma costituzionale di raffronto. In un'ipotesi del genere, il controllo del Presidente della Repubblica si innesta sul rispetto degli obblighi internazionali *ex art.* 117, 1° comma, ma anche direttamente sui valori materiali della Carta costituzionale.

5. *Le modalità della funzione di controllo presidenziale*

Nell'espletare la funzione di controllo del rispetto di obblighi internazionali, il Presidente della Repubblica opera verso gli organi dello Stato quale gestore dell'unità dell'ordinamento interno. In tale veste egli deve assicurare il rispetto della Costituzione e delle sue finalità «permanenti». La garanzia della Carta e dei suoi valori legittima in linea di principio l'iniziativa presidenziale nel rispetto di obblighi internazionali, tanto più perché fa valere un vincolo preesistente senza contraddire l'unità dello Stato, come invece accadrebbe se il Presidente interferisse sulle relazioni esterne dello Stato con valutazioni difformi dall'indirizzo politico seguito dalla maggioranza di governo. Nel contempo però il Presidente deve ponderare tempi e contenuti della sua iniziativa, sia attendendo i tempi «fisiologici» delle determinazioni governative e parlamentari, sia commisurando l'importanza dell'obbligo internazionale da rispettare con gli effetti che la sua iniziativa potrebbe avere sul delicato meccanismo della democrazia parlamentare italiana.

L'iniziativa di controllo del Presidente della Repubblica si dispiega attraverso i poteri che la Costituzione gli attribuisce in forma sia tipica che atipica. La prima è disciplinata secondo la procedura precostituita e nelle forme da questa previste; la seconda attiene a modalità quali il c.d. «potere di esternazione» e la più discreta opera di «moral suasion» nel corso degli incontri istituzionali o informali con esponenti della maggioranza e dell'opposizione²¹. Esigenze generali di equilibrio costituzionale inducono a privilegiare – ove possibile – il controllo presidenziale nella forma tipica. Ma fattori di urgenza potrebbero indurre il Presidente della Repubblica a non attendere simili passaggi ed esercitare subito il potere di esternazione o altre forme di manifestazione «atipica» della sua posizione.

La categoria degli atti «tipici» presidenziali afferisce sia a competenze esclusive del Presidente della Repubblica, sia a competenze di altri organi rendendo la determinazione presidenziale comunque necessaria per il formarsi dell'atto. In questa seconda ipotesi si discetta secondo che la condotta presidenziale sia un mero atto «dovuto» per la partecipazione solo formale del Presidente della Repubblica oppure la sua volontà sia determinante perché l'atto sarebbe di natura «complessa» frutto del concorso (paritario o diseguale) di volontà²². A prescindere dalla contro-

²¹ Cfr. A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, 2010, p. 62.

²² T. PERASSI, *Il referendum. La dottrina giuridica*, Roma, 1911, p. 22; E. CHELI, *Art. 89, in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Il Presidente della Repubblica*, tomo

firma ministeriale che di norma accompagna l'atto presidenziale, questa distinzione ha un'importanza relativa sull'attività presidenziale di controllo del rispetto di obblighi internazionali. In quanto tenuto a far osservare il principio di coerenza delle leggi con il diritto internazionale, il Presidente della Repubblica deve in ogni caso vagliare in tal senso la propria e l'altrui condotta. Tutt'al più la natura dell'atto «tipico» può indurre il Presidente a ponderare la portata della sua iniziativa ma non a precluderla. Pertanto, anche nel caso in cui il Presidente della Repubblica sia chiamato ad un atto «dovuto» come la dichiarazione dello stato di guerra decisa dal Parlamento²³, egli deve stabilirne preliminarmente la compatibilità con il diritto internazionale oltre che ovviamente con la Costituzione²⁴. *A fortiori*, il potere di controllo presidenziale va esercitato in altri atti presidenziali per i quali si configuri una – sia pure formale – autonoma sfera di determinazione per il Capo dello Stato. Si tratta – tra l'altro – della «emanazione» di decreti-legge o leggi delegate e della promulgazione di leggi approvate dal Parlamento: il Capo dello Stato potrebbe rifiutarsi di procedere nel senso richiesto motivando il proprio rifiuto per rispetto di obblighi internazionali. Parrebbe anche possibile il suo reiterato rifiuto a seguito di una rinnovata delibera parlamentare della legge, ma in tal caso – prima ancora dell'eventuale violazione della Costituzione – si configurerebbe un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato che solo la Corte costituzionale potrebbe dirimere.

La valenza propriamente officiosa della funzione presidenziale di controllo è tanto più manifesta in relazione all'esercizio del c.d. «potere di esternazione». Inizialmente riferito dalla Costituzione al messaggio presidenziale, questo potere presidenziale si è successivamente articolato nella prassi in varie forme tanto ufficiali che informali²⁵. In quest'ultima

II, art. 88-91, Bologna-Roma, 1983, p. 112 ss.; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1984, p. 551 ss.; L. CARLASSARE, *Capo dello Stato, Ministro controfirmante, Governo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. primo, Milano, 2007, p. 71.

²³ CHELI, *op. cit.*, p. 116 s., ed *ivi* ulteriori richiami.

²⁴ Cfr. in tal senso A. CASSESE, *Art. 87*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Il Presidente della Repubblica*, art. 83-87, Bologna-Roma, 1978, p. 273 s.; per una recente dottrina costituzionalista che valorizza in generale il ruolo del Capo dello Stato nei c.d. «atti complessi», O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 65.

²⁵ Cfr. M.C. GRISOLIA, *Le esternazioni*, in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., p. 192 ss.; Baldassarre parla di vera e propria «ipertrofia» del potere di esternazione: ID., *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti del Convegno di Roma, 26 novembre 2010*, a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Roma, 2011, p. 37.

categoria rientrano i contatti diretti con i media attraverso interviste e discorsi di immediato impatto, oltre che sulle forze politiche, sulla stessa opinione pubblica e quindi sull'elettorato in generale²⁶.

Qualunque sia l'atto attraverso cui il Presidente della Repubblica esercita la sua funzione di controllo, questo ha solo lo scopo di indirizzare l'attività altrui ma non certo di sostituirsi ad essa in quanto Egli non ha un potere di decisione autonomo²⁷. È questa una caratteristica fondamentale della funzione presidenziale rispetto alla funzione di controllo di legittimità costituzionale delle leggi svolta dalla Corte costituzionale. In tale circostanza, essa è abilitata ad interferire sulla funzione legislativa dichiarandola formalmente incostituzionale e quindi espungendola dall'ordinamento al limite anche provvedendo a stabilire una nuova formulazione normativa come è avvenuto quando ha pronunciato una sentenza additiva di accoglimento della questione di incostituzionalità²⁸. Il Presidente della Repubblica può solo segnalare nelle forme opportune il possibile *vulnus* alla norma costituzionale di garanzia degli obblighi internazionali rimettendo il concreto rimedio alle forze politiche.

6. Conclusioni

L'esercizio della funzione di controllo del rispetto degli obblighi internazionali da parte del Presidente della Repubblica si inserisce nel quadro costituzionale generale che registra una espansione del suo ruolo e più in generale delle forme di controllo dell'attività parlamentare e dell'Esecutivo. Questa tendenza è la conseguenza della volontà espressa dal legislatore costituente di porre limiti alla libertà di scelta da parte del legislatore ordinario: introducendo sempre maggiori vincoli di natura costituzionale, inevitabilmente si comprime la sfera autonoma di indirizzo politico della maggioranza e si espandono per contro i poteri di controllo costituzionale sullo stesso.

Non può propriamente parlarsi di un fattore che «svuota» la sovranità statale in quanto è lo stesso Stato che, consapevole di dover operare in un contesto (anche integrato) di interdipendenza globale, assume (an-

²⁶ Cfr. D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei New Media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1921 ss.; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, tomo I, Milano, 2011, p. 256.

²⁷ CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica: la prassi recente*, cit., p. 17; CHELI, *op. cit.*, p. 137, prospetta invece «una responsabilità politica di tipo diffuso nei confronti del Presidente».

²⁸ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113.

che solo attraverso un processo di acquiescenza) obblighi internazionali e si attrezza per rispettarli. Semmai sarebbe opportuno che il Parlamento fosse maggiormente consapevole delle implicazioni che discendono dalla formazione di tali vincoli specie in relazione a forme di cooperazione multilaterale strutturata ed esercitare in tale fase il proprio ruolo di indirizzo e controllo.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GAETANO ARANGIO-RUIZ

Professore emerito presso l'Università di Roma «La Sapienza»

ALDO BERNARDINI

Professore emerito presso l'Università di Teramo

GIUDITTA BRUNELLI

Professore ordinario di Diritto pubblico presso l'Università di Ferrara

BENEDETTO CONFORTI

Professore emerito presso l'Università di Napoli «Federico II»

LUIGI COSTATO

Professore emerito presso l'Università di Ferrara

CRISTIANA FIORAVANTI

Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara

SERENA FORLATI

Professore associato di Diritto internazionale presso l'Università di Ferrara

ALESSANDRA GIANELLI

Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università di Teramo

PAOLO GROSSI

Giudice della Corte costituzionale e Professore emerito presso l'Università di Firenze

GIUSEPPE PALMISANO

Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università di Camerino

ALESSANDRA PIETROBON

Professore associato di Diritto internazionale presso l'Università di Padova

ANDREA PUGIOTTO

Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara

MAURIZIO RAGAZZI

*Membro dell'Ufficio legale della Banca Mondiale (Senior Counsel, International Law)
dal 1994 al 2013.*

FRANCESCO SALERNO

Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università di Ferrara

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

1. FRIGNANI A., *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano* (1974), pp. XX-666.
2. COSTATO L., *I domini collettivi nel Medio Polesine* (1968), pp. IV-196.
3. LEGA C., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale* (1969), pp. IV-304.
4. ZAMORANI P., *Precam habere* (1969), pp. XII-320.
5. LEZIROLI G., *Enti canonici ed enti ecclesiastici* (1974), pp. IV-128.
6. LEGA G., *La organizzazione periferica degli enti di previdenza sociale* (1974), pp. VIII-173.
7. COLORNI V., *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno* (1976), pp. VIII-204.
8. FABRIS P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro* (1976), pp. VIII-240.
9. ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I (1977), pp. 274.
10. LEZIROLI G., *Aspetti della libertà religiosa* (1977), pp. 244.
11. MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, pp. IV-276.
12. MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana* (1979), pp. VIII-296.
13. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione* (1981), pp. IV-440.
14. COLORNI V., *Judaica minora* (1983), pp. XVI-830.
15. DE MAESTRI L., *Il processo delle misure di sicurezza* (1983), pp. IV-192.
16. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer* (1984), pp. IV-104.
17. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (1984), pp. XVI-228.
18. BIGNARDI A., *«Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali* (1984), pp. IV-220.
19. FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche* (1984), pp. VIII-332.
20. SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza* (1987), pp. IV-224.
21. ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto* (1987), pp. VI-402.
22. TOSCHI A., *Il segreto nell'istruzione penale* (1988), pp. IV-344.
23. COCOZZA F., *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo* (1988), pp. IV-240.
24. NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico* (1989), pp. VIII-584.
25. COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo* (1989), pp. IV-266.
26. DESANTI L., *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas* (1990), pp. VI-246.
27. LEZIROLI G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici* (1990), pp. IV-324.
28. COLORNI V., *Judaica minora. Nuove ricerche* (1991), pp. VI-114.
29. BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica* (1991), pp. VI-274.
30. LEGA C., *Diritto della bonifica* (1992), pp. XII-276.
31. BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (1992), pp. VIII-240.

32. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema* (1992), pp. XXII-190.
33. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti* (1993), pp. VI-156.
34. NAPPI P., *Tutela giurisdizionale e contratti agrari* (1994), pp. XVI-516.
35. PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni* (1994), pp. VI-702.
36. DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore* (1995), pp. VI-372.
37. PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (1996), pp. X-278.
38. FORMIGONI W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus* (1996), pp. VI-190.
39. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale* (1999), pp. XII-302.
40. AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro* (2001), pp. VIII-244.
41. DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza* (2001), pp. XIV-478.
42. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale* (2002), pp. XVI-412.
43. PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (2003), pp. XII-462.
44. DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato* (2003), pp. X-494.
45. GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano* (2003), pp. XII-434.
46. FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale* (2005), pp. X-202.
47. BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione* (2006), pp. VIII-180.
48. SCHIAVO S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere* (2007), pp. X-314.
49. MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale* (2007), pp. X-358.
50. NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro* (2007), pp. X-374.
51. MAZZO M., *La responsabilità del produttore agricolo* (2007), pp. VIII-264.
52. VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma* (2007), pp. X-358.
53. FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva* (2007), pp. X-330.
54. BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (2008), pp. X-248.
55. DESANTI L. - FERRETTI P. - MANFREDINI A. D. (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (2009), pp. VIII-468.

I volumi sopra elencati dal n. 1 al n. 55 relativi alle «Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara» sono stati pubblicati dall'Editore Giuffrè - Milano.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

1. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale* (2011), pp. X-238.
2. S. BORELLI - M. MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)* (2011), pp. XIV-226.
3. L. COSTATO - P. BORGHI - L. RUSSO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale. Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011* (2011), pp. VIII-524.
4. S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI - S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali* (2012), pp. VIII-264.
5. R. VOLANTE, *Il mutuo nel diritto comune. Il problema del valore finanziario dai Glossatori a Potbier* (2012), pp. VIII-168.

* * *

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

1. S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno* (2013), pp. X-246.
2. G. ARANGIO-RUIZ - F. SALERNO - C. FIORAVANTI (a cura di), *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini* (2013), pp. XVIII-310.

* * *

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA - SEDE DI ROVIGO

1. A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali* (2013), pp. XII-612.

Finito di stampare
nel settembre 2013
Ink Print Service - Napoli

