

## SECONDA PARTE

### L'ELABORAZIONE DELLE NORME DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

#### Titolo I

#### LE NORME SCRITTE A CARATTERE PATTIZIO

#### Capitolo IV

#### I TRATTATI CONCLUSI TRA GLI STATI

**Bibliografia generale:** W. JENKS, "Les instruments internationaux à caractère collectif", in *RCADI*, 1939-II, v. 69, p. 448; M. LACHS, "Le développement et les fonctions des traités multilatéraux", in *RCADI*, 1957-II, v. 92, p. 229; LORD MC NAIR, *The Law of Treaties*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1961; S. ROSENNE, *The Law of Treaties. A Guide to Legislative History*, Leyden, 1970; R. AGO, "Le droit des traités à la lumière de la convention de Vienne", in *RCADI*, 1971, vol. 134, p. 297; P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, A. Colin, 1972 (e 3<sup>a</sup> ed. di PH. CAHIER, PUF, Paris, 1995); T. O. ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, New York, Oceana-Sijthoff, 1974; L. SOHN, "Settlement of disputes relations to interpretation and application of treaties", in *RCADI*, 1976, vol. 150, p. 295; M. K. YASSEN, "L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités", in *RCADI*, 1976, V. 151, p. 1 ss.; R.G. WETZEL, D. RAUSCHNING, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Préparatoires*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1978; S. RIESENFIELD, "The Doctrine of Self Executing Treaties", *AJIL*, 1980, pp. 892-904; SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, Padova, Cedam, 1983; I. SINCLAIR, *The Law of Treaties. A guide to the legislative history of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>a</sup> ed., Manchester, MUP, 1984; S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985; E. SCISO, *Accordi internazionali configgenti*, Bari, 1986; P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, Padova, CEDAM, 1990; J. COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, PUF, Que sais-je?, n. 2613, 1991; E. VIERDAG, "The International Court of Justice and the Law of Treaties", in V. LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, pp. 145-196; G. STROZZI, *Il diritto dei trattati*, Torino, Giappichelli, 1999; G. GAJA, voce *Trattati internazionali*, in *Dig./Pubb.*, XV, Torino, 2000; N. RONZITTI (a cura di), *Il diritto dei trattati nelle attività di interesse delle Forze armate*, Roma, 2002; M. FITZMAURICE, O. ELLAS, *Contemporary issues in the Law of Treaties*, Utrecht, 2005; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 313 ss.; O. CORTEN, P. KLEIN, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, 3 vol., Bruxelles, Bruylant, 2006; L. SBOLCI, *Obblighi di procedura nell'estinzione dei trattati*, Padova, 2008; *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, ed by E. CANNIZZARO, Oxford, OUP, 2010; M. VILLIGER, "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After", *RCADI*, v. 344, 2011, pp. 9-192; A. WATTS, *The International Law Commission 1949-1998, Vol. 4: Treaties, Final Draft Articles, and Other Materials*, Oxford, OUP, 2010; *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>a</sup> ed., cit., p. 367 ss.; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3<sup>a</sup> ed., Cambridge, CUP, 2013; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., cit., p. 69 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 337 ss.; J. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 79 ss.; V. DE OLIVEIRA MAZZULI, *The Law of Treaties*, Forense, Rio de Janeiro, 2016; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, 2 ed., Oxford, OUP, 2017; O. DÖRR, K. SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, 2 ed., Springer, 2018; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale*, 6 ed., p. 118 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 157 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 145 ss.; D. HOLLIS (Ed.), *The Oxford guide to Treaties*, 2 ed., OUP, 2020; M. SHAW, *International Law*, 9<sup>a</sup> ed., cit., Ch. 15; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., cit., p. 72 ss.; AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 87 ss.; G. PASCALE, S. TONOLO (A CURA DI), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. The role of the Treaty on*

*Treaties in Contemporary International Law*, Napoli, ESI, 2022; U. LEANZA, I. CARACCIOLLO, *Diritto internazionale*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 183 ss.; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, II, 3<sup>a</sup> ed. cit., p. 1 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7<sup>a</sup> ed., cit., p. 221 ss.. V. pure il *Treaty Handbook* del servizio giuridico dell'ONU al sito: [https://treaties.un.org/pages/Resource.aspx?path=Publication/TH/Page1\\_en.xml](https://treaties.un.org/pages/Resource.aspx?path=Publication/TH/Page1_en.xml). V. altresì i rapporti della CDI (soprattutto il rapporto finale del 1966) al sito web della CDI/ILC, nonché quelli in materia di "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties" all'apposito sito internet (Relatore speciale G. NOLTE). La CDI ha adottato nel 2018 tredici *Draft Conclusions on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties*.

## INTRODUZIONE

**1. Cenni preliminari.** *Un accordo internazionale è l'incontro delle manifestazioni di volontà di due o più soggetti dell'ordinamento internazionale dirette alla costituzione, modificazione o estinzione di norme giuridiche internazionali* <sup>(1)</sup>.

A differenza della consuetudine (su cui v. *infra* il Cap. X), un trattato è dunque un *atto giuridico* in quanto necessita una specifica manifestazione di volontà da parte di soggetti dell'ordinamento internazionale ed è solo dall'incrocio di tali dichiarazioni di volontà che si produce un trattato.

La materia del diritto dei trattati tra Stati è stata per secoli oggetto di norme consuetudinarie le quali, oggi, sopravvivono nei confronti di quei Paesi che non sono Parti contraenti della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 (d'ora in avanti CVT), ovvero rispetto a tutti i Paesi con riferimento alle materie non regolate dalle norme pattizie.

Detto "trattato sui trattati" fu approvato a Vienna con 79 voti, 19 astensioni e un voto contrario, la Francia (a causa delle disposizioni relative allo *jus cogens*). Anch'essa è un accordo internazionale e come tale è stato reso esecutivo in Italia tramite la L. 12 febbraio 1974 n. 112.

Per entrare in vigore, ai sensi dell'art. 84, par. 1, il trattato doveva essere ratificato da almeno 35 Stati. Pertanto, la CVT è entrata internazionalmente in vigore il 27 gennaio 1980.

Furono così necessari ben 11 anni per raggiungere il numero richiesto di ratifiche per la sua entrata in vigore <sup>(2)</sup> ma è indubbio che si tratta di un grande successo dati i suoi 116 Stati contraenti al (2020) al netto di qualche "Potenza" che non l'ha ancora ratificata (è il caso degli Stati Uniti ma anche della Francia).

**2. Portata limitata della Convenzione di Vienna del 1969.** — La CVT codifica molte delle norme consuetudinarie in materia di diritto dei trattati <sup>(3)</sup>. Tuttavia, questo strumento è lungi dall'essere esaustivo: riguarda infatti solo i trattati stipulati tra gli Stati e non gli accordi tra Stati ed altri soggetti internazionali (OIG, soggetti privati) nonché gli accordi stipulati da questi ultimi soggetti internazionali *inter se*.

La CVT non regola nemmeno tutta la materia: ad esempio, i problemi di successione degli Stati nei trattati o gli effetti dei conflitti armati sui trattati. Inoltre,

<sup>(1)</sup> Infatti, degli accordi internazionali in senso lato possono essere stipulati anche da soggetti di diritto internazionale che non abbiano la qualità di Stati, come le organizzazioni internazionali nonché, come vedremo, tra Stati ed imprese straniere. V. già J. GOLD, "On the difficulties of defining international agreements", in *Economic and social development. Essays in honour of Dr. C. D. Deshmukh*, 1972, p. 25 ss.

<sup>(2)</sup> Del resto, se la fretta è cattiva consigliera, va notato che non ce ne fu neanche per la UNCLOS, ossia la Convenzione di Montego Bay: firmata il 10 dicembre 1982, entrò in vigore solo il 16 novembre 1994.

<sup>(3)</sup> Corte di giustizia UE, 25 febbraio 2010, causa C. 386/09, § 41-42.

va osservato che le sue norme sono di natura “dispositiva” fatta eccezione per quelle relative allo *ius cogens* (art. 53). Infine, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione temporale, l’art. 4 di detta Convenzione stabilisce la sua irretroattività. Pertanto, essa si applica solo “ai trattati conclusi dagli Stati dopo la sua entrata in vigore per gli Stati stessi”.

Va, pertanto, segnalato subito che la materia dei trattati costituisce oggetto anche della Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986, sul *diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali*, resa esecutiva in Italia con L. 15 febbraio 1989, n. 91 ma non ancora entrata in vigore; nonché della Convenzione di Vienna del 23 agosto 1978, sulla *successione degli Stati nei trattati*, entrata internazionalmente in vigore il 6 novembre 1978 ma non per l’Italia.

Nel prosieguo di questo capitolo si comprenderanno meglio le espressioni or ora adottate e ci riferiremo unicamente alla precitata e fondamentale Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati conclusi fra Stati.

### i. Terminologia

#### 3. Definizione secondo la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

— All’art. 2, c. 1, la CVT definisce così un trattato tra Stati: “il termine “trattato” indica un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione”.

**4. Necessità di una forma scritta.** — Pur ammettendo l’esistenza di accordi conclusi in forma *orale* (v. art. 3 CVT) — oggi un’ipotesi meramente teorica — l’accordo in questione viene stipulato in forma *scritta*. Il ché, ovviamente, rende più facile la conoscibilità e la conservazione dei trattati. Senonché, pur trattandosi di atti scritti, la CIG ha riconosciuto ben presto la fluidità della terminologia impiegata nella prassi internazionale in materia di trattati. Così, la Corte ha descritto il “mandato internazionale” alla stregua di uno “strumento che presenta il carattere di un trattato o di una convenzione” per aggiungere poi che la “terminologia non è un elemento determinante ai fini dell’accordo o dell’impegno internazionale” (4).

**5. Diverse denominazioni degli accordi internazionali.** — Sul piano formale, si noterà innanzitutto come quella definizione sia assai prudente. Essa non adotta nessuna denominazione particolare: lascia che il *nomen iuris*, cioè il titolo di ciascun accordo venga individuato dalle Parti contraenti a loro completa discrezione.

Nella prassi, del resto, la terminologia non è mai stata precisa. Così, al posto del vocabolo più generale “accordo” (*Agreement*) (5), gli Stati possono utilizzare:

- “**Trattato**” (*Treaty*), con cui solitamente si designa un accordo multilaterale tra Stati avente natura politica (ad es., trattato di pace, di alleanza, di mutua assistenza,

(4) CIG, sentenza del 26 dicembre 1962, *Caso del Sud-Ovest africano*, in *Rec.*, p. 331.

(5) Va osservato che il termine italiano “accordo” può tradurre anche il diverso strumento dell’*arrangement* (che è il termine francese, reso in inglese con il vocabolo *Agreement* ed in tedesco con *Vereinbarung*): ad es. l’*Arrangement de Madrid* (Accordo di Madrid) per la registrazione internazionale dei marchi del 14 luglio 1967. Inoltre, soprattutto in passato, gli accordi internazionali conclusi in tempo di conflitto armato hanno preso il nome di *armistizi*, *tregue*, *capitolazioni*, *rese*, in arg. v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2017.

di delimitazione dei confini); talvolta viene però utilizzato anche sul piano bilaterale ed in materia economica (ad es. *Bilateral Investment Treaty*, etc.)

- “**Convenzione**” (*Convention*), che indica un accordo diretto a disciplinare una data materia tecnica (dunque meno solenne di un trattato), spesso al fine di porre norme uniformi (ad es. la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980; sul riconoscimento e l’esecuzione di lodi arbitrali stranieri del 1958; per l’unificazione delle norme di diritto internazionale privato, contro la doppia imposizione fiscale etc.); viene però anche utilizzata con riferimento alla codificazione del diritto consuetudinario (ad es. la Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982 sul diritto del mare, d’ora in avanti UNCLOS);

- “**Carta**” (*Charter*), quando si tratta dello Statuto di un’organizzazione intergovernativa particolarmente importante (ad es. la Carta delle Nazioni Unite). Nello stesso senso si è anche impiegato il vocabolo di Costituzione (ad es. Costituzione dell’UNESCO o dell’OIL);

- “**Atto finale**” (*Final Act*), come l’atto finale del Congresso di Vienna del 1815 o l’atto finale firmato a Marrakech il 15 aprile 1994 con cui venne istituita, a conclusione dell’Uruguay Round, l’Organizzazione mondiale del commercio, il WTO/OMC — è lo strumento che conclude i lavori di una conferenza diplomatica: ne riporta tutti gli atti e lo svolgimento della procedura e contiene tutti i riferimenti pertinenti essendo firmato dai rappresentanti degli Stati. Si dà però il nome di Atto generale ad un accordo collettivo destinato a fissare regole di particolare importanza (ad es. Atto Generale di Berlino del 1885 o ancora Atto Generale di Arbitrato del 1928);

- “**Patto**” (*Covenant*), si pensi al Patto sui diritti civili e politici e a quello sui diritti economici, sociali e culturali del 1966): si tratta sempre di trattati anche se riguardano la tutela dei diritti umani;

- “**Concordato**” (*Concordat*), è il vocabolo che si usa per indicare i trattati stipulati tra l’Italia e la Santa sede. Lo stesso termine vale per i trattati che la Santa sede conclude con altri Stati;

- “**Accordo quadro**” (*Framework Agreement*), è un vocabolo che indica una particolare tipologia di accordo avente come finalità quella di instaurare fra le Parti una forma stabile di collaborazione per lo svolgimento di ampi programmi di interesse comune e regolare delle future attività da svolgere in collaborazione. La caratteristica di tali atti — frequenti nel diritto internazionale dell’ambiente — è quella di rinviare la disciplina operativa e di dettaglio a successivi accordi specifici detti annessi (*Annexes*), convenzioni attuative o Protocolli che in ogni caso rispetteranno quanto già stabilito nella convenzione quadro (ad esempio, la Convenzione quadro sui Cambiamenti Climatici/*United Nations Framework Convention on Climate Change* dell’11 dicembre 1997 tramite la quale si è fissato l’obiettivo di stabilizzare la concentrazione in atmosfera dei gas serra dovuta all’impiego di combustibili fossili ad un livello tale da impedire pericolose conseguenze per il sistema climatico);

- Talvolta, un trattato viene concluso tramite uno **scambio di “note” o di “lettere”** (*Exchange of Notes or Letters*). Qui, il rappresentante di uno Stato (ad es. Ambasciatore) invia una nota (o lettera) ad un organo dello Stato in cui è accreditato (ad es. al Ministero degli affari esteri dello Stato accreditatario) ove vengono specificate le clausole dell’accordo ed in cui una frase finale propone che quelle medesime clausole costituiscano l’accordo tra i due Paesi. A ciò segue la risposta da parte dello Stato che ha ricevuto la nota (o la lettera): quest’ultimo Stato ne riproduce parola per parola il contenuto e afferma di accettare che detto contenuto venga considerato

l'accordo tra i due Stati. Più di un terzo dei trattati depositati per la registrazione presso il Segretario generale delle Nazioni Unite assume la semplice forma di "scambio di note" diplomatiche <sup>(6)</sup>. Si tratta, nella prassi, di accordi a carattere complementare o accessorio rispetto ad altri atti internazionali. La questione di sapere se uno scambio di note possa entrare in vigore subito oppure sia soggetto ad una formale approvazione da parte degli organi costituzionali di ciascuno Stato è una questione di diritto interno.

- un "**Protocollo**" (*Protocol*), spesso un *Protocollo aggiuntivo* (*Additional Protocol*) viene utilizzato per completare un trattato internazionale già concluso. Si tratta, tuttavia, di un vero e proprio accordo separato che accede ad un altro accordo per completarlo, specificarlo o modificarlo (ad es. il Protocollo di Kyoto rispetto alla precisata Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici). Altre volte, può accadere che un Protocollo sia oggetto di specifica accettazione da parte delle Parti contraenti dell'accordo principale a cui accede sicché vincolerà solo le Parti contraenti ad esso (v. i "Protocolli opzionali" — *Optional Protocol* — ai vari trattati sui diritti umani, come ad es. quello relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici che conferisce al Comitato dei diritti dell'uomo, il potere di ricevere e di esaminare comunicazioni provenienti da *individui* che pretendano di essere vittime di violazioni di un qualsiasi diritto enunciato nel Patto). Più raramente, si utilizza tale vocabolo per indicare un semplice *processo verbale* che descrive alcuni atti aventi efficacia obbligatoria solo per i partecipanti (ad es. protocollo di conferenze, protocollo di scambio di ratifiche);

- "**Dichiarazione comune**" (*Joint Declaration*): si tratta di un atto solenne che tende ad enunciare alcuni principi generali destinati a regolare la condotta delle Parti con particolare solennità (Dichiarazione sull'abolizione della schiavitù, sulla guerra marittima etc.). Anche in questa fattispecie, si deve presumere che tale atto non sia vincolante pur se, ancora una volta, dipende dal contenuto del testo e dalle circostanze. Non va confuso con il *communiqué de presse* (*press release*) che è invece un comunicato stampa.

- **Modus vivendi**: si intende un atto che regola provvisoriamente i rapporti tra le parti (ad es. in materia economica), in attesa di una regolamentazione definitiva di quei rapporti.

- "**Avenant**" o accordo aggiuntivo (*Additional agreement*), invece, è un accordo destinato a modificare strumenti anteriori a carattere commerciale.

- **Memorandum d'intesa** (*Memorandum of Understanding, MoU*) che indica la riproduzione scritta di una intesa orale precedentemente raggiunta <sup>(7)</sup>. Si presume — *iuris tantum!* — che un MoU *non* abbia carattere vincolante. Ma ciò vale solo come

---

<sup>(6)</sup> Se non esiste una sostanziale differenza giuridica tra i termini indicati, nella prassi diplomatica, come confermano le "Note sull'applicazione della Circolare n. 5 del 19 aprile 1995", del Ministero degli Affari Esteri. Riferisce G. MASTROJENI (*Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Padova, Cedam, 2000, p. 271 ss.) che tale modalità di conclusione di un trattato per corrispondenza si incentra su una lettera di proposta "a cui corrisponde una lettera di accettazione in cui viene trascritto letteralmente tutto il testo della prima lettera ad eccezione della formula di apertura e di commiato. Per tali ragioni, come osserva P. REUTER (*Introduction au droit des traités*, cit., p. 58) si ha che le firme dei plenipotenziari non si ritrovano sullo stesso documento ma su due documenti separati.

<sup>(7)</sup> Detto strumento è simile al c.d. *processo verbale* (*minutes/procès verbal*) di una riunione, un documento che viene spesso firmato dalle parti. In tal caso, specialmente se appare la dizione "agreed minutes" va inserita una clausola che specifichi il carattere non vincolante del documento *de quo*.

criterio di massima ed occorre una valutazione caso per caso. Certo, si tratta di un atto provvisorio a carattere più *politico* che *giuridico*, dotato di un contenuto ed una struttura talmente esigui e generici da non fare emergere dei diritti ed obblighi precisi. Per poterne evidenziare l'eventuale carattere vincolante occorre considerare attentamente le particolari circostanze che hanno portato alla redazione di tale atto, unitamente al modo in cui ciascuna delle parti lo abbia successivamente "gestito" al livello interno (ad es. con uno strumento di ratifica o meno) considerando altresì se, sul piano internazionale, ne sia stata chiesta la registrazione presso il Segretariato dell'ONU ex art. 102 della Carta. Così, la CIG nel caso della *Delimitazione marittima e delle questioni territoriali tra Qatar e Bahrein*, del 1 luglio 1994 <sup>(8)</sup>, ha indicato che, nel caso di specie, i processi verbali rinviavano "alle consultazioni intercorse negli anni precedenti tra i Ministri degli esteri dei due Stati in presenza del Ministro dell'Arabia Saudita" e dichiaravano "quanto era stato 'concordato' tra le Parti" in tali colloqui. In particolare nel par. 1 venivano "riaffermati gli impegni precedentemente assunti dalle Parti" i quali comprendevano persino "l'accordo costituito dallo scambio di lettere del 1987". In tali circostanze, la Corte ha concluso che tali "processi verbali non sono una semplice registrazione di un incontro" proprio in quanto "non si limitano ad un resoconto delle discussioni sintetizzando i punti di accordo e di disaccordo". Trattasi invece, in concreto, di atti che "enumerano gli impegni ai quali le Parti hanno prestato il loro consenso" e pertanto "creano così per le Parti diritti ed obblighi di diritto internazionale costituendo un accordo internazionale" (punto 25). La Corte ha aggiunto che la mera mancata registrazione presso il Segretariato dell'ONU, ex art. 102 della Carta o, nel caso di specie, presso il Segretariato generale della Lega Araba non costituisce in se un indizio sufficiente "per la validità effettiva dell'Accordo il quale rimane non meno vincolante tra le Parti" (§29).

In dottrina, a tale riguardo, si è altresì osservato che "[t]erms such as 'will' and 'ought' usually signals that the parties do not intend to make a binding commitment, whereas the word like 'shall', 'rights', 'oblige' or 'must' indicate the opposite" <sup>(9)</sup>.

**6. La necessaria produzione di effetti giuridici vincolanti.** — L'atto finale con cui, per esempio, si concluse il Congresso di Vienna del 1815 possedeva incontestabilmente valore di trattato. Lo stesso non può dirsi, invece, dell'atto che segnò la conclusione dei lavori della Conferenza di Helsinki sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa (CSCE) nel 1975. Analoghe considerazioni valgono allorché si tratti di accertare il valore giuridico di un "protocollo", di una "dichiarazione", di un *MoU* o di un "comunicato congiunto". Su quest'ultimo tipo di atto la CIG, nel *caso della Piattaforma continentale del Mare Egeo*, ha rilevato che, a sua memoria, non esisteva alcuna "regola di diritto internazionale che preclud[esse] ad un *comunicato congiunto* di costituire un accordo internazionale" in buona e dovuta forma; secondo la Corte, infatti, è necessario andare oltre la forma utilizzata, in quanto tutto dipende dalla natura dell'atto in questione, dalla sua formulazione e dall'intenzione delle parti <sup>(10)</sup>. Successivamente, nel *caso relativo alla delimitazione marittima ed alcune questioni*

<sup>(8)</sup> CIG, Sentenza del 1° luglio 1994 sulla competenza e l'ammissibilità ai § 23, 25 e 30, pp. 121-122.

<sup>(9)</sup> Cfr. A. HENRIKSEN, *International Law*, Oxford, OUP, 2019, p. 42 e cfr. A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2 ed., cit., p. 33 ss.

<sup>(10)</sup> V. il par. 96 della sentenza del 19 dicembre 1978. V. pure CIG, 20 aprile 2010, *Argentina c. Uruguay*, punto 128, nonché CIG, 27 gennaio 2014, *Perù c. Cile*, punto 45 ss. al sito internet della CIG. Adde TIDM, 14 marzo 2012, *Bangladesh v. Myanmar* al sito dell'ITLOS.

*territoriali tra Qatar e Bahrain* di cui abbiamo detto, raggiunse una conclusione opposta mantenendo la coerenza del proprio ragionamento. Qui, infatti, la Corte ritenne che gli scambi di lettere e di verbali tra i due Paesi dimostravano la conclusione dei negoziati tra loro a tale riguardo e dunque l'esistenza di un trattato vincolante.

Qualche dubbio può anche porsi allorché un trattato internazionale preveda un *pactum de contrahendo*, ossia l'impegno delle parti di concludere *in futuro* un accordo su alcune materie che formano oggetto del trattato ma su cui non è stato ancora raggiunto un accordo. Pur dipendendo in concreto dalla formulazione di dette clausole (ad esempio al fine di comprendere se una delle Parti contraenti possa o meno rifiutarsi di ratificarlo<sup>(11)</sup>), ci pare assodato che “[s]ul piano internazionale...le parti che si siano messe d'accordo sui punti principali, possono riservarsi di mettersi d'accordo anche su questo o quell'altro punto secondario; il trattato è ugualmente perfezionato e produttivo di effetti anche se l'accordo non ha luogo”<sup>(12)</sup>.

Insomma, vale la *sostanza* e non la *forma*, giacché, ai fini della qualificazione di un rapporto giuridico interstatale, se il *nomen iuris* utilizzato dalle parti costituisce un elemento rilevante, non esime dall'accertamento delle effettive modalità di svolgimento della prestazioni. L'essenziale, per aversi un trattato, è che le Parti, tramite un dato accordo, abbiano inteso produrre effetti giuridici vincolanti tra di esse, qualunque sia la sua denominazione.

## ii. Classificazione dei trattati

7. — Sono possibili diversi tipi di classificazione dei trattati. La più classica — e più utile distinzione — è quella tra trattati “bilaterali” e trattati “multilaterali”:

### — trattati bilaterali

8. — I trattati bilaterali (*Bilateral Treaties*) sono molto diffusi (il loro numero arriva a svariate migliaia) e toccano tutte le materie che possono rivelarsi d'interesse comune tra due Stati in funzione delle necessità del momento. Consistono in un unico strumento firmato dai due Stati ovvero risultano da uno scambio di note diplomatiche o di lettere. Li si rinviene facilmente tanto nel campo politico (trattati di alleanza, di difesa, di cooperazione, d'armistizio, di pace, ecc.), economico (ad es. un accordo bilaterale in materia di investimenti), delle comunicazioni (aeree, marittime...), delle relazioni diplomatiche e consolari (ambasciate, consolati...), quanto per la risoluzione delle controversie internazionali (ad esempio il compromesso arbitrale).

### — trattati multilaterali

9. — I trattati multilaterali (*Multilateral Treaties*) sono assai diversi tra loro, ancorché abbiano in comune il fatto di avere un numero di Parti contraenti superiore a due.

I trattati multilaterali possono essere *aperti* o *chiusi* a seconda che ad essi possano accedere altri Stati in aggiunta a quelli tra i quali sono stati originariamente conclusi.

<sup>(11)</sup> V. l'arbitrato di *Tacna-Arica* tra il Cile ed il Perù (1925), in *UN RSA*, II, 921, a p. 929.

<sup>(12)</sup> Così si espresse la Commissione di conciliazione italo-francese costituita in virtù del Trattato di Pace con l'Italia del 10 febbraio 1947, nella sentenza n. 163, del 9 ottobre 1953, Affare dei comuni di frontiera, in *Rec. des décisions*, IV, p. 223.

Inoltre, va segnalato che nell'ambito del WTO/OMC si parla, oltre che di *trattati multilaterali* (componenti il nucleo duro del c.d. "single package") anche di *trattati plurilaterali*: mentre i primi vincolano tutti gli Stati membri del WTO, i secondi vincolano solo i Membri che li hanno ratificati.

Alcuni trattati multilaterali possono dare vita ad un'OIG (ad es. la Carta dell'ONU del 1945, Trattato di Roma del 1957 istitutivo della CEE), altri no (ad es. la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 od il Trattato Antartico del 1959).

#### — Trattati-contratti e trattati normativi

**10.** — Va segnalata qui, sia pure *en passant*, un'ulteriore distinzione introdotta dalla dottrina tedesca alla fine del XIX secolo (TRIEPEL) e talvolta ancora utilizzata da qualche autore (non però dagli autori italiani) tra trattati-contratto e trattati normativi<sup>(13)</sup>. In base a tale distinzione si avrebbe che mentre i trattati-contratto (*Contract Treaties/traités-contrats/rechtsgeschäftliche Verträge*) regolano delle situazioni concrete tra le Parti e consistono in un mero scambio di prestazioni, i trattati normativi (*Law Making Treaties/traités-lois/rechtsetzende Verträge*) pongono delle norme di diritto oggettivo, generali ed astratte (ad es. un trattato come la UNCLOS ove si regola la libertà dei mari; gli accordi di codificazione del diritto consuetudinario, gli accordi istitutivi di organizzazioni internazionali, ecc.). Tuttavia, come si è rilevato in precedenza (Cap. I), qui il parallelo col diritto interno è fuorviante: in mancanza di un vero e proprio "legislatore" internazionale (o peggio "sovranaazionale"), l'idea di una "legislazione internazionale" può essere ingannevole e foriera di utopie surreali: per eludere la struttura fatta di prestazioni e controprestazioni tipica dei trattati e l'ambito di applicazione di ciascuno di essi, si immagina una alchemica "fusione delle singole volontà degli Stati" in un'unica volontà che diviene obbiettiva, superiore agli emittenti e normativa.

Tale dibattito può essere utile solo per evidenziare che, in diritto internazionale, qualche trattato multilaterale può caratterizzarsi per una sfera di applicazione "normativa" o — *rectius* — "oggettiva" (quelli che stabiliscono uno "statuto internazionale" come il Trattato sull'Antartico del 1° dicembre 1959). In altre parole, può accadere che, per volontà delle Parti contraenti, alcuni trattati multilaterali, sia per il loro contenuto che per la loro ampissima partecipazione possano avere efficacia giuridica nei confronti dell'insieme della Comunità internazionale e dunque finiscano per applicarsi al di là del novero delle Parti contraenti. Su tale controversa questione ritorneremo in seguito, anche con riferimento all'efficacia dei trattati nei confronti degli Stati terzi.

**11. Evoluzione delle tecniche di elaborazione dei trattati.** — La tecnica di elaborazione dei trattati si è considerevolmente evoluta nel tempo. Durante tutto il XIX secolo, alcune conferenze diplomatiche — i famosi "congressi" del Concerto Europeo — regolarono questioni d'interesse comune mediante trattati multilaterali; tant'è che tali conferenze internazionali sono state paragonate a dei "piccoli parlamenti interstatali dalla durata effimera e a competenza specializzata"<sup>(14)</sup>. Oggi, questo metodo viene ancora utilizzato ma si è più diffusa, nella prassi, l'elaborazione

<sup>(13)</sup> Sul punto cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 71.

<sup>(14)</sup> J. DEHAUSSY, *Jurisl. Int.*, fasc. II, n. 7.



di trattati multilaterali in seno alle organizzazioni internazionali; a tale riguardo, è possibile citare l'opera di codificazione del diritto internazionale elaborata sotto gli auspici dell'ONU o le numerose convenzioni preparate in seno all'ILO e, in misura minore, all'ICAO.

**12. Grande numero.** — Il numero dei trattati è considerevole: si può quantificare in diverse migliaia. Riguardano tutte le materie che gli Stati ritengano di interesse internazionale, in funzione dei bisogni della Comunità internazionale o di un gruppo di Stati. Sono diffusi, tanto in settori tradizionali delle relazioni politiche (trattati di difesa collettiva come il Patto Atlantico del 1949 o il defunto Patto di Varsavia del 1955, le Carte dell'OSA e dell'OAU), sociali (con l'ILO), o economiche (Banca Mondiale, il FMI, l'OMC), quanto in settori nuovi come la meteorologia, la salute o lo spazio.

### **iii. Ruolo nella vita giuridica internazionale**

**13. Un ruolo considerevole.** — I trattati hanno sempre svolto un ruolo centrale nella vita di relazione internazionale. Li rinveniamo a partire dalla più remota antichità ed il loro numero, come la loro diffusione, rispecchiano lo sviluppo del diritto internazionale <sup>(15)</sup>.

**14. Il negoziato bilaterale: i trattati di Westfalia del 1648.** — Per secoli, i trattati sono stati solo di tipo “bilaterale”. I celebri Trattati di Westfalia del 1648 altro non furono che una sommatoria di trattati bilaterali conclusi tra i belligeranti.

**15. Il negoziato multilaterale: l'Atto finale di Vienna del 1815.** — L'evento che determinò lo sviluppo dei trattati multilaterali risale al 1815, in occasione del Congresso di Vienna. Senza dubbio, venne impiegata ancora la tecnica bilaterale di Westfalia, ma si concepì un documento riepilogativo unico — l'*Atto finale* — che riassumeva i diritti e gli obblighi rispettivi di tutti i Paesi partecipanti al Congresso. Di conseguenza, ne risultò un solo documento firmato da tutti i partecipanti, divenuto formalmente multilaterale. Inutile dire che, da allora, si è assistito a una grande diffusione della tecnica diplomatica multilaterale.

**16. Il negoziato in seno ad organizzazioni internazionali.** — Inoltre, va sottolineata un'altra prassi tesa a facilitare la conclusione dei trattati multilaterali: il loro negoziato semi-permanente in seno o sotto gli auspici delle organizzazioni internazionali (SDN, ONU, ILO, ICAO, ecc.). Ad esempio, in seno all'Assemblea Generale dell'ONU vengono elaborati dei testi di convenzioni internazionali che poi vengono sottoposte agli Stati per la necessaria e definitiva espressione del consenso ad esserne vincolati.

### **v. Codificazione del diritto dei trattati**

**17. Gli accordi di codificazione e la “codificazione progressiva”.** — Infine, è opportuno evidenziare l'importanza dei trattati multilaterali finalizzati alla “codificazione” di certe materie del diritto internazionale, cioè alla *compilazione di norme giuridiche internazionali consuetudinarie in un trattato*. Questa impresa cominciò con la SdN ma, a quell'epoca, non ebbe successo. L'ONU, invece, è stata in grado di

<sup>(15)</sup> V. Cap. I. V. altresì le illuminanti osservazioni di F. BERMAN e D. BENTLEY in *Satow's Diplomatic Practice*, a cura di I. ROBERTS, Oxford, OUP, 2018, p. 585 ss.

convocare delle conferenze intergovernative che sono riuscite — il più delle volte grazie agli eccellenti lavori preparatori della CDI — ad elaborare delle convenzioni “normative” (come le convenzioni di Vienna del 1961 e 1963 sulle relazioni diplomatiche e consolari, quella del 1969 sul diritto dei trattati o ancora la UNCLOS). La nozione di “*sviluppo progressivo*” del diritto internazionale, menzionato nella Carta dell’ONU comporta che i trattati di codificazione incorporino, oltre al diritto consuetudinario, anche delle *norme innovative* le quali, tuttavia, non sono sorrette da corrispondenti norme consuetudinarie: in tal caso, esse vincolano solo gli Stati parti al trattato di codificazione.

**18. Ruolo della CDI.** La codificazione del diritto internazionale fa espressamente parte dei compiti assegnati all’Assemblea Generale delle Nazioni Unite <sup>(16)</sup>. Tuttavia, essa rinunciò a tale funzione creando la *Commissione del Diritto Internazionale* (1947) ed affidandole il compito di predisporre un progetto di accordo di codificazione del diritto dei trattati (1949).

#### **iv. Struttura ed anatomia dei trattati**

La struttura dei trattati è variabile e non è imposta dal diritto internazionale. Ciononostante, nella maggior parte dei casi si può individuare un *preambolo*, un *dispositivo* e delle *clausole finali*.

**19. Preambolo.** — Il preambolo costituisce la parte introduttiva e contiene delle indicazioni di ordine generale: l’indicazione degli Stati contraenti e l’enunciazione dei motivi che hanno determinato la conclusione del trattato. Pur non possedendo lo stesso valore giuridico del corpo del trattato, il preambolo ha una sua importanza soprattutto se occorre procedere all’interpretazione del testo al fine di determinare il contesto e “l’intenzione delle parti contraenti” (è così che, nel **caso dei cittadini americani in Marocco**, oggetto di una controversia tra la Francia e gli Stati Uniti dinanzi alla CIG nel 1952, la Corte si ritenne autorizzata ad esaminare il preambolo di un trattato al fine di poterne determinare la sua esatta efficacia) <sup>(17)</sup>.

**20. Dispositivo.** — Il “dispositivo” (o “corpo” del trattato) contiene le disposizioni principali del trattato suddivise in articoli (talvolta raggruppati in Capitoli e Parti). È, infatti, qui che si trovano enunciati i diritti e gli obblighi reciproci delle Parti contraenti. Seguendo la tecnica legislativa anglo-americana, si è diffuso, soprattutto nei trattati aventi per oggetto materie tecniche, la prassi di incorporare nel primo articolo una serie di *definizioni* delle espressioni usate nel testo del trattato al fine di minimizzare eventuali dubbi interpretativi.

**21. Clausole finali.** — Le “clausole finali” sono le norme poste dopo il dispositivo e alla fine del trattato. Rivestono un’importanza fondamentale per conoscere esattamente la “vita” giuridica del trattato: condizioni di entrata in vigore, di adesione, di modifica, di termine, ecc. (va peraltro notato che queste clausole sono applicabili a

<sup>(16)</sup> Art. 13, par. 1, lett. a, Carta dell’ONU. In arg. v. SFDI, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 2000, e pure SIDI, *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea*, a cura di A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO, ES, Napoli, 2019.

<sup>(17)</sup> In *Rec.*, 1952, p. 196. In argomento cfr. M. HULME, “Preambles in Treaty Interpretation”, *Univ. Pennsylvania Law Review*, 2015, pp. 1281-1343, nonché interessanti spunti in P. MERKOURIS, “Interpreting the Customary Rules on Interpretation”, *ICLR*, 2017, pp. 126-155.

partire dall'adozione del testo così come precisa l'art. 24, par. 4, della CVT). Qui si trovano le disposizioni relative allo scambio delle ratifiche, se previste; alla data ed alle condizioni di entrata in vigore; alla durata; ai procedimenti di emendamento e di revisione; ai modi di estinzione del trattato; nei trattati multilaterali, qui si troveranno le disposizioni in materia di adesione di altri Stati, di recesso, di riserve, di risoluzione delle controversie. Infine, apposite norme indicano le lingue ufficiali in cui il trattato fa ugualmente fede.

**22. Allegati.** Vanno considerati di regola come parte del dispositivo gli allegati e gli "annessi" (*Annexes*) al trattato contenenti, ad esempio, delle "dichiarazioni interpretative" che precisano il senso dell'una o dell'altra espressione o anche delle mappe. Gli allegati e le dichiarazioni di questo genere fanno parte integrante del corpo del trattato e possiedono un valore giuridico identico. Così si pronunciò la CIG nel caso *Ambatielos* del 1952<sup>(18)</sup> a proposito di un contenzioso tra la Grecia e il Regno Unito: qui, la Corte affermò che una dichiarazione unita al testo di un trattato anglo-greco del 1926 costituiva parte integrante di quest'ultimo e non poteva esserne distinta.

Ai trattati multilaterali vengono talvolta apposte delle *riserve* di cui diremo a suo luogo.

#### v. Il diritto internazionale è il diritto applicabile ai trattati internazionali

**23.** — Affinché un trattato sia considerato tale ai sensi della CVT, è necessario che questo sia regolato dal diritto internazionale. A tale evidente principio fa eccezione il caso, assai raro nella prassi ma possibile, dei trattati espressamente assoggettati al diritto interno di uno Stato. È così, ad esempio, che il trattato del 1° agosto 1966, concluso tra la Danimarca e il Malawi, prevedeva la concessione di un prestito della prima al secondo Stato, e conteneva una disposizione (art. 12) secondo la quale gli obblighi tra i predetti Stati venivano regolati dal diritto danese<sup>(19)</sup>.

#### vi. La preferenza per il trattato

**24.** — Nell'ordinamento internazionale, l'utilizzo del trattato, quale strumento di regolazione giuridica, è spesso giustificata da "nobili" motivi quali la rapidità di adozione della norma e la sua precisione, qualità che ad esempio la consuetudine non sembra possedere. Ma siffatta argomentazione non è per nulla convincente. In realtà dipende dalla strategia degli Stati. Questi ricorreranno ad un trattato qualora tale strumento rispecchi l'esigenza di ottenere una disciplina particolare, limitata e relativa rispetto ad una consuetudine e, nel contempo, sia possibile influenzare in maniera più o meno pregnante il contenuto dell'accordo stesso (cosa che la consuetudine non permette di fare)<sup>(20)</sup>. Altrimenti, bastano gli strumenti di *soft law* che, a differenza di quanto accade nel diritto interno, abbondano nel diritto internazionale (v. *infra* Cap. IV).

Ciò detto, è opportuno in primo luogo esaminare le regole che stanno alla base della conclusione dei trattati (Sezione I), prima di esaminarne i loro effetti (Sezione II).

<sup>(18)</sup> In *Rec.*, 1952, p. 28.

<sup>(19)</sup> F. A. MANN, *About the proper law of contracts between States*, in *International Studies*, 1973, p. 241 ss.; F. A. MANN, "Another agreement between States under national law?", in *AJIL*, 1974, p. 490; J. VERHOEVEN, "Traité ou contrats entre Etats? Sur les conflits de lois en droit de gens", in *Clunet*, 1984, p. 5.

<sup>(20)</sup> V. su tali aspetti GUY DE LACHARRIÈRE, *La Politique juridique extérieure*, cit., pp. 27-48.

**Sezione I**  
**LA CONCLUSIONE DEI TRATTATI**

**25. Stipulazione in forma solenne od in forma semplificata.** — Gli Stati sono liberi di esprimere il loro consenso nel modo che ad essi appare più congeniale e, pertanto, nelle clausole finali di ogni trattato si trovano le regole relative al modo prescelto per la sua stipulazione. Nella prassi diplomatica si sono affermate due forme principali di stipulazione:

1. la prima è la *stipulazione in “forma solenne”*, con la quale il consenso dello Stato ad essere vincolato da un accordo internazionale viene espresso in un atto formale di ratifica da parte del Capo dello Stato o di altra autorità nazionale competente;

2. la seconda è la *stipulazione in “forma semplificata”* <sup>(21)</sup>, con la quale il consenso dello Stato ad essere vincolato da un accordo internazionale viene manifestato tramite la semplice apposizione della firma da parte del plenipotenziario che ha negoziato l'accordo stesso.

A propria volta, la CVT si occupa dei modi di stipulazione dei Trattati agli articoli 11-15. In particolare:

- l'art. 11 prevede che la volontà di uno Stato ad essere vincolato da un Trattato possa essere espressa attraverso: *a)* la firma; *b)* lo scambio degli strumenti che costituiscono il Trattato; *c)* la ratifica, l'accettazione o approvazione; *d)* l'adesione; *e)* qualsiasi altro mezzo convenuto;

- gli articoli 12 e 13 disciplinano rispettivamente la stipulazione per mezzo della firma o per mezzo dello scambio degli strumenti che costituiscono il Trattato;

- l'art. 14 regola la forma solenne di stipulazione;

- l'art. 15 stabilisce che uno Stato possa manifestare il proprio consenso ad essere vincolato da un Trattato mediante *adesione*.

Le suddette norme, che appartengono all'ordinamento internazionale, vanno raffrontate con le norme interne — solitamente di rango costituzionale — con cui ciascuno Stato regola i procedimenti e gli organi che lo impegneranno sul piano internazionale (§ 1). Il diritto internazionale, meno formalista, prevede a propria volta alcune tecniche e procedimenti per addivenire alla conclusione di un accordo internazionale tra Stati (§ 2). Ciò premesso, gli Stati hanno, talvolta, la possibilità di essere vincolati solo da una parte delle disposizioni di un trattato: in siffatte condizioni, gli Stati possono ricorrere alla formulazione di “riserve” (§ 3). Infine, i trattati, similmente a quanto avviene per i contratti dell'ordinamento interno, sono sottoposti al rispetto di un certo numero di condizioni fondamentali (§ 4).

**§ 1. — Le procedure costituzionali interne**

**26. La difficile convivenza tra diritto internazionale e diritto costituzionale. Significato storico della ratifica** — Diritto costituzionale e diritto internazionale non

---

<sup>(21)</sup> Con tale procedimento si ha che l'impegno degli Stati a vincolarsi definitivamente viene assunto con la semplice firma da parte di soggetti muniti dei “pieni poteri” *ex* art. 12 della CVT; il Trattato deve però prevedere espressamente questa possibilità o, in alternativa, deve comunque risultare che questa sia l'effettiva volontà delle Parti stipulanti.

sono completamente estranei l'un l'altro ed è inevitabile constatare che la loro convivenza può diventare talvolta problematica: mentre il secondo (lo si è visto) stabilisce il suo necessario *primato* rispetto al diritto costituzionale, quest'ultimo, intende preservare la sua *integrità* in quanto norma di massimo livello dell'ordinamento interno, alla quale non è possibile derogare.

*Il diritto internazionale lascia libero ciascuno Stato di stabilire se un dato accordo internazionale debba o meno essere sottoposto a ratifica e, trattandosi appunto di questioni di diritto interno, di decidere quali siano gli organi dello Stato competenti in materia di stipulazione dei trattati.*

Al riguardo, va ricordato che per secoli, al tempo della Monarchia assoluta (fino all'avvento dei regimi democratici e dei moderni mezzi di telecomunicazione) la manifestazione della volontà internazionale dello Stato era prerogativa esclusiva del **Sovrano**. Il Sovrano era l'unico organo a cui spettasse il potere di negoziare e concludere i trattati internazionali — che erano, appunto, impegni tra Sovrani — e si trattava di un potere esclusivo ed assoluto.

Senonché, esigenze di ordine pratico (le distanze geografiche, la difficoltà nelle comunicazioni, i rischi) richiedevano ai Sovrani di servirsi di un apposito mandatario, il *plenipotenziario*, il quale (un *alter ego* del Sovrano), una volta negoziato un trattato, era tenuto a ritornare in patria e a riferire al Sovrano il risultato dei negoziati: solo il Sovrano, dunque, avrebbe manifestato definitivamente la volontà dello Stato a vincolarsi all'accordo tramite un particolare atto, appunto, la *ratifica*.

Per altro verso, la *struttura costituzionale* di ciascuno Stato può influire tanto a livello di conclusione quanto di esecuzione di un trattato: la procedura, peraltro, sarà più semplice per uno Stato unitario piuttosto che per uno Stato federale nella misura in cui bisognerà sempre fare attenzione al *riparto di competenze* tra il livello federale e quello degli Stati federati. A tal proposito, va notato il peculiare caso dell'Unione europea la quale, pur se tendenzialmente appare sempre più simile a uno Stato federale, si colloca attualmente in una zona grigia, almeno per le materia di competenza esclusiva di tale OIG. L'esame delle soluzioni, "unitaria" italiana (1) e "federale" statunitense (2), consente di comprendere bene il problema e le possibili soluzioni.

### 1. — Il sistema di uno Stato unitario: il caso dell'Italia

**Bibliografia sommaria:** G. SPERDUTI, "Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e suoi limiti", in *Scritti in onore di Perassi*, Milano, Giuffrè, 1957, II, p. 303 ss.; M. UDINA, "Gli accordi internazionali in forma semplificata e la Costituzione italiana", in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 201 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Napoli, 1964; P. PICONE, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Napoli, Jovene, 1973; S. MARCHISIO, "Sulla competenza del Governo a stipulare in forma semplificata i trattati internazionali", in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 533 ss.; A. CASSESE, "Art. 80", in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1979; LABRIOLA, "Principi costituzionali, ordinamento e prassi nella disciplina dell'autorizzazione legislativa alla ratifica dei trattati internazionali", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 209 ss.; FOIS (a cura di), *Il trattato segreto*, Padova, 1990; R. VIRZO, "Note sui procedimenti di formazione dei trattati in materia di interesse militare", in N. RONZITTI (a cura di), *Il diritto dei trattati nelle attività di interesse delle Forze armate*, Latina, 2003, p. 67; M. MANCINI, "La violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare", IV, p. 133 ss.; L. DANIELE (a cura di), *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006; MURA, *Gli accordi delle regioni con soggetti esteri e di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2007; GIOCOLI NACCI, "Le (nuove) competenze internazionali delle regioni", in *Studi Starace*, Napoli, ES, 2008, vol. 3, p. 1871; S. M. CARBONE, P. IVALDI, "Le attività delle Regioni di rilievo internazionale e comunitario", *ivi*, pp. 927, 958; F. SALERNO, *Diritto internazionale*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 416 ss.; SIDI, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. PALMISANO, Napoli, ES, 2020; B. CONFORTI, M. IOVANE, XII ed., cit., p. 347 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 323 ss. E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 153 ss.; AA.VV., *Istituzioni di diritto*

*internazionale*, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 87 ss. e 124 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLLO, *Il diritto internazionale...*, 4 ed., cit., p. 257 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7<sup>a</sup> ed. cit., p. 269 ss.

**27. La competenza a stipulare i trattati secondo l'ordinamento italiano.** — Abbiamo visto che la stipula di un trattato in forma solenne si avvia con la fase negoziale preceduta da un fitto concerto ministeriale tra i Dipartimenti e le Direzioni generali dei diversi Ministeri competenti, a partire dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (ed il Servizio per gli affari giuridici, del contenzioso diplomatico e dei trattati). In Italia, le principali norme costituzionali in materia di stipulazione dei trattati internazionali sono gli artt. 11, 72, c. 4 e 75, c. 2, 80 e 87, c. 8, nonché l'art. 117 della Costituzione.

Com'è stato rilevato in dottrina, pur se l'art. 11 non parla espressamente di stipulazione dei trattati, è indubbio che ponga “dei limiti al loro contenuto e nello stesso tempo, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza costituzionale, riguarda la legge di autorizzazione alla ratifica di taluni trattati internazionali” (22); si pensi infatti ad un trattato che preveda un “alleanza militare aggressiva” in contrasto con il “ripudio della guerra” di matrice costituzionale italiana.

A propria volta, l'art. 87, c. 8, Cost., recita che il Presidente della Repubblica “ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere”. Ciò significa, in concreto, che la ratifica spetta al Presidente della Repubblica il quale vi provvederà o sulla base di un'apposita *legge di autorizzazione* adottata dal Parlamento o, negli altri casi, su *iniziativa del Governo*.

Nel primo caso, la *ratifica* da parte del **Presidente della Repubblica** deve essere *preventivamente autorizzata con legge da parte del Parlamento* per cinque categorie di accordi internazionali, previste **dall'art. 80 della Costituzione**.

Si tratta degli accordi che comportano:

- I) *variazioni dei confini* dello Stato;
- II) *arbitrati e regolamenti giudiziari*;
- III) *modifiche di leggi*;
- IV) *oneri finanziari*;
- V) *impegni di natura politica*.

Sono formule ampie dovute alla necessità di assicurare un forte controllo parlamentare della politica estera italiana nei confronti del potere esecutivo. A margine di tale elencazione valgono, dunque, le brevi considerazioni che seguono.

Innanzitutto, appare evidente che l'ultima condizione — la V che si riferisce agli “*impegni di natura politica*” — se interpretata estensivamente, è in grado di abbracciare tutte le condizioni precedenti e... tutte le materie. Pertanto, oggi, ci si riferisce solo ad accordi che hanno “un grande rilievo politico”, comportando scelte fondamentali di politica estera.

Per quanto riguarda, invece, i trattati che impongano *modifiche di leggi* — la III fattispecie — è altrettanto evidente che tale scelta spetti al potere legislativo italiano e non a quello esecutivo. Analoghe considerazioni valgono pure per la materia degli *oneri finanziari*, restando inteso che si debba trattare unicamente di *oneri aggiuntivi* per il bilancio dello Stato.

Insomma, l'autorizzazione delle Camere alla ratifica dei trattati indicati all'art. 80 Cost, risponde all'esigenza che la scelta politica di ratificare un trattato o di aderirvi,

(22) Così N. RONZITTI, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 242 ss.

su materie di particolare rilevanza e delicatezza, sia condivisa dal Governo con il Parlamento <sup>(23)</sup>.

Nel secondo caso, al di fuori della fattispecie di cui all'art. 80 Cost. e quindi in caso di iniziativa governativa, le norme di cui sopra vanno coordinate con l'art. 89 Cost. secondo cui "nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai Ministri proponenti che ne assumono la responsabilità". La ratifica, pertanto, rientra in quegli atti che il Presidente della Repubblica non può rifiutarsi di sottoscrivere; egli può solo chiederne il riesame prima della sottoscrizione.

Ma la ratifica da parte del Presidente della Repubblica non è sempre necessaria giacché la *stipulazione in forma semplificata* non prevede la fase della ratifica, essendo sufficiente la sola firma del trattato da parte degli organi dell'esecutivo per la sua entrata in vigore. Tali ultimi accordi, dunque, entrano in vigore per l'Italia tramite la sottoscrizione da parte del potere esecutivo e possono essere stipulati persino da ministeri diversi dal MAECI, ossia il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (ad es. difesa; trasporti; giustizia ecc.) <sup>(24)</sup>. È comunque auspicabile che il MAECI resti sempre il *focal point* di tali accordi onde assicurarne una gestione unica ed altamente specializzata.

**28. Cenno al dibattito di diritto costituzionale italiano.** — Si tratta, com'è evidente, di norme che formano oggetto di un vasto dibattito e su cui occorre rinviare alla dottrina giuscostituzionalistica. Qui, basti notare che, in dottrina, è stato osservato che la ratifica è, in prevalenza, "un atto del potere esecutivo, che il Capo dello Stato si limita a far proprio per assolvere alle funzioni conferitegli dalla Costituzione" <sup>(25)</sup>. Tale osservazione, pur corrispondendo alla prassi attuale, non deve, tuttavia, condurre a pensare che il Presidente della Repubblica sia privo di qualunque discrezionalità in materia. È stato, infatti, autorevolmente sottolineato che il Presidente della Repubblica possa *rifiutarsi* di ratificare il trattato anche se il Governo, dopo l'eventuale invito presidenziale ad un riesame del Trattato stesso, persiste nel suo atteggiamento o se, per i trattati *ex art. 80*, dopo un messaggio rivolto alle Camere, queste confermano la loro autorizzazione alla ratifica <sup>(26)</sup>. Resta, però, il fatto per cui nell'ordinamento

<sup>(23)</sup> Cfr. in tal senso A. GIOIA, *Diritto internazionale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2022, p. 51 ss.; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., cit., p. 78 ss. La Cost. disciplina altresì la procedura d'esame parlamentare dei disegni di legge di ratifica, stabilendo (art. 72, u.c.) che essi debbono essere esaminati con la *procedura ordinaria* ed escludendo quindi procedure d'esame abbreviate. La norma viene riprodotta nei Regolamenti delle due Camere (art. 92, c. 2, Reg. Camera; art. 35, c. 1, Reg. Senato). Il testo del d.d.l. presentato al Parlamento contiene di solito la norma di autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione del trattato. In questo caso, che è il più frequente, il Parlamento non ha il potere di modificare il contenuto del disegno di legge né tantomeno il testo del trattato, ma la sua discrezionalità si limita al potere di approvare o respingere il provvedimento. Secondo la Corte Costituzionale (sentenza 19 dicembre 1984, n. 295, in *Riv. dir. int.*, 1985, p. 672 ss.: "la Costituzione vuole che le Camere valutino in anticipo il testo del trattato, al fine di rimuovere, in quanto organi autorizzanti, il limite che, secondo le previsioni degli artt. 80 e 87, circonda l'esercizio del potere di ratifica"). Ma può accadere che sia necessario procedere all'adeguamento della normativa nazionale o procedere a norme di copertura finanziaria di spese in conseguenza degli impegni assunti sul piano internazionale con l'adesione al trattato. In tal caso, il d.d.l. può contenere anche alcune norme di modifica dell'ordinamento interno, rispetto alle quali il legislatore mantiene il suo potere di correzione, fermo restando il rispetto degli impegni internazionali. Infatti, dall'impossibilità di applicare sul piano interno l'accordo potrebbe derivare una responsabilità internazionale dello Stato.

<sup>(24)</sup> V. Circ. MAECI, n. 2 del 30 luglio 2021.

<sup>(25)</sup> COSÌ, GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 560.

<sup>(26)</sup> A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 275.

italiano, l'autorizzazione parlamentare, ove sia richiesta, deve essere *preventiva* e deve essere espressa in una legge che, a seconda dei casi, può essere una *legge ordinaria* o una *legge costituzionale*. In altre parole, l'intervento del Parlamento, deve verificarsi *prima della ratifica*, così da consentire alle Camere di esprimere il proprio giudizio ed eventualmente, se del caso, negare il proprio assenso. In questo ultimo caso, è evidente che la mancanza della prescritta autorizzazione rende l'eventuale ratifica del Trattato *costituzionalmente illegittima*, provocando eventualmente l'invalidità del trattato se, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, si configurasse una “*violazione manifesta*” delle norme interne sulla competenza a stipulare di cui all'art. 46 della CVT <sup>(27)</sup>. Pertanto, non si possono escludere delle situazioni — rare — in cui un trattato internazionale venga privato di efficacia giuridica nell'ordinamento interno, mentre continua, legittimamente, ad essere valido — ed obbligatorio — nell'ordinamento internazionale.

Va infine osservato che, in virtù dell'art. 74, c. 4, Cost, “la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge di autorizzazione a ratificare trattati internazionali” sicché la materia non può essere discussa in Commissione secondo una procedura abbreviata. Inoltre, ai sensi dell'art. 75, c. 2, Cost., le leggi di autorizzazione alla ratifica di Trattati internazionali *non* possono essere sottoposte a *referendum abrogativo* <sup>(28)</sup>.

### 29. “Legge di autorizzazione alla ratifica” ed “ordine di esecuzione”. Rinvio.

Come si vedrà a suo luogo (*infra* Cap. XVII) *la ratifica di un trattato* è un atto distinto dall'*ordine di esecuzione* (la formula della “piena ed intera esecuzione” del trattato) pur se tali atti si ritrovano quasi sempre all'interno della stessa legge che viene promulgata...*prima* dell'entrata in vigore del trattato a cui si riferisce. Per adattare l'ordinamento italiano ad un trattato internazionale concluso in forma solenne, la prassi italiana utilizza, infatti, tanto il procedimento speciale dell'ordine d'esecuzione contenuto in un atto normativo *ad hoc* (per i trattati che, *ex art.* 80 Cost., richiedono la ratifica previa l'autorizzazione del Parlamento) inserendolo spesso nella stessa *legge di autorizzazione alla ratifica*, quanto il procedimento ordinario, consistente nell'emanazione di un atto normativo di diritto interno (legislativo o regolamentare, a seconda della materia disciplinata) riproduttivo del testo del trattato.

#### Legge di autorizzazione alla ratifica

« Ratifica ed esecuzione del trattato... (parti contraenti e oggetto), fatto a... (luogo) il... (data) »

Art. 1: Il presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare il trattato...

Art. 2: Piena ed intera esecuzione è data al trattato di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore in conformità a quanto disposto dall'articolo... del trattato stesso.

Ad **esempio**: la L. 2 agosto 2008, n. 130 prevedeva all'art. 1 “*Autorizzazione alla ratifica*”:  
1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare il Trattato di Lisbona che modifica

<sup>(27)</sup> L'art. 46 della CVT così recita: “Il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale. — (2) Una violazione è manifesta se essa è obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede”.

<sup>(28)</sup> Sul punto v. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 267 s.



il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007.” E all'art. 2, “*Ordine di esecuzione*” si è disposto che “1. Piena ed intera esecuzione è data al Trattato di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall'articolo 6 del Trattato stesso”. Come si vede, si tratta di due atti giuridicamente distinti ma contenuti nella stessa legge perché con un primo atto il Parlamento ha concesso l'autorizzazione alla ratifica del trattato di Lisbona e, solo una volta che questo trattato è entrato in vigore sul piano internazionale, si sono potuti produrre gli effetti sull'ordinamento italiano, come previsto all'art. 2: l'ordine di esecuzione.

**30. La stipulazione di accordi in forma semplificata e il segreto di Stato.** — Nella prassi, alcuni accordi vengono conclusi in forma semplificata (*Executive Agreements*) attraverso lo *scambio di lettere o di note* con la firma dei plenipotenziari; i *Memorandum d'intesa* o ancora il *modus vivendi*. Altre volte, vengono stipulati e sottoscritti da singoli Ministri per le materie di loro stretta competenza; non mancano, inoltre, fattispecie in cui siano conclusi da alti Dirigenti dello Stato. Basti pensare, a titolo esemplificativo, agli accordi per le “missioni di pace” o, più in generale, quelli in materia militare conclusi dal Ministro della Difesa.

*L'ordinamento costituzionale italiano non prevede una specifica disciplina per il recepimento degli accordi in forma semplificata.* Piuttosto, nella prassi italiana, si lascia al Governo una certa libertà — anche qualora si trattasse di *accordi segreti* — a condizione che l'accordo in questione non ricada in una delle fattispecie di cui all'art. 80 Cost. precedentemente citato <sup>(29)</sup>. È chiaro che, nel disegno costituzionale italiano, gli accordi in forma semplificata dovrebbero essere molto rari e comunque, il Governo mette in gioco la propria *responsabilità politica* in Parlamento.

Il normale esercizio di tale potere si manifesta quando si tratta di *intese* di natura tecnica che, come tali, vengono concluse e firmate direttamente da Ministeri “tecnici” (Ministro o suo delegato) insieme ai loro omologhi stranieri (c.d. *intese tecniche interministeriali*) <sup>(30)</sup>. Anche se il loro statuto giuridico appare incerto, tali accordi, secondo la circolare del 3 marzo 2008, n. 4 del MAECI fanno sorgere “impegni di collaborazione tecnico — amministrativa e in via subordinata, di natura politica

<sup>(29)</sup> Secondo CONFORTI (*Diritto internazionale*, X ed., cit., p. 80) tale conclusione si ricava, nel silenzio della nostra Costituzione, dall'interpretazione sistematica degli artt. 80 e 87 c. 8, Cost e “sembra confortata dai lavori dell'Assemblea Costituente durante i quali si ribadì il principio che non tutti gli accordi, ma solo i più importanti, dovessero essere sottoposti a ratifica”. Cfr. A. CALAMIA, “Accordi in forma semplificata e accordi segreti: questioni scelte di diritto internazionale e di diritto interno”, in *OIDU*, 2020, pp. 1-18 e riferimenti ivi cit.. In giurisprudenza, v. Cass. 22 marzo 1972, n. 867, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 588 e 17 aprile 1972, n. 1196, ivi, p. 592 ss.

<sup>(30)</sup> Sul punto v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 260 ss. nonché Circ. MAECI, n. 2 del 30 luglio 2021 ove si indica che: “La caratteristica propria delle intese tecniche è di far sorgere impegni di collaborazione tecnico-amministrativa e/o di natura politica esclusivamente tra le singole amministrazioni stipulanti. A differenza dei trattati internazionali, infatti, le intese tecniche non creano situazioni giuridiche vincolanti di diritto internazionale. Pertanto il Governo o la Repubblica italiana non devono mai figurare quali soggetti parte dell'intesa tecnica; inoltre, i relativi testi non devono riportare formulazioni tipiche dei trattati internazionali propriamente detti (quali ad esempio scambio di note verbali per l'entrata in vigore, notifiche per via diplomatica, denuncia, risoluzione di controversie, ecc.).” Per la sottoscrizione di intese tecniche è comunque necessario un atto politico di autorizzazione, il *nulla-osta alla firma* che viene concesso dal Gabinetto del Ministro degli affari esteri (previo parere del suo servizio giuridico) su richiesta della Direzione Generale capofila e che quindi conferma la compatibilità dell'Intesa con la politica estera italiana.

esclusivamente tra le singole amministrazioni stipulanti”<sup>(31)</sup>. Per tali ragioni, trattandosi di accordi eseguibili direttamente dalle singole Pubbliche Amministrazioni che li hanno conclusi, non richiedono, in linea di principio, alcun *ordine di esecuzione* da parte del Parlamento.

Va comunque osservato che la categoria degli accordi in forma semplificata ha trovato un indiretto riconoscimento tramite la L. 11 dicembre 1984, n. 839, la quale nel regolare la materia della pubblicazione degli atti normativi della Repubblica italiana in *Gazzetta Ufficiale*, prevede testualmente, all’art. 1 lettera *f*), che si abbia la pubblicazione degli “accordi ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata e che non necessitano di pubblicazione” ad altro titolo (in quanto leggi o decreti).

La stessa legge prevede la **pubblicazione** trimestrale in un apposito *Supplemento della Gazzetta Ufficiale*, nonché la trasmissione ai Presidenti delle due Camere, di “tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati”.

È infine prevista la pubblicazione annuale, in allegato agli indici della *Gazzetta Ufficiale*, del *Repertorio di tutti gli accordi internazionali vincolanti per l’Italia*, predisposto dal MAECI.

Tale disciplina va però coordinata con quella relativa al c.d. **segreto di Stato**. L’art. 39 della L. 3 agosto 2007, n. 124, prevede infatti che: “[s]ono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all’integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all’indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato”. Rientrano dunque in tale normativa gli atti relativi alla NATO come pure l’accordo circa le basi militari degli Stati Uniti in Italia<sup>(32)</sup>. Del pari vi rientrano anche taluni accordi conclusi con alcuni Stati del Maghreb per il controllo dell’immigrazione clandestina.

È chiaro che, se tali accordi sono segreti, non vengono registrati presso il Segretariato dell’ONU e dunque non potranno essere invocati in quella sede (art. 103 della Carta ONU).

**31. La competenza delle Regioni e delle Province autonome a stipulare accordi internazionali.** — In linea di principio, solo lo Stato viene considerato un soggetto di diritto internazionale. Infatti, come è stato recentemente osservato in dottrina, “quale che sia la denominazione degli Stati politicamente decentrati su base territoriale, il diritto internazionale considera unica la soggettività internazionale dello Stato se vi è l’unità del potere di governo sul territorio”<sup>(33)</sup>. Una questione tuttora in fase di non sopito dibattito resta quella di sapere se e fino a che punto le Regioni possano concludere accordi internazionali con Stati esteri e i loro enti pubblici. Al riguardo, la

<sup>(31)</sup> V. pure la lettera del Capo di Gabinetto del Ministro della Difesa, del 17 gennaio 2011, in materia di “Accordi internazionali intergovernativi e intese tecniche interministeriali: procedure e documentazione di accompagnamento per l’approvazione dell’Autorità politica” ove viene indicato tra tali attività lo scambio di informazioni geospaziali, scambio di formazione per il personale, assistenza tecnologica nel campo dei materiali per la Difesa.

<sup>(32)</sup> F. SALERNO, *Diritto internazionale*, 5 ed., Padova, Cedam, 2019, p. 334 s. V. *amplius* S. MARCHISIO, *Le basi militari nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>(33)</sup> F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 105.

Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui ricorsi per conflitto di attribuzione con il Governo centrale a causa di alcune iniziative prese da alcune Regioni dirette a concludere accordi transnazionali con altri Stati, Regioni od altri enti territoriali, inizialmente diede una risposta negativa sancendo “l’incompetenza degli organi regionali in tema di formulazione di accordi con soggetti propri di altri ordinamenti, compito spettante agli organi di Governo”<sup>(34)</sup>. Senonché, la materia del “potere estero” delle Regioni ha trovato sistemazione tramite l’art. 117 Cost. il quale prevede specifiche competenze delle Regioni a “concludere accordi con Stati e intese con Enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato”. Si tratta di materie di *legislazione concorrente*, ex art. 11, c. 3 Cost., nelle quali si ha comunque una suddivisione dei compiti tra lo Stato e le Regioni, in quanto al primo spetta determinare i principi fondamentali (ad es. attraverso le leggi quadro o leggi cornice), mentre alle Regioni spetta una potestà residuale<sup>(35)</sup>. In conclusione, il c.d. **potere estero delle Regioni** deve essere esercitato nel “rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali (art. 117, c. 1, Cost.) e, comunque, all’interno del quadro dei principi enucleati, per ogni singola materia, dallo Stato. Alla luce di tali principi,

è previsto che la Regione possa stipulare solo tre categorie di accordi:

1. *Accordi esecutivi o applicativi di accordi internazionali in vigore;*
2. *Accordi di natura tecnico amministrativa;*
3. *Accordi di natura programmatica.*

Con riferimento a tali accordi transnazionali, la Regione ha l’obbligo di comunicare l’avvio dei negoziati con un *ente di uno Stato straniero* al MAECI (e al Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie della Presidenza del Consiglio), il quale può indicare principi e criteri da seguire nel negoziato. Poi, al termine del negoziato, la Regione ha l’obbligo di sottoporre il progetto di accordo, prima della firma, con una relazione accompagnatoria (che comprende le necessarie informazioni circa la copertura amministrativa e finanziaria) al medesimo Ministero, il quale potrà chiedere di adeguare il testo dell’accordo alle proprie indicazioni. Una volta giunti al testo definitivo dell’accordo internazionale, il Presidente della Regione richiede al MAECI i pieni poteri per la firma e quest’ultimo, sentita la Presidenza del Consiglio, li conferisce.

Analogo *iter* vale per le intese delle **Province autonome di Trento e Bolzano** ed enti territoriali interni ad altri Stati<sup>(36)</sup> (ad es. per favorire lo sviluppo economico, sociale o culturale dei rispettivi territori, ma in nessun caso suscettibili di creare obblighi od oneri finanziari per lo Stato): l’ente ne deve dare comunicazione alla Presidenza del Consiglio ed al MAECI prima della firma, al fine di consentire eventuali rilievi. Decorsi 30 giorni senza che vengano presentati tali rilievi, per un peculiare meccanismo di silenzio assenso, l’ente può procedere a stipulare tali intese.

Gli accordi transnazionali delle Regioni e delle Province autonome sono pubblicati sul Bollettino di ciascun ente.

Per quanto riguarda la **partecipazione al procedimento legislativo UE, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano** nelle materie di rispettiva competenza partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi dell’Unione

<sup>(34)</sup> Corte Cost., n. 170/1975. V. *infra*, Cap. XVIII.

<sup>(35)</sup> Cfr. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 105 ss. In giurisprudenza cfr. Coste cost., 19 luglio 2004, n. 238 e 14 ottobre 2005, n. 387.

<sup>(36)</sup> V. art. 6 della L. 5 giugno 2003, n. 131.

europea (c.d. *fase ascendente*), nonché provvedono all'attuazione ed all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti UE nel rispetto delle norme stabilite dallo Stato (c.d. *fase discendente*)<sup>(37)</sup>. Tale materia ha trovato ulteriore sistemazione tramite la L. 2 dicembre 2012, n. 234 (e successive modifiche) circa le “norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea” e si trova al centro del dibattito politico attuale relativo alle riforme costituzionali.

**32. Il gemellaggio tra città di Stati diversi.** — Il c.d. *gemellaggio* trova, in Italia, il proprio fondamento giuridico nell'art. 6, c. 7 della L. n. 131 del 2003:

« Resta fermo che i Comuni, le Province e le Città metropolitane continuano a svolgere attività di mero rilievo internazionale<sup>(38)</sup> nelle materie loro attribuite, secondo l'ordinamento vigente, comunicando alle Regioni competenti ed alle amministrazioni di cui al comma 2 ogni iniziativa. »

Ne segue che tali enti possono concludere accordi di gemellaggio con enti esteri per le attività che rientrano nella propria competenza, *in primis* territoriale, indicando le eventuali spese (e soprattutto la loro copertura) a valere sul bilancio dello stesso ente.

Per potere concludere tali accordi minori, ma pur sempre transnazionali, l'ente italiano deve inviare copia della delibera del Consiglio comunale o provinciale relativa al gemellaggio con il testo del gemellaggio enucleandone gli obiettivi ed il programma. Il Dipartimento degli Affari Regionali e delle Autonomie della Presidenza del Consiglio dei Ministri è titolare della procedura di concerto col MAECI. Anche qui è necessaria un'accurata valutazione giuridica per la coerenza di tali accordi con quelli assunti dallo Stato, avendo particolare riguardo ai gemellaggi intra-UE, onde evitare eventuali procedure di infrazione per inadempienza rispetto agli obblighi di diritto UE. Anche in questo caso, come per le intese, vale la regola del silenzio-assenso dopo trenta giorni.

**33. Il superamento della ratifica statale attraverso le OIG? Il caso della UE.** — L'Italia, oggi, può persino trovarsi vincolata — e senza dubbio questo è un caso assai peculiare — a trattati internazionali ai quali non ha direttamente acconsentito, ed anche a prescindere dai propri vincoli costituzionali. Tale può essere il caso a seguito di un trattato che revisiona, modifica, la “Carta costitutiva” di un'organizzazione internazionale e che entra in vigore per tutti i Paesi membri quando una certa maggioranza (in generale “qualificata” e molto rilevante, ad es. dei due terzi, e nell'ipotesi in cui l'Italia abbia votato contro) di essi lo avrà definitivamente approvato. Ne costituisce un esempio il secondo emendamento agli statuti del FMI entrato in vigore a partire dal 1° aprile 1978 per tutti i Paesi membri del Fondo, compresi i “minoritari” di cui la Francia<sup>(39)</sup>.

Altri esempi si hanno con riferimento all'intero settore della Politica Commerciale Comune ove la UE ha, oggi, una competenza espressa ed esclusiva anche in materia di investimenti diretti esteri<sup>(40)</sup>. Nel nostro tempo, spetta alla UE negoziare e concludere i grandi trattati economici internazionali (si pensi al dibattito sul TTIP, al CETA ed ai

<sup>(37)</sup> Art. 117, c. 5, Cost. it..

<sup>(38)</sup> V. l'art. 2 del D.P.R. del 31 marzo 1994 circa le attività di “mero rilievo internazionale”.

<sup>(39)</sup> V. *RGDIP*, 1979, p. 209 con nota di CARREAU.

<sup>(40)</sup> V. F. MARRELLA, “Unione europea ed investimenti diretti esteri”, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, cit., pp. 107-140.

tanti accordi vigenti sia sul piano bilaterale, che multilaterale) esprimendo posizioni ed interessi che possono essere divergenti e persino in contrasto con quelli dell'Italia. L'Italia, come gli altri Stati membri UE, si trovano tuttavia vincolati ad un trattato economico internazionale che non hanno direttamente negoziato e che, una volta entrato in vigore nell'ordinamento UE, risulterà vincolante per ciascuno di questi Paesi, incidendo in modo significativo anche sulle attività degli imprenditori.

## 2. — Il sistema di uno Stato federale: l'esempio degli Stati Uniti d'America

**34. Premessa.** — Negli Stati Uniti, un principio è chiaro: è il governo federale che, avendo la piena capacità internazionale, ha competenza esclusiva per concludere trattati. Gli Stati federati possiedono a tale riguardo solo una competenza residuale, marginale, e non possono interferire con la conduzione delle relazioni internazionali della federazione: fu così che la Corte Suprema dichiarò contraria alla Costituzione una legge del Massachusetts che imponeva delle misure commerciali restrittive contro la Birmania, in quanto l'adozione di una siffatta legge sconfinava nelle competenze estere appartenenti allo Stato federale <sup>(41)</sup>. Va inoltre ricordato che, nel sistema statunitense, la ripartizione tra il potere legislativo ed esecutivo non è sempre definita e i conflitti di attribuzione non sono rari: ne derivano alcune difficoltà supplementari durante la conclusione di un accordo internazionale con gli Stati Uniti.

### a) *La competenza di principio della federazione*

**35. Un monopolio federale.** — Numerose disposizioni costituzionali conferiscono la competenza internazionale agli organi federali USA.

L'art. I, c. VIII, attribuisce al solo Congresso il potere di punire i crimini internazionali e di dichiarare guerra. Soprattutto, l'art. I, c. X, dispone che: “nessuno Stato (federato) potrà stipulare dei trattati, concludere delle alleanze o delle confederazioni. Nessuno Stato (federato) potrà, senza il consenso del Congresso, concludere trattati sia con un altro Stato, sia con una potenza straniera”. Fu così, ad esempio, che la Provincia del Quebec e lo Stato di New York conclusero un accordo nel 1982 che attuava un trattato americano-canadese precedente, per lottare contro il fenomeno detto delle “piogge acide” <sup>(42)</sup>.

**36. Altre esperienze.** — In diritto comparato, si nota che il “sistema tedesco” appare più liberale: i *Länder* hanno effettivamente mantenuto la capacità di concludere trattati internazionali con gli Stati stranieri negli ambiti che la Legge Fondamentale del 1949 ha lasciato alla loro “giurisdizione” (così dicasi in materia di religione o di istruzione in virtù dell'art. 32 della Legge Fondamentale del 1949; alcuni *Länder* — quali la Baviera — non hanno rinunciato a questo potere e hanno concluso dei “concordati” con la Santa Sede) <sup>(43)</sup>.

Allo stesso modo, uno Stato federale come il Messico ha dovuto riconoscere agli Stati federati la capacità di concludere accordi “regolati dal diritto internazionale

<sup>(41)</sup> *Crosby c. National foreign trade council*, 14 giugno 2000, in *ILM*, 2000, p. 1234.

<sup>(42)</sup> *ILM*, 1982, p. 721.

<sup>(43)</sup> W. LEISNER, *A propos de la répartition des compétences en matière de conclusion des traités en République Fédérale d'Allemagne*, in *AFDI*, 1960, p. 291.

pubblico” — cioè dei trattati — ma unicamente nei limiti delle competenze costituzionali loro attribuite <sup>(44)</sup>.

**37. Interpretazione rigida della Corte Suprema USA.** — La Corte Suprema degli Stati Uniti ha interpretato in modo estensivo le competenze in materia internazionale dello Stato federale a discapito di quelle proprie degli Stati federati. L’azione della Corte, in tale ambito, non è altro che un aspetto particolare della sua attività più generale volta al rafforzamento del potere della Federazione, in altri termini dello Stato centrale sulle sue componenti federate.

**38. Il caso *Missouri c. Olanda*.** — La principale sentenza in materia, fu resa dalla Corte Suprema nel 1920 nel caso *Missouri c. Olanda* <sup>(45)</sup>. Va premesso che, nel 1916, gli Stati Uniti e la Gran Bretagna avevano stipulato un trattato al fine di proteggere certi uccelli migratori che si spostavano tra il Canada e alcuni Stati del centro degli Stati Uniti. Nel 1918, il Congresso approvò una legge che precisava le norme di applicazione di questo trattato. Si pose allora la questione di costituzionalità del trattato e della legge in questione, nella misura in cui tali strumenti potevano risultare invasivi del dominio riservato degli Stati federati in virtù del decimo emendamento alla Costituzione USA. La Corte, a seguito di un ragionamento piuttosto complesso, rispose negativamente. Dovette senza dubbio riconoscere che esistevano dei limiti al potere della Federazione di concludere trattati internazionali, limiti rinvenibili nelle disposizioni costituzionali affermando che: “ciò che una legge del Congresso non può fare autonomamente, in deroga ai poteri riservati degli Stati, neppure un trattato lo può fare”. Ne risulterebbe altrimenti una modifica alla costituzione tramite trattato, procedura non prevista dai “padri fondatori”. Era pur vero che una legge federale anteriore adottata per proteggere gli uccelli migratori era stata ritenuta contraria alla Costituzione in quanto interferiva sui poteri riservati agli Stati federali. Tuttavia, la Corte Suprema negò di essere vincolata da tali precedenti. Essa affermò infatti la specificità dei trattati internazionali conclusi “sotto l’autorità degli Stati Uniti”, mentre le leggi del Congresso sono emanate “in applicazione della Costituzione”. Sottolineando questo profilo, la Corte Suprema volle dimostrare l’origine specifica del “potere esterno” di cui fu investita la federazione americana prima della Costituzione del 1787, potere ereditato “direttamente” dalla Corona britannica (su questo punto la Corte fu criticata duramente e accusata di aver falsificato la realtà storica per giustificare questo suo ragionamento). La Corte Suprema, dopo aver affermato la specificità del “potere internazionale” della federazione, proseguì nel ragionamento ritenendo che i criteri di valutazione della costituzionalità dei trattati dovessero essere differenti da quelli di apprezzamento della costituzionalità delle leggi. “È certo” — argomentò la Corte Suprema — “che esistono degli ambiti della massima importanza per il benessere della Nazione che non possono essere messi in discussione da una legge del Congresso, ma potrebbero esserlo da un trattato seguito da una legge (d’applicazione)”. In breve, la Corte Suprema applicò la teoria dei “poteri impliciti” all’ambito internazionale: nei limiti della Costituzione del 1787, la federazione dispone del più ampio potere di conclusione dei trattati internazionali. Nel caso di specie, la Corte Suprema ritenne dunque che la protezione degli uccelli migratori costituiva “un interesse nazionale di primaria importanza o quasi”, il che giustificava un’azione internazionale concertata per il tramite di un trattato internazionale. A prescindere da quali fossero le argomentazioni utilizzate dalla Corte nel caso di specie, la sentenza *Missouri c. Olanda* costituisce un precedente ancor oggi vincolante. La lezione tratta da questo precedente è chiara: il Decimo emendamento della Costituzione del 1787 relativo alle competenze riservate agli Stati federati non costituisce un ostacolo insormontabile alla conclusione di un trattato internazionale da parte dello Stato federale.

<sup>(44)</sup> V. l’art. 2.II della legge messicana del 21 dicembre 1991, in *I.L.M.*, 1992, p. 390.

<sup>(45)</sup> 252 US 416.

**39. Struttura federale e applicazione dei trattati internazionali.** — La struttura federale di uno Stato è per sua natura atta a complicare l'applicazione dei trattati internazionali laddove l'attuazione concreta di questi dipenda da uno Stato federato.

Così, oggi, una delle più grandi difficoltà che l'OMC/WTO deve affrontare consiste proprio nell'applicazione uniforme delle sue norme da parte di tutti i suoi Membri ivi compresi gli Stati federali <sup>(46)</sup>.

D'altronde, al fine di garantire la protezione costituzionale delle competenze degli Stati federati, gli Stati federali inseriscono quasi sistematicamente nei trattati internazionali conclusi con Paesi terzi una clausola detta "federale". Questa clausola implica che il trattato in questione vincola solo la federazione.

**b) Il riparto delle competenze "internazionali" in seno agli organi federali: la sua incidenza sulla conclusione dei trattati**

**i. Il principio: la competenza congiunta del Presidente e del Senato**

**40. Il caso generale dei trattati.** — La Costituzione del 1787 prevede che gli Stati Uniti possano contrarre obblighi con una Potenza straniera solo mediante trattato internazionale. In materia, la competenza è ripartita tra il Presidente, che negozia, e il Senato, che approva a maggioranza qualificata di due terzi. L'articolo II, sezione 2, dispone in effetti che "il Presidente avrà il potere di concludere trattati con il parere e il consenso del Senato, posto che i due terzi dei senatori presenti l'approvino". Appare superfluo dire che questa approvazione senatoriale è spesso molto difficile da ottenere: si ricordi che gli Stati Uniti si trovarono nell'impossibilità di essere vincolati dal Trattato di Versailles e, tra le varie conseguenze, di far parte della Società delle Nazioni, visto che il presidente Wilson non fu in grado di ottenere l'accordo dei 2/3 dei senatori (mancava un voto per raggiungere la maggioranza richiesta). Inoltre, alcuni trattati internazionali di primaria importanza, negoziati e firmati dal Presidente, sono stati "uccisi sul nascere" dall'ostilità manifestata dal Senato, senza che fosse neppure necessario arrivare ad un voto formale: questa fu la sorte della Carta di L'Avana del 1948 che doveva dar vita all'Organizzazione Internazionale del Commercio (OIC) o, in tempi più recenti, gli accordi detti SALT II sulla limitazione degli armamenti strategici tra Stati Uniti e Russia o ancora nel 1999 il trattato sulla non proliferazione nucleare. Senonché, dal 1789 alla fine del 1986, il Senato ha approvato 1534 trattati, cioè più del 90 per cento di quelli che gli erano stati sottoposti; se da un lato l'organo respinse formalmente solo 20 trattati in mancanza del raggiungimento della maggioranza richiesta, dall'altro lato 157 non poterono entrare in vigore in ragione dell'opposizione manifestata dalla Camera o degli emendamenti che questa ha apportato <sup>(47)</sup>.

**41. Il caso specifico dei trattati commerciali.** — Inoltre, nell'ambito particolare del commercio internazionale, così importante ai nostri giorni, la Costituzione attribuisce, espressamente, competenza al Congresso (art. I, par. 8, comma 3), senza neppure fare allusione al ruolo del Presidente, che, nondimeno, è investito dell'autorità generale di negoziare i trattati

<sup>(46)</sup> Cfr. D. CARREAU, *Encyclopédie de Droit International*, Dalloz, v. "Système commercial multilatéral" — volet institutionnel — n. 58 ss. e per le difficoltà provocate da una legge del Massachusetts che intendeva sanzionare il Myanmar tramite le imprese operanti in quel Paese, si veda la sentenza citata precedentemente della Corte Suprema *Crosby c. National Foreign Trade Council* del 14 giugno 2000, 120 s.ct. 2288.

<sup>(47)</sup> Cong. Record, Senate, 29 aprile 1987, pp. 5688-5693.

internazionali in nome degli Stati Uniti. Da qui emerge un potenziale conflitto costituzionale che non ha mai smesso di persistere e che non è mai stato risolto in maniera soddisfacente <sup>(48)</sup>.

**42. Un sempre più importante ruolo del Presidente.** — In pratica, i poteri del Presidente in materia di politica estera si sono accresciuti nel tempo, accompagnati spesso dall'accordo del Congresso e dalla benedizione della Corte Suprema.

*ii. L'accrescimento dei poteri presidenziali: la consacrazione degli executive agreements*

**43. Legalizzazione da parte della Corte Suprema.** — Di fronte alla difficoltà di concludere un trattato internazionale secondo la procedura espressamente prevista dalla Costituzione, l'Esecutivo statunitense è spesso ricorso alla prassi degli "accordi in forma semplificata" o "executive agreements". In tale ipotesi, l'accordo vincola gli Stati Uniti dal momento della firma del Presidente (o dei suoi rappresentanti). La Corte ha "legalizzato" questa prassi tramite due importanti sentenze <sup>(49)</sup> e tali "executive agreements" possono essere adottati in cinque ipotesi differenti di cui si dirà d'appresso.

**44. Primo caso: applicazione di un trattato anteriore.** — In primo luogo, gli *executive agreements* possono essere conclusi solo dal Presidente, in applicazione di un trattato internazionale anteriore approvato dal Senato a maggioranza di due terzi <sup>(50)</sup>.

**45. Secondo caso: delega di poteri da parte del Congresso.** — Inoltre, gli *executive agreements* possono essere conclusi dal solo Presidente a seguito di delega da parte del Congresso. Si tratta di un'ipotesi frequente in materia economica e commerciale, a seguito del *Reciprocal Trade Agreements Act* nel 1934, più volte rinnovato da allora. In tal caso, la competenza del Presidente è vincolata, nella misura in cui questi deve rispettare i limiti e i principi definiti dal Congresso (e non dal solo Senato).

**46. Terzo caso: approvazione ex post del Congresso.** — Gli *executive agreements* possono essere conclusi solo dal Presidente, ma su riserva di successiva approvazione da parte delle due Camere del Congresso le quali si esprimono a maggioranza semplice (il che è più agevole da ottenere rispetto al voto favorevole dei due terzi dei senatori). Fu in questo modo ad esempio che gli Stati Uniti approvarono gli "Accordi di Bretton Woods" del 1944 relativi al FMI <sup>(51)</sup> o i risultati del "Tokyo Round" in materia non tariffaria <sup>(52)</sup>.

**47. Quarto caso: autorità del Presidente.** — Gli *executive agreements* possono poi essere conclusi dal solo Presidente quando agisce in quanto Comandante in capo delle forze armate o in quanto capo dell'Esecutivo possedendo, a tale titolo, una competenza estera inerente alla propria funzione. La Corte Suprema ha riconosciuto tali poteri al Presidente in applicazione della dottrina dei "poteri impliciti", dottrina che ha molto influenzato tanto la giurisprudenza della CIG quanto quella della CGUE.

La Corte Suprema è pervenuta a tale risultato nel caso *US c. Curtiss Wright Export Corp.* <sup>(53)</sup>. Nel caso di specie, la Corte espresse il principio in virtù del quale "il solo Presidente ha il potere di parlare... in quanto rappresentante della Nazione".

<sup>(48)</sup> D. CARREAU, *Le Président, le Congrès des Etats-Unis et le commerce international: l'exemple d'un conflit constitutionnel mal résolu*, in *Mélanges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 497.

<sup>(49)</sup> *U.S. v. Belmont* 301 U.S. 324, (1937), in *Clunet*, 1938, p. 453 e 569 e *U.S. c. Pink* 315 U.S. 203, (1942), in *Clunet*, 1940-1945, p. 75.

<sup>(50)</sup> La Corte Suprema lo ha ammesso nel caso *Wilson c. Girard*, 354 US 524 (1957).

<sup>(51)</sup> *Bretton-Woods Agreements Act of 1945*, 22 U.S.C., § 286-288.

<sup>(52)</sup> *U.S. Trade Agreements Act of 1979*, in *ILM*, 1979, p. 1256.

<sup>(53)</sup> 299 US 304 (1936).



A titolo d'esempio, si può citare il celebre accordo del 1940 tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, in base al quale il Presidente americano metteva a disposizione dell'Inghilterra un certo numero di navi da guerra in cambio dell'utilizzo di alcune basi navali inglesi (*Destroyer-Naval Bases arrangement*) <sup>(54)</sup> o ancora il GATT firmato il 31 ottobre 1947.

**48. Quinto caso: poteri del Presidente rinforzati da una delega del Congresso.** — In quinto luogo, gli *executive agreements* possono essere conclusi dal Presidente, sia in base ai propri poteri, sia su delega del Congresso. Fu così che la Corte Suprema riconobbe che il Presidente avrebbe potuto, con trattato internazionale, legittimamente privare di ogni via di ricorso ai tribunali americani i cittadini degli Stati Uniti che avessero subito danni finanziari in ragione degli atti del regime rivoluzionario iraniano; ciò in quanto tali controversie dovevano essere decise da un tribunale arbitrale internazionale specialmente costituito a questo scopo <sup>(55)</sup>.

**49. Un numero crescente.** — Gli *executive agreements* furono ampiamente utilizzati dopo la fine della seconda guerra mondiale. Sono stati — per la verità — molto più numerosi dei trattati internazionali “solenni” previsti dalla Costituzione del 1787: così, ad esempio, tra il 1940 ed il 1989, sono stati conclusi 759 “trattati” a fronte di 13061 *executive agreements*: questi ultimi rappresentano, dunque, circa il 90% degli accordi degli Stati Uniti <sup>(56)</sup>.

**50. Sforzi di controllo da parte del Senato.** — Di fronte a tale evoluzione, il Senato cominciò a dubitare di tale prassi in quanto comportava uno svuotamento delle proprie competenze costituzionali in materia di politica estera. Così, alcuni senatori tentarono, negli anni '50, di sindacare l'attività presidenziale. Il senatore Bricker propose, sotto varie forme, un emendamento costituzionale in base al quale gli *executive agreements* del Presidente avrebbero dovuto ricevere approvazione da parte del Senato. Il Senatore Knowland propose un altro emendamento nel 1956 (il *George Amendment*) secondo il quale nessun accordo internazionale, diverso da un trattato in buona e dovuta forma, poteva avere forza di legge negli Stati Uniti senza essere stato espressamente approvato da una legge del Congresso. Questi due tentativi fallirono ma per un soffio: in entrambi i casi infatti venne a mancare un solo voto che avrebbe consentito a questi emendamenti di essere successivamente sottoposti agli Stati federati ai fini della ratifica costituzionale.

Nel 1972, tuttavia, adottando il *Case Act* <sup>(57)</sup>, il Congresso riuscì ad imporre una forma di controllo parlamentare all'attività del Presidente in materia internazionale, là dove egli intenda impegnare gli Stati Uniti in una maniera diversa rispetto ad un trattato internazionale: il Presidente deve “notificare” al Congresso, per informazione, tutti gli *executive agreements* conclusi con delle potenze straniere.

**51. Un rango inferiore in diritto interno.** — Ciò non significa, tuttavia, che *treaties* ed *executive agreements* siano due tecniche intercambiabili atte ad impegnare gli Stati Uniti sul piano internazionale. In effetti, l'*executive agreement* concluso dal Presidente

---

<sup>(54)</sup> “His Majesty’s Government will make available to the United States for immediate establishment and use naval and air bases and facilities for entrance thereto and the operation and protection thereof, on the eastern side of the Bahamas, the southern coast of Jamaica, the western coast of St. Lucia, the west coast of Trinidad in the Gulf of Paria, in the island of Antigua and in British Guiana within fifty miles of Georgetown, in exchange for naval and military equipment and material which the United States Government will transfer to His Majesty’s Government”. <http://www.history.navy.mil/faqs/faq59-24.htm>.

<sup>(55)</sup> *Dames & Moore v. Regan*, 435 US 654 (1981), v. il testo in *ILM*, 1981, p. 897 e per un commento, *The Geo. Wash. J. Int’L. & Econ.*, 1982, p. 401.

<sup>(56)</sup> M. J. GARCIA, *International Law and Agreements: Their Effect Upon U.S. Law*, CRS Report for Congress, 2013, p. 3.

<sup>(57)</sup> 86 Stat. 619.

senza l'approvazione del Congresso presenta due punti di debolezza rispetto al trattato. Da un lato, un tale accordo non può modificare una legge federale preesistente e non ha che un'autorità superiore al diritto degli Stati federati. D'altro lato, l'*executive agreement* impegna solo gli Stati Uniti in quanto tali e non può produrre direttamente diritti e obblighi in capo ai singoli (assenza dunque del carattere *self-executing*).

## § 2. — Il procedimento internazionale

**Bibliografia sommaria:** BALLADORE PALLIERI, "La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine", in *RCADI*, 1949-I, v. 74, p. 469 ss.; United Nations, *Laws and Practices Concerning the Conclusion of Treaties*, 1953; S. ROSENNE, "UN Treaty Practice", in *RCADI*, 1954, v. 86, p. 281 ss.; A. PLANTEY, *La négociation internationale*, Paris, CNRS, 1994; G. MASTROJENI, *Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Padova, Cedam, 2000; R. SABEL, *Procedures at International Conferences*, 2<sup>a</sup> ed., Cambridge, CUP, 2006; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3<sup>a</sup> ed., Cambridge, CUP, 2013.

**52. Libertà di scelta dei modi di stipulazione dei trattati.** — Il diritto internazionale non prescrive particolari procedimenti per la formazione e la conclusione di trattati internazionali. Il diritto internazionale è poco formalista e lascia la più ampia scelta agli Stati circa le modalità di conclusione di un trattato (art. 2, CVT).

Tuttavia, nella prassi internazionale si individuano cinque fasi fondamentali nel procedimento internazionale di formazione dei trattati che esamineremo qui di seguito.

Va notato, altresì, che per i trattati multilaterali si sono affermate alcune regole generali relative al ruolo del "depositario" il quale avrà — *mutatis mutandis* — il ruolo di un "notaio" dell'ordinamento interno.

### 1. — Il negoziato

**53. Negoziazione di un trattato e pieni poteri.** — *Il negoziato è la fase in cui si svolgono le trattative (o negoziazioni) e, se queste riescono, si procede alla redazione del testo dell'accordo, che contiene le norme del trattato.* Per contro, il negoziato in sé non crea particolari vincoli giuridici nel senso che le trattative per la conclusione di un trattato non comportano alcun obbligo di concludere quell'accordo.

Le negoziazioni (*Negotiations*) avvengono tramite delegati (plenipotenziari) designati a tale scopo e possono svolgersi attraverso delle riunioni bilaterali o multilaterali. Quest'ultimo caso è il più frequente grazie alle tradizionali conferenze internazionali o in seno alle organizzazioni intergovernative<sup>(58)</sup>. La finalità di ogni negoziazione è quella di pervenire ad un testo che possa ottenere il consenso dei partecipanti. Detto testo può risultare da trattative dirette tra le Parti (organi centrali, plenipotenziari o canale diplomatico); ad opera di una conferenza internazionale; o ancora per opera di un'organizzazione internazionale.

Non sempre l'intera negoziazione avviene tramite i medesimi organi o addirittura le medesime persone. Spesso, l'iniziativa viene presa da un Capo di Stato o da un Ministro degli esteri o ancora dal Capo di una missione diplomatica (o dal Rappre-

<sup>(58)</sup> Se il trattato viene negoziato in una conferenza internazionale o in seno ad una OIG, viene talvolta istituita una apposita *commissione* per la verifica di tali poteri. Non vanno però confusi i *pieni poteri* con le *istruzioni*, di regola confidenziali, che ogni governo dà ai propri rappresentanti circa il modo di condurre le negoziazioni ed i risultati da conseguire.

sentante Permanente presso una OIG), ma una volta intavolate le trattative, queste vengono proseguite da altri organi muniti di appositi poteri (i “*plenipotenziari*”) anche con l’ausilio di esperti tecnici.

Ai sensi dell’art. 7 della CVT, “[s]ono considerati rappresentanti dello Stato in virtù delle loro funzioni e senza essere tenuti ad esibire pieni poteri: i Capi di Stato, i Capi di governo e i Ministri degli affari esteri, per tutti gli atti relativi alla conclusione di un trattato; i capi di missione diplomatica, per l’adozione del testo di un trattato fra lo Stato accreditante e lo Stato accreditatario; i rappresentanti degli Stati accreditati a una conferenza internazionale o presso una organizzazione internazionale o uno dei suoi organi, per l’adozione del testo di un trattato in quella conferenza, organizzazione o organo”.

Una tipica formalità preliminare alla condotta delle trattative da parte dei plenipotenziari è, appunto, la *verifica dei pieni poteri* (*Full powers*) onde accertare il mandato ricevuto dai negoziatori. Occorre, infatti, verificare l’estensione dei poteri di ciascun plenipotenziario: se sia abilitato a condurre solo i negoziati oppure anche a firmare il testo che ne risulta, o addirittura se possa impegnare con la sua firma lo Stato che rappresenta.

Non bisogna confondere la lettera di pieni poteri con le specifiche *istruzioni* che vengono affidate personalmente al plenipotenziario e che riguardano come condurre i negoziati <sup>(59)</sup>.

**54. Negoziazione all’interno di una conferenza intergovernativa e di una OIG.** — Se si tratta di stipulare un trattato multilaterale, la negoziazione avviene quasi sempre attraverso una *Conferenza intergovernativa* (CIG) convocata a tale scopo (così, ad es., accade nella UE quando occorrono modifiche dei trattati istitutivi). A tale scopo, viene predisposto un *regolamento* per disciplinare i lavori della conferenza e le regole di voto per le singole clausole.

Altre volte, se il testo di un trattato viene dapprima **negoziato in seno ad un organo di una OIG**, come ad es. l’Assemblea Generale ONU, e poi viene incorporato in una *risoluzione* dell’organo tramite la quale si offre siffatto accordo alla firma degli Stati. Qui, il regolamento di procedura è quello dell’organo nel cui ambito la negoziazione si svolge <sup>(60)</sup>.

**55. Lingue di redazione del trattato.** — La scelta della (o delle) *lingue* nelle quali sarà redatto il testo del trattato può costituire un problema tecnico particolarmente delicato. È evidentemente più semplice utilizzarne una sola: così, fino all’inizio del XX secolo, prima il *latino* e poi il *francese* vennero utilizzati come “lingua della diplomazia”; attualmente, l’inglese tende ad assumere il ruolo di “lingua franca” delle relazioni internazionali. Tuttavia, per un trattato multilaterale concluso sotto gli auspici dell’ONU, le versioni secondo le cinque lingue ufficiali (inglese, cinese, spagnolo, francese e russo secondo l’art. 3 della Carta) fanno ugualmente fede; è allora opportuno fare in modo che le diverse versioni coincidano e non conducano ad interpretazioni divergenti. Si può citare a tale riguardo l’esempio della Ris. del Consiglio di Sicurezza ONU n. 242 del novembre 1967 sulle condizioni di pace in Medio Oriente: la risoluzione, nella versione inglese, disponeva che Israele dovesse

<sup>(59)</sup> Per tali ragioni, le istruzioni spesso sono segrete e possono anche mutare durante i negoziati.

<sup>(60)</sup> In argomento cfr. R. SABEL, *Procedure at International Conferences*, 2 ed., Cambridge, CUP, 2006.

procedere al “withdrawal from occupied territories” ed è stata invocata da chi riteneva che il ritiro non riguardasse necessariamente *tutti* i territori occupati, ma solamente *alcuni* di questi; al contrario, la versione francese non si prestava a tali equivoci nella misura in cui parla di “retrait des territoires occupés” ed è stata invocata da chi sosteneva che Israele dovesse, in base a questa risoluzione, ritirare le sue truppe da “tutti” i territori arabi occupati e non solamente da alcuni di questi.

**56. Adozione del trattato.** La negoziazione del trattato, ove riesca, porta alla redazione del testo finale dell’accordo raggiunto, il quale può anche essere costituito da *diversi strumenti*. Se, ad es., si è avuta una conferenza intergovernativa che ha portato alla redazione di vari strumenti, questi vengono incorporati in un **Atto finale** <sup>(61)</sup>, oppure sono elencati nel trattato ed allegati al medesimo.

Un esempio particolarmente rilevante è quello dell’*Atto finale di Marrakech* del 1994 che comprende un vasto elenco di accordi multilaterali e plurilaterali, nonché decisioni e dichiarazioni dei Ministri che precisano le norme di determinati accordi e che sono il risultato dell’Uruguay Round. Qui, gli accordi commerciali multilaterali e gli strumenti giuridici ad essi attinenti sono vincolanti per tutti i membri dell’OMC/WTO eccetto gli accordi plurilaterali <sup>(62)</sup>.

*La fase delle negoziazioni può durare anche molti mesi, addirittura diversi anni* (v. ad es. la UNCLLOS che è stata conclusa dopo quasi *dieci anni* di negoziati, dal 1973 al 1982)

Al termine delle trattative si ha l’**adozione** (*Adoption*) del testo del trattato che, ai sensi dell’art. 9, par. 1, della CVT, richiede il consenso di tutti gli Stati che hanno partecipato al negoziato ovvero, se questi così dispongono, il voto a maggioranza di due terzi (art. 9, par. 2). Con l’adozione del trattato — sono parole di TULLIO TREVES — “si conclude la fase preparatoria di formazione del trattato. Essa apre la strada alla ulteriore fase consistente nella stipulazione del trattato, e cioè nella manifestazione del consenso degli Stati ad assumere come vincolante, ciascuno rispetto agli altri, la regolamentazione convenzionale incorporata nel testo previamente predisposto” <sup>(63)</sup>.

<sup>(61)</sup> In [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm).

<sup>(62)</sup> In argomento cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell’Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, nonché D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6 ed., cit., p. 83 ss. Osserva L. FERRARI BRAVO (*Lezioni di diritto internazionale*, 3 ed., cit., p. 293) che “[q]uando un accordo è negoziato in seno ad una Conferenza internazionale, la funzione di autenticazione del suo testo è svolta dall’Atto finale della Conferenza che, oltre ad incorporare il testo dell’accordo, contiene anche la cronologia della Conferenza stessa, i dati relativi alle persone (o agli Stati) cui nel corso della stessa sono state attribuite funzioni connesse allo svolgimento della Conferenza, l’indicazione dei luoghi di riunione della Conferenza etc. L’Atto finale può essere firmato solo dal Presidente e dal Segretario della Conferenza o, anche, secondo i casi, dai plenipotenziari degli Stati (o altre entità) che hanno partecipato alla Conferenza. In ogni caso la firma dell’Atto finale (che può essere rifiutata) non equivale alla firma dell’accordo ivi incorporato e non produce perciò gli obblighi di astensione, pendente l’entrata in vigore dell’accordo, da comportamenti incompatibili con l’accordo, cui si riferisce l’art. 18 della CVT. A questo riguardo è importante notare che spesso le Conferenze internazionali adottano, oltre al testo dello (o degli) accordi per la cui negoziazione sono state convocate, anche delle *risoluzioni*, normalmente non vincolanti, ma che possono avere vasta portata politica e anche giuridica, come è per es. il caso della risoluzione I adottata dalla III Conferenza delle NU sul diritto del mare con la quale è stata istituita la Commissione Preparatoria che dovrà provvedere ad organizzare e mettere in funzione l’Autorità internazionale dei Fondi marini” previsti dalla UNCLLOS agli art. 156 ss. e Allegato VI.

<sup>(63)</sup> V. spec. T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 325 s. Cfr. MASTROJENI, *Il negoziato...*, cit., p. 56: “Per adozione del testo si intende pertanto l’atto con cui le delegazioni che hanno partecipato ai negoziati concordano di sottoporre ai rispettivi Governi il testo di accordo cui sono pervenute per la successiva

## 2. — La firma

**57. Potere di firma.** — Una volta conclusa la fase di negoziazione, il trattato viene “parafato” dai plenipotenziari. La *parafatura* (*initialling*) consiste nell’apposizione delle *sole iniziali* di ciascun negoziatore (e non della firma per intero) su ogni pagina del trattato e nella redazione di un processo verbale di chiusura del negoziato.

In linea di principio, la parafatura resta un atto intermedio a cui deve fare seguito la firma vera e propria salvo che le Parti non abbiano diversamente convenuto (art. 10, lett. *b*, e art. 12, par. 2, lett. *a* della CVT). A tale fase, segue, *in un momento successivo* la firma del trattato, nell’ambito ad es. di una cerimonia solenne. A questo punto, viene materialmente apposta la firma (*signing*) al testo del trattato da parte dei negoziatori se ne hanno i poteri. Altrimenti, spetta, *in primis*, al Capo dello Stato, il Capo del Governo od al Ministro degli affari esteri in conformità all’art. 7 della CVT <sup>(64)</sup>.

Talvolta, in occasione dell’adozione del testo definitivo del trattato, i negoziatori **firmano *ad referendum*** ossia con “riserva di ratifica”. Nella prassi, ciò accade se il negoziatore sia in dubbio se la firma del trattato rientri nei suoi “pieni” poteri (ed allora attenderà le istruzioni dal proprio Stato).

Si tratta di un impegno che rileva più su un piano politico che giuridico: a titolo di esempio, è possibile citare il trattato SALT II — *Strategic Arms Limitation Talks* — del 1979 firmato dal Presidente degli Stati Uniti, ma mai ratificato dal Senato, e il cui contenuto fu considerato come obbligatorio — e rispettato — dagli Stati Uniti e dall’Unione sovietica <sup>(65)</sup>.

**58. Effetto di *crystallizzazione* e di *autenticazione del testo*.** — Una volta parafato e firmato, l’accordo diventa *definitivo* (*ne varietur*) e quindi non può più essere modificato unilateralmente, pena la riapertura dei negoziati. La firma ha dunque anche la funzione di *autenticare* il testo (art. 10, CVT).

**59. Efficacia vincolante per lo Stato.** — La *conclusione* di un trattato è la fase che segue la negoziazione nei processi di formazione dell’accordo che abbiamo esaminato. Esistono, però due modi di conclusione di un trattato: la *forma semplificata* e il *procedimento di conclusione in forma solenne* mediante ratifica.

- Nel primo caso, la *firma* del trattato (senza ulteriori formalità) impegna in modo definitivo lo Stato. Non serve la ratifica. Pertanto, *solo se il trattato dispone in tal senso, le Parti firmatarie restano vincolate tramite la loro firma*. La firma per conclusione può essere apposta da organi apicali dello Stato (art. 7 della CVT) o anche, per determinati accordi, da Autorità militari. Di solito, la firma per conclusione

---

definitiva espressione del consenso a vincolarsi mediante la firma o, se del caso, mediante la ratifica. Pertanto, l’adozione del testo non comporta ancora l’insorgere di un vincolo obbligatorio e rappresenta piuttosto la certificazione del risultato del lavoro delle delegazioni, raggiunto in seguito ai contatti pre-negoziati ed ai negoziati veri e propri”.

<sup>(64)</sup> Osserva MASTROJENI (*Il negoziato...*, cit., p. 60) che “[t]ale istituto, assai raro nella pratica recente...risale ai tempi in cui il contatto diretto fra il plenipotenziario ed il suo Sovrano era difficile ed i corrieri diplomatici giungevano dopo viaggi spesso lunghi e pericolosi. Poteva capitare allora che il plenipotenziario non si considerasse autorizzato ad autenticare il testo prima di una preventiva approvazione che avrebbe tardato a giungere; l’espedito della firma ad referendum — ovvero sottoposta a condizione — consentiva allora di ultimare il processo di redazione”.

<sup>(65)</sup> *International Herald Tribune*, 3 giugno 1986.

viene apposta dagli stessi organi che hanno effettuato la negoziazione: vale, dunque, sia come “cristallizzazione” ed autenticazione del testo, sia come espressione della definitiva volontà dello Stato ad eseguire il trattato. Tale trattato sarà allora un “accordo in forma semplificata” o “*executive agreement*” (tale fu il caso, ad esempio, del GATT, che è entrato in vigore per le Parti contraenti il 1° gennaio 1948, due mesi dopo la firma avvenuta il 31 ottobre 1947).

• *In tutti gli altri casi — la maggioranza — la firma non costituisce che una fase intermedia nel procedimento internazionale di conclusione di un trattato*: lo Stato sarà definitivamente vincolato solo dopo aver adempiuto ad un’altra formalità solenne (*ratifica, accettazione o approvazione*) che, in pratica, implica il coinvolgimento del legislatore nazionale.

**60. Obblighi di comportamento per lo Stato firmatario.** — Secondo l’art. 18 della CVT, uno Stato firmatario non deve “privare il trattato del suo oggetto e del suo scopo prima della sua entrata in vigore”. Si tratta di un obbligo di “buona fede” che deve presiedere le relazioni tra gli Stati<sup>(66)</sup> che si concretizza nell’astensione da qualsiasi comportamento suscettibile di privare il trattato della sua utilità.

Così, **ad esempio**, gli Accordi di Camp David del settembre 1978 tra Egitto e Israele prevedevano, *inter alia*, la restituzione di una parte del Sinai all’Egitto a titolo “preventivo”, il ché significava prima della ratifica e dell’entrata in vigore di quel trattato. Se, in tale intervallo, Israele avesse esaurito, o incendiato, o reso inutilizzabili i giacimenti petroliferi presenti sui territori restituiti all’Egitto, si sarebbe verificata una violazione da parte di Israele dei propri obblighi internazionali.

**61. Procedura interna di ratifica.** — *La firma comporta altresì un obbligo internazionale di buona fede di sottoporre il trattato all’esame delle autorità costituzionalmente competenti di ciascuno Stato ai fini della ratifica o dell’approvazione. Non esiste però alcun obbligo di risultato, ossia l’obbligo per uno Stato di procedere alla ratifica di un trattato precedentemente firmato*<sup>(67)</sup>. Pertanto, il potere esecutivo dello Stato, in quanto gestore delle relazioni internazionali, dovrà quantomeno sottoporre l’accordo all’esame del potere legislativo. Anche in questo caso si tratta di un obbligo di comportamento fondato sul principio della “buona fede”, soprattutto se lo Stato in questione ha partecipato ai negoziati di un trattato.

### 3. — La ratifica, l’approvazione o l’accettazione

**62. Un “second look” al trattato.** — La CVT (art. 2, par. 1, lett. *b*; art. 14, par. 1, ed art. 16) utilizza indifferentemente le tre espressioni *ratifica, approvazione, accettazione* (*Ratification, Approval, Acceptance*), ritenendole equivalenti. Il diritto interna-

<sup>(66)</sup> V. PH. CAHIER, *L’obligation de ne pas priver un traité de son objet ou de son but avant son entrée en vigueur*, in *Mélanges Dehousse*, Paris, F. Nathan, 1978, vol. I, p. 31.

<sup>(67)</sup> In passato, come si è avvertito sopra, la *ratifica* si ricollegava ai poteri del Sovrano. Solo il Sovrano poteva concludere i trattati (che erano accordi tra Sovrani), sia secondo il diritto internazionale, sia secondo il diritto interno. Esigenze di ordine pratico, ad es. la difficoltà degli spostamenti, richiesero ai Sovrani di servirsi di mandatari personali: questi erano, in origine, i *plenipotenziari*. Il plenipotenziario era dunque un *alter ego* del Sovrano ed agiva in base ad un preciso rapporto di mandato (ecco i “pieni poteri”). La ratifica era dunque la conferma del sovrano, la convalida degli atti del plenipotenziario con efficacia retroattiva. Poiché i trattati erano bilaterali il meccanismo funzionò in modo efficace per secoli.

zionale non impone alcuna modalità particolare in materia lasciando che se ne occupino gli ordinamenti giuridici interni, nella maggior parte dei casi, tramite apposite norme della Costituzione nazionale.

La ragione è semplice: si tratta di permettere allo Stato di procedere ad un nuovo esame del trattato internazionale. Sottoponendolo a controllo parlamentare, il Governo può anche soddisfare le esigenze di informazione della propria opinione pubblica. Potrà, così, evitare di assumere obblighi sul piano internazionale se i parlamentari ritengono che gli obblighi previsti siano inaccettabili in quanto troppo gravosi — fu così **ad esempio** che gli Stati Uniti si rifiutarono di ratificare il trattato di Versailles nel 1919 e la Francia rifiutò di ratificare nel 1954 il trattato relativo alla Comunità europea di difesa.

#### **i. Il diritto internazionale non impone alcun obbligo di ratifica**

**63. Ratifica di uno Stato ed assenza di coincidenza tra Stati firmatari e Stati ratificanti.** — La CPGI nella sentenza del 10 settembre 1929, relativa alla *giurisdizione territoriale della Commissione internazionale dell'Oder* ha chiaramente indicato che, salvo clausola espressa contraria, “le convenzioni internazionali, salvo qualche eccezione particolare, non diventano obbligatorie che in virtù della loro ratifica” <sup>(68)</sup>.

Pertanto, esaminando lo stato delle ratifiche di qualunque trattato multilaterale si può facilmente constatare che *l'entrata in vigore internazionale* di un trattato multilaterale viene subordinato al *deposito di un certo numero di ratifiche*: si verifica uno “sfasamento” temporale tra gli Stati firmatari e quelli che, dopo la firma, procedono al deposito della ratifica.

#### **ii. Il diritto internazionale non impone alcun termine per la ratifica**

**64.** — Non è previsto alcun termine finale — salva diversa previsione nel testo del trattato — per procedere alla ratifica. Se il lasso di tempo deve essere in linea di principio “ragionevole”, ciò non esclude che possano trascorrere periodi lunghissimi tra la firma e la ratifica di un trattato (*c.d. ratifiche tardive*). Così, **ad es.**, la Francia ha ratificato, solo nel 1958, la Convenzione internazionale per la lotta contro la falsificazione delle monete del 20 aprile 1929. L'Italia l'aveva già ratificata il 27 dicembre 1935.

#### **iii. Il diritto internazionale non impone alcuna forma particolare per la ratifica**

**65.** — La *forma* della ratifica non è soggetta a regole particolari. L'applicazione delle norme internazionali all'interno di ciascuno Stato viene regolata da ciascun ordinamento giuridico interno (ciò che permette di comprendere le ragioni per cui la terminologia non risulta univoca, essendo i termini *ratifica*, *approvazione* e *accettazione* impiegati in modo intercambiabile). Il più delle volte, la **ratifica è espressa**: quando è stata compiuta a seguito di autorizzazione del Parlamento, lo Stato lo comunica ufficialmente alle altre Parti contraenti attraverso una notifica speciale (scambio degli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione). Tale formalità costituisce la prova che la procedura interna richiesta è stata seguita, che il trattato in

<sup>(68)</sup> Ser. A, n. 23, p. 20.

questione è, da questo punto di vista, “perfetto” e che lo Stato è, quindi, definitivamente vincolato. Eccezionalmente, tale formalità può essere *tacita* e risultare mediante fatti concludenti, ossia dalla semplice esecuzione del trattato da una delle Parti contraenti.

#### **iv. Il diritto internazionale fa discendere effetti giuridici dalla ratifica**

**66. Deposito della ratifica.** — Se la ratifica è la manifestazione di volontà di uno Stato di concludere un trattato, deve essere *comunicata* alle altre Parti <sup>(69)</sup>. Lo Stato è dunque definitivamente obbligato, sul piano internazionale, dal momento (o dopo tot giorni indicati nel trattato) del *deposito* (*Deposition*) del suo strumento di ratifica (o della sua notifica) presso il Governo “depositario” o l’istituzione che ricopre questa funzione (ad es. il Segretariato Generale delle Nazioni Unite) per le convenzioni concluse sotto gli auspici di una OIG. Il diritto internazionale, insomma, usa l’espressione ratifica (o equivalente) per indicare l’atto unilaterale internazionale con cui uno Stato si obbliga a rispettare il testo di un trattato.

Anche qui, occorre fare attenzione: fino a quando la ratifica non è stata depositata, un trattato internazionalmente in vigore, non entra in vigore per quello Stato. Così, l’Italia ha ratificato la Convenzione di Amburgo sul trasporto marittimo di merci del 1978 ma quella convenzione non è mai entrata in vigore per l’Italia in quanto il Governo non ha mai depositato lo strumento di ratifica. La Francia, invece, ha firmato la Convenzione ma non l’ha ratificata.

**67. Impossibilità di ratifica parziale o condizionata.** — Lo Stato è vincolato dal testo del trattato **nella sua interezza**, quindi non può procedere ad una ratifica parziale o condizionata, in quanto ciò sarebbe contrario alla natura definitiva tanto del testo del trattato, una volta firmato, quanto dell’impegno assunto dallo Stato. La questione è diversa in caso di *riserve ammesse ed ammissibili* previste nel corpo del trattato. A differenza della *riserva*, infatti, la *ratifica* condizionata o parziale deve essere intesa come un rifiuto di ratificare accompagnato da una nuova offerta di negoziazioni.

#### **v. Il diritto internazionale non prevede sanzioni per lo Stato che si rifiuta di ratificare un trattato**

**68.** — In base al diritto internazionale generale, uno Stato non è tenuto a ratificare un trattato anche se i suoi negoziatori ne abbiano firmato il testo o abbiano promosso la sua adozione.

Questa soluzione discende dal carattere non obbligatorio e puramente discrezionale della ratifica. Ciò significa che il rifiuto di ratifica è lecito in diritto internazionale e lo Stato che ha rifiutato non è responsabile sul piano internazionale.

#### **vi. Una questione controversa**

**69.** — Esiste una sanzione prevista dal diritto internazionale nel caso in cui l’autorità nazionale costituzionalmente competente (di regola il Capo dello Stato) non

---

<sup>(69)</sup> In caso di *trattato bilaterale*, come si è detto, basta lo *scambio delle ratifiche* che consiste nella consegna che gli organi dei due Stati si fanno reciprocamente e contemporaneamente degli strumenti di ratifica dei rispettivi Stati. Lo scambio viene attestato da apposito processo verbale.



ratifichi un trattato e ciò anche qualora il Parlamento abbia dato ufficialmente la sua autorizzazione alla ratifica?

Le opinioni sono diverse, ma ci sembra che a prevalere sia la risposta *negativa*. Lo Stato è definitivamente vincolato sul piano internazionale solo dal momento in cui le formalità richieste dal diritto interno siano state esaurite: se il Capo dello Stato — o l'autorità nazionale competente — non compie l'ultimo atto che rende il trattato “perfetto” e segna l'impegno definitivo dello Stato, il trattato in questione non entra in vigore per tale Paese. Siffatta ipotesi non fa sorgere la responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito, salvo casi evidenti di “mala fede”. I rimedi vanno cercati altrove, ossia nel diritto interno degli Stati: ad esempio, la responsabilità politica del Governo che non ha dato seguito alla volontà espressa dal Parlamento <sup>(70)</sup>.

#### 4. — La partecipazione successiva: l'adesione

**70. La partecipazione ad un trattato altrui.** — Talvolta, per lo Stato non firmatario di un trattato, esiste la possibilità di divenirne successivamente “Parte contraente”. Si parla in tal caso di adesione (*Accession*) per indicare che uno Stato aderisce ad un trattato che è già stato concluso da altri Stati.

In quest'ambito regna ancora una grande flessibilità. Esiste, tuttavia, un principio fondamentale: *nessuno Stato ha il diritto di divenire Parte contraente di un trattato concluso tra due o più Stati terzi*. La sua partecipazione dipende esclusivamente dalla volontà delle Parti contraenti originarie come espressa nel testo del trattato.

Stando così le cose, è possibile distinguere diverse categorie di trattati <sup>(71)</sup>. Alcuni trattati sono “*chiusi*” e pertanto non sono *aperti* alla partecipazione di Stati terzi, diversi dagli originari Stati contraenti, e in questo senso ci si avvicina al modello dei contratti conclusi *intuitu personae* (tale è il caso della maggior parte dei trattati bilaterali o di quelli che trattano questioni squisitamente politiche: trattati di alleanza, pace, difesa, militari...). Altri trattati sono “*semiaperti*”, nel senso che possono accedervi solamente gli Stati che rispondono a certe caratteristiche precise (tale è il caso dei trattati regionali, che sono aperti ai soli Stati della “regione” considerata: così la partecipazione all'UE è riservata ai soli Stati “europei”). Altri, infine, sono di tipo pienamente “*aperto*” e tutti gli Stati possono accedervi (tale è il caso dei trattati che hanno una portata “universale” e che sono aperti a tutti gli Stati al mondo desiderosi di rispettarli. Ad esempio le convenzioni elaborate sotto gli auspici dell'ONU).

**71. Adesione ed ammissione** (in inglese *accession*). — Per concludere, è opportuno segnalare il caso particolare degli Stati desiderosi di accedere ad un trattato costitutivo di un'OIG. Si usano qui i termini tecnici equivalenti di *adesione* o *ammissione*.

L'adesione è un procedimento che presuppone il consenso degli Stati che hanno già concluso un trattato multilaterale: si tratta, infatti, di un rapporto giuridico che si instaura tra gli Stati che sono già parti al trattato e lo *Stato aderente*. Per effetto dell'adesione, uno Stato diviene Parte dell'accordo originario dal momento in cui la sua domanda di adesione è stata accettata dagli altri Stati in conformità alle disposizioni del trattato. In tal senso occorre interpretare l'art. 15 della CVT che recita:

<sup>(70)</sup> G. DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure des Etats*, Paris, Economica, 1983, p. 31 ss.; RONZITTI, 7 ed., cit., p. 262 ss. ove riferimenti.

<sup>(71)</sup> I. LUKASHUK, “Parties to treaties: the right of participation” in in *RCADI*, 1972, vol. 135, p. 231.

“Il consenso di uno Stato ad essere obbligato da un trattato si esprime per adesione: quando il trattato prevede che tale consenso possa essere espresso dallo Stato per via di adesione; — quando risulta altrimenti che gli Stati che hanno partecipato al negoziato avevano concordato che tale consenso potesse esprimersi da parte dello Stato per via di adesione; oppure — quando tutte le parti hanno successivamente concordato che tale consenso potesse esprimersi da parte dello Stato per via di adesione”.

Si parla invece di *accessione* (in ingl. *accession*) quando uno Stato chiede di diventare Membro di una OIG preesistente. Qui, le parti sono, da un lato, l’ente-organizzazione intergovernativa (ad es. l’OMC/WTO) e, dall’altro lato, lo Stato candidato all’ammissione (è stato il caso, per quasi vent’anni, della Federazione Russa la quale, in epoca post-sovietica, ha chiesto di accedere al WTO divenendone il 156 Membro il 22 agosto 2012).

Pertanto, è necessario uno specifico procedimento di *ammissione* all’organizzazione internazionale, che si svolge secondo le norme del trattato istitutivo dell’ente e si conclude tramite *risoluzione* votata dai Paesi già membri dell’organizzazione. È come essere ammessi ad un “club”, ed anche nel caso dell’ONU (come per l’OMC/WTO), l’ammissione non è mai automatica ma risulta sempre condizionata al rispetto di determinati requisiti.

## 5. — L’entrata in vigore dei trattati

**72. Flessibilità del diritto internazionale e clausole finali del trattato.** — Rilevato che in materia di trattati regna la massima flessibilità, il diritto internazionale non impone nemmeno delle condizioni specifiche circa l’entrata in vigore di un trattato. Tutto dipende dalla sola volontà degli Stati contraenti, così com’è stata espressa nel trattato (artt. 24 e 25 CVT), di norma nelle “clausole finali”. Senonché, pur se “[l]’espressione ‘entrata in vigore’ designa il momento iniziale di operatività e di efficacia della regolamentazione incorporata nel testo del trattato” <sup>(72)</sup> va altresì osservato che, proprio perché regolano l’efficacia dell’intero strumento, *le clausole finali del trattato entrano in vigore immediatamente*.

### a) La libertà di scelta degli Stati contraenti

**73. Entrata in vigore internazionale di un trattato bilaterale.** — Le Parti contraenti possono stabilire un’entrata in vigore *provvisoria* o *definitiva* del trattato dal momento della firma o della sua entrata in vigore definitiva, una volta che certe formalità supplementari siano state adempiute (ratifica, approvazione, accettazione).

Nel silenzio delle Parti (e ciò si verifica raramente), la data di entrata in vigore del trattato (la *data critica*) è quella in cui è avvenuto lo scambio degli strumenti di ratifica: così ha affermato la CIG a proposito dell’accordo bilaterale nel caso della *sentenza arbitrare del Re di Spagna* che oppose il Nicaragua all’Honduras <sup>(73)</sup>.

Pertanto, in assenza di un diverso accordo delle Parti, un accordo bilaterale entra in vigore:

- dalla *firma*, se si tratta di un accordo in forma semplificata;

<sup>(72)</sup> TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 340.

<sup>(73)</sup> CIG, 18 novembre 1960, in *Rec.* 1960, p. 208.

- dalla *conferma di ricezione della seconda notifica* da parte dello Stato che per primo ha notificato, se il trattato prevede l'obbligo delle Parti di notificarsi reciprocamente l'avvenuta ratifica secondo i tempi di ciascuno;

- dalla *data dello scambio delle ratifiche* se tale è la modalità prescelta.

Va altresì considerato che “[l]o strumento di ratifica, nel nostro Paese, è un atto formale firmato dal Presidente della Repubblica e controfirmato dal Ministro degli Affari Esteri. La consegna alla controparte è compiuta normalmente nel corso di una cerimonia, di cui viene redatto un processo verbale. La prassi vuole che, se la firma di un accordo è avvenuta nel territorio di una delle Parti, lo scambio delle ratifiche avvenga nel territorio dell'altra Parte” (74).

**74. Entrata in vigore internazionale di un trattato multilaterale.** — La questione è senza dubbio più complessa per quanto concerne l'entrata in vigore di un trattato multilaterale. Qui, gli Stati cercano di assicurare, in primo luogo, la migliore “effettività” possibile alle norme pattizie: in tale fattispecie, essi decideranno che il trattato entrerà in vigore solo raggiunto un numero “sufficientemente rappresentativo” di Stati che hanno espresso il loro consenso definitivo ad essere vincolati.

Così, **ad esempio**, nella Carta delle Nazioni Unite si stabilisce la sua entrata in vigore al deposito della ratifica, sia dei cinque Membri permanenti, sia della maggioranza degli Stati firmatari. Tale è, d'altra parte, il caso dei trattati a carattere economico, per i quali è previsto che la loro entrata in vigore avvenga dopo l'approvazione definitiva da parte degli Stati “più importanti”: così gli accordi sui “prodotti di base” prevedono come condizione per la loro entrata in vigore la partecipazione dei maggiori Paesi importatori ed esportatori della materia prima considerata (cacao, caucciù, caffè, ...).

È tuttavia possibile che gli Stati adottino un'altra priorità: quella di favorire l'entrata in vigore del trattato nel minor tempo possibile, anche se è limitato il numero degli Stati che si sono impegnati a rispettarne immediatamente il contenuto.

L'Atto generale di arbitrato del 1928 richiedeva, **ad esempio**, l'accordo definitivo di due Stati per entrare in vigore (art. 44, par. 1). Tuttavia, nella maggior parte dei casi, sarà richiesto un numero minimo — ma non trascurabile — di Stati per l'entrata in vigore di un trattato: è così che, per l'entrata in vigore della stessa...CVT il numero delle ratifiche è stato fissato in 35 (art. 84, par. 1, della CVT). Una tale cifra può, oggi, sembrare assai bassa se comparata al numero attuale di Stati esistenti (oltre 190).

**75. (segue) Data critica.** — Per un *trattato multilaterale*, le clausole finali solitamente prevedono una dettagliata procedura che porta ad evidenziare *diverse date*. Si tratta di:

1. la *data dell'adozione* del testo del trattato
2. la *data della firma* del trattato (ad es. Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961 sulle relazioni diplomatiche)
3. la *data della ratifica* (o approvazione, o accettazione) del trattato dal punto di vista di un singolo Stato
4. la *data del deposito della ratifica* del trattato da parte di un singolo Stato
5. la *data dell'entrata in vigore internazionale* di un trattato
6. la *data di entrata in vigore di un trattato nei confronti di un dato Stato (c.d. entrata in vigore interna)*.

(74) MASTROJENI, *Il negoziato...cit.*, p. 72 s.

Normalmente, quando si parla di “**data critica**” (*critical date*) di un trattato ci si riferisce alla data di *entrata in vigore internazionale* del trattato (n. 5).

Ciononostante, non va perso di vista che, una volta entrato internazionalmente in vigore, *il trattato (multilaterale) produce i suoi effetti solo per gli Stati che hanno effettuato il deposito della ratifica* sicché è la data del deposito della ratifica che conta se, ad esempio, occorre invocare detto trattato dinanzi ai giudici di uno Stato.

Per gli altri Stati, invece, il trattato entrerà in vigore solo a partire dal momento in cui depositeranno lo strumento di ratifica. Pertanto, è normale che per un trattato multilaterale non vi sia coincidenza tra *Stati firmatari* e *Stati ratificanti* sicché, per gli Stati che depositano la ratifica in un momento successivo (per esempio cinque anni dopo che il trattato sia già entrato internazionalmente in vigore), il trattato sarà efficace nei loro confronti solo a partire da questo momento.

Va sottolineato, altresì, che le clausole finali di molti trattati prevedono anche un *tempo supplementare dopo il deposito della ratifica* affinché detto trattato entri in vigore rispetto ad un dato Stato contraente: ad es. l’art. 12 della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l’esecuzione di lodi arbitrali stranieri prevede che

“[l]a presente Convenzione entrerà in vigore il novantesimo giorno da quello del deposito del terzo strumento di ratifica o d’adesione. Per ciascuno Stato che ratificherà la Convenzione o vi aderirà dopo il deposito del terzo strumento di ratificazione o d’adesione, essa entrerà in vigore il novantesimo giorno da quello del deposito del suo strumento di ratificazione o d’adesione”.

Infatti, tale trattato è *entrato internazionalmente in vigore* il 7 giugno 1959 ma per l’Italia, che ha aderito successivamente, il trattato è entrato in vigore *nei suoi confronti* solo il 31 gennaio 1969: pertanto, solo a partire da questa data era possibile invocarne l’applicazione dinanzi ad un giudice italiano.

### **b) Gli effetti dell’entrata in vigore**

**76.** — Dal momento dell’entrata in vigore internazionale di un trattato, sorge l’obbligo, in capo alle Parti contraenti, di rispettare interamente le disposizioni del trattato in causa. Il mancato rispetto è suscettibile di far sorgere la responsabilità internazionale dello Stato autore della violazione.

Inoltre se un trattato — o quantomeno alcune delle sue disposizioni — possiede diretta efficacia nell’ordinamento interno, gli individui potranno invocarlo dinanzi agli organi nazionali competenti degli Stati in cui il trattato è in vigore.

## **6. — L’applicazione dei trattati**

**77. L’applicazione *ratione loci*: tutto il territorio delle Parti contraenti.** — Il principio posto dalla CVT è semplice e di buon senso: salvo disposizione contraria, il trattato vincola ogni Parte contraente “rispetto all’intero suo territorio” (art. 29) — ivi compresi gli spazi aerei e marittimi. Talvolta viene specificata l’applicazione anche per territori

Viene fatta salva, ovviamente, la diversa volontà delle Parti contraenti. Questa regola d’applicazione dei trattati nello spazio — sovente di facile applicazione — può al contrario rivelarsi delicata in caso di controversie di carattere territoriale. Così, nel

corso del conflitto armato tra Russia e Ucraina, alcuni collegi arbitrali chiamati a pronunciarsi circa l'ambito di applicazione del BIT tra quegli stessi Paesi, hanno ritenuto che per applicare detto trattato agli investimenti ucraini in Crimea — un territorio contestato — basti il *controllo effettivo* della Russia della Crimea. Una soluzione risibile, come abbiamo dimostrato altrove <sup>(75)</sup>, che trasforma *ope arbitri* i cittadini di uno Stato occupato in investitori protetti nello...Stato occupante!

**78. Esempi di contestazioni.** — La Corte di Giustizia Ue si è da tempo pronunciata con riferimento all'applicazione delle convenzioni internazionali relative al regime di importazione di merci provenienti da territori “contestati” — la parte nord di Cipro occupata dall'esercito turco dal 1974 o i territori palestinesi occupati da Israele <sup>(76)</sup>. In questi due casi, ancorché a livelli diversi, si trattava di valutare la portata — e dunque la legittimità internazionale — dei regimi di occupazione militare. La Corte fu abile nel non addentrarsi nel merito di questioni così politicamente sensibili: attenendosi ad una interpretazione letterale degli accordi di associazione di cui le era stato richiesto di precisare la portata spaziale, essa si limitò a confermare il titolo ad agire in quanto “autorità di certificazione” degli Stati parte di questi diversi accordi. Più recentemente, la Corte di Giustizia ha concluso che l'accordo di pesca concluso tra l'UE e il Marocco è valido ma non applicabile al Sahara occidentale ed alle acque ad esso adiacenti, contrariamente a quanto sostenuto dal Marocco che ritiene il Sahara occidentale parte del proprio territorio <sup>(77)</sup>.

**79. Applicazione *ratione temporis*.** — Per quanto concerne l'applicazione dei trattati nel tempo, la CVT codifica due regole consuetudinarie: un trattato non può disporre che per l'avvenire (art. 28) e può applicarsi anche in modo provvisorio (art. 25) <sup>(78)</sup>. Si parla in quest'ultimo caso di “efficacia provvisoria”, totale o parziale del trattato, che si ha quando le Parti pattuiscono che un dato trattato (o alcune sue parti) entri in vigore al momento della firma, pur essendo sottoposto a successiva ratifica che dovrà avvenire entro un periodo di tempo determinato.

I trattati sono di regola *non retroattivi* — salvo che le Parti contraenti dispongano diversamente <sup>(79)</sup>. Va tuttavia notato che, in materia economica, è frequente incontrare delle convenzioni di stabilimento, sulla doppia imposizione fiscale o di protezione e promozione degli investimenti, che accordano il beneficio del regime giuridico più favorevole a dei beneficiari già stabiliti o a delle operazioni già realizzate prima dell'entrata in vigore del trattato.

**80. (segue) L'applicazione “provvisoria” di un trattato.** — Il procedimento di conclusione di un trattato può rivelarsi molto lungo e per di più aleatorio. Per tali

<sup>(75)</sup> F. MARRELLA, *L'arbitrage d'investissement et les guerres*, IHEI - Paris II, Paris, Pedone, 2023.

<sup>(76)</sup> Casi *Anastasiou*, C-432/92, 5 luglio 1994, in *Rec. I*, p. 3087 e *Firma Brita*, C-386/08, 25 febbraio 2010.

<sup>(77)</sup> Corte di giustizia, 27 febbraio 2018, Causa C-266/16, ECLI:EU:C:2018:118. Si tratta della prima questione pregiudiziale di validità riguardante formalmente accordi internazionali conclusi dall'Unione.

<sup>(78)</sup> Ai sensi di tali norme: “1. Un trattato o una parte di un trattato si applica a titolo provvisorio in attesa della sua entrata in vigore: se così stabilisce il trattato stesso; oppure se gli Stati che hanno partecipato al negoziato hanno, in altra maniera, convenuto in tal senso. — 2. Salvo diversa disposizione del trattato o salvo diverso accordo fra gli Stati che hanno partecipato al negoziato, l'applicazione a titolo provvisorio di un trattato o di una parte di un trattato nei confronti di uno Stato cessa se quest'ultimo notifica agli altri Stati fra i quali il trattato è provvisoriamente applicato la sua intenzione di non divenire parte al trattato medesimo”.

<sup>(79)</sup> V. il lodo ICSID del 27 agosto 2009 nel caso *Bayindir Insaat c. Pakistan*.

ragioni, gli Stati, soprattutto se si tratta di trattati riferiti a situazioni di urgenza, possono concordare un'applicazione provvisoria dei loro impegni internazionali nell'attesa delle future ratifiche. E questa "provvisorietà" può durare a lungo. Per ovviare a ciò, nel testo stesso del trattato da sottoporre a ratifica, o con dichiarazioni separate, le Parti prevedono che il trattato si applichi a titolo provvisorio in attesa della sua entrata in vigore<sup>(80)</sup>. Così, l'art. 25 della CVT stabilisce che "un trattato è applicato provvisoriamente, prima della sua entrata in vigore, se *a*) il trattato così prevede; *b*) gli Stati negoziatori hanno così previsto". Questa applicazione provvisoria potrà però cessare se uno Stato notifica all'altro la sua non intenzione di divenire Parte al trattato.

L'esempio più celebre è quello del GATT'47, che è entrato in vigore tramite il "protocollo di applicazione provvisoria" il 1° gennaio 1948, e acquisì di fatto persino lo statuto di OIG prima di essere ufficialmente sostituito dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC/WTO) quasi mezzo secolo più tardi a partire dal 1° gennaio 1995. La Carta dell'energia del 1994 seguì il medesimo iter (art. 45<sup>(81)</sup>) ed oggi il CETA (l'accordo concluso il 30 ottobre 2016 tra la UE ed il Canada) prevede tale possibilità (art. 30, par. 7).

**81. Clausola di non applicazione.** — Può, altresì, accadere che alcune Parti contraenti di un medesimo trattato multilaterale dichiarino che lo stesso trattato "non si applicherà nei loro rapporti reciproci". Si tratta dunque di un esempio di *divisibilità dei trattati*. Questo tipo di clausola, piuttosto insolita, viene impiegata in diritto del commercio internazionale: era presente nel GATT del 1947 (art. XXXV) e la si ritrova nello statuto dell'OMC del 1994 (art. XIII).

**82. Clausole di compatibilità o di subordinazione o di disconnessione.** — L'art. 30, par. 2, della CVT indica che "[q]uando un trattato specifica che esso è subordinato a un trattato anteriore o posteriore o che non deve essere considerato come incompatibile con questo altro trattato, le disposizioni di quest'ultimo prevalgono". L'aumento esponenziale del numero dei trattati fa sì che tale norma abbia una grande importanza pratica ed infatti nella prassi sono sempre più frequenti le *clausole di compatibilità* (detta anche di *subordinazione* o *disconnessione*) che consentono di evitare le antinomie tra norme appartenenti a trattati diversi. Così, l'art. 351, par. 1 e 2, TFUE — già richiamato al Cap. III, prevede che "[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra. Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta".

**83. Problema dell'incompatibilità tra trattati diversi.** — In mancanza di una *clausola di subordinazione*, in base all'art. 30, par. 3, CVT, "[q]uando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato

<sup>(80)</sup> Cfr. il lodo CPA *Yukos* del 30 novembre 2009 a proposito dell'art. 45.1 del Trattato sulla Carta dell'Energia.

<sup>(81)</sup> Per ulteriori informazioni si rinvia a D. CARREAU, F. MARRELLA, *Droit international*, Paris, Pedone, ult. ed., nonché la *Guide to Provisional Application of Treaties* predisposta dalla CDI dell'ONU e di cui l'Assemblea Generale ONU ha preso nota con Ris. del 9 dicembre 2021 (A/RES/76/113).

anteriore si sia estinto o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'articolo 59, il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore”.

Così, **ad esempio**, se tramite un nuovo trattato bilaterale tra gli Stati A e B — non membri dell'OMC/WTO — abbassano l'ammontare dei dazi doganali precedentemente pattuito tra le stesse parti con un precedente trattato, si applicherà il nuovo trattato. Vale anche in siffatte circostanze e nell'ordinamento internazionale il principio per cui *lex posterior derogat priori*.

Il problema della compatibilità fra trattati successivi è, in realtà, quello dell'efficacia del trattato successivo in quanto il trattato anteriore già esiste e non può essere abrogato o derogato se non mediante l'accordo tra gli Stati contraenti. Se le parti sono le stesse, *nulla quaestio*, ma se le parti al trattato successivo sono diverse si vede il problema della compatibilità tra trattati in tutta la sua pienezza. Muovendo da tale principio di base, ne segue che se le parti al nuovo trattato sono diverse, avremo che “*nei rapporti fra uno Stato parte ai due trattati e uno Stato parte ad uno soltanto di essi, il trattato al quale i due Stati sono parti regola i loro diritti e obblighi reciproci*” (**art. 30, par. 4, CVT**).

Si tratta di una formula normativa sibillina ed incompleta la quale significa che, se lo **Stato A** ha concluso un *primo trattato* con lo **Stato B** ed un *secondo trattato* con lo **Stato C**, sia lo Stato B che lo Stato C possono pretendere dallo Stato A l'adempimento delle obbligazioni nascenti da *ciascun trattato*. Inoltre, per le caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale, significa anche che lo **Stato B** non può esigere dallo **Stato A** l'estinzione del trattato che quest'ultimo ha stipulato con lo **Stato C** e viceversa. In altre parole, *i trattati vivono autonomamente*, fermo restando il sacrosanto principio per cui lo **Stato A** sarà *internazionalmente responsabile nei confronti di quello dei due Stati verso il quale si rende inadempiente* (**art. 30, par. 5, CVT**).

**84. L'art. 103 della Carta ONU e la sentenza Achmea della Corte di giustizia UE: un requiem per i BITs intra-UE?** — Le suddette questioni si sono poste soprattutto in passato quando non tutti gli Stati erano Stati membri dell'ONU e la Carta dell'ONU imponeva la sua superiorità, ai sensi dell'art. 103 (*supra*, Cap. III) sui trattati conclusi tra Stati membri e Stati terzi.

Il problema dell'incompatibilità tra trattati successivi è divenuto però rovente nel momento in cui scriviamo in quanto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la competenza in materia di investimenti diretti esteri è divenuta, ex art. 207 TFUE, una *competenza esclusiva della UE*. Ciò ha comportato un difficile riassetto normativo<sup>(82)</sup> finanche all'imposizione da parte delle istituzioni UE agli Stati membri di revocare ed estinguere i BITs precedentemente conclusi tra di essi. **Il problema si fa oggi ancor più delicato per i BITs conclusi tra Stati membri UE e Stati terzi.**

Con la sentenza *Achmea*, del 6 marzo 2018, la Corte di Giustizia UE ha giudicato la compatibilità con il diritto europeo di una clausola contenuta in un BIT che prevede l'arbitrato per la soluzione delle controversie nascenti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell'Unione. La questione è sorta nell'ambito di una controversia tra la

<sup>(82)</sup> Si rinvia a F. MARRELLA, “Unione europea ed investimenti diretti esteri” in SIDI, *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, a cura di S. M. CARBONE, Napoli, ES, pp. 107-140, nonché O. PORCHIA, “I rapporti bilaterali tra Stati membri nel quadro dell'Unione europea”, *Dir. UE*, 2020, pp. 161-177.

Repubblica slovacca e la Achmea BV (un'impresa olandese operante nel settore assicurativo) conclusasi con un lodo arbitrale pronunciato a Francoforte sul Meno. Il lodo è stato successivamente impugnato dalla Repubblica slovacca dinanzi ai giudici tedeschi chiedendone l'annullamento. Nell'ambito di tale procedimento, la Corte Suprema tedesca ha operato un rinvio pregiudiziale chiedendo alla Corte di giustizia UE di formulare un parere sull'interpretazione degli articoli 267 e 344 TFUE. Nel caso di specie, la Corte di giustizia UE ha accertato che la controversia sottoposta al collegio arbitrale riguardava l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione, escludendo che il collegio arbitrale (istituito tramite il predetto BIT) potesse essere assimilato ad una *giurisdizione di uno Stato membro* dell'Unione ed affermando che, proprio il carattere derogatorio della giurisdizione arbitrale rispetto alla giurisdizione dei giudici nazionali, rendeva impossibile tale assimilazione. Alla luce di tali principi, la Corte di giustizia ha statuito *l'incompatibilità con il diritto europeo delle norme contenute nel BIT* con cui si istituisce un meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie tra Stati membri ed imprese. Quei medesimi principi si riverberano ora, sia sugli altri BITs *intra-UE*, sia sull'efficacia dell'*Energy Charter Treaty* (ECT), un importante trattato multilaterale che viene frequentemente invocato nelle controversie tra investitori nel settore dell'*Oil & Gas* e Stati (v. il caso *Vattenfall c. Germania*) in quanto tutti prevedono la soluzione arbitrale delle controversie. La Commissione europea, in proposito, ha già indicato che la giurisprudenza *Achmea* si applica anche all'ECT<sup>(83)</sup>.

## 7. — Il “depositario” dei trattati

**85.** — Nel caso di accordi multilaterali, la prassi ha dato vita alla funzione del “depositario”, ora ufficializzata nella CVT (art. 77). Il depositario può essere, sia uno Stato, sia un'OIG.

In pratica si tratta del Ministero degli affari esteri di uno degli Stati che hanno partecipato al negoziato (quasi sempre lo Stato che ha convocato la conferenza diplomatica) o l'organizzazione intergovernativa sotto i cui auspici il trattato è stato stipulato.

Il “depositario” (*Depositary*) riveste essenzialmente un ruolo passivo: è in effetti il custode del testo autentico del trattato. Ne è il “cancelliere” e, come tale, riceve tutte le informazioni sulla vita (e la “morte giuridica”) del trattato in questione. In sintesi, dovrà ricevere da ogni singolo Stato sia la sottoscrizione del testo originale del trattato, sia lo strumento di ratifica (o approvazione, o adesione), come pure le eventuali riserve o la notifica della denuncia, notificando agli altri Stati queste ed ogni altro fatto relativo all'entrata in vigore ed alla vita del trattato.

Il depositario ha, inoltre, un altro ruolo, quello di “notaio” internazionale, per quanto riguarda la comunicazione a tutte le Parti contraenti delle informazioni a propria disposizione: è infatti per il tramite del *depositario* che le Parti contraenti — o qualunque interessato — possono determinare lo stato esatto dei loro diritti ed obblighi reciproci.

Quando il depositario è una OIG, tutte quelle informazioni sono, di regola, accessibili via internet e quindi risultano conoscibili in tempo reale, facilitando grandemente il compito degli operatori giuridici. È il caso dell'ONU e quindi il Segretariato dell'ONU offre via internet tali informazioni.

<sup>(83)</sup> Ulteriori considerazioni in F. MARRELLA, “International Investment Arbitration and EU Reform Projects for Appellate Mechanisms: Some Critical Remarks”, in *Studi in onore di G. Bernini*, a cura di F. MARRELLA e N. SOLDATI, Milano, Giuffrè, 2021.



### § 3. — *La partecipazione parziale: le riserve*

**Bibliografia sommaria:** W. BISHOP, “Reservations to treaties”, in *RCADI*, 1961, vol. 103, p. 245; J. M. RUDA, “Reservations to treaties”, in *RCADI*, 1975, vol. 146, p. 95; B. SIMMA, *Reservations to Human Rights Treaties. Some Recent Developments*, in *Liber amicorum I. Seidl-Hohenveldern*, La Haye, 1998, p. 659; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, Giuffrè, 1999; R. SAPIENZA, “Les déclarations interprétatives unilatérales et l’interprétation des traités”, *RGDIP*, 1999, p. 601; A. PELLET, *La CJI et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle*, in *Liber amicorum S. Oda*, Dordecht, 2002, p. 481; G. GAJA, *Il regime della convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili*, in *Mélanges V. Starace*, I, Napoli, 2008, p. 349; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., cit., p. 114 ss.; SFDI, *Actualité des réserves aux traités*, Paris, Pedone, 2014; T. GINSBURG, “Objections to Treaty Reservations: A Comparative Approach to Decentralized Interpretation”, in A.E. ROBERTS (et al.) (eds.), *Comparative International Law*, New York, OUP, 2018, pp. 231-250; P. DURAND, “How and why the European Union Makes Reservations to International Agreements”, *Common Market Law Review*, 2018, pp. 1387-1422; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9 ed., cit., p. 360 ss.; SINAGRA, BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3 ed. cit., p. 209 ss.; CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 174 ss.; FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., p. 186 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale...*, 4 ed., cit., p. 203 ss.; CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 272 ss.; RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 227 ss.. V. in particolare i rapporti sulle riserve ai trattati presentati da A. PELLET alla CDI e disponibili su internet.

**86. Definizione.** — La CVT definisce una “riserva” (*Reservation*) come segue:

“una dichiarazione unilaterale, quale che sia la sua formulazione o denominazione, fatta da uno Stato quando sottoscrive, ratifica, accetta o approva un trattato o vi aderisce, mediante la quale esso mira ad escludere o modificare l’effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione a tale Stato” (art. 2, lett. d).

La possibilità per gli Stati di non essere vincolati da questa o quella disposizione di un trattato solleva delle difficoltà pratiche che possono rivelarsi pericolose: in effetti, il regime giuridico previsto per un trattato perde la sua uniformità tra le Parti contraenti che quindi non saranno più vincolate dai medesimi obblighi. Ne risulta allora un “frazionamento”, una “divisibilità” del trattato la cui portata effettiva può diventare di difficile determinazione. È necessario, tuttavia, relativizzare questi inconvenienti alla luce della prassi seguita: su 1164 trattati firmati tra il 1919 e il 1971, 922 (l’85%) lo sono stati senza che sia stata apposta la minima riserva. Va altresì rilevato che solo 61 di questi ha dato luogo a più di tre riserve<sup>(84)</sup>.

#### 1. — *L’ammissibilità condizionata delle riserve*

##### a) *Il dibattito sull’ammissibilità delle riserve*

**87. Un dibattito limitato ai trattati multilaterali.** — Va notato che la questione delle riserve assume rilevanza pratica solo per i trattati multilaterali. In effetti, se si tratta di un trattato bilaterale, una riserva equivale al rifiuto di concludere quel trattato accompagnato da un’offerta di negoziazione di un *nuovo testo di trattato*; se l’altra parte accetta, si è allora in presenza di una modifica del testo iniziale del trattato e la riserva si ritrova allora inclusa nel corpo del nuovo trattato.

<sup>(84)</sup> J. K. GAMBLE Jr, *Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of state practice*, in *AJIL*, 1980, 372, p. 377.

**i. Il mantenimento dell'integrità del trattato: l'inammissibilità delle riserve**

**88. La posizione tradizionale del diritto internazionale.** — Nel *parere consultivo del 28 maggio 1951 sulle riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio*, alcuni giudici (la minoranza) indicarono che non era possibile introdurre delle “riserve” giacché l'integrità e l'uniformità di applicazione delle regole poste da un trattato si sarebbero per tale via alterate. Per di più, muovendo dal presupposto per cui ogni trattato è il prodotto della volontà degli Stati, ne seguiva necessariamente che occorreva il consenso di ciascuno Stato per ciascuna riserva <sup>(85)</sup>.

Si deve notare, inoltre, che se un trattato viene concluso a seguito di una negoziazione globale (o *package deal*) come fu il caso della UNCLOS elaborata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare o anche quello istitutivo dell'OMC/WTO, allora la possibilità di apporre riserve viene specificamente vietata. Ciò vale anche per il diritto internazionale penale come testimonia l'art. 120 dello Statuto della CPI che, testualmente “non ammette alcuna riserva”.

**ii. La necessità di favorire la più ampia partecipazione degli Stati ai trattati internazionali: l'ammissibilità condizionata delle riserve**

**89.** — Con il tempo, tuttavia, si è progressivamente affermata un'esigenza di maggiore flessibilità al fine di ottenere, almeno per i trattati aperti a vocazione universale, la partecipazione del più alto numero di Stati, anche a prezzo del frazionamento del trattato stesso.

**iii. Le nuove modalità di elaborazione dei trattati e l'ammissibilità delle riserve**

**90.** — Pertanto, le nuove tecniche di elaborazione dei trattati hanno progressivamente favorito l'ammissibilità delle riserve. Si è sottolineato, a giusto titolo, che molte delle convenzioni internazionali, soprattutto quelle a portata universale, vengono elaborate in seno — o sotto gli auspici — di organizzazioni internazionali per essere adottate non più all'unanimità dei partecipanti, ma a maggioranza qualificata (in generale dei due terzi). In tali condizioni, conviene offrire agli altri Stati un qualche spazio di manovra invece di schiacciare totalmente la loro posizione sotto il peso della maggioranza: la riserva, dunque, si rivela uno strumento ideale a questo scopo.

**91.** — La CIG ebbe il coraggio di riconoscerlo, a maggioranza, nel parere consultivo, precedentemente citato, del 1951. Le soluzioni liberali offerte dalla Corte furono riprese dall'Assemblea Generale dell'ONU che, in una risoluzione del 12 gennaio 1952, chiese agli altri organi dell'ONU, alle istituzioni specializzate e agli Stati di conformarvisi; in particolare fu chiesto al Segretario Generale dell'ONU di garantirle per i trattati futuri elaborati sotto gli auspici dell'organizzazione mondiale (paradossalmente, si può osservare come la CVT non contenga alcuna disposizione finale che evochi la possibilità di formulare delle riserve rispetto a se stessa...).

---

<sup>(85)</sup> V. il rapporto degli esperti della Società delle Nazioni del 13 giugno 1927 adottato dal Consiglio il 17 giugno.

### b) *La formulazione delle riserve nel tempo*

**92.** — Le riserve hanno carattere formale e devono costituire l'oggetto di una dichiarazione espressa. Devono emanare dallo stesso organo che ha il potere di concludere il trattato e devono essere comunicate alle altre Parti contraenti.

Senonché, anche in tale ambito gli Stati godono di grande libertà (art. 19, c. 1, della CVT): essi possono infatti formulare una **riserva all'atto della firma** (il che è più corretto sotto tutti i punti di vista nella misura in cui ciò permetta agli altri Stati di esaminarla al termine della fase di negoziazione), della **ratifica** (*approvazione o accettazione*), o infine al momento dell'**adesione**.

Ciononostante, gli Stati non hanno “carta bianca” in materia. Essi devono rispettare alcune condizioni di base affinché le loro riserve siano “ammissibili”. In altre parole, gli Stati sono qui posti in “libertà vigilata”.

### c) *Le condizioni di validità delle riserve*

#### i. **Il diritto degli Stati di formulare delle riserve**

**93.** — La CVT riconosce formalmente alle Parti contraenti di un trattato il diritto di formulare delle riserve per iscritto ed in modo solenne (in ogni caso ufficiale). Un tale diritto è tuttavia sottoposto a tre limiti:

1) **la possibilità di formulare delle riserve non deve essere stata esclusa in toto dal trattato in questione** (tale è il caso per esempio di alcune convenzioni concluse sotto l'egida dell'OIL) o le riserve non devono rivelarsi incompatibili con il regime giuridico istituito convenzionalmente (e questo è il caso del Trattato di Roma del 1957 e del diritto UE in generale o ancora del WTO/OMC ove vige il principio del “single package”) o ancora con il metodo di negoziazione seguito, nel caso della UNCLOS;

2) **la riserva non deve riguardare quelle disposizioni per le quali le Parti contraenti hanno espressamente escluso questa possibilità**, nel desiderio di mantenere un “nocciolo duro” minimo in seno alle obbligazioni convenzionali previste. Così, l'art. 42 della Convenzione del 28 luglio 1951 relativa allo statuto dei rifugiati contiene la lista degli articoli per i quali le riserve sono escluse. Così, ugualmente, la Convenzione di Ginevra del 1958, sulla piattaforma continentale, all'art. 12, impedisce alle Parti contraenti di apportare delle riserve agli articoli da 1 a 3 della Convenzione medesima;

3) **la riserva non deve essere “incompatibile con l'oggetto e lo scopo” del trattato in questione**. Si tratta di un limite “oggettivo”, il più importante, al diritto delle Parti contraenti di introdurre delle riserve al testo di un trattato. Nella prassi attuale, il criterio della compatibilità della riserva (il c.d. **compatibility test**) con lo scopo e l'oggetto del trattato. Esiste una tendenza volta ad utilizzare un criterio di **accettabilità** delle riserve: se un solo Stato riconosce la riserva posta da un altro Stato, ciò può costituire un forte indice di accettabilità della riserva apposta dallo Stato riservante nei confronti delle altre Parti contraenti <sup>(86)</sup>).

#### ii. **Il diritto incondizionato degli Stati di accettare le riserve formulate da altri Stati o di apporvi un'obiezione**

**94. La “regola dei dodici mesi”** — Gli Stati hanno piena libertà di accettare le riserve formulate dalle altre Parti contraenti; l'accettazione può essere *espressa o tacita*

<sup>(86)</sup> V. in questo senso l'articolo citato di GAMBLE.

(il silenzio di un anno dopo la notifica di una riserva è da considerarsi equivalente ad un assenso).

Le altre Parti contraenti hanno pieno diritto di presentare **un'obiezione ad una riserva** formulata da un dato Stato (art. 20, par. 4, della CVT), ma tale obiezione deve essere presentata entro i dodici mesi dalla notificazione della riserva, a cura del depositario.

Questa soluzione “flessibile” è stata ritenuta utile al fine di proteggere la “sovranità” degli Stati e il loro libero consenso ad impegnarsi sul piano internazionale.

Si sottolinea, infine, che *gli Stati possono, in ogni momento, ritirare le loro riserve e obiezioni* (art. 22 della CVT) <sup>(87)</sup>.

## 2. — Gli effetti delle riserve

95. — Gli effetti delle riserve sono diversi.

### a) *Il vincolo giuridico tra lo Stato che ha formulato una riserva legittima e gli Stati che l'hanno accettata o a cui non hanno fatto obiezione*

96. — In tale ipotesi, lo Stato “riservante” e le altre Parti contraenti sono vincolate dalle disposizioni del trattato, a eccezione, ovviamente, di quella (e) che ha (hanno) costituito l'oggetto di riserva.

Si tratta di un'applicazione classica del principio di *reciprocità* dei diritti e obblighi che costituisce una regola generale nel diritto internazionale (art. 21, par. 1, della CVT).

Va da sé che una riserva non è in grado di modificare il regime giuridico posto da un trattato tra Parti contraenti diverse da quelle riservanti nei loro rapporti *inter se* (art. 21, par. 2).

### b) *Il vincolo giuridico tra lo Stato che ha formulato una riserva e gli Stati che hanno sollevato obiezioni*

97. — Nel “sistema” della CVT, possono presentarsi *due situazioni fondamentali* in funzione della posizione degli Stati “obiettatori”.

In una prima ipotesi, essi accettano che il trattato entri in vigore con lo Stato “riservante”, ma senza le disposizioni che costituiscono l'oggetto della riserva. Qui, dunque, la formulazione di una semplice obiezione non impedisce il raggiungimento del risultato testé illustrato. In altre, parole (v. l'esempio qui di seguito), l'obiezione semplice è un atto a rilevanza politica ma, sotto il profilo tecnico, l'obiezione semplice è giuridicamente inefficace.

**Esempio:** la Cina formula la seguente riserva al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966: “l'applicazione dell'art. 8.1. (a) [sui diritti sindacali] dovrebbe essere conforme alla Costituzione cinese, alla legge sui sindacati e alla normativa in materia di lavoro della Repubblica popolare cinese”. I Paesi Bassi obiettano: “la Cina ha assoggettato l'applicazione dell'art. 8.1. (a) ai contenuti della normativa nazionale. Secondo la CVT sul diritto dei trattati una parte non può invocare la normativa interna al fine di giustificare il mancato rispetto di un trattato. Inoltre, il diritto di creare un sindacato o di aderirvi per libera scelta è uno dei

<sup>(87)</sup> Cfr. J. F. FLAUS, “Le retrait des réserves aux traités internationaux”, in *AFDI*, 1986, p. 837.

principi fondamentali del Patto”. In conclusione i Paesi Bassi dichiarano che: “The Government of the Kingdom of the Netherlands therefore objects to the reservation made by the People’s Republic of China to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This objection shall not preclude the entry into force of the Covenant between the Kingdom of the Netherlands and China”.

Il discorso cambia, però, se l’obiezione viene *rafforzata* dalla manifestazione del rifiuto di far entrare in vigore il trattato con lo Stato “riservante” (art. 21, par. 3 della CVT). L’**obiezione qualificata** impedisce l’entrata in vigore del trattato tra i due Stati lasciando impregiudicati gli effetti del trattato rispetto agli altri Stati contraenti.

Così, la presenza di riserve e la possibilità di obiezioni qualificate, comporta una “frammentazione” dei vincoli stabiliti da un trattato tra le sue diverse Parti contraenti. Il regime giuridico convenzionalmente stabilito perde così gran parte della sua unità e occorre determinare “chi è obbligato a cosa”.

Va peraltro osservato che le riserve o il loro ritiro non sono sistematicamente portate a conoscenza dei cittadini dei singoli Stati.

### c) *Riserve e trattati sui diritti umani*

**98. — Una prassi innovativa: il controllo internazionale ed il principio *utile per inutile non vitiatur*.** Occorre adesso fare un cenno alla questione delle riserve “odiose” apposte da alcuni Stati ai trattati di tutela dei diritti umani, una questione che forma oggetto di un non sopito dibattito. Abbiamo detto sopra che la prima vasta discussione in materia di riserve si ebbe proprio a proposito della Convenzione contro il genocidio a cui seguì l’importante parere della CIG nel 1951. A dispetto delle belle parole sui diritti umani, si è visto che, purtroppo, il diritto vigente non vieta la formulazione di riserve nemmeno...in una convenzione contro il genocidio! La materia però è in fase di evoluzione grazie all’attività degli organi di controllo dei trattati in materia di diritti umani i quali stanno occupando spazi che tradizionalmente, in questa materia, erano riservati ai singoli Stati. Punto di partenza della nuova tendenza interpretativa è il carattere oggettivo degli obblighi assunti dagli Stati tramite la ratifica delle convenzioni sui diritti umani: infatti, tali trattati si applicano — normalmente — a *tutti* coloro i quali si trovino sul territorio di uno Stato contraente o comunque sotto la sua “jurisdiction”. Risulta quindi inapplicabile il classico principio di reciprocità e la conseguente struttura bilaterale degli obblighi internazionali, ciò che rende tali trattati più “deboli” sotto il profilo della *hard law* ma comunque fruibili da *chiunque* e non solo dai cittadini degli ~~altri~~ Stati contraenti.

Orbene, muovendo da tali considerazioni, il **Comitato ONU dei diritti umani** — l’organo di controllo del Patto sui diritti civili e politici del 1966 — ha indicato nel **Commento generale n. 24**, del 4 novembre 1994 (par. 18), che *spetta* — in modo *centralizzato* — *al medesimo Comitato oltre che ai singoli Stati la verifica della compatibilità di una riserva con l’oggetto e lo scopo del trattato in questione*. Tale impostazione ha avuto seguito anche presso la Corte EDU, la quale con alcune pronunce ed in particolare attraverso il caso **Belilos c. Svizzera** del 29 aprile 1988<sup>(88)</sup>, ha riconosciuto che in ragione del **carattere oggettivo degli obblighi** sanciti dalla CEDU e della conseguente creazione di un organo cui è attribuito il potere di

<sup>(88)</sup> Corte EDU, Grande Camera, Ric. N. 10328/83, del 29 aprile 1988.

verificare il rispetto dei diritti degli individui in maniera imparziale, si deve *ipso iure* ritenere che la Corte sia chiamata anche a verificare la validità delle riserve apposte dagli Stati. Si è dunque manifestata una nuova prassi — mal tollerata dai Ministeri degli esteri di molti Stati — attraverso la formula sintetica “*utile per inutile non vitiatur*” (per gli anglofoni, la “*severability doctrine*”) che significa che, *in caso di incompatibilità tra la riserva ed il trattato, la riserva si considera come non apposta e pertanto il trattato risulta applicabile in toto allo Stato che ha formulato la riserva incompatibile* <sup>(89)</sup>.

**Esempio:** la Turchia formula una riserva alla CEDU sugli artt. 25 e 46: “Il governo turco riconosce la giurisdizione della Commissione e della Corte ai sensi dell’art. 1 in tutti quei ricorsi relativi all’applicazione della Convenzione limitatamente al territorio nazionale della Repubblica di Turchia”. Tuttavia, nel caso *Loizidou c. Turchia* <sup>(90)</sup>, tenuto conto della natura della Convenzione, del senso ordinario degli artt. 25 e 46 CEDU nel loro contesto e alla luce del loro oggetto e scopo, nonché della prassi degli Stati parte della Convenzione, la Corte EDU ha ritenuto che le restrizioni *ratione loci* contenute nelle dichiarazioni della Turchia relative agli artt. 25 e 46 CEDU *non siano valide*. La CEDU dunque si applica.

Su tale questione la CDI dell’ONU ha presentato nel 2011 alcuni rapporti da cui sembra emergere un approccio più restrittivo e garantista dello spazio di manovra dei singoli Stati <sup>(91)</sup>. Ma va ribadito che la nuova impostazione più favorevole alla tutela dei diritti umani non riduce il potere sovrano degli Stati parte circa le riserve formulate da uno Stato dato. Piuttosto, il carattere oggettivo e non reciproco dei trattati sui diritti umani milita a favore di un controllo internazionale che si aggiunge agli interessi diplomatico-bilaterali degli Stati migliorando la qualità giuridica degli strumenti di tutela.

### 3. — Riserve e Costituzione italiana

**99. — Riserve internazionali ed architettura costituzionale italiana.** Le riserve ai trattati internazionali devono essere sottoposte all’autorizzazione delle Camere, in Italia? Diciamo subito che, dal punto di vista del diritto internazionale le riserve vengono formulate dall’organo abilitato ad esprimere la volontà dello Stato in ordine al trattato *de quo*. Non si prevede, dunque, alcuno “*sfasamento*” di detta volontà, anche perché gli altri Stati non sono tenuti a sapere i dettagli del diritto costituzionale di uno Stato dato. Ne segue, dunque, che la questione su quale organo dello Stato italiano possa validamente formulare le riserve ad un trattato va risolta attraverso il diritto costituzionale italiano e non attraverso il diritto internazionale.

La dottrina prevalente esclude che l’art. 80 possa essere interpretato nel senso che anche le riserve debbano essere specificamente autorizzate dalle Camere, essendo l’autorizzazione delle Camere prescritta in via generale ai soli fini della stipulazione di certe categorie di trattati internazionali. Non mancano, tuttavia, orientamenti in senso

<sup>(89)</sup> In arg. v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 110 ss. e riferimenti ivi citati.

<sup>(90)</sup> Corte EDU, Ric. n. 15318/89, del 23 maggio 1995.

<sup>(91)</sup> In arg. v. i lavori della CDI in materia di “*Reservations to treaties*” all’apposito sito internet.

contrario, favorevoli ad un'approvazione parlamentare anche delle riserve con il risultato di rendere il controllo democratico del Parlamento più capillare <sup>(92)</sup>.

Senonché, anche alla luce delle recenti riforme costituzionali ancor oggi in discussione — riforme diverse ma tutte tese a dare maggiori poteri decisionali all'esecutivo rispetto a quanto immaginato in passato — ci sembra che, nel silenzio della Costituzione, si possa e si debba ormai presumere che il Governo, in quanto dotato del potere estero, abbia la facoltà di formulare una riserva sia al momento della firma di un trattato che a quello della ratifica. Tale ed unico atto, dunque, formato in concorso col Presidente della Repubblica, costituirà la volontà dello Stato italiano proiettata verso l'estero. Tale soluzione consente anche di risolvere — nello stesso senso — la questione delle “dichiarazioni interpretative” apposte ai trattati che, nella prassi, vengono formulate solo dal Governo.

In tale contesto, il ruolo del Parlamento non viene sminuito ma viene ricollocato nel suo alveo naturale che è quello del diritto interno, non quello del diritto internazionale. Perciò e conclusivamente, l'eventuale formulazione di una riserva da parte del Parlamento si risolverà solo sul piano del diritto costituzionale interno comportando una *responsabilità politica* — anche grave dato il rapporto fiduciario — del Governo nei confronti del Parlamento. Tale conclusione è confortata da un'ulteriore considerazione di carattere pratico: l'eventuale invocazione dell'art. 46 della CVT appare particolarmente ardua e paradossale. Qui, infatti, l'Italia si troverebbe ad invocare l'invalidità di un trattato concluso con un altro Stato a causa della “violazione manifesta di una norma interna”...da parte del Governo italiano il quale non ha apposto una riserva voluta dal Parlamento — oppure ne ha formulata una senza riceverne autorizzazione — in assenza di una precisa norma costituzionale.

#### § 4. — *L'invalidità dei trattati*

**Bibliografia sommaria:** CAVAGLIERI, “La violenza come motivo di nullità dei trattati”, in *Riv. dir. int.* 1935, p. 4 ss.; P. GUGGENHEIM, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, in *RCADI*, 1949/1, v. 74, pp. 195-265; T.O. ELLIAS, “Problems concerning the validity of the treaties”, in *RCADI*, 1971, vol. 134, p. 334; NAPOLETANO, *Violenza e trattati nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1977; J. VERHOEVEN, *Les nullités du droit des gens*, Paris, Pedone, 1981; P. REUTER, *Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels*, in *Mélanges S. Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 661; D. GREIG, *Invalidity and the Law of Treaties*, London, 2006; GIANELLI, “Absolute invalidity of Treaties”, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, p. 333; A. CIAMPI, “Invalidity and termination of treaties and rules of procedure”, *ivi*, p. 360 ss.; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., cit., p. 273 ss.; *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9 ed., cit., p. 372 ss.; SINAGRA, BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 216 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 197 ss.; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, II, 3 ed., p. 80 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLLO, *Il diritto internazionale...*, 4 ed., cit, p. 218 ss.; RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 237 ss..

**100. Assonanza di soluzioni con il diritto interno dei contratti.** — La materia dell'invalidità dei trattati presenta diverse assonanze con quella prevista dal diritto interno in materia di contratti: è sufficiente leggere la CVT in parallelo agli articoli dal 1418 ss. e 1425 ss. del codice civile italiano per convincersene. Molte delle cause di

<sup>(92)</sup> T. PERASSI, “La Costituzione e l'ordinamento internazionale”, in *Quaderni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 14; W. LEISNER, “La funzione governativa di politica estera”, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1950, p. 344 ss.; L. FERRARI BRAVO, “Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione dei trattati”, in *Studi Ago*, I, Milano, 1987, p. 276 ss.

invalidità dei trattati sono state tradizionalmente prese a prestito dai sistemi giuridici nazionali e costituiscono dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili”. Si ha qui un esempio tangibile del contributo dato dal diritto privato nazionale (e ancor di più dal diritto romano) al diritto internazionale <sup>(93)</sup>. Per contro, va osservato che, se vi è una forte similitudine di principi generali, non sono affatto trasponibili *de plano* al livello internazionale tutte le raffinatezze e le distinzioni dogmatiche elaborate dalla dottrina civilistica italiana e dalla giurisprudenza di diritto interno.

**101. Invalidità di diritto internazionale.** — *In diritto internazionale, le cause di invalidità di un trattato vengono enunciate agli artt. 46-53 della CVT.*

In estrema sintesi, tale disciplina — differenziandosi qui dalle corrispondenti fattispecie del diritto italiano — distingue la **nullità assoluta**, che si ha quando il vizio dell’atto lede un interesse generale che trascende quello delle Parti contraenti — dalla **nullità relativa** del trattato allorquando la patologia dell’atto lede un interesse proprio di una Parte contraente.

*In materia di accordi internazionali, il regime generale è quello della “nullità relativa” e dunque dell’“annullabilità dell’atto”, mentre la nullità assoluta si verifica solo in casi eccezionali (tale dovrebbe essere sempre il caso di un trattato in contrasto con lo jus cogens, e nel caso della violenza assoluta ossia del consenso estorto con violenza).* Ne segue che, in via generale, l’invalidità di un trattato può solo essere invocata dallo Stato che vi abbia interesse e pertanto non opera automaticamente. Il vizio è eliminabile tramite la sanatoria proveniente dallo Stato il cui consenso era viziato e, comunque, va tenuto presente il ruolo significativo dell’**acquiescenza** che non ha pari nei diritti interni.

Sia in caso di nullità assoluta che di nullità relativa, l’invalidità opera **ex tunc**.

Ai sensi e per gli effetti **dell’art. 69 CVT**:

“Un trattato la cui nullità sia stata accertata in base alla presente convenzione è nullo. Le disposizioni di un trattato nullo non hanno valore giuridico.

2. Qualora, tuttavia, degli atti siano stati compiuti in base ad un tale trattato:

a) qualsiasi parte può chiedere ad ogni altra parte di accertare, per quanto possibile, la situazione che sarebbe esistita nelle loro reciproche relazioni se tali atti non fossero stati compiuti;

b) gli atti compiuti in buona fede prima che venisse invocata la nullità non sono resi illeciti per il solo fatto della nullità del trattato.

3. Nei casi di cui agli articoli 49 e 50, 51 o 52, il paragrafo 2 non si applica nei confronti della parte cui è imputabile il dolo, l’atto di corruzione o la violenza.

4. Nei casi in cui il consenso di un particolare Stato ad essere vincolato da un trattato multilaterale sia infirmato, le norme precedenti si applicano nelle relazioni fra il detto Stato e le parti del trattato.”

Nel caso di nullità assoluta di un trattato per contrasto con lo *jus cogens*, **l’art. 71 CVT** prevede una particolare forma di *restitutio in integrum*. Ma in caso di *nullità sopravvenuta*, l’art. 71, par. 2, CVT dispone che:

“Nel caso di un trattato che diventi nullo ed abbia termine in base all’articolo 64, la cessazione della validità di un trattato:

<sup>(93)</sup> V. H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, e G. RIPERT, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, in *RCADI*, 1933/II, vol. 44, p. 565. *Contra* v. però N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed. cit., p. 237.



a) libera le parti dall'obbligo di continuare a dare esecuzione al trattato;  
 b) non pregiudica alcun diritto, obbligo o situazione giuridica delle parti che si siano venuti a creare a motivo dell'esecuzione del trattato prima della cessazione della sua validità; tuttavia, detti diritti, obblighi o situazioni non possono essere conservati in seguito che nella misura in cui la loro conservazione non sia in contrasto con la nuova norma imperativa di diritto internazionale generale.”

**102. Piano espositivo.** —Valgono tre principi fondamentali: 1) il consenso dello Stato deve essere reale; 2) deve avere un oggetto lecito; 3) deve infine essere pubblico.

### 1. — La “realtà” della manifestazione del consenso

**103.** — Certi vizi del consenso possono rivelarsi tali da inficiare la validità giuridica di un trattato il quale, di conseguenza, diviene nullo e privo di effetti. Va da sé che, in tal caso, ~~le minacce alla libera manifestazione del consenso dello Stato~~ devono essere particolarmente gravi. L'analisi dei vizi del consenso sarà, pertanto, effettuata in modo rigoroso e restrittivo, in modo da conservare il più possibile la validità ed efficacia dei trattati e, di conseguenza, la certezza del diritto delle relazioni interstatuali.

I vizi del consenso che incidono sulla conclusione dei trattati riguardano elementi interni ed esterni, riferendosi ad un comportamento “colpevole” delle “altre” Parti contraenti.

#### a) *La violazione manifesta delle norme interne circa la conclusione dei trattati*

**104.** — La violazione delle norme di diritto interno (quasi sempre di natura costituzionale) che presiedono alla conclusione degli accordi internazionali di uno Stato può essere una causa legittima di invalidità di un trattato? Qui, la soluzione dipende anche dal riconoscimento del primato dell'ordinamento internazionale sull'ordinamento interno.

#### i. *Un problema controverso in dottrina*

**105.** — Su tali questioni esistono due orientamenti dottrinali. Una parte della dottrina ritiene che le *norme interne* relative alla conclusione dei trattati facciano parte *anche* del diritto internazionale. Muovendo da tale presupposto, se ne deduce che il mancato rispetto delle norme interne di uno Stato si riverbera ogni volta sulla validità del trattato. Tale soluzione, tuttavia, non è per nulla conforme al principio della superiorità del diritto internazionale, nella misura in cui fa dipendere la **validità internazionale** di un trattato dalla sua **validità interna**. Inoltre, ciò complica a dismisura il compito dei negoziatori internazionali: se valesse tale dottrina, questi ultimi dovrebbero essere esperti, sia di diritto internazionale, sia della materia da negoziare ed inoltre dovrebbero pure essere dei geni di diritto costituzionale comparato, con specifica scienza degli Stati con i quali essi intendono concludere un trattato. Per quanto intellettualmente stimolante, sembra evidente che tale orientamento porti a delle conclusioni irrealistiche.

Pertanto, risulta preferibile seguire un diverso orientamento che, in aderenza tanto alla prassi empirica quanto alla teoria generale del diritto internazionale, muove dal principio del primato del diritto internazionale sul diritto interno (*supra* Cap. II).

Da tale prospettiva appare evidente che un problema di validità interna si possa porre solo *eccezionalmente* in diritto internazionale giacché nell'ordinamento internazionale conta solo il diritto internazionale mentre il diritto interno degli Stati rileva alla stregua di mero fatto. È dunque alla luce di tale contesto che va letto l'art. 46 della CVT come si vedrà d'appresso.

Ne segue pertanto che, quand'anche un trattato fosse considerato invalido secondo l'ordinamento (o il giudice anche costituzionale) *interno*, potrebbe essere considerato ancora valido ed efficace secondo il diritto internazionale. In tali condizioni, la mancata esecuzione del trattato per contrarietà a norme dell'ordinamento interno determinerebbe automaticamente la responsabilità internazionale dello Stato in questione a causa della violazione dei propri obblighi internazionali (v. *infra* Cap. XVI).

### **ii. Una prassi arbitrale e giudiziaria internazionale poco soddisfacente**

**106.** — Alcuni lodi arbitrali <sup>(94)</sup> indicano che le norme costituzionali interne mantengono un certo “peso” in sede di accertamento della validità di un trattato.

Così, nel *caso delle concessioni Tinoco*, relativo ad un contenzioso tra la Gran Bretagna ed il Costa Rica, l'arbitro unico, l'allora Presidente degli Stati Uniti Taft, sancì l'invalidità di una concessione (si noti che non si trattava di un trattato) che dapprima era stata affidata ad un cittadino inglese dal Governo rivoluzionario dell'epoca con l'accordo del solo Senato e poi era stata revocata dal Governo successivo. Nel lodo arbitrale del 18 ottobre 1923, l'arbitro Taft concluse che gli atti del Governo di Tinoco, pur se imputabili al Costa Rica, non erano validi in quanto erano stati stipulati in palese violazione della Costituzione nazionale del 1917 la quale richiedeva l'approvazione di entrambe le Camere e non solo di una di esse. D'altra parte, secondo l'arbitro, contrariamente a quanto eccepito dal Costa Rica, il fatto che la Gran Bretagna non avesse riconosciuto il Governo di Tinoco non impediva di avanzare reclami a favore dei sudditi inglesi relativamente ad atti del Governo di Tinoco <sup>(95)</sup>.

**107.** — Senonché, altri e più rilevanti lodi arbitrali hanno chiaramente negato di considerare la violazione di norme costituzionali interne alla stregua di una causa di invalidità di un trattato <sup>(96)</sup>.

**108.** — Nel caso dello *Statuto giuridico della Groenlandia orientale*, la CPGI fu chiamata a discutere dell'efficacia della famosa “*dichiarazione Ihlen*”, pronunciata dal Ministro norvegese degli Affari Esteri che aveva riconosciuto la sovranità danese sulla Groenlandia orientale. Qui, la Corte rigettò la tesi della Norvegia secondo la quale Ihlen era “costituzionalmente incompetente” a formulare una tale dichiarazione, ritenendo, al contrario, che si trattasse, in quel caso, “di una questione rientrante nelle proprie competenze” <sup>(97)</sup>. Del pari, nel *caso delle zone franche dell'Alta Savoia e del paese di Gex*, la CPGI affermò che uno Stato rimane vincolato dalle affermazioni di

<sup>(94)</sup> *Cleveland award* del 1888 in MOORE, vol. 2, 1946.

<sup>(95)</sup> Testo in *AJIL*, 1924, p. 147 e *RSA*, vol. I, p. 369.

<sup>(96)</sup> V. i casi *Metzger* (1901) in *Foreign Relations of the U.S.* 1901, p. 262, *Rio Martin* (1924), in *R.S.A.*, vol. II, p. 724 o la *Convention de commerce franco-suisse* (1912), in *RSA*, vol. XI, p. 411.

<sup>(97)</sup> Ser. A/B, n. 53, pp. 56, 71 e 91.

un proprio agente quand'anche siano state pronunciate dinanzi alla Corte in sede processuale <sup>(98)</sup>.

### **iii. La posizione mediana della Convenzione di Vienna del 1969 (art. 46)**

**109.** — A tale riguardo, la CVT ha adottato una soluzione di compromesso, *riconoscendo che il mancato rispetto delle norme interne può determinare la nullità di un trattato ed essere invocato dallo Stato “colpevole” solo se la violazione sia “manifesta” e “di importanza fondamentale”*. La CVT, cercando di apportare maggiore chiarezza, precisa che, per “violazione manifesta”, bisogna intendere una violazione “oggettivamente evidente” per uno Stato terzo in buona fede e secondo la prassi abituale. Tuttavia, tali precisazioni non fanno altro che aggiungere ulteriori ambiguità. Cosa ne sarebbe, per esempio, di un trattato concluso dall'Italia che prevedesse il ripristino della Monarchia o la cessione od annessione di territori senza l'autorizzazione del Parlamento e la consultazione delle popolazioni locali in questione? Cosa ne sarebbe di un trattato internazionale concluso dagli Stati Uniti che istituisse una legge uniforme sul divorzio su tutto il territorio dell'Unione a dispetto dei diritti nazionali dei cinquanta Stati federati? Questo tipo di trattati, incontestabilmente privi di validità interna, sarebbero anche privi di validità internazionale in applicazione dei criteri della CVT? Il fatto che ci si possa ancora porre tale quesito dimostra che la soluzione adottata non è pienamente soddisfacente.

Nel *caso della frontiera terrestre e marittima tra il Camerun e la Nigeria* (sentenza del 10 ottobre 2002), la CIG ebbe, per la prima volta, l'occasione di pronunciarsi sulla portata **dell'art. 46 della CVT**. Qui, la Corte respinse la tesi della Nigeria tesa a dimostrare la nullità di un trattato concluso dal capo di Stato in violazione della propria costituzione nazionale ed in particolare senza l'accordo con il Governo. In termini lapidari, la Corte ha indicato testualmente che:

“The rules concerning the authority to sign treaties for a State are constitutional rules of fundamental importance. However, a limitation of a Head of State’s capacity in this respect is not manifest in the sense of Art. 46, par. 2, unless at least properly publicized. This is particularly so because Heads of State belong to the group of persons who, in accordance with Art. 7, par. 2, of the Convention “[i]n virtue of their functions and without having to produce full powers” are considered as representing their State. With regard to the Nigerian argument that Cameroon knew, or ought to have known, that the Head of State of Nigeria had no power legally to bind Nigeria without consulting the Nigerian Government, the Court notes that there is no general legal obligation for States to keep themselves informed of legislative and constitutional developments in other States which are or may become important for the international relations of these States” <sup>(99)</sup>.

Va altresì osservato che la norma di cui all'art. 46 della CVT si ritrova con formula analoga nella Convenzione di Vienna del 21 maggio 1986 (non ancora entrata in vigore) sul diritto dei trattati conclusi dalle organizzazioni internazionali. Così, anche una OIG non risulta vincolata da un trattato in caso d'irregolarità interna nella procedura di conclusione a condizione che questa violazione sia “manifesta” e “di importanza fondamentale”.

<sup>(98)</sup> Ser. A/B, n. 46, p. 170.

<sup>(99)</sup> CIG, sentenza del 10 ottobre 2002, *Frontiera terrestre e marittima tra Camerun e Nigeria*, in *Riv.dir.int.*, 2002, p. 968, par. 242.

A tale proposito, nel 1991 la Corte di Giustizia UE ha avuto modo di pronunciarsi circa la conclusione, da parte della Commissione europea, di un accordo con il Governo degli Stati Uniti in materia di diritto della concorrenza<sup>(100)</sup>. Qui, la Corte ha rilevato che tale accordo *manca di base giuridica* nel “diritto comunitario”, in ragione della carenza di competenza della Commissione a concluderlo: sarebbe spettato infatti al Consiglio procedere alla conclusione di quell’accordo.

Ebbene, la Corte di Giustizia riconobbe la validità di tale accordo in base al diritto internazionale con riferimento ai criteri posti dall’art. 46 della Convenzione di Vienna del 1986. Nel fare ciò, la Corte riconobbe che *l’incompetenza* della Commissione a concludere un accordo internazionale, pur essendo di importanza fondamentale nel diritto UE, non era *manifesta* al punto d’essere *evidente* per l’altra parte (il Governo USA), essendo questi due criteri cumulativi. Tale interpretazione, che conserva la validità del trattato e privilegia la stabilità delle relazioni sul piano internazionale ponendo in secondo piano la validità interna dello stesso, merita di essere condivisa ed è in linea con le considerazioni che abbiamo presentato sopra.

#### **b) L’errore (art. 48 della Convenzione di Vienna del 1969)**

**110. L’errore (Error).** — *Secondo la teoria generale del diritto, l’errore consiste in una falsa rappresentazione della realtà reagente sul processo di formazione della volontà.* L’errore può essere di fatto o di diritto. Il ben noto brocardo secondo cui “l’ignoranza del diritto non può essere invocata come scusa” (*ignorantia legis non excusat*) si ritrova in tutti i sistemi giuridici nazionali. Ma è di ancor più rigida applicazione a livello internazionale tra gli Stati poiché ciascuno Stato possiede un Servizio giuridico più o meno strutturato presso il proprio Ministero degli Affari esteri la cui missione è, appunto, quella di fare luce sull’esistenza e sul contenuto delle norme del diritto internazionale. Inoltre, ciascun atto internazionale viene elaborato quasi sempre da una pluralità di organi dello Stato dimodoché la possibilità di errore di diritto è semplicemente irrealistica.

Ciò spiega perché l’**errore di diritto** non abbia alcuno spazio nell’ordinamento internazionale e non sia ritenuto ~~come~~ una causa di invalidità di un trattato. Piuttosto, nella prassi, accade che la Parte che ha commesso tale errore debba subirne le conseguenze<sup>(101)</sup>.

Così e ancora una volta nel caso dello **Statuto giuridico della Groenlandia orientale**, la Norvegia sostenne, tra l’altro, che la dichiarazione del Ministro Ihlen era stata emanata per errore in quanto egli, quando aveva assentito all’estensione della sovranità danese sulla Groenlandia Orientale, non si rendeva conto delle conseguenze giuridiche di tale atto (errore di diritto). La CPGI, però, ~~ha respinto~~ tale argomentazione e il giudice Anzilotti, nella sua opinione separata, indicò persino che, se vi fosse stato errore, l’errore era *inescusabile* giacché uno Stato è tenuto a conoscere le conseguenze giuridiche dei propri atti, soprattutto in materia di sovranità.

Il solo errore ammesso dal diritto internazionale a titolo di vizio del consenso è dunque l’**errore di fatto** ovvero su una “circostanza di fatto”. Ma deve trattarsi di un errore di fatto tale da costituire la “base essenziale” del consenso dello Stato che lo invoca ed, ovviamente, non deve avervi contribuito.

<sup>(100)</sup> Causa C-327/91, *Francia c. Commissione*, sentenza del 9 agosto 1994, in *Racc.* I, p. 3641.

<sup>(101)</sup> Salvo che l’errore di diritto non sia stato causato dalla condotta illecita dell’altra Parte: ma in tal caso si ha **dolo**.

**111. Consacrazione da parte della CIG.** — I principi generali contenuti nella CVT riprendono le soluzioni giurisprudenziali delle Corti internazionali dell’Aja. La CPGI, nel *caso delle concessioni Mavrommatis a Gerusalemme* <sup>(102)</sup> aveva già ammesso il semplice errore di fatto e non l’errore di diritto come vizio del consenso invocabile quale causa di invalidità di un trattato. Qui, la Corte precisò che non doveva trattarsi di un qualsiasi errore di fatto, ma di un errore che riguardasse una situazione o un fatto che costituisse la base stessa del trattato tale dall’aver determinato il consenso dello Stato che lo invoca.

Nel *caso del Tempio di Préh-Vihéar*, la CIG ebbe l’occasione di precisare la sua posizione indicando che: “[è] una regola di diritto consolidata che l’errore non costituisca un elemento atto a viziare il consenso se la parte che lo invoca ha contribuito a causarlo tramite la propria condotta, lo poteva evitare, o le circostanze erano tali per cui la parte era stata avvertita della possibilità di un errore” <sup>(103)</sup>.

Nella prassi, gli errori di fatto sono molto rari. Sono stati invocati soprattutto in materia di delimitazioni di frontiere (caso di *Préh-Vihéar*) a causa, specialmente, dell’uso di carte geografiche imprecise (in riferimento a fiumi o ostacoli naturali che non esistevano o che non si trovavano dove erano stati segnalati). Oggi, però, il progresso tecnologico e l’uso dei satelliti per la predisposizione delle mappe geografiche rende l’**errore cartografico** praticamente impossibile.

**112. Errata.** — Tali errori di fatto non devono essere confusi con i semplici errori nella redazione del testo (*errata/clerical errors*) i quali comportano solo rettifiche materiali e non costituiscono causa di invalidità di un trattato (v. **art. 79 CVT**).

#### c) Il dolo (art. 49 della Convenzione di Vienna del 1969)

**113.** — “La frode corrompe tutto” (*fraus omnia corrumpit*). Questo brocardo tradizionale trova applicazione anche in diritto internazionale in materia di dolo (*fraud*). *L’aspetto caratteristico del dolo è l’errore nel quale una Parte è indotta a causa degli artifizii o raggiri dell’altra Parte.* Perciò, un consenso dato in seguito a trattative fraudolente è da considerarsi nullo e comporta l’invalidità di un trattato. E così che l’**art. 49 CVT** precisa che:

“[s]e uno Stato sia stato indotto a concludere un trattato dal comportamento doloso di un altro Stato che ha partecipato alla negoziazione, esso può invocare il dolo come vizio del suo consenso a vincolarsi al trattato”.

Benché tale principio sia sicuro, non è possibile citare alcun esempio attuale di atti internazionali dichiarati nulli perché viziati da dolo <sup>(104)</sup>.

#### d) La corruzione di un rappresentante di uno Stato (art. 50 della Convenzione di Vienna del 1969)

**114. Precedenti.** — L’**art. 50 della CVT** individua — a differenza del diritto privato interno — una specifica figura di invalidità del trattato che si riferisce

<sup>(102)</sup> Ser. A, n. 10.

<sup>(103)</sup> Rec. 1962, p. 26.

<sup>(104)</sup> Nello stesso senso v. pure A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 316 ss. V. tuttavia, a proposito del Trattato di Ucciali, T. SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Ucciali, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 128 ss..

all'ipotesi in cui il consenso di uno Stato a vincolarsi sia stato ottenuto attraverso la corruzione (*Corruption*) del suo rappresentante:

“Se l'espressione del consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato è stata ottenuta ricorrendo alla corruzione del suo rappresentante attraverso l'azione diretta o indiretta di un altro Stato che ha partecipato alla negoziazione, lo Stato può invocare tale corruzione come vizio del suo consenso a vincolarsi al trattato”

Al riguardo, ci si riferisce, tradizionalmente, alla celebre vicenda della vendita della Louisiana agli Stati Uniti da parte della Francia di TALLEYRAND. Ancora, negli anni '70, si può citare il **caso Lockheed**, pur se la materia riguardava degli “appalti pubblici” e non dei trattati. Qui, per assicurare la vendita dei suoi aerei militari ad alcuni Paesi — ciò che fu definito il “mercato del secolo” — l'impresa americana Lockheed aveva conquistato il favore di alti ufficiali di molti Paesi europei e in Giappone.

Più recentemente, un collegio arbitrale ICSID ha affermato che la “corruzione” (nella fattispecie si trattava di tangenti versate ad un'alta personalità dello Stato al fine di firmare un contratto “vantaggioso” con il Governo locale) si pone in contrasto con l'“ordine pubblico internazionale” o “transnazionale” e impedisce così al contraente straniero (“corrotto”) di ottenerne l'esecuzione, non avendo quest'ultimo le “mani pulite” (105). Un altro collegio arbitrale ICSID ha concluso che la corruzione provoca una carenza di giurisdizione arbitrale (106).

**115. “Moralizzazione” delle relazioni internazionali.** — Riconoscere la corruzione del rappresentante dello Stato come possibile causa di nullità di un trattato è un'impresa lodevole ma molto difficile. La “moralizzazione” delle relazioni internazionali non è una preoccupazione secondaria nell'ordinamento internazionale: tende ad essere sempre più “codificata” e “sanzionata”. Fu così, ad esempio, che, a seguito dell'adozione da parte degli Stati Uniti di una legge contro siffatte pratiche (nel 1977, il *Foreign Corrupt Practices Act* (107), diverse istanze internazionali quali l'ONU (108), l'OCSE (109) o il Consiglio d'Europa hanno adottato apposite convenzioni internazionali concernenti il divieto e la sanzione della corruzione nelle relazioni internazionali, tanto nel settore privato quanto in quello pubblico (110).

(105) Vedi in particolare i punti 138-148 della sentenza già citata *World Duty Free v. Kenya* del 4 ottobre 2006. In argomento v. R. KREINDLER, “Competence-competence in the Face of Illegality of Contracts and Arbitration Agreements”, in *RCADI*, v. 361, 2013.

(106) ICSID Case No. ARB/10/3, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, in <https://www.italaw.com/cases/2272>, punto 411: “The definition of the term investment is found in Article 1(1) of the BIT. It includes a legality requirement. As the Tribunal has concluded above, the Claimant's “investment” does not meet the legality requirement and thus does not constitute an investment in the meaning of the BIT”.

(107) In *ILM*, 1978, p. 214.

(108) Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC) adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, resa esecutiva in Italia con L. 3 agosto 2009 n. 116.

(109) Dal 4 luglio 2001 sono pienamente efficaci in Italia le norme anche penali introdotte dal nostro Paese in esecuzione della Convenzione dell'OCSE del 17 dicembre 1997 *sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 e in vigore per l'Italia dal 15 dicembre 2000.

(110) In arg. cfr. A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014.

**116. Rischio di instabilità giuridica.** — A livello internazionale, il riconoscimento della corruzione come vizio del consenso presenta un rischio in caso di mutamento di Governo: i nuovi vertici — soprattutto se hanno la pretesa di istituire un regime “rivoluzionario” — non saranno forse tentati di invocare la “corruzione” dei loro predecessori al fine di liberarsi dagli obblighi internazionali assunti dal regime decaduto?

**e) La violenza**

**i. La violenza esercitata sul rappresentante di uno Stato (art. 51 della Convenzione di Vienna del 1969)**

**117.** — Gli esempi di violenza esercitata sul rappresentante di uno Stato (*Coercion of a representative of a State*) sono, fortunatamente, molto pochi. A questo proposito, si cita il caso tristemente famoso del trattato del 15 marzo 1939 che stabilì un Protettorato tedesco sulla Boemia in seguito a “pressioni fisiche” esercitate da Hitler e dai suoi seguaci contro Hácha, Presidente della Repubblica cecoslovacca dell’epoca.

Un trattato concluso in siffatte condizioni si troverebbe “sprovvisto di qualsiasi effetto giuridico”; sarebbe, in altre parole, **nullo *ab initio***. La sanzione è in questo caso più severa rispetto ai casi precedenti, in quanto non si tratta più di una semplice possibilità di invocare la nullità di un trattato.

**ii. La violenza esercitata su uno Stato con le minacce o l’uso della forza (art. 52 della Convenzione di Vienna del 1969)**

**118. Liceità tradizionale ed illiceità moderna dell’uso della forza.** — Per secoli, il ricorso alla violenza bellica è stato ritenuto lecito nelle relazioni internazionali. Nella società internazionale classica l’uso della forza era persino un mezzo di risoluzione comune delle controversie internazionali (*infra*, Cap. XX). Oggi, l’art. 2, par. 4, della Carta ONU proibisce il “ricorso alla minaccia o all’uso della forza” nelle relazioni internazionali.

**119. La violenza nelle sue varie forme** — L’art. 52 della CVT fa riferimento alla fattispecie della “violenza esercitata su uno Stato con le minacce o l’uso della forza” (*Coercion of a State by the threat or use of force*). Senonché, i contorni della nozione di uso “illecito” della forza non sono facili da individuare. Se è chiaro che vi rientri la “forza armata”, non vi rientra l’inclusione di forme non militari di *violenza di tipo economico, politico o psicologico*. La definizione di “aggressione” adottata dall’Assemblea Generale ONU nel 1974 copre, infatti, solo l’uso della “forza armata”. Al contrario, numerose risoluzioni ONU, (per esempio, quella del 1970 relativa alle “relazioni amichevoli tra gli Stati” o del 1974 sul “nuovo ordine economico internazionale”) così come una delle dichiarazioni adottate dai partecipanti alla Conferenza di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, fanno espressamente riferimento alla “violenza, militare, politica o economica”. Ma si tratta di diritto positivo? Qual è il contenuto e quali sono i confini precisi di tali concetti? Che cosa bisogna intendere per “coercizione economica” <sup>(111)</sup>?

<sup>(111)</sup> *Economic Coercion and the New International Economic Order*, edito da R. LILLICH, 1976.

Non è escluso che le poche norme internazionali in materia si evolvano allo stesso modo di quanto accade nel diritto interno, ammettendo, ad esempio, che il “vincolo economico si ricollega alla violenza”<sup>(112)</sup>. Ne conseguirebbe che l’approfittamento da parte di uno Stato della situazione di crisi di un altro Stato per imporre un trattato completamente squilibrato potrebbe essere allora qualificata come “violenza” di natura tale da inficiare la validità del suddetto impegno internazionale. Tale potrebbe essere il caso, ad esempio, di circostanze estreme legate a catastrofi naturali.

Cosa ne è poi della “violenza politica”? Venne invocata dalla Cina contro l’allora Unione sovietica in merito ai “trattati ineguali” conclusi con la Russia zarista nel XIX secolo. La violenza è talora invocata da una parte dei Paesi del c.d. terzo mondo desiderosi di lottare contro tutte le forme di “colonialismo”. Ma tali pretese non sono mai state riconosciute. Ammettere la violenza intesa in senso troppo ampio rischierebbe di “destabilizzare” i rapporti giuridici esistenti tra gli Stati, a discapito della stabilità delle relazioni internazionali e della certezza del diritto internazionale.

**120. Spiegazione giurisprudenziale.** — Una spiegazione della necessaria prudenza in materia è offerta dalla sentenza sul *caso delle Peschiere islandesi* (1973) tra Islanda e Regno Unito<sup>(113)</sup>. Qui, l’Islanda sostenne, davanti alla CIG, che lo *scambio di note* con il Regno Unito era nullo a causa di una (pretesa) violenza esercitata da quest’ultimo Stato mediante esercitazioni militari della sua flotta navale negli spazi marini contesi. La Corte respinse “questa dichiarazione mascherata di violenza che avrebbe reso nullo lo scambio di note fin dall’inizio”<sup>(114)</sup>; aggiunse che un “tribunale non poteva prendere in considerazione un’accusa così grave sulla base di una dichiarazione generale e vaga che non fosse sostenuta da alcuna prova”<sup>(115)</sup>. Al contrario, e ciò non deve sorprendere, il giudice messicano PADILLA NERVO si schierò in favore della parte più debole, l’Islanda nel caso di specie. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Nervo illustrò con grande chiarezza la posizione nella vita giuridica internazionale degli Stati più deboli — in generale dei Paesi meno sviluppati — desiderosi di tutela contro gli abusi di potere dei più forti: “una grande Potenza” — disse — “dispone di molti mezzi per usare la forza ed esercitare pressioni su una piccola Nazione, anche solo insistendo attraverso mezzi diplomatici per far accettare le sue posizioni. Ci sono delle pressioni morali e politiche che non possono essere stabilite per mezzo di prove documentali ma la cui esistenza è un fatto incontestabile”<sup>(116)</sup>. In tale ipotesi, la sanzione collegata a questo vizio del consenso è quella della *nullità*: il trattato concluso in tali condizioni non è “annullabile”, bensì è “nullo” fin dall’inizio (**nullità *ab initio***).

**121. Esempi.** — È possibile citare un esempio celebre di trattato nullo in quanto viziato dalla violenza di Stato: l’accordo di Monaco del 29 settembre 1938. La Germania lo riconobbe alla fine nel quadro della sua “Östpolitik” che mirava a

<sup>(112)</sup> Cass. civ., 30 maggio 2000, *Deparis c. Assurances Mutuelles de France Groupe Azur*, in *J.C.P.*, 2001, p. 571, con nota di SECNAZI.

<sup>(113)</sup> CIG, sentenza (giurisdizione) del 2 febbraio 1973, in *Rec.*, 1973, p. 3.

<sup>(114)</sup> *Rec.*, p. 13.

<sup>(115)</sup> *Ivi*, p. 59.

<sup>(116)</sup> *Rec.*, p. 91.



normalizzare le relazioni con i suoi vicini dell'Europa centrale <sup>(117)</sup>. Allo stesso modo, è possibile considerare nullo il trattato del 14 ottobre 1968 tra l'Unione sovietica e la Cecoslovacchia in merito allo stazionamento di truppe in quest'ultimo Paese: tale forma di legittimazione *a posteriori* della presenza di forze armate sovietiche in territorio cecoslovacco discendeva, infatti, da un trattato estorto a mezzo della violenza esercitata tramite l'invasione della Cecoslovacchia da parte delle truppe dei Paesi del Patto di Varsavia nell'agosto 1968 <sup>(118)</sup>.

**122. (segue) Applicazioni ai contratti tra Stati e stranieri.** —La prassi arbitrale recente fornisce altri esempi, in materia di *contratti tra Stati ed imprese straniere*. Così, nel caso *Desert Line Projects c. Repubblica dello Yemen* <sup>(119)</sup>, il collegio arbitrale ritenne nulli alcuni impegni contrattuali conclusi in seguito a “pressioni intollerabili”, sia fisiche sia di natura economica, esercitate dallo Stato nei riguardi di un investitore estero.

## 2. — La liceità dell'oggetto del trattato

**123.** — Nell'ordinamento interno, un contratto, per essere valido ed efficace, deve avere un oggetto ed una causa lecita. Per la validità degli accordi internazionali, invece, non sono necessari tutti i requisiti previsti per i contratti negli ordinamenti interni, quali ad es. la *causa* nei sistemi di *Civil Law* (di cui agli artt. 1325 e 1343 ss. cod. civ. it.) o la *consideration* dei sistemi di *Common Law*. Del pari, è valido l'accordo per cui un solo Stato assume obblighi ed oneri senza alcun corrispettivo (com'era il caso dei *trattati ineguali* in passato) <sup>(120)</sup>.

**124. Il trattato non deve entrare in conflitto con “una norma imperativa del diritto internazionale” (jus cogens)** — Se sussiste un contrasto “genetico” tra un trattato e una norma di *jus cogens* già in fase di formazione, il trattato è colpito da nullità *ab initio*; se invece un trattato non è più conforme ad una norma di *jus cogens* per effetto di una mutazione di quest'ultimo, il trattato diventa nullo ma solamente *ex nunc*, ossia per l'avvenire (art. 64 della CVT). Si tratta, in quest'ultimo caso, di *nullità sopravvenuta* che si manifesta quando un trattato già concluso si rivela contrario a una *nuova* norma imperativa del diritto internazionale (*jus cogens*): ecco perché quel trattato diviene nullo *ex nunc*, ossia senza effetti retroattivi.

## 3. — La pubblicità dei trattati

**Bibliografia sommaria:** P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto*, Padova, 1990; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., cit., p. 297 ss.; M. DONALDSON, “The Survival of the Secret Treaty: Publicity, Secrecy, and Legality in the International Order”, *AJIL*, 2017, pp. 575-627; D. AZARIA, “Secret Treaties in International Law and the Faith of States in Decentralized Enforcement”, in *AJIL Unbound*, 2018, pp. 469-473; A. CALAMIA, “Accordi in forma semplificata e accordi segreti: questioni scelte di diritto internazionale e di diritto interno”, in *OIDU*, 2020, pp. 1-18.

<sup>(117)</sup> Trattato di “normalizzazione” del 1973 tra la RFT e la Cecoslovacchia che parla correttamente della “nullità riconosciuta” dell'accordo di Monaco ma si astiene dal dire “a partire da quando”. Cfr. PH. BRETTON, “Les négociations germano-tchécoslovaques sur l'accord de Munich du 29 septembre 1938”, in *AFDI*, 1973, p. 189 ss.

<sup>(118)</sup> V. G. FISCHER, “Quelques problèmes juridiques découlant de l'affaire tchécoslovaque”, in *AFDI*, 1968, p. 15 ss. e in particolare pp. 36-42.

<sup>(119)</sup> Lodo ICSID del 6 febbraio 2008, caso n. ARB/05/17.

<sup>(120)</sup> In arg. cfr. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 42 ss.

**125. Un'idea americana.** — *I trattati devono essere pubblicati e quindi sottoposti al controllo dell'opinione pubblica.* Nel passato, i “trattati segreti” non erano rari: essi furono spesso considerati come una delle cause dei conflitti internazionali e della loro estensione <sup>(121)</sup>. Il nuovo governo sovietico causò peraltro grande turbamento nel mondo quando pubblicò agli inizi del 1917 il testo dei “trattati segreti” conclusi dal regime zarista.

Più vicino ai nostri giorni, il Patto di non-aggressione tedesco-sovietico del 23 agosto 1939 (o accordo Ribbentrop-Molotov) fu accompagnato da Protocolli segreti del 23 agosto 1939, 23 settembre 1939 e 10 gennaio 1941 che delineavano le “sfere d'influenza” rispettive dei due Paesi in Europa orientale, stabilendo in particolare il distacco e poi il ricongiungimento completo della Lituania all'URSS verso un corrispettivo <sup>(122)</sup>.

Eppure non bisogna credere che tale prassi sia completamente scomparsa, ai nostri giorni. Non sorprende che la stampa, qualche tempo fa, abbia fatto menzione di un trattato “segreto” bilaterale del 1995 tra gli Stati Uniti e la Russia, secondo il quale quest'ultimo Paese si impegnava a non vendere armi all'Iran <sup>(123)</sup>.

#### a) *La registrazione*

**126.** — L'art. 18 del Patto della SdN stabilì il principio della registrazione, presso il Segretariato, dei trattati conclusi dai membri della SdN. Così, dal 1920 al 1944, furono registrati e pubblicati sotto gli auspici della SdN ben 4822 trattati o accordi internazionali, a volte anche applicabili a Stati terzi, come gli Stati Uniti d'America. Ciò non vuol dire tuttavia che *tutti* i trattati dell'epoca fossero stati registrati e pubblicati: alcuni non lo furono a causa della loro importanza secondaria (come nel caso di accordi esclusivamente tecnici), mentre altri non furono pubblicati per ragioni diametralmente opposte dovute alla loro importanza politica e militare (*accordi militari segreti*).

L'art. 102 della Carta ONU ha riproposto il medesimo principio. Peraltro, è compito del Segretariato generale dell'ONU procedere alla pubblicazione dei trattati registrati presso il suo ufficio. Questi trattati vengono pubblicati in “raccolte” oggi accessibili via internet.

#### b) *Gli effetti della pubblicazione o della mancata pubblicazione dei trattati*

##### *i. Il sistema della SdN*

**127. Nullità.** — L'art. 18 del Patto della SdN disponeva che nessun trattato o impegno internazionale avesse efficacia “obbligatoria prima di essere stato registrato” <sup>(124)</sup>. Questa disposizione derivava dal principio della “diplomazia aperta” che

<sup>(121)</sup> Il divieto dei trattati segreti costituiva d'altronde il primo dei famosi “14 punti” del Presidente Wilson del gennaio 1918.

<sup>(122)</sup> V. il testo di questi accordi segreti in *Le Monde*, 1 agosto 1989, p. 5.

<sup>(123)</sup> V. *Le Figaro* del 27 dicembre 2000.

<sup>(124)</sup> La registrazione veniva effettuata su richiesta delle Parti contraenti o di una di esse. Poteva, eccezionalmente, avvenire anche d'ufficio da parte del Segretario Generale della SdN. La prima fase era la *registrazione*, ossia l'iscrizione di un trattato nel registro speciale a cura del Segretario Generale; seguiva, poi, la *pubblicazione*, ossia l'inserzione del testo nel *Recueil des traités et des engagements internationaux*

costituiva il primo dei famosi quattordici punti enunciati dal Presidente Wilson nel messaggio al Congresso degli Stati Uniti dell'8 gennaio 1918. Eppure, la reale portata di questa regola non sembrò mai molto chiara. Significava che un trattato non registrato sarebbe risultato nullo? O, piuttosto, voleva dire che un siffatto trattato non sarebbe stato “opponibile” dinanzi ai soli organi della SdN?

**128. Una prassi incerta.** — La prassi internazionale non consentiva di trarre delle conclusioni sicure giacché quando tale questione venne sollevata, almeno una delle Parti alla controversia non era membro della SdN. Così, nel parere consultivo della CPGI sul *caso del servizio postale polacco a Danzica*, la Corte non esitò a riferirsi ad un accordo del 1931 tra la Polonia, che era membro della SdN, e la Città libera di Danzica, che non lo era, nonostante il trattato in questione non fosse mai stato registrato presso il Segretariato generale della SdN <sup>(125)</sup>. Nel *lodo Pablo Najera*, reso tra la Francia e il Messico nel 1928, l'arbitro rifiutò persino di ammettere la presentazione della documentazione del Messico, in base alla quale risultava che, il trattato del 25 settembre 1924, su cui si fondava la giurisdizione della “Commissione mista” adita, non aveva carattere vincolante nei suoi confronti giacché la Francia — membro della SdN — non aveva proceduto alla formalità della registrazione (il Messico invece non era membro della SdN) <sup>(126)</sup>.

## ii. Il sistema dell'ONU

**Bibliografia sommaria:** S. ROSENNE, “United Nations Treaty Practice”, in *RCADI*, 1954-II, v. 86, p. 281; M. TABORY, “Recent developments in U.N. treaty registration and publication practices”, in *AJIL*, 1982, p. 350; HUTCHINSON, *The Signification of the Registration or non Registration of an International Agreement in Determining whether or not it is a Treaty*, in SCOTT DAVIDSON (ed.), *The Law of Treaties*, Aldershot, 2004, p. 133; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 12 ed., cit., p. 466 ss.

**129. L'inefficacia del trattato non registrato.** — La registrazione dei trattati è prevista all'art. 102 della Carta ONU la quale ha accolto il *principio della inefficacia relativa dei trattati non registrati*. Tale obbligo di registrazione si applica ai trattati ed accordi internazionali conclusi dopo l'entrata in vigore della Carta, ossia il 24 ottobre 1945. Le condizioni operative di applicazione dell'art. 102 sono state precisate con risoluzione dell'Assemblea Generale che ha adottato un regolamento per la registrazione e pubblicazione dei trattati ed accordi internazionali, poi confluita nell'*UN Treaty Handbook*, ora accessibile via internet al sito dell'ONU.

Sembra evidente, oggi, che un trattato non registrato mantenga comunque la propria forza obbligatoria per le Parti contraenti non essendo colpito da alcuna causa di nullità; inoltre, è altrettanto evidente che quel trattato possa essere impugnato dinanzi ad un tribunale arbitrale (compresa la CPA) o ad un giudice internazionale diverso dalla CIG <sup>(127)</sup>. Così, quando la Francia invocò il sorgere di una controversia

---

*enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*. Furono registrati 4.834 trattati e vennero pubblicati 205 volumi.

<sup>(125)</sup> CPGI, 16 marzo 1925, *Ser. B*, n. 11.

<sup>(126)</sup> *Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine*, Paris, Pedone, 1936, p. 156.

<sup>(127)</sup> Del resto, nel già citato *caso della delimitazione marittima e questioni territoriali tra Qatar e Bahrein*, la CIG confermò la piena validità e il carattere obbligatorio tra le Parti contraenti di un trattato non registrato secondo l'articolo 102 della Carta. Cfr. CIG, Sentenza del 1° luglio 1994, competenza ed ammissibilità, p. 122, punto 29.

con l'Algeria a livello internazionale, a seguito delle nazionalizzazioni decise da quest'ultimo Paese all'inizio degli anni '70, essa si affrettò a procedere alla registrazione dei famosi "accordi d'Evian" del 1962 presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite (formalità da cui si era sottratta fino a quel momento).

## Sezione II

### L'EFFICACIA DEI TRATTATI

**130. Struttura.** — I trattati producono per loro natura degli effetti giuridici negli ordinamenti delle Parti contraenti (§ 1). A certe condizioni, possono produrre effetti anche rispetto ai terzi (§ 2). Tali effetti possono mutare nel tempo (§ 3) o possono anche cessare (§ 4).

#### § 1. — *Gli effetti dei trattati nei confronti delle Parti contraenti*

**131.** — Il principio fondamentale del diritto dei trattati — similmente a quanto si ha nel diritto dei contratti nell'ordinamento domestico — risiede nel loro carattere obbligatorio: gli accordi vanno rispettati. Tale è il significato generale dell'antica regola *pacta sunt servanda*. Essendo il trattato il prodotto della volontà degli Stati, è a volte difficile valutare ciò che le Parti contraenti hanno realmente voluto: gli effetti dei trattati potranno allora variare in base all'interpretazione che sarà loro data.

#### 1. — **La forza obbligatoria dei trattati per le Parti contraenti:** *pacta sunt servanda*

**132.** — Tale principio, preso a prestito dal diritto interno dei contratti, è formulato senza alcuna ambiguità dall'art. 26 CVT: "Ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere da esse eseguito in buona fede". Va notato che questo principio non è affatto nuovo: la sua esistenza è in effetti concomitante a quella dei trattati stessi. L'uno non potrebbe esistere senza l'altro. Il Preambolo della Carta ONU lo consacra formalmente indicando "il rispetto degli obblighi nati dai trattati ed altre fonti del diritto internazionale" e che tutti i membri ONU "devono adempiere in buona fede agli obblighi che hanno assunto a titolo della presente Carta" (art. 2, par. 2).

#### a) *L'obbligo di rispettare le norme del trattato*

**133.** — Ciascuno Stato contraente è tenuto a rispettare sia quanto è stato scritto sia lo spirito di un trattato. Più precisamente, tutti gli organi dello Stato — legislativo, esecutivo, giudiziario e anche il costituente — devono conformarsi alle disposizioni di un trattato e darvi piena e completa esecuzione.

Gli effetti internazionali dei trattati possono arrestarsi al livello degli organi statali, secondo l'espressione statunitense "*the treaty speaks to the Government*". Ed in effetti, molti trattati riguardano relazioni tra Stati e hanno come unico scopo quello di orientare la condotta degli Stati in certi ambiti (politico, economico, sociale, medico etc.).

Altre volte, tuttavia, ed è oggi un caso frequente, i trattati possono oltrepassare lo schermo statale e produrre direttamente degli effetti giuridici in capo ai singoli ("*the treaty speaks to the Court*").

**b) Un'esecuzione secondo buona fede**

**134. Principio di buona fede.** — Il principio di buona fede è implicito in ogni sistema giuridico <sup>(128)</sup>. Si ha difficoltà ad immaginare un ordinamento giuridico fondato sul suo opposto, la “mala fede”. Senza dubbio tale clausola generale, difficile da cogliere e da individuare, domina l'insieme del diritto internazionale. Il principio riveste una sua funzione nell'ambito dell'esecuzione dei trattati come, del resto, nell'ordinamento interno, avviene, *inter alia*, nell'ambito dell'esecuzione dei contratti <sup>(129)</sup>.

**135. Prassi giudiziaria internazionale.** — Le Corti internazionali dell'Aja hanno avuto spesso occasione di ricorrere al principio di buona fede con riferimento all'esecuzione dei trattati. La CIG, ad es., ne ha tratto la conclusione che le autorità statali competenti incaricate di eseguire — nell'ambito delle loro competenze — le disposizioni di un trattato dovevano usare le loro prerogative in un “modo ragionevole”. Così, nel *caso dei cittadini americani residenti in Marocco*, la Corte riconobbe che il potere di classificare le merci a fini tariffari apparteneva alle autorità doganali locali ma che le stesse “dovevano usare questo potere in maniera ragionevole e in buona fede” <sup>(130)</sup>. Già la CPGI aveva avuto modo di precisare che il principio di buona fede implicava il rispetto delle disposizioni convenzionali intese sia come testo scritto, sia “nello spirito” che aveva portato alla loro formulazione. La Corte, adita per specificare la portata del principio di non-discriminazione, ritenne che le prassi vietate comprendevano delle discriminazioni sia di diritto sia di fatto <sup>(131)</sup>. Infine, nel *caso dei test nucleari*, la CIG ha ribadito la sua posizione in materia illustrando la centralità di tale principio con queste parole: “uno dei principi di base che presiedono alla creazione e all'esecuzione di obblighi giuridici, qualunque sia la fonte, è quello di buona fede. La fiducia reciproca è una condizione insita nella cooperazione internazionale, soprattutto in un'epoca in cui, in molti campi, questa cooperazione è sempre di più indispensabile” <sup>(132)</sup>.

**136. Prassi arbitrale internazionale.** — La prassi arbitrale va nella stessa direzione ed è ricca di precedenti che riconoscono ulteriormente l'importanza del principio di buona fede. È così, ad esempio, che, nel *caso degli stabilimenti ittici della costa settentrionale dell'Atlantico del 1910*, la CPA esaminò la competenza della Gran Bretagna a regolare la pesca nelle acque canadesi in virtù del trattato di Londra del 1818 stipulato con gli Stati Uniti: “dal trattato” — affermò la CPA — “risulta un obbligo in virtù del quale il diritto della Gran Bretagna di esercitare la propria sovranità emanando regolamenti è limitato ai regolamenti adottati in buona fede e senza violare il trattato”; così facendo, la Corte volle riferirsi al “principio di diritto internazionale secondo il quale gli obblighi convenzionali devono essere eseguiti in perfetta buona fede” <sup>(133)</sup>.

<sup>(128)</sup> Cfr. E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, nonché M. LACHS, *Some thoughts on the role of good faith in International Law*, in *Mélanges Rolin*, 1977, p. 3895.

<sup>(129)</sup> Cfr. al riguardo l'art. 1375 del Codice civile italiano e l'art. 1134 del Codice civile francese.

<sup>(130)</sup> *Rec.*, 1952, p. 212.

<sup>(131)</sup> *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, 1932, A/B. n. 44, p. 28; *Scuole minoritarie in Albania*, 1935, A/B, n. 64, pp. 19-20.

<sup>(132)</sup> CIG, 20 dicembre 1974, *Australia e Nuova Zelanda c. Francia*, p. 268.

<sup>(133)</sup> in *RSA*, vol. XI, p. 188.

### c) *Mancata esecuzione e responsabilità internazionale*

**137.** — La grande maggioranza delle norme dei trattati internazionali crea dei diritti e degli obblighi per le Parti. Si ha adempimento se gli obblighi nascenti da un trattato vengono eseguiti; si ha inadempimento quando si ha violazione di quegli stessi obblighi. Pertanto, il mancato rispetto, la mancata esecuzione in buona fede degli obblighi di diritto pattizio, da parte di uno Stato contraente comporta la sua responsabilità internazionale (*infra* Cap. XVI).

#### 2. — *La possibile diretta efficacia dei trattati a favore dei soggetti privati*

**138.** — Gli Stati sono i principali destinatari delle norme delle quali sono gli autori.

Ciononostante, si verifica sempre più frequentemente ai nostri giorni che alcuni trattati tra Stati concedano dei diritti o impongano degli obblighi direttamente in capo ai privati (basti pensare a trattati come la CEDU o il Trattato di Roma del 1957 — oggi, il TUE ed il TFUE — o ancora, al trattato istitutivo della Corte penale internazionale). Sorge pertanto la questione, molto delicata, di sapere se taluna o talaltra disposizione di un trattato è “a effetto diretto” o “*self-executing*” nell’ordinamento interno di un dato Stato contraente su cui torneremo più diffusamente nei Capp. XVII e XVIII.

#### 3. — *L’esatta determinazione del significato e degli effetti di un trattato: l’interpretazione*

**Bibliografia sommaria:** G. BERLIA, “Contribution à l’interprétation des traités”, in *RCADI*, 1965, vol. 114, p. 283; F. A. MANN, “The interpretation of the Constitution of the International Financial Organizations”, in *BYIL*, 1968-9, p. 1; A. GIARDINA, “Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell’ordinamento interno”, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 701 ss.; M. K. YASEEN, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, in *RCADI*, 1976-III, v. 151, p. 1; J. SALMON, “Le concept de raisonnable en droit international public”, *Mélanges Paul Reuter*, 1981, pp. 447-478; J. SALMON, “Le fait dans l’application du droit international”, in *RCADI*, 1982-II, t. 175, pp. 257-414; S. BARIATTI, *L’interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986; D. VAGTS, “Treaty interpretation and the New American Ways of Law Reading”, in *Eur. J.I.L.*, 1993, p. 472; TORRES BERNARDEZ, *Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Liber amicorum Seidl-Hohenveldern*, cit., p. 721; CAÑADO TRINDADE, *La interpretación de tratados en el Derecho internacional y la especificidad de los tratados de Derechos humanos*, in *Estudios en homenaje a E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, p. 747; R. GARDINER, *Treaty interpretation*, Oxford, OUP, 2008; M. FITZMAURICE (ed.), *Treaty interpretation and the Vienna Convention*, Leiden, 2010; v. altresì i vari contributi circa *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, *RGDIP*, 2011, p. 289 ss.; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., p. 205 ss.; L. CREMA, *La prassi successiva e l’interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano, 2017; D. HOLLIS, *The Oxford Guide to Treaties*, OUP, 2020, Ch.V; S. BARIATTI, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 100 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 186 ss.; T. SCOVAZZI, in *Corso di diritto internazionale*, 3 ed., cit., p. 54 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILOLO, *Il diritto internazionale...*, 4 ed., cit., p. 214 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 231 ss.. V. altresì i sempre più numerosi lavori della CDI in materia di riserve ai trattati (2011), sulla prassi successiva (2018) e sull’applicazione provvisoria dei trattati (2021) al sito: <https://legal.un.org/ilc/texts/texts.shtml>.

**139. Parallelismo col diritto interno dei contratti.** — Molte delle regole di interpretazione dei trattati — e, peraltro, di qualsiasi atto giuridico — si ricavano, in gran parte, dalla logica e dal buon senso.

Grozio e i suoi successori attinsero sistematicamente alle regole del *diritto romano* in quanto *diritto comune* in materia di obbligazioni contrattuali per interpretare i

trattati e, fino alla CVT (ma anche oggi per gli Stati che non sono Parti contraenti di questo trattato), si è trattato di norme a carattere consuetudinario. Dal canto suo, la Corte EDU, nel **caso Golder**, ha ribadito che gli artt. 31-33 della CVT, hanno valore consuetudinario in quanto enunciano “principi generali comunemente accettati in diritto internazionale” <sup>(134)</sup>.

In effetti, si tratta di norme che vengono costantemente utilizzate dagli Stati e si trovano largamente applicate dagli arbitri e dai tribunali internazionali <sup>(135)</sup>, fermo restando che l’interpretazione di un trattato viene effettuata dagli Stati stessi o, previo il loro consenso, da un giudice od arbitro internazionale.

Le regole di interpretazione dei trattati sono necessarie per assicurare un’applicazione uniforme delle disposizioni di un trattato. Non bisogna infatti dimenticare che lo scopo di qualunque trattato, e del diritto internazionale nel suo insieme, è quello di porre delle regole comuni ed ancor più di assicurare una uniformità di applicazione da parte dei loro destinatari.

**140. Convenzione di Vienna del 1969.** — La CVT prevede una norma generale sull’interpretazione dei trattati (art. 31) a cui se ne affianca un’altra sui “mezzi complementari di interpretazione” (art. 32) ed una finale sull’interpretazione dei trattati redatti in più lingue (art. 33).

#### a) *L’interpretazione secondo buona fede*

**141.** — L’art. 31, par. 1, della CVT dispone che “[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”.

La regola della “buona fede” domina da secoli tutta la giurisprudenza interpretativa dei trattati <sup>(136)</sup>. Evidentemente si tratta di una clausola generale. In breve, è possibile dire che la buona fede obbliga le Parti contraenti ad interpretare il trattato in modo ragionevole, nel rispetto sia delle norme sia della volontà dei suoi autori. È un principio per così dire “classico”, che ha trovato applicazione anche nel lodo arbitrale sul *Rainbow Warrior*, del 30 aprile 1990, al termine di una controversia tra la Francia e la Nuova Zelanda <sup>(137)</sup>. La CIG ha confermato tale impostazione nel **caso Gabčíkovo-Nagymaros** indicando che il principio di buona fede obbliga le Parti ad applicare [il trattato] secondo uno standard di ragionevolezza ed in modo tale che il suo scopo possa essere raggiunto.

#### b) *L’interpretazione secondo il “senso ordinario delle parole”*

**142.** — In principio, bisogna rifarsi al significato ordinario delle parole, a meno che gli Stati non le abbiano utilizzate espressamente in senso tecnico o con determinati significati. È quanto la CIG ha indicato nel parere consultivo del 1950 sulla *competenza dell’Assemblea Generale per l’ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite*, ove si è espressa in questi termini:

<sup>(134)</sup> Cfr. R. PELLOUX, in *AFDI*, 1975, p. 330.

<sup>(135)</sup> V. ad es. l’art. 36, par. 2, dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (CIG), che affida espressamente alla Corte il compito dell’interpretazione dei trattati.

<sup>(136)</sup> Cfr. E. ZOLLER, *cit.*, p. 202 e ss.

<sup>(137)</sup> R. PINTO, *Clunet*, 1990, p. 841 ed in particolare p. 852.

“[l]a Corte ritiene necessario affermare che il primo dovere del tribunale chiamato ad applicare le disposizioni di un trattato sia di sforzarsi di applicare le disposizioni stesse nel loro contesto, *secondo il loro senso naturale e ordinario*. Se le parole pertinenti, nel momento in cui si attribuisce loro un significato naturale ed ordinario, hanno un senso nel loro contesto, l’esame dovrà fermarsi a quel punto...se invece le parole, allorché si attribuisca il significato naturale e ordinario sono equivoche o conducono a risultati irragionevoli, allora — e solo allora — la Corte deve ricercare attraverso altri metodi interpretativi ciò che le Parti in realtà avevano in mente quando si sono servite delle parole in questione” (138).

Il criterio dell’interpretazione testuale significa dunque che “se le parole da interpretare hanno già un significato, che risulta dal loro senso ordinario e naturale, non si devono ricercare significati poco evidenti o plausibili” (139) sicché anche le carte geografiche hanno valore di trattato solo se formano parte integrante del trattato a cui accedono.

In conclusione, il testo di un trattato non va mai letto alla luce dei *desiderata* di uno solo degli Stati, bensì considerando il testo da interpretare alla stregua del “terreno di gioco comune” in cui si è materializzata la convergenza del consenso ad obbligarsi degli Stati contraenti.

### c) *Un’interpretazione calata nel contesto*

**143. Soluzione della Convenzione di Vienna del 1969.** — L’art. 31, par. 2, CVT, dispone che “[a]i fini dell’interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati: a) ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato; b) ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle altre parti come strumento in connessione col trattato”.

**144. Uso giudiziario frequente.** — Il ricorso al “contesto” è frequente nella prassi internazionale. Fu così che la CPGI, nel suo parere consultivo sulla *competenza dell’OIL per la regolamentazione del lavoro nell’agricoltura*, indicò chiaramente la strada da seguire in tale materia: “[p]er esaminare la questione attualmente pendente davanti alla Corte, alla luce stessa dei termini del trattato, bisogna evidentemente leggere [questo atto] nel suo insieme, senza determinare il suo significato sulla base di qualche frase separata dal suo contesto e che, avulsa appunto da tale contesto, può essere interpretata in molti modi” (140).

Nel *caso del Tempio di Préah-Vihéar*, la CIG ebbe nuovamente occasione di precisare la sua posizione in materia, affermando che: “[l]a Corte deve applicare le regole normali di interpretazione e la prima di queste è, secondo la propria giurisprudenza costante, che bisogna interpretare le parole nel loro senso naturale e ordinario nel contesto da cui esse emergono” (141).

**145. Preamboli ed allegati.** — Per “contesto” si intende, ad esempio, ciò che

(138) *Rec.*, 1950, p. 8. Corsivo aggiunto.

(139) SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, II, 3 ed., cit., p. 54.

(140) *Ser. B. n. 2 e 3*, 1922, p. 23. Si veda anche nello stesso senso il Parere consultivo della CIG nel 1950, già citato.

(141) *Eccezioni preliminari*, *Rec.*, 1961, p. 32.



viene riportato nel *preambolo* di un trattato <sup>(142)</sup>. Anche gli *allegati* di un trattato formano parte del “contesto”, cui il giudice attribuirà un ruolo importante soprattutto se si tratta di testi che hanno valore interpretativo di alcune disposizioni convenzionali. In questo senso, ad esempio, nel **caso *Ambatielos*** tra Grecia e Regno Unito, la CIG valutò che “le disposizioni [di una] dichiarazione [avevano] il carattere di clausole interpretative e, come tali, [dovevano] essere considerate come parti integranti del trattato” <sup>(143)</sup>.

**146. Limiti.** — Esiste, tuttavia, un limite al metodo di interpretazione del testo di un trattato collocato nel suo “contesto”: quello di “non condurre a risultati irragionevoli o assurdi”, come del resto venne sostenuto dalla CPGI nel suo parere consultivo relativo al *servizio postale polacco di Danzica* <sup>(144)</sup>.

#### d) *Un'interpretazione in funzione “dell'oggetto e dello scopo” di un trattato*

**147.** — Oltre che in base ai dati testuali, *un trattato dovrà essere interpretato alla luce del proprio oggetto e delle proprie finalità eliminando di conseguenza i significati che risultino in contrasto o comunque non conciliabili con tali parametri.*

Certo, in materia di trattati di protezione dei diritti umani sono legittime quelle interpretazioni che, in caso di dubbio, privilegiano la tutela dell'individuo. Ma i principi di cui sopra valgono anche per i trattati commerciali ove, sempre più spesso, vengono innestate clausole “non trade” anch'esse in materia di diritti umani, diritti sociali ed ambientali. Non c'è dunque da stupirsi se, alla luce dell'oggetto e dello scopo di questi ultimi trattati (la liberalizzazione degli scambi di merci) quelle clausole sociali e sui diritti umani si rivelino per lo più delle clausole ornamentali.

Senonché, è pur vero che tale tecnica di interpretazione dei trattati è stata utilizzata dalla CIG in modo più “attivista” <sup>(145)</sup>. Ciò è accaduto però non in materia di diritti umani bensì in materia di OIG per consolidare la dottrina dei “poteri impliciti” delle OIG.

Nel proprio ordinamento, anche la Corte di Giustizia UE fa un uso frequente di tale metodo ermeneutico, talvolta ai limiti dell'abusivismo, tramite il proprio *judge-made Law* che intende imporre alla volontà degli Stati membri <sup>(146)</sup>.

#### e) *L'effetto utile del trattato*

**148. Invocazione frequente.** — La regola di interpretazione detta dell'“effetto utile” deriva dal diritto romano ove veniva espressa tramite il brocardo *ut res magis valeat quam pereat*. In base a tale principio, si ha che in caso di dubbio occorre scegliere l'interpretazione secondo la quale una norma di un trattato trovi la propria

<sup>(142)</sup> V. il caso — già citato — dei *Cittadini degli Stati Uniti in Marocco*, CIG, 27 agosto 1952, *Rec.*, 1952, pp. 183-184, 197-198.

<sup>(143)</sup> Eccezioni preliminari, *Rec.*, 1952, p. 44.

<sup>(144)</sup> Ser. B, n. 11, p. 39.

<sup>(145)</sup> V. il caso, già citato, dei *diritti degli americani in Marocco*, in *Rec.*, 1952, pp. 183-184, 197-98 o il caso del *Sud-Ovest africano*, prima fase, in *Rec.* 1962, p. 336.

<sup>(146)</sup> V. l'attuale dibattito in materia di investimenti diretti esteri a proposito della validità ed efficacia dei BITs intra-Ue e persino extra-Ue.

ragion d'essere nella produzione di effetti giuridici, piuttosto che l'interpretazione secondo la quale quella stessa norma risulterebbe inutile <sup>(147)</sup>.

Nel **caso dello Stretto di Corfù**, oggetto di un contenzioso tra il Regno Unito e l'Albania dinanzi alla CIG nel 1949, la Corte ricorse a tale tecnica attraverso le seguenti parole: “sarebbe contrario alle regole d'interpretazione generalmente riconosciute considerare che una disposizione di questo genere, inserita in un compromesso, sia una disposizione priva di portata giuridica e senza effetto” <sup>(148)</sup>.

**149. Limite.** — Esiste, tuttavia, un limite al metodo dell'effetto utile: come ha notato la CIG, nel suo **parere consultivo relativo alla interpretazione dei trattati di pace**, esso non deve finire con il contraddire la “lettera e lo spirito del trattato” <sup>(149)</sup>. In effetti, interpretare il trattato contrariamente al suo chiaro significato avrebbe come conseguenza la sua revisione.

#### **f) Un'interpretazione conforme “alla lettera e allo spirito” del trattato**

**150.** — Tale principio di interpretazione va sempre utilizzato in materia di trattati internazionali ma appare assai difficile da definire in via generale ed astratta. È chiaro, tuttavia, che questo metodo non finirà mai col “far dire” al trattato qualcosa che esso non dice, con la conseguenza di modificarne il senso e la portata. Per questo **la CIG** ha affermato che: “[l]a Corte è chiamata ad interpretare i trattati, non a modificarli” <sup>(150)</sup>. In tale cornice normativa si collocano anche i metodi interpretativi utilizzati dagli **arbitri ICSID**: qui gli accordi bilaterali in materia di investimenti vanno interpretati, in linea di principio, in modo “neutrale” ossia senza privilegiare né lo Stato ospite, né l'investitore straniero <sup>(151)</sup>.

#### **g) Un'interpretazione restrittiva delle limitazioni alla sovranità degli Stati**

**151. Una regola internazionale di diritto comune.** — L'art. 31, par. 3, lett. c, CVT consente, a fini interpretativi, di tener conto di “qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti”. Orbene, chiunque può comprendere tale norma soprattutto nella parte in cui si riferisce a norme già applicabili fra gli stessi Stati del cui trattato si parla ed in vigore al momento in cui si effettua l'interpretazione. Ed è sempre in virtù delle caratteristiche specifiche dell'ordina-

<sup>(147)</sup> T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 393.

<sup>(148)</sup> *Rec.*, 1949, p. 24. Tra i precedenti della CPGI si segnalano i casi dell'*acquisizione della nazionalità polacca*, Ser. B, n. 7, 1923, pp. 16-17; dello *scambio delle popolazioni greche e turche*, Ser. B, n. 10, 1925, p. 25; delle *Zone franche dell'Alta Savoia e dei Paesi di Gex*, Ser. A, n. 22, 1929, p. 13.

<sup>(149)</sup> *Rec.*, 1950, p. 229.

<sup>(150)</sup> *Parere consultivo sulla Interpretazione dei trattati di pace*, in *Rec.* 1950, p. 229.

<sup>(151)</sup> ICSID Case No. ARB/03/15, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, lodo parziale sulla giurisdizione, 27 aprile 2006, punti 68-70: “This Tribunal wishes to state clearly at the outset the standards of interpretation of a BIT, which is an international treaty between two States whose purpose it is to protect the investments made by the nationals of each of the two States on the territory of the other, as this question has often been settled through different approaches. On the one hand, some contend that the treaty should be interpreted so as to favour State sovereignty; on the other, it has been argued that the interpretation should favour the investor's protection...This Tribunal considers that a balanced interpretation is needed, taking into account both State sovereignty and the State's responsibility to create an adapted and evolutionary framework for the development of economic activities, and the necessity to protect foreign investment and its continuing flow”.

mento internazionale (*supra* Cap. I, II, III) che quando si tratta di interpretare le disposizioni di un trattato che implicano una *restrizione della sovranità delle Parti contraenti*, è opportuno farlo sempre *in senso restrittivo*. La ragione è semplice: una costruzione “collettivista” implicherebbe per gli Stati contraenti un accrescimento dei loro obblighi. Orbene, dato il principio fondamentale per cui nessun obbligo di diritto pattizio può essere imposto ad uno Stato senza il suo consenso, se ne deduce il corollario secondo il quale occorre preservare nella misura più ampia possibile la sua indipendenza e sovranità rispetto ad obblighi internazionali che non ha volontariamente assunto. Ciò va sottolineato in quanto oggi non manca chi, non conoscendo la struttura del diritto internazionale, deduce con illusorie ed infondate “interpretazioni sistematiche” prese a prestito dal diritto interno l’applicazione di norme non previste dallo specifico trattato che si vuole interpretare (v. ad es. il dibattito circa le regole “*non Trade*” — come in materia di clausole sociali ed ambientali — che si vorrebbero applicabili persino in quei trattati commerciali ove compaiono solo regole “*Trade*” od anche i maldestri tentativi di interpretare delle convenzioni di diritto privato uniforme tramite altre convenzioni di diritto privato uniforme).

Volendo, *oborto collo*, trovare un parallelo col diritto interno, va osservato che la regola interpretativa di diritto internazionale in questione non si ricollega né alle regole di interpretazione civilistiche, né a quelle in materia costituzionale. Il parallelismo più utile appare invece con riferimento al diritto penale interno ove le norme penali sono sempre oggetto di *interpretazione restrittiva*.

**152. Riconoscimento giudiziario.** — Nella celebre sentenza del *caso Lotus* che opponeva la Francia alla Turchia, la CPGI affermò, infatti, il principio secondo cui le “limitazioni all’indipendenza degli Stati non si presumono” <sup>(152)</sup>. Ancora, nel citato caso *Zone franche* tra la Francia e la Svizzera, la Corte dichiarò che “nel dubbio, una limitazione alla sovranità deve essere interpretata restrittivamente” <sup>(153)</sup>. Più recentemente, nel già citato *caso dei test nucleari* francesi nel Pacifico, la CIG riaffermò la sua tradizionale posizione: “[q]uando degli Stati fanno delle dichiarazioni che limitano la loro libertà d’azione futura” — dice la Corte — “una interpretazione restrittiva s’impone” <sup>(154)</sup>.

Non ci si deve fare troppe illusioni nel leggere la sentenza del 20 aprile 2010, nella controversia tra Argentina ed Uruguay sulle *Cartiere sul fiume Uruguay*.

Qui, in effetti, la CIG ha affermato testualmente che:

“In this sense, the obligation to protect and preserve...has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource.” <sup>(155)</sup>

Ma in realtà la CIG ha concretamente applicato solo una norma consuetudinaria e dunque una “regola pertinente di diritto internazionale” già applicabile ai rapporti fra tali Stati.

<sup>(152)</sup> Ser. A, n. 10, p. 18.

<sup>(153)</sup> Ordinanza del 6 dicembre 1930, Ser. A, n. 24, p. 12.

<sup>(154)</sup> *Rec.*, 1974, p. 267.

<sup>(155)</sup> *Rec.*, 2010, punto 204.

### h) *L'interpretazione mediante la "prassi successiva delle parti" al trattato*

**153. Una tecnica classica.** — Il ricorso alla prassi ulteriore — o successiva — delle Parti contraenti costituisce, a patto che sia *concordante*, uno dei mezzi più classici per determinare il senso esatto delle disposizioni di un trattato<sup>(156)</sup>. Cosa c'è di più chiaro che riferirsi al modo in cui le Parti contraenti applicano il trattato al fine di apprezzarne la portata? Inoltre, secondo AUST, "it is not necessary to show that each party has engaged in a practice, only that all have accepted it, albeit tacitly"<sup>(157)</sup>.

**154. Prassi giudiziaria.** — Le Corti internazionali dell'Aja hanno frequentemente fatto riferimento a tale metodo di interpretazione. Per esempio, la CPGI, nel suo parere consultivo relativo alla *competenza dell'OIL per la regolamentazione del lavoro nell'agricoltura* argomentò che "se ci fosse stato un equivoco, la Corte, per riuscire a stabilire il senso autentico del testo, avrebbe potuto esaminare il modo in cui il trattato è stato applicato"<sup>(158)</sup>.

**155. Un metodo oggettivo.** — A parere di molti, l'interpretazione di un trattato, in ragione della prassi successiva delle Parti contraenti, sembra essere il metodo migliore perché "oggettivo". La CPA nel *caso delle indennità russe*, oggetto di una controversia nel 1912, tra la Russia e la Turchia, illustrò questo approccio affermando che "l'esecuzione degli impegni assunti è, tra gli Stati come tra gli individui, l'interpretazione più sicura del significato di questi impegni"<sup>(159)</sup>. Il medesimo approccio si ritrova anche nella soluzione delle controversie commerciali internazionali presso la WTO/OMC<sup>(160)</sup>.

### i) *I mezzi complementari d'interpretazione: il ricorso ai "lavori preparatori"*

**156. L'art. 32 CVT.** — Nell'ipotesi in cui le tecniche d'interpretazione testé illustrate non abbiano prodotto il risultato atteso, cioè quando il senso ordinario delle parole riportate nel loro contesto non appare in modo chiaro, è allora possibile ricorrere ai "lavori preparatori" (*travaux préparatoires*). Con ciò ci si riferisce ai diversi progetti, verbali di seduta, dichiarazioni di voto, ecc. che hanno portato all'adozione del testo, agli interventi orali o scritti dei partecipanti, all'adozione o al rifiuto di certi emendamenti, ecc.. Il rischio però è quello di aprire un "vaso di Pandora" e ritrovarsi sommersi di bozze, dichiarazioni confliggenti ed altri atti che,

<sup>(156)</sup> G. DISTEFANO, "La pratique subséquente des Etats parties à une traité", in *AFDI*, 1994, p. 41; L. CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano, Giuffrè, 2017, nonché, in particolare, G. NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013; ID, « Treaties and their Practice, Symptoms of their Rise or Decline », *RCADI*, v. 392, 2018, p. 205 ss. ed i lavori della CDI in tema di "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties" all'apposito sito internet. La CDI ha adottato nel 2018, *13 Draft Conclusions on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties*.

<sup>(157)</sup> A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2 ed., cit., p. 243.

<sup>(158)</sup> Ser. B, n. 2, 1922, p. 38. Si veda anche nello stesso senso il parere consultivo della CPGI sulla *Interpretazione del par. 2 dell'art. 3 del Trattato di Losanna*, Ser. B, n. 12, 1925, p. 24, la sentenza della stessa corte sul caso dei *Prestiti brasiliani*, 1929, Ser. A n. 21, p. 119, la sentenza della CIG sul caso dello *stretto di Corfù*, in *Rec.*, 1949, p. 25.

<sup>(159)</sup> In *RSA*, vol. XI, p. 433.

<sup>(160)</sup> V. ad es. il Rapporto dell'Organo d'Appello dell'OMC/WTO, 4 aprile 2012, caso *United States — Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/AB/R.

per definizione, non rappresentano pienamente la sintesi degli interessi degli Stati raggiunta nel testo finale del trattato.

**L'art. 32 CVT** statuisce che: “[s]i può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'art. 31, sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'art. 31: a) lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure b) conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole.”<sup>(161)</sup>

**157. Un ruolo meramente sussidiario e confermativo.** — Così, anche le Corti internazionali dell'Aja hanno sempre indicato il carattere “sussidiario” del ricorso ai “lavori preparatori”. Per alcuni Paesi, soprattutto quelli di *Common Law* ed in particolare il Regno Unito, questa tecnica rasenta l'illegittimità. È per tale motivo che la CPGI ha utilizzato i “lavori preparatori” solo a titolo supplementare, per confermare il “senso naturale delle parole” utilizzate in un trattato<sup>(162)</sup>. La CIG, nel suo parere consultivo su *la competenza dell'Assemblea Generale per l'ammissione di uno Stato membro delle Nazioni Unite*, del 1948, sintetizzò la sua posizione e quella della corte che l'ha preceduta osservando che: “[l]a Corte considera il testo sufficientemente chiaro; pertanto, ritiene che non ci si debba allontanare dalla giurisprudenza costante della CPGI, secondo la quale non si può ricorrere ai lavori preparatori se il testo di una convenzione è di per sé sufficientemente chiaro”<sup>(163)</sup>.

**158. Avvertimento finale di Vattel.** — A titolo di *caveat* finale, non si può non ricordare il grande principio posto da Vattel, secondo cui “la prima massima generale è che non è permesso di interpretare ciò che non ha bisogno d'esserlo”<sup>(164)</sup>. Non suggerisce forse che ogni interpretazione di un testo può portare alla sua deformazione? *In claris non fit interpretatio.*

## § 2. — Gli effetti dei trattati rispetto agli Stati terzi

**Bibliografia sommaria:** G. SALVIOLI, “I terzi Stati nel diritto internazionale”, in *Riv.dir.int.*, 1918, p. 228 ss.; MC NAIR, “Treaties producing effects Erga Omnes”, in *Studi Perassi*, II, 1957, p. 21 ss.; PH. CAHIER, “Le problème des traités à l'égard des tiers”, in *RCADI*, 1974, vol. 143, p. 589; E. ROUCOUNAS, “Engagements parallèles et contradictoires”, in *RCADI*, 1987, VI, v. 206, p. 9; C. TOMUSCHAT, “Obligations arising for States without or against their will”, in *RCADI*, 1993, v. 241, p. 195; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, OUP, 1997; M. FITZMAURICE, “Third Parties and the Law of Treaties”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, pp. 37-137; P. PICONE “La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*”, in *Riv. dir. int.*, 2008 p. 5 ss.; P. PICONE, “Gli obblighi *erga omnes* tra passato e futuro”, *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1081 ss.; S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'UE e Stati terzi*, Milano, Lesipub., 2018; T. SCOVAZZI, *Diritto internazionale*, II, 2 ed., cit., p. 39 ss.

**159. Principio di relatività dei trattati internazionali: inopponibilità nei confronti di Stati terzi.** — In virtù di un principio generale comune al diritto dei contratti

<sup>(161)</sup> Sottolineatura aggiunta.

<sup>(162)</sup> Parere consultivo su *l'interpretazione della convenzione del 1919 relativa al lavoro notturno delle donne*, 1932, Ser. A/B, n. 50, p. 380.

<sup>(163)</sup> *Rec.*, 1948, p. 63. V. altresì il caso delle *Peschiere islandesi* della CIG in *Rec.* 1973, p. 56 e, per uno studio d'insieme, E. CANAL-FORGUES, “Remarques sur le recours aux travaux préparatoires dans le contentieux international”, in *RGDIP*, 1993, p. 901.

<sup>(164)</sup> VATTEL, *Le droit des gens*, cit., par. 263.

e al diritto dei trattati, i trattati internazionali sono vincolanti solo per le Parti contraenti: *pacta tertiis nec prosunt, nec nocent*. In altre parole, rispetto ai terzi, i trattati sono una *res inter alios acta* (letteralmente dei “fatti degli altri” e non dei “fatti propri”), da cui non possono ad essi derivare né diritti né obblighi (principio *dell’efficacia relativa dei trattati*).

Ciononostante, negli ultimi tempi, tanto nell’ordinamento interno quanto nell’ordinamento internazionale, si sono manifestate alcune rilevanti eccezioni a tale principio; e si tratta di un fenomeno particolarmente interessante nell’ordinamento internazionale dato il suo carattere essenzialmente “volontarista”.

### 1. — Il principio di relatività dei trattati internazionali

**160. Premessa.** — Il principio *dell’efficacia relativa dei trattati* viene consacrato all’art. 34 CVT ove si stabilisce lapidariamente che “*un trattato non crea né obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il suo consenso*”. Occorre però sviluppare tale problematica separando la creazione di obblighi (*a*) dalla creazione di diritti a beneficio di Stati terzi (*b*).

#### **a) Da un trattato non possono derivare obblighi a carico di Stati terzi (art. 35 della Convenzione di Vienna del 1969)**

**161. Arbitrato dell’Isola di Palmas.** — È generalmente ammesso che da un trattato non possono derivare obblighi a carico di terzi Stati. Così, ad esempio, nel **caso dell’Isola di Palmas**, nel 1928 l’arbitro Max Huber affermò che il Trattato di Parigi del 19 dicembre 1898 che poneva fine alla guerra ispano-americana e mediante il quale la Spagna cedeva agli Stati Uniti vari possedimenti nel Pacifico, tra cui l’Isola di Palmas, *non era opponibile ai Paesi Bassi* che avevano occupato detta isola dal 1677. “Sembra evidente” — afferma l’arbitro — “che i trattati conclusi dalla Spagna con Potenze terze e che riconoscono la sua sovranità sulle Filippine [di cui faceva parte l’Isola di Palmas, *n.d.r.*] non possono vincolare i Paesi Bassi” <sup>(165)</sup>.

**162. Prassi giudiziaria internazionale.** — Le Corti internazionali dell’Aja, da parte loro, ebbero diverse volte l’occasione di riconoscere l’esistenza di tale regola fondamentale nel diritto dei trattati. Così, nel **caso relativo a certi interessi tedeschi nell’Alta Slesia polacca**, la CPGI affermò che: “[u]n trattato genera diritto solo tra coloro che ne fanno parte” <sup>(166)</sup>. Nel già citato **caso delle Zone Franche dell’Alta Savoia e del paese di Gex**, la stessa Corte stabilì che l’art. 435 del Trattato di Versailles non era “opponibile alla Svizzera, la quale non era parte di questo trattato, se non nella misura in cui la stessa Svizzera [avesse] accettato” <sup>(167)</sup>. Allo stesso modo, la CPGI, nel suo parere consultivo sulla **Giurisdizione territoriale della Commissione internazionale dell’Oder**, arrivò a concludere che la Convenzione di Barcellona, del 20 aprile 1921, sul regime delle vie navigabili d’interesse internazionale, un trattato di ovvia portata generale, non era opponibile alla Polonia, proprio in quanto non era una

<sup>(165)</sup> In *RSA*, vol. II, pp. 830 e 850. Nostra traduzione.

<sup>(166)</sup> CPGI, 25 maggio 1926, Ser. A., n. 7, p. 29.

<sup>(167)</sup> 1932, Ser. A/B, n. 46, p. 141.

Parte contraente <sup>(168)</sup>. Va rilevato altresì che, qualche tempo prima, la CPGI aveva stabilito che il Patto della Società della Nazioni non era opponibile ad uno Stato non membro, nel caso di specie l'Unione Sovietica <sup>(169)</sup>. Alla luce di tali precedenti, si può cogliere appieno la portata rivoluzionaria del parere reso nel già citato *caso Bernadotte* del 1949: qui, invece, la CIG riconobbe che “la personalità internazionale oggettiva” dell'ONU si imponeva — ed era quindi opponibile — a *Stati non membri* dell'ONU, nel caso di specie ad Israele. Senonché, in casi diversi da quelli attinenti l'interpretazione di un trattato istitutivo di una OIG, la medesima Corte continuava a ritenere, come avvenne nel **caso dell'incidente aereo del 27 luglio 1955 tra la Bulgaria e Israele**, che l'art. 36, par. 5, del suo Statuto, “non possedeva alcuna forza di legge per gli Stati non firmatari”, in tal caso la Bulgaria <sup>(170)</sup>.

**163. Eccezioni.** — La regola in virtù della quale non si può imporre ad uno Stato un obbligo in base ad un trattato di cui esso non è Parte contraente presenta due rilevanti eccezioni. Anzitutto, lo Stato può aver accettato, formalmente o implicitamente, di essere vincolato da tale obbligo. In secondo luogo alcuni trattati, in ragione della loro natura “oggettiva”, possono creare degli obblighi a carico di Stati terzi.

**b) Il principio per il quale uno Stato non può invocare un diritto nascente da un trattato altrui e le sue eccezioni (art. 36 della Convenzione di Vienna del 1969)**

**164. La posizione classica.** — Il principio per cui dai trattati non possono derivare diritti soggettivi a favore di terzi è frutto di una prassi costante. Così ad esempio, nel **caso dell'Isola di Clipperton**, oggetto di una controversia fra il Messico e la Francia, al fine di determinare a chi spettasse la sovranità su quell'isola del Pacifico, l'arbitro unico — il Re d'Italia — rigettò la pretesa del Messico di invocare contro la Francia l'Atto generale di Berlino del 1885 sulle condizioni d'occupazione dei territori, perché quest'ultimo Paese non era Parte contraente di tale trattato <sup>(171)</sup>. Nel **caso delle Foreste dei Monti Rodopi**, oggetto di un contenzioso tra la Grecia e la Bulgaria, l'arbitro decise che la Grecia non poteva chiedere che i propri cittadini beneficiassero di certi vantaggi che alcuni Stati terzi si erano accordati tra loro mediante un trattato internazionale del quale essa non faceva parte: “Non essendo firmataria del trattato di Costantinopoli, [la Grecia] non aveva alcuna base giuridica per presentare un reclamo basato sulle clausole materiali di questo trattato” <sup>(172)</sup>.

**165. Consenso del beneficiario.** — È tuttavia possibile che alcuni Stati, *oltre a stipulare tra loro un trattato, vogliano conferire ad uno Stato terzo uno o più diritti soggettivi*. Anche qui, il sorgere del diritto a favore dello Stato terzo presuppone una sua accettazione altrimenti, in caso di obiezione, il diritto offerto non nasce. Senonché, proprio in quanto si parla solo di un vantaggio e non di un obbligo, il diritto internazionale si fa meno rigoroso circa la manifestazione esteriore del consenso dello Stato terzo, come si vedrà d'appresso.

<sup>(168)</sup> 1929, Ser. A, n. 23, pp. 19-22.

<sup>(169)</sup> V. il *caso dello statuto della Carelia Orientale*, CPGI, 23 luglio 1923, Ser. B., n. 5, pp. 27-28.

<sup>(170)</sup> In *Rec.* 1959, p. 138.

<sup>(171)</sup> In *RSA*, vol. II, p. 1105; *Riv. dir. int.*, 1932, p. 230 ss. V. pure S. ROMANO, voce *Clipperton*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, [1947], Macerata, Quodlibet, rist. 2019, p. 55 ss.

<sup>(172)</sup> In *RSA*, vol. III, p. 1405.

**166. Prassi significativa.** — Si citano spesso in dottrina, l'esempio della clausola "a favore di terzo" (i) e la "clausola della Nazione più favorita" (ii).

**i. La clausola "a favore di terzo"**

**167. Il caso delle Zone franche di Gex e dell'Alta Savoia.** — La possibile esistenza nel diritto internazionale della "clausola a favore di terzo", istituito ben conosciuto nel diritto domestico (in Italia, il riferimento è, in diritto civile, al *contratto a favore di terzi*), venne discussa nella già citata sentenza delle *Zone franche* tra la Francia e la Svizzera pronunciata nel 1932 dalla CPGI. Qui, si trattava di stabilire se la Svizzera potesse far valere nei confronti della Francia dei diritti che le erano stati riconosciuti nel distretto di Gex, appartenente alla Francia, da una norma dell'Atto finale del Congresso di Vienna del 1815 la quale aveva istituito delle "zone franche" al fine di aumentare "l'hinterland" economico della città di Ginevra. La Svizzera aveva dato espressamente il suo assenso alla concessione di tali diritti. Per di più, la Svizzera aveva, in seguito, acquisito dei diritti su queste zone grazie ad alcuni trattati conclusi nel 1815-16 con il Regno di Sardegna (Piemonte), trattati che non erano stati mai denunciati<sup>(173)</sup>. In una prima ordinanza del 19 agosto 1929, la CPGI sostenne di non potersi esprimere sull'esistenza in diritto internazionale generale della figura dell'accordo a favore di terzi<sup>(174)</sup>. Infine, nella sentenza del 7 giugno 1932, la CPGI ha indicato che l'art. 435 del Trattato di Versailles non aveva abrogato il regime delle zone franche a favore della Svizzera proprio in quanto quest'ultima non era Parte contraente del trattato che le istituiva; una tale abrogazione, per essere lecita, presupponeva l'assenso formale della Svizzera.

La Corte aggiunse che:

"non si può presumere facilmente che delle pattuizioni vantaggiose per uno Stato terzo siano state adottate con lo scopo di creare in suo favore un vero e proprio diritto. Nulla, tuttavia, impedisce che la volontà di Stati sovrani possa avere questo obiettivo e questo effetto. L'esistenza di un diritto acquisito in virtù di un patto concluso da altri Stati è dunque una questione che va valutata caso per caso: si tratta di accertare se gli Stati che hanno stipulato un patto a favore di un altro Stato abbiano inteso creare un autentico diritto in capo a tale Stato, che quest'ultimo ha accettato come tale"<sup>(175)</sup>.

In base a tali conclusioni — non del tutto limpide — si può comunque osservare che, per i giudici internazionali, la clausola a favore di terzo non è inconcepibile in diritto internazionale; piuttosto va ritenuta un fatto eccezionale soggetto a due condizioni: innanzitutto, *le Parti contraenti di un trattato devono manifestare una chiara intenzione di concedere un "autentico diritto" ad uno Stato terzo*; inoltre, seconda condizione necessaria, occorre che quest'ultimo Stato abbia *accettato tale diritto*. Ma in che forma deve essere data tale accettazione?

**168. Le soluzioni della CVT del 1969.** — La CVT, codifica la materia **all'art. 36**: una volta indicato che le Parti contraenti di un trattato hanno facoltà di accordare un diritto (o più diritti) a vantaggio di uno Stato terzo (o di più Stati terzi), si precisa che **il consenso dello Stato terzo si presume in assenza di indicazione contraria. Nessuna**

<sup>(173)</sup> Ser. A/B, n. 46, pp. 144-149.

<sup>(174)</sup> Ser. A, n. 22, p. 20.

<sup>(175)</sup> Ser. A/B, n. 46, p. 147. Nostra traduzione.



**presunzione vige, invece, in caso di obbligo imposto allo Stato terzo:** qui, ai sensi dell'art. 35 CVT, occorre un'accettazione espressa e per iscritto dello Stato terzo con riferimento all'obbligo previsto da un trattato altrui.

Per quanto riguarda la **revoca o la modifica** di obblighi o diritti di Stati terzi, l'art. 37 CVT stabilisce che:

“Nel caso di un obbligo sorto a carico di uno Stato terzo ai sensi dell'art. 35, l'obbligo in questione può essere revocato o modificato soltanto col consenso delle parti al trattato e dello Stato terzo, a meno che non risulti che essi avevano convenuto diversamente.

2. Nel caso di un diritto sorto a vantaggio di uno Stato terzo ai sensi dell'art. 36, il diritto in questione non può essere revocato o modificato dalle parti se risulta che esso era destinato a non essere revocabile o modificabile senza il consenso dello Stato terzo.”

## ii. La clausola della Nazione più favorita

**169. Una norma di diritto pattizio.** — La clausola della Nazione più favorita (CNPF) è una norma di diritto pattizio in virtù della quale due (o più) Stati decidono di estendere reciprocamente (o in assenza di reciprocità, come nel GATT/WTO) il beneficio del trattamento più favorevole (ad es. un dazio più basso sulle merci originarie di un dato Paese o ancora il trattamento più favorevole per gli investitori privati, cittadini di un dato Paese) che sarà concesso in futuro solo da una delle Parti contraenti ad uno Stato terzo. Siffatta “clausola di generalizzazione dei vantaggi acquisiti” ha avuto nei molti secoli della sua esistenza l'obiettivo di combattere le pratiche discriminatorie e inoltre di assicurare l'uguaglianza di trattamento dapprima agli stranieri presenti nel territorio degli Stati e poi alle merci che beneficiano di tale regime <sup>(176)</sup>.

**170. (segue) Un'eccezione al principio di relatività dei trattati o una clausola generale?** — È possibile dubitare del fatto che la clausola della Nazione più favorita (CNPF) costituisca un'eccezione alla regola *pacta tertiis*. In realtà, qui non esiste alcun autentico Stato “terzo”, giacché ciascun beneficiario della clausola CNPF trova la fonte dei propri vantaggi nel trattato che la contiene. E tale risultato giuridico costituisce la *ratio* della CNPF, che è proprio quella di evitare discriminazioni tra i diversi Stati *partner*.

Per di più, tale clausola ha un oggetto limitato alle materie sostanziali del trattato in cui essa è contenuta secondo il principio del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* <sup>(177)</sup>: così, nel **caso dell'Anglo-Iranian oil**, oggetto di un contenzioso tra il Regno Unito e l'Iran davanti alla CIG nel 1952 <sup>(178)</sup>, la Corte ha indicato che, per mezzo della CNPF contenuta nei *trattati anglo-iraniani* del 1857 e 1903, il Regno Unito non poteva invocare a proprio beneficio anche la clausola sulla soluzione delle controversie contenuta in un diverso trattato, quello tra Iran e Danimarca del 1934.

<sup>(176)</sup> Cfr. E. TRIGGIANI, *Il trattamento della Nazione più favorita*, Napoli, Jovene, 1984; D. CARREAU e P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6 ed. cit., p. 201 ss., nonché F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., cit., p. 189 ss.

<sup>(177)</sup> Talvolta si parla di “*eiusdem generis*”, per approfondimenti si rinvia a D. CARREAU e P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6 ed. cit., p. 628 ss.

<sup>(178)</sup> In *Rec.*, 1952, p. 193.

In breve e conclusivamente, la CNPF costituisce una clausola generale la cui funzione è quella di incorporare (rinvio recettizio) il vantaggio sostanziale pattuito in un altro trattato. Ne segue pertanto che ogni violazione di detta clausola comporta una violazione del trattato in cui la CNPF è inserita e non di un trattato altrui.

## 2. — Opponibilità dei trattati agli Stati terzi: i trattati che creano dei regimi “obbiettivi”

**171. Premessa.** — Un'altra problematica oggetto di ampio dibattito è quella dell'opponibilità di taluni obblighi internazionali di origine pattizia a prescindere da una previa manifestazione del consenso da parte dello Stato (o degli Stati) “debitore”. In dottrina si sono usate varie figure giuridiche quali quella della servitù internazionale<sup>(179)</sup>, degli obblighi *erga omnes* (*supra* Cap. III) o ancora dei “regimi obbiettivi”.

**172. Differenze con le norme consuetudinarie (art. 38 CVT).** — Tale questione non va confusa con quella regolata all'art. 38 della CVT, secondo la quale le norme dei trattati diventano obbligatorie per gli Stati terzi nella misura in cui abbiano acquistato un valore consuetudinario. In questi casi non si ravvisa affatto un'eccezione al principio *pacta tertiis*: colà, infatti, il carattere obbligatorio di tali norme internazionali trova il suo fondamento nella consuetudine internazionale che è una fonte autonoma e diversa dai trattati. Non ha alcun senso parlare di “Stati terzi” in presenza di una norma consuetudinaria universale.

**173. Caso della Piattaforma continentale del mare del Nord.** — Tali considerazioni emergono con forza nella sentenza del 20 febbraio 1969, relativa al *caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord*. Qui, la CIG respinse le argomentazioni della Danimarca e dei Paesi Bassi tese ad applicare alla Germania Federale una norma della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale di cui però la Germania non era Parte.

La Corte in un primo momento, esaminò se la Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale avesse codificato una norma consuetudinaria esistente. Dopo aver risposto negativamente a tale questione, la CIG valutò lo sviluppo del diritto internazionale in tale materia per decidere se la regola dell'equidistanza fosse divenuta una norma consuetudinaria. Su entrambe le questioni, la risposta della Corte fu negativa e coerente con il principio della relatività dei trattati.

**174. Possibili deroghe al principio consensualistico.** — Il fatto che alcuni obblighi internazionali di diritto pattizio possano imporsi a Stati terzi al di là della loro volontà costituisce evidentemente una deroga al principio consensualistico. Eppure, allo stato attuale del diritto internazionale esiste un numero crescente di trattati dotati di una validità *erga omnes*, nella misura in cui stabiliscono dei “regimi” generali obbiettivi che, in quanto tali, rispondono agli interessi della Comunità internazionale nel suo insieme, il cui rispetto può essere preteso da qualsiasi Stato.

<sup>(179)</sup> Cfr. G. CRUSEN, “Les servitudes internationales”, *RCADI*, v. 22, 1928/II, p. 5 ss.; H. REID, “Les servitudes internationales”, *RCADI*, v. 22, 1933, p. 5; C. TOMUSCHAT, “Obligations arising for States without or against their will”, in *RCADI*, 1993/IV, v. 241, p. 244 ss.

### **i. Trattati che disciplinano “statuti” territoriali**

**175. Esempi.** — Alcuni trattati multilaterali fissano lo statuto internazionale di un Paese o di una regione. Fu così che la **Svizzera** ricevette uno statuto internazionale di *neutralità permanente* in occasione del Congresso di Vienna del 1815; l'**Austria** si trovò in una situazione non dissimile a seguito del trattato del 1955 <sup>(180)</sup>.

Un continente intero, l'**Antartide**, ha ricevuto uno *statuto giuridico internazionale* al momento della conclusione, il 1° dicembre 1959, di un trattato tra gli Stati che erano interessati a tale area geografica, inviandovi delle missioni di esplorazione o mantenendovi delle installazioni permanenti. Lo statuto giuridico dell'Antartico si caratterizza altresì per la *smilitarizzazione* del continente, la libertà di ricerca scientifica e la cooperazione internazionale <sup>(181)</sup>.

Pertanto, si ritiene che quei trattati, in ragione della loro natura e della loro sfera di applicazione, *producano effetti giuridici al di fuori della cerchia delle Parti contraenti e siano opponibili agli Stati terzi*. Concretamente, ciò significa che se, per esempio, uno Stato decidesse di inviare una missione scientifica nell'Antartide, questo dovrebbe rispettare le norme del trattato del 1959 anche se di quest'ultimo trattato non fosse Parte contraente.

**176. Il precedente: il caso della smilitarizzazione delle isole Åland.** — Il carattere oggettivo di alcuni trattati e la loro opponibilità *erga omnes* vennero riconosciuti per la prima volta ad opera della “Commissione di giuristi”, nominata dal Consiglio della Società delle Nazioni, che esaminò il *caso delle isole Åland* nel 1920 prima della costituzione della CPGI <sup>(182)</sup>. In forza di un trattato concluso il 30 marzo 1856 tra la Francia, la Gran Bretagna e la Russia, quest'ultimo Paese, che aveva acquistato la sovranità sulle isole Åland a partire dal 1809, si era impegnato nei confronti delle altre due Parti contraenti a mantenere quelle isole smilitarizzate.

Nel 1920, la Finlandia, una volta acquisita la propria indipendenza, acquistava anche la sovranità sulle isole Åland. A questo punto la Svezia, Paese confinante, avanzava la pretesa secondo la quale gli obblighi di smilitarizzazione di quelle isole fossero *permanenti* nonostante il mutamento di sovranità territoriale: una “servitù” internazionale che obbligava la Finlandia — Stato successore della Russia — a mantenere smilitarizzate le dette isole. La Commissione di giuristi accolse questa tesi e osservò che le clausole del trattato del 1856 superavano la portata degli interessi svedesi. “Si trattava” — proseguì la Commissione — “di un interesse europeo derivante dalla grande importanza strategica dell'arcipelago delle Åland”. Si aggiunse che “le Potenze [avevano] in effetti, in numerosi casi a partire dal 1815, ed in particolare al momento della conclusione dei trattati di pace, cercato di stabilire un autentico diritto oggettivo, degli autentici statuti politici i cui effetti si [facevano] sentire al di fuori della cerchia delle Parti contraenti” <sup>(183)</sup>. Per giustificare la propria tesi, la Commissione di giuristi fece più volte riferimento al “carattere di un regola-

<sup>(180)</sup> Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 6<sup>a</sup> ed., cit., p. 424 ss.

<sup>(181)</sup> Cfr. E. SCISO, *Le risorse dell'Antartide e il diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1990; L. PINESCHI, *La protezione dell'ambiente in Antartide*, Padova, Cedam, 1993; E. ZAMUNER, “I trattati che creano regimi obiettivi nel diritto internazionale”, in *Com. e studi dell'Ist. di dir. int. dell'Univ. di Milano*, 2007, p. 943 ss.; M. FORNARI, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010.

<sup>(182)</sup> V. J.O., *SDN*, 1920, suppl. n. 3.

<sup>(183)</sup> P. 17 ss.

mento che incide su interessi europei”, alla “natura oggettiva del regolamento”, al “**diritto pubblico europeo**”<sup>(184)</sup>.

Più recentemente, un lodo arbitrale del 9 ottobre 1998, reso tra **Eritrea e Yemen** a proposito di una controversia territoriale su alcune isole del Mar Rosso, ha seguito un approccio analogo. Qui, gli arbitri hanno riconosciuto che l’art. 16 del Trattato di Losanna del 24 luglio 1923 sulla successione dell’Impero Ottomano, secondo il quale la Turchia rinunciava ai diritti e ai titoli territoriali al di fuori delle sue nuove frontiere, aveva effetto *erga omnes* e pertanto il principio del *res inter alios acta*, cioè dell’efficacia relativa dei trattati non trovava applicazione<sup>(185)</sup>.

### **ii. Trattati bilaterali o multilaterali relativi a vie di comunicazione d’interesse internazionale**

**177.** — Va notato che alcuni fiumi internazionali sono stati oggetto, soprattutto in passato e ben prima della UNCLOS, di un “regime” internazionale (il Reno, il Danubio, il Congo, il Senegal, per citare solo alcuni esempi). Lo stesso si può dire per i canali transoceanici come Suez e Panama. Orbene, trattandosi di fiumi o di canali che attraversano il territorio di più Stati o, pur attraversando il territorio di uno Stato (es. Panama), risultano di un’importanza fondamentale per la navigazione internazionale, i trattati istitutivi di tali vie navigabili creano obblighi per le Parti contraenti a favore sia delle altre Parti contraenti, sia a favore degli Stati terzi. Gli stretti marini vengono, a propria volta, disciplinati sotto il profilo della libertà di passaggio agli artt. 34 ss. della UNCLOS.

Così la CPGI, nel già citato *caso Wimbledon*, una volta rilevato che il Trattato di Versailles, all’art. 380 aveva fatto del canale di Kiel una via navigabile internazionale, concluse che tale accesso “più agevolato al Baltico” era stato istituito “a vantaggio di tutte le Nazioni del mondo”<sup>(186)</sup>.

### **iii. Trattati che istituiscono un nuovo “ente internazionale”**

**178. Statuti territoriali.** — Certi trattati multilaterali possono addirittura offrire una base giuridica ad uno Stato e attribuirgli uno statuto particolare (tale fu il caso del Belgio nel 1831 o della Città libera di Danzica nel 1919 per limitarsi a due noti esempi). Altri trattati perseguono una “missione di interesse generale”: ad esempio, nel parere consultivo del 1950, la CIG indicò che il mandato sul *Sud-ovest africano* perdurasse nonostante l’estinzione della SdN a causa della permanenza degli obiettivi e della ragione d’essere di tale mandato<sup>(187)</sup>.

**179. Creazione di organizzazioni internazionali.** — Tramite trattato multilaterale gli Stati costituiscono le organizzazioni internazionali (OIG), enti derivati dagli Stati ma dotate di una soggettività internazionale propria. Con riferimento alla più universale tra queste, le Nazioni Unite, la CIG le riconobbe una “personalità internazionale oggettiva”, opponibile agli Stati non membri, con tutte le conseguenze giuridiche che

<sup>(184)</sup> *Contra* v. T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 370.

<sup>(185)</sup> V. par. 153 e 162 della decisione, come riportata in *AJIL*, 1998, p. 688.

<sup>(186)</sup> Ser. A, n. I, p. 22. In arg. v. LEANZA, CARACCIOLLO, *Il diritto internazionale...*, II, 3 ed. cit., p. 226 ss.; F. CAFFIO, *Glossario di diritto marittimo*, 5 ed., cit., p. 165 ss.

<sup>(187)</sup> In *Rec.*, 1950, pp. 128, 133. In arg. cfr. R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, Cedam, 1953; *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 82 ss. V. l’art. 22 del Patto della SdN e l’art. 73 della Carta ONU.

ne derivano. Nel parere consultivo del 1949 più volte citato, relativo al *caso Bernadotte* ossia delle *riparazioni dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, la Corte si esprime in termini da manuale: “la Corte è del parere che cinquanta Stati, rappresentanti la grande maggioranza dei Membri della comunità internazionale”, hanno il potere, conformemente al diritto internazionale, “di creare un ente avente una personalità internazionale oggettiva e non semplicemente una personalità riconosciuta solo da questi” <sup>(188)</sup>.

#### iv. Trattati di disarmo

**180.** — Da lungo tempo, la Comunità internazionale si è occupata di alcuni tipi di armi, sia per vietarle, sia per regolamentarle in ragione dei loro effetti devastanti <sup>(189)</sup>. Diviene pertanto possibile pensare che le convenzioni concluse in tale materia possiedano una portata più ampia rispetto ai soli Stati contraenti, imponendosi dunque *erga omnes*.

Così, ad esempio, è accaduto che alcune armi classiche, frequentemente utilizzate in passato, sono state successivamente proibite. È il caso delle *pallottole esplosive*, vietate dalla Dichiarazione di San Pietroburgo dell'11 dicembre 1868 e dell'Aja del 29 luglio 1989, delle armi avvelenate o dei *proiettili che causano mali superflui* banditi dalla Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 concernente le leggi e gli usi di guerra (art. 23). Ancora, sono state vietate le *armi ad effetto traumatico eccessivo* (primo protocollo alla Convenzione del 10 ottobre 1980) e le *mine e trappole* (II protocollo alla Convenzione medesima). È possibile altresì citare il *divieto dell'uso di armi chimiche* (Protocollo di Ginevra del 17 giugno 1925), *della messa a punto o della fabbricazione di armi biologiche* (Protocollo di Ginevra del 1925 già citato, modificato dalla Convenzione del 10 aprile 1972 che prevedeva la distruzione degli stock esistenti) o ancora di tutte le tecniche volte a modificare l'ambiente a fini militari o ostili (Convenzione del 18 maggio 1977).

Se, da un lato, la *liceità dell'uso delle armi nucleari* non sembra giuridicamente contestata (vedi parere consultivo della CIG dell'8 luglio 1996 sulla *liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*), dall'altro lato, al contrario, sono vietati *erga omnes* i test nucleari nell'atmosfera (Trattato di Mosca del 5 agosto 1963) così come la proliferazione nucleare (Trattato di non proliferazione nucleare del 1° luglio 1968 concluso inizialmente per 25 anni ed ora prorogato senza limiti di tempo), mentre certe regioni sono state convenzionalmente denuclearizzate <sup>(190)</sup>.

#### v. La vincolatività delle modifiche dei trattati decise a maggioranza per gli Stati “in minoranza”.

**181.** — Un'ultima figura giuridica in materia di opponibilità dei trattati ~~nei confronti di uno o più Stati dissenzienti~~ si ha ogni qualvolta un trattato multilaterale venga modificato tramite un *voto a maggioranza* delle Parti contraenti *risultando tali modifiche vincolanti anche per gli Stati “in minoranza”*. Certo, tali ipotesi eccezionali

<sup>(188)</sup> In *Rec.*, 1949, p. 185.

<sup>(189)</sup> In argomento v. per tutti N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 6<sup>a</sup> ed. cit., p. 387 ss.

<sup>(190)</sup> Sull'Antartico v. il Trattato del 1° dicembre 1959, sullo spazio extra atmosferico v. il Trattato del 27 gennaio 1967, sui fondi marini v. il Trattato dell'11 febbraio 1971, il Trattato di Tlatelolco il 14 febbraio 1967 e per il Pacifico del Sud dal Trattato di Rarotonga del 6 agosto 1985.

vengono appositamente disciplinate nelle carte costitutive delle OIG e pertanto ogni Stato che sia una Parte contraente ha manifestato già il proprio consenso anche in ordine al procedimento di revisione e modifica di tali trattati. Resta comunque il fatto che, rispetto al dogma della volontà dello Stato che è stato dominante nei due secoli passati, la soluzione moderna appare alquanto rivoluzionaria.

### § 3. — *La modifica dei trattati*

**Bibliografia sommaria:** DO NASCIMENTO e SYLVA E. G., “Le facteur temps et les traités”, in *RCADI*, 1977, vol. 154, p. 215; J. LECA, “Les techniques de révision des conventions internationales”, Paris, in *LGDJ*, 1961; POCH DE CAVIEDES, “De la clause rebus à la clause de révision des conventions internationales”, in *RCADI*, 1966, vol. 117, p. 105; SFDI, *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, Pedone, 2001; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., cit., p. 232 ss.; R. CROTOF, “Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties”, in *Yale Journal of International Law*, 2016, pp. 237-299.

**182. Terminologia: emendamento e revisione di un trattato** — La modifica dei trattati costituisce uno dei problemi più importanti, ma allo stesso tempo più delicati del diritto internazionale; si tratta infatti di “aggiustare” legittimamente un trattato ed il suo contenuto alla realtà ed alle cangianti necessità delle Parti o persino della società internazionale. Sul piano terminologico si noterà che le espressioni *emendamento* (**Amendment**), *modifica* (**Modification**), *revisione* (**Revision**) descrivono, in via generale ed astratta, una medesima fattispecie. Va, tuttavia, osservato che alcuni trattati prevedono, sia una procedura di *emendamento*, che una procedura di *revisione*. In tal caso, come ad esempio avviene con la Carta dell’ONU, ci si riferisce ad un **emendamento** (art. 108 della Carta) *quando si tratta di una modifica di tenore poco importante*, non fondamentale, di un trattato internazionale.

Così, **ad esempio**, è accaduto quando il numero dei Membri del Consiglio di sicurezza è stato portato da 11 a 15 mantenendo fermo il numero dei cinque Membri permanenti.

Ci si riferisce, invece, ad una **revisione** (art. 109 della Carta) *allorquando si parla di una modifica fondamentale di un trattato*. Basti pensare, qui, al dibattito attuale sulla riforma dell’ONU nella sua interezza <sup>(191)</sup>.

#### 1. — **Le procedure di modifica dei trattati**

##### **a) Il principio di base: il divieto di modifica unilaterale**

**183.** — Il divieto di modifica unilaterale di un trattato ha natura consuetudinaria. Si ritrova nel Trattato di Londra del 13 marzo 1871 relativo alla smilitarizzazione del Mare del Nord. La smilitarizzazione era stata organizzata dal Trattato di Parigi del 30 marzo 1856. Il 31 ottobre 1870, il Ministro russo degli affari esteri inviò una nota alle Parti contraenti del trattato del 1856 per comunicare loro che la Russia intendeva porre fine unilateralmente a tale regime di smilitarizzazione. A causa delle proteste delle altre Parti contraenti, fu indetta una conferenza a Londra nel gennaio del 1871 che, pur riconoscendo nel merito le pretese russe, non mancò di ricordare il principio

<sup>(191)</sup> Cfr. A. DE GUTTRY, F. PAGANI, *Le Nazioni Unite. Sviluppo e riforma del sistema di sicurezza collettiva*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, Il Mulino, 2010; S. MARCHISIO, *L’ONU*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, Il Mulino, 2012, Cap. III e riferimenti ivi cit.

essenziale del diritto internazionale secondo cui la revisione di un trattato non può prodursi senza l'accordo tra le Parti contraenti. “È un principio essenziale di diritto internazionale” — affermò solennemente la Conferenza di Londra — “che nessuna Potenza possa affrancarsi dagli obblighi di un trattato, né modificarne le disposizioni, in una forma diversa dal consenso delle Parti contraenti ottenuto per mezzo di un consenso amichevole”.

### **b) Le modifiche formali**

**184.** — Oggi, le modalità di revisione di un trattato vengono, in genere, previste tra le *clausole finali di un trattato*. Le norme precisano le condizioni di forma (iniziativa, organi competenti a pronunciarsi sulla domanda di revisione, procedure, termini, ...) e di sostanza (disposizioni che possono essere o meno sottoposte a revisione, entrata in vigore, effetti, ...). In tal caso, il problema essenziale — per i trattati multilaterali, chiaramente — è quello delle condizioni in base alle quali prendere le decisioni necessarie affinché l'emendamento venga adottato: ciò, infatti, ha un'incidenza diretta sugli effetti della revisione nei confronti delle Parti contraenti.

Due sistemi sono possibili: la revisione all'unanimità (i) o semplicemente a maggioranza delle Parti contraenti (ii).

#### **i. L'obbligo classico di decidere all'unanimità**

**185. Un obbligo tradizionale.** — In un passato non troppo lontano, esisteva nel diritto internazionale classico un obbligo che non conosceva eccezioni. La revisione di un trattato necessitava *dell'accordo di tutte le Parti contraenti* al fine di rispettare *in pieno* la loro sovranità che si esprimeva attraverso il consenso ad essere vincolati. Tale obbligo, che metteva in luce una concezione esclusivamente volontarista del diritto internazionale, è prevalso per lungo tempo e oggi se ne ritrovano alcune tracce ancorché attenuate.

**186. Un obbligo limitato.** — L'obbligo dell'unanimità è, anche oggi, sempre necessario per la revisione di *trattati di natura politica o militare* o che istituiscono delle forme di integrazione regionale (così per le disposizioni del Patto Atlantico del 1949, del defunto Patto di Varsavia del 1955 o del Trattato di Roma del 1957). L'unanimità può poi essere richiesta quando si tratti di modificare certe disposizioni particolarmente importanti di un trattato (vedi ad esempio l'art. XXVIII, lett. *b*, del FMI che enumera le disposizioni emendabili solo all'unanimità). Ancora, è possibile che si richieda *l'unanimità di un certo numero* di Stati contraenti (ma non di *tutti* gli Stati contraenti): è questo il sistema della Carta ONU che rende obbligatorio l'accordo dei cinque Membri permanenti per qualsiasi revisione o emendamento (art. 108-109) <sup>(192)</sup>.

#### **ii. Le revisioni a maggioranza**

**187. Un'“invenzione” del diritto contemporaneo.** — L'ampliamento della società internazionale contemporanea — ed oggi si contano quasi duecento Stati — ha comportato una sempre maggiore difficoltà ad ottenere il consenso di tutti. Pertanto,

<sup>(192)</sup> Va notato che il Patto della SdN prevedeva una soluzione diversa: l'art. 26 stabiliva che ogni Stato membro della SdN era libero di non accettare un emendamento, ma se questo veniva adottato a maggioranza, lo Stato in questione cessava *ipso facto* di essere parte dell'organizzazione.

si sono sviluppate alcune tecniche di elaborazione dei trattati in seno a conferenze o ad OIG che prevedono l'adozione del testo a maggioranza (in generale, una maggioranza qualificata elevata: 2/3 o 3/4 dei partecipanti) in ragione della molteplicità degli Stati e della loro eterogeneità.

**188. La modifica a maggioranza quale regola necessitata.** — Ne segue altresì che la revisione “a maggioranza” è oggi la regola più diffusa nel diritto internazionale, quantomeno quello a vocazione “universale”. Tale regola si ritrova, sia nella Carta ONU (artt. 108 e 109), sia nei trattati istitutivi delle istituzioni specializzate che costituiscono la “famiglia delle Nazioni Unite” — in particolare in seno alle organizzazioni economiche internazionali ove le decisioni vengono adottate tramite un sistema di *ponderazione dei voti* — FMI e Banca Mondiale.

**c) La revisione implicita: la prassi successiva degli Stati**

**189. Rigetto di tale soluzione nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.** — Nel progetto di convenzione sul diritto dei trattati, la CDI aveva proposto che gli accordi internazionali potessero essere revisionati anche in modo implicito, per effetto della prassi successiva delle Parti contraenti. Tale proposta venne, tuttavia, rigettata in sede di negoziazione della CVT poiché i partecipanti a tali negoziati temevano di legittimare, per questa via, una prassi imprevedibile ed assai pericolosa per la stabilità delle relazioni internazionali. Inoltre, la soluzione conservatrice della CVT salvaguarda il controllo delle autorità costituzionalmente competenti dei singoli Stati circa gli obblighi internazionali contratti da ciascuno di essi.

**190. La prassi successiva come mero mezzo di interpretazione di un trattato.** — Per contro, la CVT prevede che la prassi successiva delle Parti contraenti possa servire ad *interpretare* i termini poco chiari di un trattato, fermo restando il caso dell’“estoppel” che impedisce ad uno Stato di modificare un impegno assunto in modo chiaro. Tutti sanno, infatti, che una norma internazionale scritta fissata in un trattato è stata, *ex natura rerum*, elaborata in un periodo storico preciso ma poi deve essere applicata in un periodo anche molto distante nel tempo, in un contesto in cui la stessa *societas* internazionale può essere cambiata.

**191. Il caso del Tempio di Préah Vihéar.** — Nel caso, spesso citato, del Tempio di Préah Vihéar, la Corte attribuì la massima importanza alla prassi seguita dal Siam (Thailandia) e arrivò alla conclusione che, attraverso la propria condotta costante nel tempo, tale Paese aveva confermato il diritto della Cambogia sulle porzioni territoriali oggetto della controversia.

**192. L'arbitrato sull'accordo aereo franco-americano.** — Nell'arbitrato del 22 gennaio 1964 tra Stati Uniti e Francia relativo *all'interpretazione dell'accordo aereo del 27 marzo 1946*, gli arbitri diedero peso notevole alla prassi ulteriore delle Parti contraenti. “Una tale condotta”, — sottolinea l'arbitro — “può essere presa in considerazione non solo come un mezzo utile ai fini dell'interpretazione dell'accordo, ma come qualcosa in più: cioè come una fonte possibile di modifica ulteriore discendente da certi atti o certi comportamenti che tocca la situazione giuridica delle parti e i diritti che ciascuna di queste potrebbe legittimamente far valere” <sup>(193)</sup>.

<sup>(193)</sup> In *RGDIP*, 1965, p. 246.



**193. Il caso della Namibia e l'efficacia di un astensione di un Membro permanente del CdS ONU.** — Il rifiuto della CVT di ammettere la prassi ulteriore delle Parti come strumento di modifica dei trattati in modo implicito è sconcertante nella misura in cui tale metodo sembra divenuto moneta corrente in diritto positivo. La prassi ulteriore delle Parti è, oltre che uno dei mezzi di interpretazione dei trattati, anche un elemento costitutivo della consuetudine internazionale.

È pacifico che una consuetudine possa modificare la norma di un trattato preesistente: così, nel *parere consultivo sulla Namibia* del 1971, la CIG ha ammesso una modifica consuetudinaria delle disposizioni della Carta ONU concernenti le condizioni di adozione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, affermando che *l'astensione di un Membro permanente* non è contraria all'esigenza di un "voto favorevole" previsto dall'art. 27, par. 3, della Carta.

#### **d) Gli emendamenti nei confronti di alcune Parti contraenti**

**194. La soluzione della CVT.** — L'art. 41 della CVT prevede espressamente la possibilità di apportare emendamenti limitatamente *ai rapporti fra alcune Parti contraenti*.

**195. Efficacia relativa degli emendamenti.** — Nel caso in cui il trattato in questione abbia previsto una tale possibilità, il principio prevede che le modifiche apportate possano vincolare *solo le Parti contraenti che vi abbiano acconsentito* e non possano avere effetti sulle altre Parti contraenti. La regola *pacta tertiis* si applica anche qui e non va confusa con quella della revisione "a maggioranza" che può persino imporsi a tutte le Parti contraenti. Queste "revisioni parziali" costituiscono, come le riserve, un nuovo esempio di divisibilità dei trattati, di frammentazione dei vincoli giuridici stabiliti da un trattato tra le diverse Parti contraenti. Cionondimeno, mentre nel caso delle riserve tale frammentazione si spiega con il desiderio di assicurare ai trattati in questione la partecipazione più ampia possibile a scapito della "qualità intrinseca" degli accordi internazionali, qui la preoccupazione è un'altra: le revisioni parziali mostrano il desiderio di un certo numero di Paesi — spesso "in minoranza" — di migliorare le norme pattizie nei loro rapporti reciproci.

Si tratta della stessa logica che spiega nel diritto UE l'"Europa a più velocità", ossia la c.d. "cooperazione rafforzata", che nel *Glossario di diritto UE* pubblicato dalla Commissione europea, "indica un modo d'integrazione differenziata, secondo cui il perseguimento di obiettivi comuni è l'opera di un gruppo di paesi dell'UE che sono al tempo stesso capaci e desiderosi di progredire, con l'idea sottesa che gli altri seguiranno successivamente".

## **2. — Gli effetti delle modifiche di un trattato**

**196.** — *In linea di principio, le modifiche ad un trattato vincolano solo gli Stati che le hanno accettate*, implicitamente o esplicitamente. Diverso, però, è il caso dell'applicazione della "regola della maggioranza". In tal caso, o gli Stati in minoranza non si trovano vincolati al nuovo testo emendato del trattato e il regime giuridico ne risulta così frazionato (a); oppure la revisione possiede un valore obbligatorio per tutte le Parti contraenti, ivi comprese quelle "in minoranza"(b).

**a) L'inopponibilità delle modifiche alle parti "in minoranza"**

**197.** — In base alla soluzione classica, la revisione di un trattato vincola solo le Parti contraenti che l'hanno conclusa nelle forme richieste. Ne risulterà un frazionamento degli obblighi stabiliti dal trattato: le Parti contraenti non saranno soggette al medesimo regime giuridico, in quanto talune saranno legate al testo iniziale del trattato, altre dalla sua versione modificata ulteriormente.

È ciò che si verificò, **ad esempio**, a proposito del "vecchio" GATT'47, a seguito della progressiva conclusione di accordi laterali (c.d. *side agreements*) <sup>(194)</sup> che erano vincolanti solo per alcune Parti contraenti ma non per tutte le Parti contraenti del GATT; ne conseguì che, nel corso degli anni, il sistema normativo commerciale che il GATT si trovava ad amministrare appariva un autentico "mosaico". È superfluo rilevare che, in una siffatta situazione, è estremamente difficile valutare la portata esatta di un trattato e sapere "chi è obbligato e da che cosa" <sup>(195)</sup>.

In breve, fatte le dovute proporzioni, ci si trova di fronte ad un altro esempio di "divisibilità" dei trattati che ricorda quello delle riserve. In siffatte ipotesi, il regime giuridico creato dai trattati conosce "diverse velocità".

**b) L'opponibilità degli emendamenti alle Parti "in minoranza"**

**198. Rigetto iniziale.** — Nel caso *Oscar Chinn*, oggetto di una controversia tra il Belgio e la Gran Bretagna nel 1934, la CPGI ammise che la Convenzione di Saint-Germain del 1919 avrebbe potuto modificare l'Atto finale di Berlino *erga omnes*, ovvero anche nei confronti degli Stati che avevano la qualità di Parti contraenti nel 1885 ma non più nel 1919. Se la Corte avesse seguito l'approccio tradizionale, avrebbe dovuto riconoscere che la Convenzione di Saint-Germain del 1919 vincolava unicamente gli Stati che erano Parti contraenti della medesima e, come tale, sarebbe risultata priva di effetti verso coloro che non lo erano, dal momento che questi Stati intendevano attenersi alle disposizioni dell'Atto finale di Berlino del 1885. Tale posizione della Corte suscitò delle vivaci polemiche e venne progressivamente abbandonata <sup>(196)</sup>.

**199. Accettazione contemporanea.** — Nel nostro tempo, quella fattispecie si verifica con sempre maggiore frequenza. La soluzione raggiunta si spiega allo stesso modo dei "trattati oggettivi" i quali si impongono a chiunque nonostante il principio consensualistico. Qui, eccezionalmente, si è in presenza di un'autentica "legislazione internazionale" che, in ragione della sua importanza, deve imporsi a tutti, incluse le parti "in minoranza".

Stando così le cose, sono possibili due sistemi con riferimento alle parti "in minoranza", ovvero l'opponibilità "parziale" (i), il caso più frequente, o l'opponibilità "totale", che risulta invece rarissima (ii). Anche i trattati istitutivi dell'Unione europea prevedono dei meccanismi di modifica (iii).

<sup>(194)</sup> V. F. MARRELLA, « L'OMC et le textile », in *RGDIP*, 2000, pp. 659-694.

<sup>(195)</sup> "GATT à la carte" secondo D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, op. cit., n. 143 ss.

<sup>(196)</sup> Ser. A/B, n. 63.

### **i. L'opponibilità parziale**

**200.** — La soluzione dell'opponibilità parziale è prevista da molte Carte costitutive di organizzazioni internazionali specializzate. Le revisioni dei trattati costitutivi, una volta che sono entrate in vigore a seguito della loro approvazione *da parte della maggioranza* richiesta, divengono *obbligatorie per tutti i Paesi membri*, ivi comprese le parti “in minoranza”. Esiste, tuttavia, una “valvola di sicurezza” che consente di parlare di opponibilità solo parziale di tali emendamenti: il **diritto di recesso dall'OIG** di cui le Parti “in minoranza” sono beneficiarie. Va nondimeno constatato che si tratta di una soddisfazione alquanto teorica: i Paesi “in minoranza” possono solo scegliere tra il *recesso dall'organizzazione* con la perdita di tutti i vantaggi che ciò comporta e la *rinuncia* alle loro posizioni politiche, ideologiche o giuridiche in materia. Non sorprende allora il fatto che, di fronte ad una tale alternativa, gli Stati preferiscano comunque restare nell'OIG per continuare a beneficiare dei suoi servizi, a costo di trovarsi vincolati da nuove disposizioni senza o persino contro il loro consenso (ed allora sarà facile dare la colpa all'OIG di fronte alla propria opinione pubblica!). In più, così facendo, gli Stati rischiano di non rispettare i loro obblighi costituzionali interni nella misura in cui, ad esempio, venisse richiesta l'autorizzazione del Parlamento.

### **ii. Opponibilità totale**

**201.** — In altre ipotesi, gli Stati in minoranza risultano obbligati ad accettare le modifiche alla Carta costitutiva dell'OIG senza la possibilità di esercitare un diritto di recesso. Ciò accade nella Carta delle Nazioni Unite. Nel momento in cui le revisioni e gli emendamenti (artt. 108 e 109) entrano in vigore, dopo essere stati definitivamente accettati dai *due terzi* degli Stati membri, (*compresi i cinque Membri permanenti del Consiglio di Sicurezza*), le nuove disposizioni divengono obbligatorie per tutti gli altri Membri delle Nazioni Unite. Le disposizioni in questione non consentono la possibilità di recesso dall'organizzazione, visto che tale diritto è stato espressamente escluso al fine di non indebolire tale OIG ed evitare il ripetersi dell'insuccesso della SdN<sup>(197)</sup>.

### **iii. Il caso dell'Unione europea**

**202.** — Anche i trattati istitutivi dell'Unione europea possono essere oggetto di emendamenti e di revisioni come prevede l'art. 48 TUE. Qui si prevede, con meccanismi decisionali diversi, una *procedura di revisione ordinaria* particolarmente solenne rispetto alla *procedura di revisione semplificata*<sup>(198)</sup>. L'iniziativa spetta ad ogni Stato membro, al Parlamento europeo o alla Commissione, i quali:

“possono sottoporre al Consiglio progetti intesi a modificare i trattati. Tali progetti possono, tra l'altro, essere intesi ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all'Unione nei trattati. Tali progetti sono trasmessi dal Consiglio al Consiglio europeo e notificati ai Parlamenti nazionali”.

<sup>(197)</sup> Per un'analisi diversa cfr. F. DEHOUSSE, “Le droit de retrait aux Nations unies”, in *RBDI*, 1965, p. 30 e 1966, p. 8.

<sup>(198)</sup> In argomento cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 6 ed., cit., 2020, p. 64 ss. e riferimenti ivi cit.

#### § 4. — *L'estinzione dei trattati*

**Bibliografia sommaria:** A. MC NAIR, « La terminaison et la dissolution des traités », in *RCADI*, v. 22, 1928, pp. 459-577; F. CAPOTORTI, « L'extinction et la suspension des traités », in *RCADI*, 1971/III, p. 55 ss.; S. RUDA, « Terminacion et suspension de los tratados », in *Mélanges T. Elias*, I, Dordecht, 1992, p. 93; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., cit., p. 245 ss.; L. HELFER, « Treaty Exit and Intra-Branch Conflict at the Interface of International and Domestic Law », in C.A. BRADLEY (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018; SINAGRA, BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 223 ss.; L. HELFER, « Terminating Treaties », in D.B. HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, 2 ed., cit., Ch. 26; S. BARIATTI, in AA. VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 114 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 197 ss.; U. LEANZA, I. CARACCIOLLO, *Diritto internazionale...* 6 ed., cit., p. 225 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 244 ss..

**203.** — Un trattato resta in vigore fino a che si verifica un fatto idoneo, secondo l'ordinamento internazionale, a produrne l'estinzione. *Per estinzione (Extinction) di un trattato si intende la cessazione ex nunc degli effetti giuridici di un trattato, ovvero l'eliminazione delle norme da esso poste.*

L'estinzione di un trattato può essere totale o parziale. In quest'ultimo caso, si può avere un'estinzione parziale da un punto di vista *soggettivo* qualora il trattato cessi di esistere rispetto ad una o più delle sue Parti contraenti (è quanto avviene nei trattati multilaterali). Si tratta di un fenomeno raro che si produce in casi marginali. Un trattato può anche estinguersi a seguito della estinzione di una delle Parti contraenti: è questo il caso dei trattati bilaterali conclusi da Stati che “scompaiono”, assorbiti da un altro Stato; tale è stato il caso della Repubblica Democratica tedesca che è esistita per quarant'anni prima della fusione-incorporazione con la Repubblica federale tedesca nel 1990.

Il trattato può, altresì, estinguersi in ragione della scomparsa dell'*oggetto* del trattato: questo potrebbe essere il caso di un trattato sulla pesca in una certa regione, nell'ipotesi in cui colà scompaiano completamente i pesci; o di un trattato che prevede la costruzione di uno sbarramento su un fiume che successivamente si prosciuga; di un trattato che prevede dei lavori su di un'isola che viene sommersa definitivamente dal mare e così via.

Tali questioni vengono regolate, in via generale, dal diritto consuetudinario e dunque dalle norme di codificazione contenute nella CVT, nella parte V, alle sezioni 3, 4 e 5, artt. 54-72. Un trattato internazionale resta in vigore sino a che si verifica un fatto idoneo a produrne l'estinzione, secondo le sue clausole o secondo il diritto internazionale. Di tali fatti si dirà qui di seguito.

#### 1. — Il termine finale e la condizione risolutiva

**204. Il termine finale.** — Il fattore “tempo” costituisce la clausola più frequente di estinzione di un trattato. Ed invero, molti trattati vengono conclusi per un periodo di tempo limitato. Una volta spirato il termine finale, il trattato cessa di essere in vigore e perde la sua forza obbligatoria — salvo il caso di proroga o di rinnovo che tuttavia necessita l'accordo delle Parti contraenti. Questo è stato, ad es., il caso del trattato di Parigi del 1951 che diede vita alla CECA e che era stato concluso per cinquant'anni a partire dalla sua entrata in vigore. È anche il caso di molti accordi bilaterali in materia di investimenti (BITs).

**205. La condizione risolutiva.** — La condizione risolutiva è un evento futuro ed incerto dal quale una disposizione del trattato fa dipendere l'estinzione del trattato

stesso. Nel momento in cui quest'ultima si verifichi, l'esistenza e la forza obbligatoria del trattato vengono meno.

Accade, **ad esempio**, che un trattato preveda una norma in virtù della quale l'accordo cessa automaticamente di essere in vigore se il numero delle Parti contraenti diminuisce al di sotto di un certo livello: l'art. 9, par. 2, della Convenzione del 20 febbraio 1957 sulla nazionalità delle donne sposate prevede che il trattato cessi di produrre i suoi effetti a partire dal giorno in cui il numero di Parti contraenti si riduca a meno di sei. Allo stesso modo, l'accordo europeo del 1° maggio 1971 che completa la Convenzione di Vienna del 1968 sulla circolazione stradale prevede che detto trattato cesserà di essere in vigore nel momento in cui il numero delle Parti contraenti sia inferiore a cinque.

## 2. — Lo scioglimento

### a) *Lo scioglimento per mutuo consenso*

**206. Esplicito.** — L'estinzione di un trattato può prodursi in modo *esplicito*: qui le Parti decidono di comune accordo che il trattato è da considerarsi estinto in quanto non ha più ragione d'essere. Tale ipotesi di scioglimento è, però, assai rara a livello internazionale.

**207. Implicito.** — L'estinzione di un trattato può, altresì, prodursi in modo *implicito*: una situazione assai frequente. Così, **ad esempio**, se le *stesse Parti contraenti* concludono un *nuovo trattato* che regoli diversamente una data materia mantenendo il *medesimo oggetto* e lo *stesso ambito di applicazione del trattato precedente*, il nuovo trattato sostituisce quello "più vecchio" (art. 59 della CVT). Qui, ci troviamo di fronte all'applicazione, a livello internazionale, del principio *lex posterior derogat priori* ed in pratica si tratta di una modalità di *revisione* del trattato precedentemente concluso.

Può anche succedere che un trattato cada in **desuetudine**; ma tale situazione è molto difficile da provare e non esiste ancora una prassi internazionale univoca.

Al contrario, l'invocazione, da parte di uno Stato, dello scioglimento di un trattato concluso da molto tempo — diversi secoli fa — e mai formalmente abrogato, è suscettibile di sollevare delle gravi difficoltà. Fu così che all'epoca delle discussioni sulla Costituzione del Canada, negli anni Settanta, il primo Ministro della Provincia del Quebec chiese alla Francia di agire sul piano internazionale allo scopo di ottenere dal Regno Unito il rispetto dei termini del trattato di cessione del Canada all'Inghilterra, del 1763, in virtù del quale venivano garantiti alla popolazione locale i diritti culturali e la libertà di religione, entrambi minacciati, a suo avviso, dalla nuova Costituzione. Meno seriamente, nell'ottobre del 1980, la Regina d'Inghilterra sorprese i suoi ospiti durante una visita ufficiale in Algeria facendo riferimento ad un trattato di amicizia del 1765 che riteneva ancora in vigore.

### b) *Lo scioglimento del vincolo pattizio su iniziativa di una delle Parti contraenti*

**208. Denuncia e recesso da un trattato.** — La *denuncia* (**Denunciation**), è la dichiarazione con la quale uno degli Stati contraenti manifesta la propria volontà di porre fine ad un trattato. Si tratta di un atto unilaterale di uno Stato (*infra* Cap. VII).

Per essere giuridicamente efficace, deve essere stata prevista nel testo del trattato. Ed infatti, la maggior parte dei trattati nelle loro "clausole finali" prevedono con

precisione le modalità di esercizio di tale diritto di recesso (*Withdrawal*) o denuncia (condizioni, termini, notifica, produzione degli effetti, ...).

A tale riguardo va osservato che, pur essendo la denuncia o il recesso gli atti specularmente opposti alla ratifica, all'accettazione o all'adesione, nella prassi comune degli Stati si usa considerare tali atti alla stregua di prerogative dell'Esecutivo dello Stato prescindendo, così, dalle varie norme interne in materia di stipulazione e di ratifica.

**209. (segue) *Sunset clauses* e trattati eterni.** — Generalmente, *l'estinzione non è immediata* ma si verifica in un momento successivo, per esempio, *dopo che è trascorso un determinato periodo di tempo* (ad es. 1 anno) *dalla comunicazione della denuncia o del recesso* (nel gergo statunitense si parla di *grandfathering clauses* o, poeticamente, di *sunset clauses*, ove il “tramonto” del trattato non è immediato ma graduale, facendo salvi gli effetti già prodotti fino al momento della “scomparsa del sole”).

Nondimeno, alcuni trattati sembrano conclusi “per l'eternità” perché non prevedono alcuna possibilità di recesso o di denuncia. Si tratta, spesso, delle carte costitutive di organizzazioni internazionali: è il caso, ad esempio, della Carta ONU o del Trattato di Roma del 1957 istitutivo della CEE. A tale riguardo, una delle “novità” del Trattato di Lisbona del 2009, è stata quella di prevedere formalmente, per la prima volta nella storia dei trattati della UE, l'art. 50 TUE onde garantire, appunto, il diritto di recesso di ciascuno Stato membro dalla UE. Ciò che il Regno Unito ha puntualmente invocato per procedere al recesso dalla UE tramite il c.d. *Brexit*.

Dopo il Referendum del 23 giugno 2016, che ha determinato il recesso del Regno Unito dall'Unione Europea, il 31 gennaio 2020 (con l'entrata in vigore dell'Accordo di recesso) e la fine del periodo transitorio (il 31 dicembre 2020) si è realizzato il Brexit<sup>(199)</sup>. Oggi, i rapporti tra UE e Gran Bretagna sono regolati dal Trade and Cooperation Agreement (“TCA”) del 24 dicembre 2020 che ha scongiurato il “No Deal”. Cionondimeno, dal 1° gennaio 2021 il Regno Unito non è più parte né del mercato unico europeo, né del territorio doganale e fiscale dell'UE. Oggi il Regno Unito è uno “Stato terzo” rispetto alla UE.

**210. Soluzioni tipiche in seno alle OIG: la sospensione temporanea.** — Alcuni trattati, tuttavia, laddove diano vita ad un'OIG, prevedono una situazione intermedia in virtù della quale si decide che taluni obblighi convenzionali siano “sospesi” durante un certo periodo di tempo per far fronte ad una situazione di crisi (v. articolo XXIII e XXVII sezione I degli Statuti del FMI). Nello stesso senso, un Paese membro può essere autorizzato, a titolo provvisorio, a non rispettare questo o quell'obbligo convenzionale (art. XXV GATT ad esempio)<sup>(200)</sup>.

**211. La sospensione di un trattato nei confronti di alcune o di tutte le Parti contraenti.** — Ai sensi dell'art. 57 della CVT, “*L'applicazione di un trattato nei confronti di tutte le parti o di una determinata parte può essere sospesa: — a) conformemente alle disposizioni del trattato; o — b) in ogni momento, con il consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri Stati contraenti*”.

A propria volta, l'art. 58 della medesima Convenzione regola la sospensione del trattato fra *alcune Parti* di un trattato multilaterale soltanto se il trattato lo prevede

<sup>(199)</sup> In arg. cfr. G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO, *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, Torino, Giappichelli, 2022, ove riferimenti.

<sup>(200)</sup> Cfr. J. GOLD, “The dispensing and suspending powers of international organizations”, in *Netherlands Int. Law Rev.*, 1972, n. 2, p. 169.

mentre l'art. 59 precisa che, qualora le stesse Parti contraenti di un trattato ne concludano successivamente un altro di diverso contenuto, il secondo trattato prevale sul primo (*lex posterior*) che si estingue, a meno che non risulti dal trattato posteriore che le Parti intendevano solamente sospenderne l'applicazione. L'art. 60 della CVT — e v. *infra* il Cap. XVI — prevede la fattispecie dell'estinzione o della sospensione di un trattato come conseguenza della sua violazione sostanziale (*material breach*) ad opera di una delle Parti. Si tratta dell'applicazione del principio generale di diritto *inadimplenti non est adimplendum* su cui torneremo nel Cap. XVI.

### 3. — Altre cause di estinzione (rinvio al Cap. XVI)

**212. Tipologia.** — Le altre cause di estinzione dei trattati o di sospensione della loro applicazione sono l'impossibilità sopravvenuta (*Supervening impossibility of performance*) di cui all'art. 61 CVT; il mutamento fondamentale delle circostanze (*Fundamental Change of Circumstances*) di cui all'art. 62 CVT.

**213.** — Per quanto riguarda la rottura delle relazioni diplomatiche (*Severance of Diplomatic or Consular Relations*), di cui all'art. 63 della CVT, tale norma indica chiaramente che: “[l]a rottura delle relazioni diplomatiche o consolari fra le Parti di un trattato non produce effetti sui rapporti giuridici instaurati fra di esse in base al trattato, salvo nella misura in cui l'esistenza di relazioni diplomatiche o consolari è indispensabile per l'applicazione del trattato”.

### 4. — Gli effetti della guerra sui trattati

**Bibliografia sommaria:** G. SCELLE, “De l'influence de l'état de guerre sur le droit conventionnel”, *JDI*, 1950, p. 26 ss.; U. LEANZA, *Intorno agli effetti della guerra sui trattati*, in *Riv. dir. int.* 1957, p. 226; CURTI GIALDINO, *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milano, Giuffrè, 1959; LORD MC NAIR, *The Law of Treaties*, op. cit., pp. 695-728; CARPENTER, “Treaties' termination by War”, in *Virginia J. Int. L.*, 1976, p. 95 ss. e più recentemente AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 308; S. SILINGARDI, *Gli effetti giuridici della guerra sui rapporti economici e commerciali*, Torino, Giappichelli, 2012; F. MARRELLA, “Les effets des conflits armés internationaux sur les traités en matière d'investissements”, in *Mélanges M. Bennouna*, Paris, Pedone, 2023, p. 517 ss.

**214.** — Gli effetti dello stato di guerra sui trattati non sono regolati dalla CVT e pertanto restano regolati dal diritto internazionale generale. Tradizionalmente la guerra era considerata una causa di estinzione dei trattati. Oggi, si ritiene che lo scoppio di un conflitto armato internazionale tra due Stati non metta necessariamente fine a tutti i trattati conclusi tra di essi. La guerra, infatti, è suscettibile di produrre l'estinzione solo di alcuni trattati, soprattutto quelli di carattere politico. Quanto ai trattati multilaterali, è pure da accogliersi la tesi della loro sopravvivenza, pur non escludendosi che la guerra possa determinarne l'estinzione tra i belligeranti; ovviamente *non* si estinguono i trattati di diritto internazionale umanitario giacché sono stati conclusi proprio per tale evenienza. In linea di principio, si può pertanto ritenere che, salvo eccezioni — per le quali vale l'estinzione — i conflitti armati producono la *sospensione* parziale o totale dell'esecuzione dei trattati.

Al riguardo, occorre segnalare che la CDI (ONU) ha recentemente elaborato un apposito **Progetto di articoli circa gli “Effects of armed conflicts on treaties”**, adottato

in seconda lettura nel 2011 <sup>(201)</sup>. Successivamente, lo ha trasmesso all'Assemblea Generale dell'ONU che, accogliendolo con favore, si è limitata a “prendere nota” di tale documento con una sua risoluzione e segnalandolo all'attenzione dei Governi <sup>(202)</sup>.

L'IDI ha adottato, il 28 agosto 1985, una risoluzione circa gli effetti dei conflitti armati sui trattati. A propria volta, l'art. 7 di tali Articoli della CDI, rubricato “Continued operation of treaties resulting from their subject-matter”, ed il suo annesso forniscono un'utile lista indicativa dei **trattati suscettibili di continuare a produrre effetti anche in caso di conflitto armato**: “(a) Treaties on the law of armed conflict, including treaties on international humanitarian law; — (b) Treaties declaring, creating or regulating a permanent regime or status or related permanent rights, including treaties establishing or modifying land and maritime boundaries; — (c) Multilateral law-making treaties; — (d) Treaties on international criminal justice; — (e) Treaties of friendship, commerce and navigation and agreements concerning private rights; — (f) Treaties for the international protection of human rights; — (g) Treaties relating to the international protection of the environment; — (h) Treaties relating to international water-courses and related installations and facilities; — (i) Treaties relating to aquifers and related installations and facilities; — (j) Treaties which are constituent instruments of international organizations; — (k) Treaties relating to the international settlement of disputes by peaceful means, including resort to conciliation, mediation, arbitration and judicial settlement; — (l) Treaties relating to diplomatic and consular relations”.

**215. Giurisprudenza italiana.** — La pronuncia a Sezioni Unite della nostra Cassazione nel **caso Lanificio Branditex c. S.r.l. Azais&Vidal** del 1971 resta emblematica in tale materia. Qui, una società italiana per resistere alla delibazione in Italia di un lodo arbitrale ad essa sfavorevole aveva chiesto alla Cassazione di pronunciarsi circa l'estinzione del Protocollo di Ginevra sulle clausole arbitrali del 24 settembre 1923 unitamente alla Convenzione di Ginevra sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri del 26 settembre 1927, per effetto della Dichiarazione di guerra italiana fatta alla Francia nella seconda guerra mondiale. La Cassazione ha correttamente rilevato che “la dichiarazione di guerra produce l'effetto risolutivo limitatamente a quelle convenzioni internazionali la cui osservanza sia diventata assolutamente e definitivamente impossibile in conseguenza del sopravvenire delle ostilità”. Diversamente, se “si tratta di incompatibilità soltanto temporanea, limitata al perdurare delle ostilità in corso, l'effetto che ne consegue è quello più limitato della semplice sospensione di efficacia delle convenzioni stesse fino alla cessazione dello stato di guerra ed alla ripresa delle normali relazioni internazionali” <sup>(203)</sup>.

**216. Conflitti armati, embarghi e contratti internazionali.** — Gli effetti della guerra sui contratti internazionali ovviamente non vengono regolati dalla CVT e suscitano peculiari problemi di diritto transnazionale ove le tecniche di diritto internazionale privato e processuale riprendono speciale rilevanza. Rinviando agli scritti specialistici in materia <sup>(204)</sup>, basti in questa sede citare un'importante pronuncia del

<sup>(201)</sup> V. il testo dei “Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties” al sito della CDI: [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_10.shtml#fout](http://legal.un.org/ilc/guide/1_10.shtml#fout).

<sup>(202)</sup> Ris. n. 72/121 del 18 dicembre 2017.

<sup>(203)</sup> V. un estratto in C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale*. Prassi, Padova, Cedam, 2008, p. 212.

<sup>(204)</sup> In argomento cfr. C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa*, Milano, 1992; G. SACERDOTI, « Embargo irakeno, effetti sui contratti in corso ed efficacia delle clausole per arbitrato



Tribunale di Genova il quale, in occasione della c.d. *prima guerra del Golfo*, ha indicato che l'esecuzione dei contratti di costruzione di navi da guerra stipulati da imprese italiane con il Governo dell'Iraq, è divenuta *impossibile* a causa dell'*embargo* imposto dall'ONU e dal Governo italiano nel corso del conflitto irakeno, e pertanto dovevano considerarsi risolti per definitiva impossibilità della prestazione <sup>(205)</sup>. Per quanto i contratti internazionali siano quasi sempre assoggettati ad arbitrato, l'*arbitrabilità* delle controversie nascenti da una situazione di embargo non è pacifica, come venne evidenziato nelle successive fasi del giudizio <sup>(206)</sup>. Così, da ultimo, la Cassazione italiana ha indicato che l'embargo internazionale, in quanto misura sanzionatoria, e non meramente sospensiva, intesa ad inibire i rapporti commerciali con un determinato Stato, rende immediatamente inammissibile il ricorso all'arbitrato per la loro risoluzione, ed irreversibile l'azione promossa dinanzi al giudice competente secondo la *lex fori*, senza che dall'avvenuta revoca di quella sanzione possa derivare una recuperata arbitrabilità della controversia, non conoscendo l'ordinamento nazionale la validità sopravvenuta degli atti e dei negozi giuridici <sup>(207)</sup>. Ciò in quanto, secondo la Corte — ma tale posizione non sembra in linea con la prassi di altri Paesi — spetta al giudice italiano, e non agli arbitri, la decisione sull'invalidità sopravvenuta di una clausola compromissoria per *indisponibilità del diritto* oggetto della controversia in conseguenza di embargo internazionale — qualificabile come *factum Principis* — impositivo di un divieto esterno alle prestazioni contrattuali, attesa la natura sovranazionale dello *ius superveniens*, che si impone su qualunque disciplina particolare prefigurata dalle parti contraenti e la cui disapplicazione comporterebbe conseguenze sanzionatorie per lo Stato tenuto ad assicurarne il rispetto. La prassi arbitrale internazionale, tuttavia, non sembra orientata a dedurre automaticamente una situazione di carenza di giurisdizione (arbitrale) dalla mera esistenza di un embargo <sup>(208)</sup>.

### § 5. — *L'applicazione dei trattati*

**217.** — Nella terza parte di questo volume parleremo del tema generale dell'"applicazione del diritto internazionale" anche con riferimento ai trattati.

---

internazionale », in *Riv. arb.*, 1993, p. 361 ss.; U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, 3 ed., Bari, Cacucci, 2005; N. RONZITTI, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill, 2016.

<sup>(205)</sup> Trib. Genova, 9 dicembre 1992, *Fincantieri e altri c. Rep. Iraq e altri*, in *Dir. mar.*, 1997, p. 175 ss.

<sup>(206)</sup> App. Genova, maggio 1994, *Fincantieri — Cantieri Navali Italiani S.p.A. & Oto Melara S.p.A. v. Ministry of Armament, Supply, Directorate of Iraq and Republic of Iraq*, in *Yearbook Comm. Arb.*, 1996, p. 594.

<sup>(207)</sup> Cass. civile, SS.UU., 24 novembre 2015, n. 23893, *Gov. Min. della Repubblica Iraq c. Banca Intesa Spa ed altri*, in *DeJure online*.

<sup>(208)</sup> Cfr. ad es. Lodo ICC n. 16684 del 2012, in *Yearbook Comm. Arb.*, 2016, p. 52 ss.

## Capitolo V

### GLI ACCORDI TRANSNAZIONALI CONCLUSI TRA E DA ENTI NON-STATALI

**Bibliografia sommaria:** P. NÉGULESCO, «Principes du droit international administratif», *RCADI*, 1935, t. 51, p. 579 ss.; G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, in *Trattato di diritto internazionale*, già dir. da P. FEDOZZI e S. ROMANO, Padova, Cedam, 1964; G. BURDEAU-BASTID, “Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents”, in *Mélanges Reuter*, Paris, 1981, p. 103; O. AUDÉOUD, “Les collectivités infraétatiques dans la vie internationale”, in *SFDI Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 1994, p. 139, e J. FERSTENBERT, “Droit et pratique de l’action extérieure des collectivités locales”, in *Rev. Jur. du Centre-Ouest*, n. 1-2, 1988; SFDI, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002; K. RAUSTIALA, “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law”, *Va. J. Int. L.*, 2002, p. 70 ss. V. anche E. CANNIZZARO, “Le relazioni esterne delle Regioni nella legge di attuazione del nuovo tit. V della Costituzione”, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 759; L. CONDORELLI, F. SALERNO, “Le relazioni transfrontaliere tra comunità locali in Europa nel diritto internazionale ed europeo”, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1986, p. 381 ss.; S.M. CARBONE, P. IVALDI, “La partecipazione delle Regioni agli affari comunitari e il loro potere estero”, *Quad. reg.*, 2005, p. 701 ss.; S. CASSESE, “Administrative Law without the State: the Challenge of Global Regulation”, *NYU J. Int. L. & Pol.*, 2005, p. 663 ss. ed in *Id.*, *Il diritto globale. Il diritto oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009; L. DANIELE (a cura di), *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, “L’émérgence du droit administratif global”, in *RIDE*, 2013, pp. 37-58; M. VELLANO, *La cooperazione regionale nell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014; F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., Padova, Cedam, 2023.

**1. Accordi infra-statali.** — Accade sempre più spesso che enti pubblici nazionali diversi dallo Stato (per esempio Comuni, Regioni, Province autonome e Banche centrali), nei limiti delle proprie competenze, concludano “accordi internazionali” come abbiamo visto nel Capitolo precedente. Anche le Università hanno una ricca attività transnazionale fatta di accordi bilaterali che stipulano direttamente con altre Università europee (si pensi agli accordi Erasmus) o extra-UE.

Ma occorre sgombrare subito il campo da alcuni pericolosi equivoci generati da parte della dottrina dei giuristi di diritto domestico che poco conoscono il diritto internazionale: il “diritto oltre lo Stato”, “l’ordine globale” altro non è se non l’ordinamento internazionale ed il suo diritto, cioè il *diritto internazionale* (o nel contesto UE, il *diritto amministrativo UE* è appunto il *Diritto dell’Unione europea* oggetto del settore scientifico-disciplinare IUS 14) con i poteri, le fonti e i procedimenti che appartengono a tale *ordinamento giuridico diverso da quello dello Stato italiano*. Quanto agli “enti di governo globale” o altri *enti a carattere non nazionale*, ancora una volta si tratta di *soggetti dell’ordinamento internazionale o comunque di enti che partecipano alla vita di relazione internazionale*, a cominciare dalle organizzazioni internazionali le quali funzionano esclusivamente in base al diritto internazionale (v. *supra* Cap. I e *infra* Cap. XV). Non esiste un “diritto amministrativo globale” diverso dal “diritto internazionale amministrativo” che conosciamo da oltre un secolo

e, al di là del desiderio, coltivato da alcuni autori statunitensi <sup>(1)</sup>, di proiettare a livello globale il diritto amministrativo del proprio Paese, la realtà è che fuori dallo Stato esiste solo l'ordinamento della *societas* internazionale ed il *suo* diritto: il diritto internazionale, appunto.

È dunque in tale prospettiva che vanno inquadrati anche gli accordi transnazionali conclusi da enti statali diversi dallo Stato centrale ed è chiaro che lo *Stato risulta vincolato da tali accordi quando abbia conferito ai propri enti sub-statali il potere di impegnarlo a livello internazionale*. Così, la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto legittimo il potere del Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia di stipulare *intese* con la Slovenia e con l'Austria al fine del coordinamento delle attività in materia di difesa del suolo nei bacini idrografici transfrontalieri in base all'art. 117, c. 9, Cost. Qui, infatti, si prevede che possano essere stipulate intese con enti territoriali interni ad altri Stati — e non con questi ultimi — pur se tali accordi debbano essere concluse soltanto nei casi e con le forme disciplinati con leggi dello Stato <sup>(2)</sup>.

Così, ad ulteriore esempio, in Francia, la Banca centrale può partecipare “a degli accordi monetari internazionali” previa autorizzazione del Ministro dell'Economia (art. 2, c. 4, della L. 4 agosto 1993). È chiaro altresì che tali accordi formano oggetto di un controllo da parte dello Stato: si tratta, infatti, di accordi spesso conclusi in applicazione di più ampi trattati di cooperazione interstatale.

**2. Accordi conclusi tra organizzazioni intergovernative.** — Gli Stati possono concludere degli appositi accordi con le OIG per regolare i loro reciproci rapporti (accordi di sede, sui privilegi e le immunità diplomatiche...) o con enti pubblici internazionali <sup>(3)</sup>. A propria volta, anche le organizzazioni internazionali possono concludere tra loro accordi internazionali bilaterali o multilaterali <sup>(4)</sup>. L'individuazione delle regole che disciplinano tali rapporti è relativamente semplice: basta riferirsi, in via generale, al diritto dei trattati codificato dalla CVT con alcuni adattamenti <sup>(5)</sup> e alla Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali. Non tutte le soluzioni affermatesi nel diritto dei trattati fra Stati sono però automaticamente trasponibili ai trattati tra OIG o tra Stati e OIG. Le OIG, infatti, dispongono di limitate competenze di attribuzione: ogni accordo concluso dalle OIG al di là di tali competenze risulterebbe viziato da nullità *ab initio* (ecco una nuova causa di invalidità dei trattati che non esiste per i trattati conclusi tra Stati). Inoltre, il procedimento di conclusione di tali accordi *avviene in forma semplificata* rispetto a quello normalmente utilizzato nei trattati tra Stati: in una OIG la competenza a negoziare appartiene

<sup>(1)</sup> Cfr. R.-B. STEWART, « U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law? », in *L. & Contemp. Probs.*, p. 63 ss. che non nasconde la visione egemonica della *governance* globale da parte degli Stati Uniti attraverso il proprio diritto. Cfr. anche D. VAGTS, “Hegemonic International Law”, in *AJIL*, 2001, p. 843 ss.

<sup>(2)</sup> Corte Cost., 15 luglio 2003, n. 242, in *Giur. cost.*, p. 4.

<sup>(3)</sup> Così, la Francia aveva concluso apposite convenzioni di “comptes d'opérations” con le banche centrali degli Stati dell'Africa dell'Ovest e dell'Africa centrale nel 1973 a titolo di meccanismi di cooperazione monetaria della “zona franco”.

<sup>(4)</sup> V. ad es. S. VEZZANI, *Gli Accordi delle organizzazioni del gruppo della Banca Mondiale*, Torino, Giappichelli, 2011; J. KLABBERS, *Advanced Introduction to the Law of International Organizations*, EE, 2022, p. 106 ss. ove riferimenti.

<sup>(5)</sup> V. già il rapporto di R. J. DUPUY all'*Institut de Droit International*, sessione di Roma, 1973, p. 214 e ss. Ogni altro riferimento in [http://legal.un.org/ilc/texts/I\\_2.htm](http://legal.un.org/ilc/texts/I_2.htm).

all'organo esecutivo (la Commissione dell'UE, per esempio), l'approvazione definitiva, invece, viene data dall'organo plenario degli Stati membri — politicamente più importante — (per esempio il Consiglio dei ministri UE, in alcune materie previa approvazione del Parlamento UE, v. gli artt. 207 e 218 TFUE).

**3. Piano espositivo.** — Oltre agli accordi summenzionati, esistono altre tipologie di accordi che sono transnazionali (o *misti*) in quanto vengono stipulati tra soggetti di natura giuridica diversa: si tratta, per esempio, dei contratti fra Stati ed imprese straniere (**Sezione I**). Successivamente diremo degli accordi esterni che vengono stipulati tra le OIG e i soggetti privati (**Sezione II**).

### Sezione I

#### GLI ACCORDI TRANSNAZIONALI FRA STATI E PRIVATI STRANIERI

**Bibliografia sommaria:** W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, 1966, p. 222 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 90 ss.; P. WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", in *RCADI*, 1969-III, t. 128, p. 95; dello stesso autore, "Droit international et contrats d'Etat", in *Mélanges Reuter*, 1981, p. 549; G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e privati stranieri nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1972; G. VAN HECKE, "Les accords conclus entre un Etat et une personne privée étrangère", IDI Sessione di Oslo, 1977; J. F. LALIVE, "Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents", in *RCADI*, 1983, t. 181, p. 9; J.M. JACQUET, "L'Etat opérateur du commerce international", in *Clunet*, 1989, p. 621; G. DELAUME, *The proper law of state contracts revisited*, in *ICSID Review*, 1997, pp. 1-28; CH. LEBEN, "Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat", in *Mélanges Ph. Kahn*, Paris, Litec 2000, p. 119; Id., "L'évolution de la notion de contrat d'Etat", in *Rev. arb.*, 2003, n. 3, p. 629; Id., "La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements", in *RCADI*, 2004, v. 302, pp. 197-386; il dossier della UNCTAD, *State contracts*, E.05.II.D.5, 2004; P. MAYER, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", in *Un siècle d'étude du droit international*, Paris, Litec, 2006, p. 429; E. LAUTERPACHT, "Arbitration between States and Foreign Investors: Retrospect and Prospect", in *Arbitration Insights: twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, J. LEW e L. MISTELIS (ed.), London, 2007, p. 307; A. GIARDINA, "L'arbitrato internazionale in materia di investimenti: impetuosi sviluppi e qualche problema", in SIDI, *I rapporti economici internazionali*, a cura di N. BOSCHIERO e R. LUZZATO, Napoli, ES, 2008, p. 320 ss.; I. ALVIK, *State Contracts and International Arbitration*, Oxford, Hart, 2011; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2 ed., Oxford, OUP, 2012, p. 79 ss.; G. SACERDOTI, "Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo Ordine Economico Internazionale: un bilancio trent'anni dopo", in *Studi Picone*, cit., p. 127 ss.; M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3 ed., Paris, L.G.D.J., 2019, p. 197 ss.; F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., Padova, Cedam-WKI, 2023.

**4. Contratti internazionali.** — I contratti internazionali sono accordi che possiedono dei "punti di collegamento con più ordinamenti giuridici" <sup>(6)</sup> ovvero, per riprendere una celebre espressione, si tratta di contratti "in cui tutti gli elementi non sono localizzati sullo stesso territorio" di uno Stato <sup>(7)</sup>.

**5. Pluralità.** — Questi accordi sono numerosi e regolano rapporti molto diversi (§ 1). Tutti però pongono lo stesso delicatissimo problema giuridico: quale diritto si applica a tale tipo di rapporti (§ 2)? Dopo molte esitazioni e controversie sia dottrinali che giurisprudenziali, sembra iniziare a delinarsi, nel nostro tempo, un nuovo *corpus iudicium* in materia attraverso un "diritto internazionale dei contratti internazionali" di cui tenteremo di fornire le coordinate fondamentali (§ 3).

<sup>(6)</sup> M. FONTAINE, in *Le contrat économique international*, cit., p. 25.

<sup>(7)</sup> *Texaco/Calasiatic c. Gouvernement libyen*, lodo arbitrale del 19 gennaio 1977, in *Clunet*, 1977, p. 350, punto 22.

### § 1. — *Tipologie di accordi*

Si tratta di accordi che si differenziano per il loro oggetto (1), per la loro natura (2) e per il loro ambito di applicazione (3).

#### 1. — **Diversità d’oggetto**

6. — Detti accordi possono avere per oggetto la fornitura di beni (ad uso civile o militare), di servizi (contratti di consulenza, assistenza tecnica ed altri servizi, persino ad oggetto militare <sup>(8)</sup>), lo sfruttamento di risorse naturali locali (concessioni), la gestione di pubblici servizi (contratti di concessione, appalti pubblici strade, porti, ...). Possono anche avere un oggetto esclusivamente finanziario (mutui). Possono altresì costituire imprese comuni (*joint ventures*) tra lo Stato (o i suoi organi ed enti) ed un privato straniero. Possono inoltre avere un “oggetto sovrano”, come gli accordi di indennizzo di azionisti stranieri a seguito di una nazionalizzazione <sup>(9)</sup>. Così ancora gli accordi detti di “autolimitazione” o di “restrizione volontaria delle esportazioni” tra produttori privati e governi che sono stati particolarmente numerosi — e perdurano — nel settore dell’automobile, dell’elettronica o della siderurgia <sup>(10)</sup>.

#### 2. — **Diversità rispetto alla loro natura giuridica**

7. **Carattere “pubblico” delle parti.** — Qui, le parti non hanno sempre lo stesso statuto giuridico. Alcuni accordi sono conclusi dallo Stato centrale o federale; altri da enti pubblici locali (città, regioni, enti pubblici).

8. **Atti commerciali e atti di esercizio della sovranità.** — Alcuni accordi sono conclusi dagli Stati a fini meramente commerciali (atti *jure gestionis*), altri accordi costituiscono esercizio di sovranità (atti *jure imperii*).

9. **Atti civili, commerciali e amministrativi.** — Va notato che, dal punto di vista del diritto nazionale di alcuni Stati, detti accordi possono avere natura squisitamente civile o commerciale, mentre in altri ordinamenti gli stessi atti potrebbero essere qualificati alla stregua di atti amministrativi (è il caso della Francia e dei Paesi che si ispirano alla sua tradizione giuridica) <sup>(11)</sup>.

#### 3. — **Diversità nel loro ambito di applicazione**

10. **Durata variabile.** — Alcuni accordi sono ad esecuzione istantanea, come ad esempio alcune compravendite di beni ed altre merci. Altri accordi, invece, sono rapporti di durata e, come tali, si eseguono per molti anni (concessioni, *joint ventures*, ...). Alcuni accordi hanno un valore economico limitato, altri valgono milioni o miliardi di euro.

<sup>(8)</sup> V. N. RONZITTI, F. FRANCONI (a cura di), *War by Contract*, Oxford, OUP, 2011.

<sup>(9)</sup> V. l’accordo tra la Mauritania e le imprese straniere nel caso *Miferma*, *AFDI*, 1976, p. 619.

<sup>(10)</sup> V. I. BERNIER, “Les ententes de restriction volontaire à l’exportation en droit international économique”, in *Ann. Can. de Dr. Int.*, 1973, p. 48 nonché A. TANCREDI, “Il perdurante ricorso agli accordi di limitazione delle esportazioni come strumento di protezione commerciale”, in *Studi Picone*, a cura di A. LIGUSTRO e G. SACERDOTI, cit., p. 451 ss.

<sup>(11)</sup> V. M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2019.

**11. Gli accordi di sviluppo economico.** — A partire dalla seconda metà del secolo scorso, si è affermata una particolare categoria di accordi di durata: gli “accordi di sviluppo economico”. Il lodo *Texaco c. Libia* ne testimonia l’esistenza e li caratterizza per il loro “oggetto particolarmente ampio”, “il loro obiettivo di cooperazione” tra lo Stato ospite e l’impresa privata straniera, un lungo orizzonte temporale e infine la presenza di “clausole di stabilizzazione”<sup>(12)</sup>.

**§ 2. — La problematica giuridica: il diritto applicabile ai “contratti transnazionali”**

**12.** — Il tema del diritto applicabile ai contratti transnazionali in questione è stato oggetto di una peculiare evoluzione. Se inizialmente si riteneva che tali contratti dovessero necessariamente essere regolati dal diritto nazionale di un dato Stato (1), oggi si ammette che possano essere regolati dal diritto internazionale inteso in senso lato, almeno se le parti manifestano la loro volontà in tal senso (2).

**1. — Il punto di partenza:  
la sottoposizione del contratto al diritto di uno Stato dato**

La sottoposizione di un contratto transnazionale al diritto interno di uno Stato è la soluzione classica affermata sia in diritto internazionale (a) quanto nel diritto interno dei singoli Stati (compreso il loro diritto internazionale privato) (b).

**a) La posizione della CPGI e della CIG**

**13. Il caso dei prestiti serbi e brasiliani del 1929.** — Nel caso dei prestiti serbi e brasiliani del 1929, la CPGI ha adottato una massima suggestiva che, all’epoca, sembrava incontestabile: “[o]gni contratto che non è un accordo tra Stati quali soggetti di diritto internazionale, trova il proprio fondamento in una legge nazionale”<sup>(13)</sup>.

**14. Il caso dell’Anglo-Iranian del 1952.** — Nel caso dell’*Anglo-Iranian* del 1952, la CIG ebbe occasione di ritornare su detta questione. La Corte indicò che, pur se il contratto di concessione oggetto del proprio sindacato giurisdizionale formava oggetto di un rapporto al Consiglio (della SdN) e si trovava nei suoi archivi, tale circostanza non era sufficiente per trasformare le clausole di detto accordo in quelle di un *trattato* tra il Governo dell’Iran e il Governo del Regno Unito<sup>(14)</sup>. E a ben vedere si tratta di una conclusione perfettamente condivisibile: è chiaro che un tale “contratto internazionale” — una concessione — non può avere il valore e gli effetti di un trattato internazionale tra Stati. Qui, infatti, si tratta di un atto internazionale che possiede una natura giuridica diversa da quella di un trattato. Il contratto di concessione *de quo* era vincolante solo tra il Governo iraniano e la società britannica: il Governo britannico non era affatto parte contraente di tale contratto e dunque non poteva impugnarlo dinanzi alla CIG nei confronti dell’Iran. Certo, l’inadempimento di detto contratto

<sup>(12)</sup> Par. 45. Un altro importante lodo arbitrale successivo al lodo *Dupuy* è quello pronunciato nel caso *Revere Copper and Brass v. OPIC* del 24 agosto 1978, in *ILM*, 1978, p. 1321, e spec. pp. 1334-1335. In arg. v. i riferimenti cit. nella bibliografia sommaria nonché R. CADIN, *Profili ricostruttivi e linee evolutive del diritto internazionale dello sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2019, *passim*.

<sup>(13)</sup> CPGI, *Emprunts serbes et brésiliens*, 12 luglio 1929, Ser. A, n. 20, p. 41.

<sup>(14)</sup> CIG, *Anglo-Iranian*, 22 luglio 1952, in *Rec.*, 1952, p. 112.

avrebbe potuto giustificare l'esercizio della protezione diplomatica del Regno Unito, ma tale questione non venne mai affrontata dalla CIG dal momento che il caso *Anglo-Iranian* si arrestò alla fase delle eccezioni preliminari.

**15. La confutazione di un terzo tipo di ordinamento giuridico.** — La giurisprudenza della CIG (e dapprima quella della CPGI) è stata spesso strumentalizzata dalla dottrina dogmatica. Ma chi tra la dottrina contemporanea segue ancora tale vetusta impostazione nel nostro secolo è evidentemente digiuno di indagini empiriche e di pratica forense internazionale. Secondo la dogmatica del secolo scorso, delle due l'una: o si tratta di “convenzioni tra Stati”, soggette alle regole di diritto internazionale pubblico, cominciando da quelle relative ai trattati, oppure si tratta di convenzioni tra “altre persone”, e allora devono essere regolate da un ordinamento giuridico nazionale da individuare in base a norme di conflitto che... a propria volta dovranno essere preliminarmente individuate. Così facendo, tuttavia, si “localizza” sempre un contratto “internazionale” nell'ordinamento giuridico “nazionale” di un dato Stato, un'operazione che oggi, nel secolo della globalizzazione, appare assai artificiosa (per non dire contraddittoria!).

Senonché, sin dal 1977, il *lodo Texaco* ha ben illustrato che la formula utilizzata dalla CPGI non era affatto granitica perché, con l'evoluzione della *societas* internazionale e delle sue regole, non è più possibile escludere che il diritto internazionale possa disciplinare anche questo tipo di rapporti <sup>(15)</sup>.

**b) La conferma dal punto di vista del diritto interno.**

**16. — In Francia**, nel celebre caso *Messageries maritimes*, la Corte di Cassazione riprendeva e generalizzava quel principio posto nel 1929 dalla CPGI. Qui, il giudice francese affermava che “ogni contratto internazionale è necessariamente collegato alla legge di uno Stato” <sup>(16)</sup>. Va notato che la tesi classica, è dura a morire nella giurisprudenza: tale fu ancora la posizione della Jugoslavia nel caso *Losinger* <sup>(17)</sup>, come pure quella della Norvegia nel caso dei *prestiti norvegesi* <sup>(18)</sup>.

Anche **in Italia**, l'orientamento prevalente della giurisprudenza, confortata dalla dottrina dogmatica di diritto internazionale privato si colloca sulla scia della pronuncia sul caso dei *prestiti serbi e brasiliani* della CPGI. Pertanto, si è a lungo ritenuto che il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali dovesse essere necessariamente il *diritto positivo di uno Stato* da individuarsi tramite le norme di conflitto vigenti nella *lex fori*, norme che portano ad escludere sempre la scelta di regole di diritto di fonte a-statuale (come ad esempio i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali). La materia è successivamente diventata oggetto di regolazione UE ed oggi entra nell'ambito di applicazione del **Reg. n. 593/2008 “Roma I”, del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali**, adottando soluzioni non dissimili <sup>(19)</sup>.

<sup>(15)</sup> V. par. 27.

<sup>(16)</sup> Cass. Civ. 21 giugno 1950, *D.*, 1951, p. 749, con nota di HAMEL.

<sup>(17)</sup> CPGI, *Losinger*, ord. 27 giugno 1936, n. 78, Ser. C, p. 32.

<sup>(18)</sup> CIG, 6 luglio 1957, *Rec.* 1957, p. 9.

<sup>(19)</sup> Su tali questioni si rinvia a F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., cit., p. 803 ss.

## 2. — L'evoluzione contemporanea

Senonché, il d.i.pr. non è solo quello che vale dinanzi al *giudice interno* ma è anche quello che si applica — molto più spesso! — dinanzi all'*arbitro internazionale* sicché, in materia di obbligazioni contrattuali, il discorso è assai più articolato di quanto erroneamente creduto e professato da gran parte della dottrina<sup>(20)</sup>. Ma la dottrina dogmatico-statalistica del d.i.pr., che nega l'applicazione del diritto a-nazionale (*lex mercatoria*, Principi Unidroit etc.) a titolo di *lex causae* si trova smentita dalla prassi degli ultimi cinquant'anni ed oggi da precisi fatti giuridici: le *norme di conflitto speciali* adottate dagli Stati nella propria legislazione in materia di **arbitrato commerciale internazionale e degli investimenti** (che riflettono quelle dei Regolamenti di arbitro più in uso nella prassi) e, poi, clamorosamente dai **Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 2015**, adottati dalla Conferenza dell'Aja di d.i.pr. In breve: la “delocalizzazione” o meglio l’“internazionalizzazione” dei contratti costituisce la più importante evoluzione del diritto internazionale contemporaneo ed è il risultato di un orientamento dottrinale di cui siamo protagonisti.

### a) La prassi internazionale

**17.** — Una “certa” prassi internazionale riconosce la sottoposizione dei contratti conclusi tra Stati e imprese straniere al *diritto internazionale*: diversi arbitrati sono giunti a tale conclusione. La prassi dell'ONU, la Convenzione ICSID, la Conferenza dell'Aja di d.i.pr. ed anche l'OEA hanno confermato tale nuova impostazione.

**18. La prassi arbitrale.** — In diversi lodi arbitrali, gli arbitri hanno rilevato che taluni contratti tra Stati e privati stranieri, in ragione del loro contenuto e delle loro caratteristiche, erano stati “internazionalizzati”, cioè sottoposti direttamente al *diritto internazionale* e non più al solo diritto nazionale dello Stato contraente<sup>(21)</sup>.

**19. La prassi delle Nazioni Unite.** — Il 14 dicembre 1962, l'Assemblea Generale dell'ONU ha adottato, all'unanimità, una Risoluzione relativa alla “sovranità permanente sulle risorse naturali” che pareva ben rappresentare — perlomeno a quell'epoca

<sup>(20)</sup> Riferimenti in F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2003. L'impostazione del secolo scorso si ritrova ancor oggi in F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, cit. 2020, p. 24 e i riferimenti ivi cit. Per una diversa impostazione cfr. F. MARRELLA, “Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. BOSCHIERO, Torino, Giappichelli, 2009, p. 15-65, nonché S.M. CARBONE, *Autonomia privata e commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2014.

<sup>(21)</sup> I principali lodi che evidenziano un siffatto orientamento sono i seguenti: *Lena Goldfields c. U.R.S.S.*, in *Ann. Dig.* 1930, n. 1 e 258; *Petroleum Development Ltd c. Souverain d'Abu Dhabi*, 1951, *ILR*, 1951, 144 & *ICLQ* 1952, p. 247; *Marine Oil Cy c. Souverain de Qatar*, 1953, *ILR*, 1953, p. 534; *Sapphire c. N.I.O.C.*, 1958, in *Ann. Suis. Dr. Int.*, 1962, p. 273; *Aramco c. Arabie Saoudite*, 1958, *AFDI*, 1961, p. 300. Il precitato lodo Dupuy del 1977; il precitato lodo Revere del 1978 (v. P. WEIL, *op. cit.*, per un elenco dettagliato) a cui si aggiungono i lodi derivanti da alcuni grandi arbitrati in materia petrolifera, in particolare, a seguito alle nazionalizzazioni libiche, v. B. STERN, “Trois arbitrages, un même problème, trois solutions”, in *Rev. arb.*, 1980, p. 3; il lodo *Aminoil c. Kuwait* in *Clunet*, 1982, p. 869 con una nota di PH. KAHN, in *AFDI*, 1982, p. 454, la nota di G. BURDEAU e, le critiche di F.A. MANN, “The Aminoil arbitration”, *BYIL*, 1984, p. 213 e *Framatome c. Atomic Energy Organization of Iran*, in *Clunet*, 1984, p. 37, con una nota di B. OPPETT. Ulteriori riferimenti in C. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 34 ss.



— l'*opinio juris* più comunemente accolta in materia. Qui, si afferma che “gli accordi relativi agli investimenti stranieri liberamente conclusi dagli Stati sovrani o tra Stati sovrani saranno rispettati secondo buona fede”<sup>(22)</sup>. Nel precitato lodo *Texaco*, il prof. R.J. DUPUY sottolineava che quel testo poneva “sullo stesso piano” gli accordi tra Stati e quelli conclusi tra uno Stato e delle imprese private straniere<sup>(23)</sup>. Certo, in seguito, l'*opinio juris* in tale materia è stata “intaccata” dalle diverse risoluzioni “onusiane” del 1974 relative al “nuovo ordine economico internazionale”. Ma come sappiamo, si tratta di risoluzioni a carattere *meramente programmatico*, per nulla codificatrici del diritto consuetudinario in materia<sup>(24)</sup>. In proposito, conviene sottolineare che, nella loro prassi, gli stessi Stati in via di sviluppo sono lontani dall’attribuire effettività a tali prese di posizione “militanti”<sup>(25)</sup>.

**20. Il diritto pattizio multilaterale: la Convenzione ICSID del 1965.** — La Convenzione del 18 marzo 1965 *per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati* conclusa sotto gli auspici della Banca Mondiale e da allora in vigore tra un grande numero di Stati (163 a marzo 2021) stabilisce un meccanismo di arbitrato per la soluzione di tali controversie. A tale scopo opera un organismo particolare, il Centro internazionale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID secondo l’acronimo inglese). In tale ambito, si risolvono le controversie tra Stati e privati sulla base del *diritto internazionale* e non in base al solo diritto nazionale dello Stato parte della controversia (v. *infra*, Cap. XXIII). **L’art. 42 della Convenzione ICSID**, infatti, dispone che:

“1) Il Tribunale arbitrale risolve la controversia secondo le regole di diritto che le parti abbiano convenuto. In mancanza di accordo, il Tribunale applica il diritto dello Stato contraente parte della controversia (comprese le sue norme sul conflitto di leggi) e le norme di diritto internazionale applicabili in materia.

2) Il Tribunale non può rifiutarsi di giudicare sulla base del silenzio o dell’oscurità del diritto.

3) Le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 non pregiudicano il potere del Tribunale di decidere una controversia *ex aequo et bono* se le parti convengono in questo senso.”

È pacifico che, tramite il suddetto riferimento alle “regole di diritto” le parti possono designare quale *lex contractus* sia il diritto di uno Stato, sia il diritto internazionale (compresi i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali). In mancanza di scelta del diritto applicabile, il diritto statale designato dalla norma di conflitto viene comunque “controllato” tramite la sua rispondenza al diritto internazionale<sup>(26)</sup>.

**21. Le soluzioni del nostro tempo: i Principi Unidroit sui contratti internazionali e i recenti lavori della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato.** — L’Istituto Internazionale per l’unificazione del diritto privato (Unidroit) venne isti-

<sup>(22)</sup> Par. 8.

<sup>(23)</sup> Par. 68.

<sup>(24)</sup> Par. 88 e, in generale, parr. 80-81 de lodo Dupuy.

<sup>(25)</sup> Cfr. G. SACERDOTI, “Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo Ordine Economico Internazionale: un bilancio trent’anni dopo”, in *Studi Picone*, cit., p. 127 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. tra i molti, E. GAILLARD, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, in *ICSID Review*, 2003, pp. 375-411 e, più in generale, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, a cura di N. BLACKABY e C. PARTASIDES, 7 ed., Oxford, OUP, 2022, p. 182 ss.

tuito nel 1926 come organismo della Società delle Nazioni. Nel 1940, fu ricostituito sulla base di un accordo multilaterale che è a tutt'oggi il suo Statuto organico<sup>(27)</sup>. Ne fanno parte una sessantina di Stati tra cui l'Italia. L'Unidroit, che ha sede in Roma, è un'organizzazione intergovernativa, a struttura tripartita, composta dall'Assemblea generale, dal Consiglio di direzione e dal Segretariato. Orbene, un'opera di grande rilevanza scientifica e pratica sono i **Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali**, in varie edizioni (1994, 2004, 2010 e 2016) un'autorevole codificazione di *soft law* del *diritto dei contratti internazionali*. Ma lo scopo di tali Principi non è certo solo quello di fungere da *modello per i legislatori nazionali* come un tempo si sarebbe ritenuto logico. Tra gli scopi principali dei Principi Unidroit vi è proprio quello di fungere da *diritto applicabile ai contratti internazionali* e da *strumento di interpretazione ed integrazione di norme nazionali o di trattati internazionali*, funzioni che non si spiegano con i vecchi schemi di diritto internazionale pubblico e privato ma solo in considerazione di quanto abbiamo più volte indicato. Trattandosi di *soft law* di origine internazionale (Cap. VI) risulta evidente che un'OIG come Unidroit ha preso solo atto dell'evoluzione dell'ordinamento internazionale e della necessità di disporre di un *Restatement* delle regole transnazionali già applicate e da applicare ai "contratti internazionali"<sup>(28)</sup>.

Infine, ad ulteriore conferma dell'evoluzione dell'ordinamento internazionale in senso transnazionale, va sottolineato che persino la **Conferenza Permanente dell'Aja di diritto internazionale privato**, la principale OIG per il d.i.pr. che, sin dal 1899, ha avuto come scopo la progressiva unificazione delle norme di diritto internazionale privato, mediante l'elaborazione di trattati multilaterali, ha adottato, il 19 marzo 2015, i **Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali**<sup>(29)</sup>. Tali principi aprono definitivamente l'ambito della *choice of law* in favore della scelta delle regole a-nazionali, in linea con le tendenze evolutive che si manifestano nella prassi. Detti Principi, come viene indicato nel loro Preambolo, "*sets forth general principles concerning choice of law in international commercial contracts*", ed all'art. 3, si indica espressamente che:

"The law chosen by the parties may be **rules of law** that are **generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules**, unless the law of the forum provides otherwise"<sup>(30)</sup>.

<sup>(27)</sup> Cfr. M. SAULLE, voce « Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato », in *Enc. dir.*, 1973, p. 58 s.; R. MONACO, voce « Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (Unidroit) », in *Enc. giur.*, XVII.

<sup>(28)</sup> Cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, op. cit.; M. J. BONELL, *Un 'Codice' internazionale del diritto dei contratti: i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2004; Ph. KAHN, « La lex mercatoria et son destin », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman: Droit commercial international et européen*, Paris, Panthéon-Assas, 2004, 25 ss.; E. GAILLARD, *Les Aspects philosophiques de l'arbitrage*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2008, p. 39 ss.

<sup>(29)</sup> Si rinvia a F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in Trattato di dir. commerciale e di dir. pubblico dell'economia dir. da Fr. GALGANO, Padova, Cedam, 2003; Id., *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., Padova, Cedam, 2023, ove riferimenti. Per cogliere il radicale mutamento di opinione nella dottrina conflittualistica, v. tra i tanti, P. VAREILLES-SOMMIÈRES DE, "Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux", *JDI*, 2016, pp. 409-453.

<sup>(30)</sup> Grassetto aggiunto. A. DAVI, A. ZANOBETTI, "Autonomia delle parti e certezza del diritto nei Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali", in *Dir. comm.*

Certo, per singole fattispecie concrete, occorrerà verificare le soluzioni di diritto positivo di d.i.pr di ciascuno Stato. Ma, al di là della volontà politica contingente di ciascun legislatore nazionale (o UE), è indiscutibile che il d.i.pr. contemporaneo ammetta ufficialmente tali soluzioni.

### b) *La prassi interna: l'evoluzione della giurisprudenza*

**22. In Francia.** — La Corte di Cassazione francese ha seguito un orientamento parallelo a quello che si riscontra nell'ordinamento internazionale. Nel celebre **caso Hecht**, il Tribunale di Parigi ha fissato il principio secondo il quale il collegamento di un contratto internazionale ad un diritto nazionale non “si impone per sé salvo che le parti ne abbiano deciso altrimenti”<sup>(31)</sup>. In un'ulteriore pronuncia, la Corte di Parigi dichiarava di conformarsi al “nuovo corso” dichiarando che “tenuto conto dell'autonomia della clausola compromissoria, questa è valida *indipendentemente dal riferimento a qualsiasi diritto statale*”<sup>(32)</sup>.

**23. — In Italia**, il dibattito sulla nuova *lex mercatoria* ha portato, *volentes volentes*, all'ingresso formale di tale vocabolo nella giurisprudenza nazionale e ad una progressiva apertura della giurisprudenza verso forme di regolazione non più solo statale, bensì a carattere transnazionale sia pure entro gli ambiti fissati dalle vigenti norme di diritto internazionale privato, ambiti che sono assai ampi per l'arbitrato commerciale internazionale<sup>(33)</sup>. Emblematica di tale tendenza resta la **sentenza F.lli Damiano** ove la Cassazione ha rilevato che:

“Nell'arbitrato mercantile...deve ritenersi che *transnazionale* sia il diritto in cui l'arbitrato si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi di singoli Stati, giacché il diritto 'mercantile' si sperimenta nell'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della *opinio necessitatis* che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè nella convinzione (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti. Nella misura in cui si constata che quegli operatori — prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dall'ubicazione della loro attività in uno Stato — consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una *affectio* dettata da motivi pratici) l'*opinio necessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, *pro tempore*, determinati). Per modo che il diritto 'mercantile' sorge quando si forma e manifesta la convinzione di valori cogenti, e ciò in quanto i soggetti, che nutrono tale convinzione, vengono a coordinare le loro condotte in base a regole comuni integrando una *societas* mercantile. Nella *societas* così individuata, ove manchino strutture organizzative ed enti esponenziali — il diritto si rileva allo stato diffuso (cosiddetto 'diritto diffuso'); mentre in presenza di strutture organizzative — le quali, per lo più, riguardano la risoluzione dei conflitti, e cioè la giustizia arbitrale — il diritto 'mercantile', pur acquistando maggiore spessore, non muta la sua natura. E — collocandosi nell'ambito del

---

*int.*, 2017, pp. 881-907; Y. NISHITANI, “Party Autonomy in Contemporary Private International Law”, in *Japanese Y. Int. L.*, 2016, pp. 300-344, nonché il commento alle norme offerto dalla stessa Conferenza Permanente di d.i.pr.

<sup>(31)</sup> App. Parigi, 19 giugno 1970, JCP, 1971, 2, p. 16927, con nota di GOLDMAN — ricorso respinto dalla Corte di Cassazione, Cass. Civ., I, 4 luglio, 1972, in *Clunet*, 1972, p. 843, con nota di OPPETIT.

<sup>(32)</sup> App. Parigi, *Menicucci*, 13 dicembre 1975, in *RCDIP*, 1976, p. 507, con nota di OPPETIT. Corsivo aggiunto.

<sup>(33)</sup> In argomento v. F. MARRELLA, *La Lex mercatoria*, in *Atti notarili nel diritto comunitario ed internazionale*, a cura di F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Cotrone, I, Torino, UTET, 2011, pp. 169-200.

diritto ‘mercantile’ (indipendentemente dal diritto degli Stati) l’arbitrato mercantile (estemporaneo o preorganizzato) — le norme che lo disciplinano devono ritenersi costituite da altrettanti valori recepiti (con convinzione di cogenza) da parte dei soggetti della società mercantile. Ed — imponendo la mancanza di sovranità della *societas* mercantile e la mancanza di potestà coattive delle sue strutture organizzatorie il ricorso alla forza cogente di ordinamenti sovrani e la necessità di realizzare l’attività con duplice rilevanza nell’ordinamento mercantile ed in quello statale — le strutture della società mercantile, e fra esse segnatamente gli organismi che preorganizzano e somministrano la giustizia arbitrale, hanno rilevanza sia sul piano della *lex mercatoria* degli operatori, sia nell’ordinamento in cui tali organismi sogliono radicarsi” (34).

Ed ormai sono numerose le sentenze dei giudici statali di varie parti del mondo che fanno esplicito riferimento alla *lex mercatoria* o ai Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali (35) in quanto espressione del *diritto transnazionale* e non di quello statale.

### § 3. — *La nascita di un “diritto internazionale dei contratti internazionali”*

**24. Ruolo dell’autonomia della volontà delle parti.** — Dire che i contratti internazionali possono essere regolati dal diritto internazionale non significa affermare che lo siano automaticamente o che lo debbano essere sempre e necessariamente. Ciò dipende, in effetti, dalla *volontà delle parti*: queste possono scegliere di assoggettare le proprie obbligazioni contrattuali al diritto dello Stato contraente (sia a titolo esclusivo, sia completando il diritto nazionale con il diritto internazionale), al diritto interno di uno Stato terzo sia, puramente e semplicemente, al “diritto internazionale” (ipotesi ancora statisticamente rara ma tecnicamente possibile).

**25. La impossibile assimilazione dei contratti internazionali ai trattati.** — In secondo luogo, affermare che i contratti internazionali sono regolati dal diritto internazionale non significa affatto affermare che accedano al rango ed alla natura dei “trattati”. Su tale punto, il rigetto di una siffatta tesi venne espresso con forza dalla CIG nel precitato caso dell’*Anglo-Iranian* e la soluzione merita di essere pienamente approvata. Certo, esistono numerosi similitudini di tipo materiale e funzionale tra i “trattati interstatali” e certi “contratti transnazionali”, ma resta il fatto incontestabile che si è in presenza di due atti giuridici di natura diversa. Tale problema venne esaminato in un caso, particolarmente interessante, deciso da una Corte d’Appello degli Stati Uniti (36). Il giudice statunitense si dovette pronunciare su delle “lettere di intenti” tra il Segretario di Stato dell’epoca e l’associazione dei produttori d’acciaio europei e giapponesi, secondo le quali questi ultimi si impegnavano a limitare le loro esportazioni d’acciaio verso gli Stati Uniti, mentre questo Stato si impegnavano a non aumentare i propri dazi doganali sull’acciaio e a non introdurre restrizioni quantitative. Se la maggioranza dei giudici si asteneva dal qualificare giuridicamente siffatta fattispecie alla stregua di un *undertaking o statement of intent*, un giudice di minoranza

(34) Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 1982, n. 722, *Topfer c. Damiano*, in *Riv.dir.int.*, 1983, p. 470 ss. In argomento si rinvia a F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit.

(35) Cfr. la banca dati di libera consultazione al sito <http://www.unilex.info/>.

(36) *Consumers Union of US Inc. V. Kissinger*, US Court of Appeals, District of Columbia, 1974, p. 506, F.2d.136, Certiorari denied, 412 US 1004, 95 S.Ct 2406.

giungeva alla conclusione secondo la quale si trattava, in concreto, di veri “accordi internazionali”.

**26. L'assoggettamento dei contratti internazionali al diritto dell'ordinamento internazionale e transazionale.** — In terzo luogo e conclusivamente, dire che i *contratti internazionali* possono essere assoggettati al *diritto internazionale* non equivale certo ad affermare che siano regolati dal “diritto internazionale pubblico”. È evidente che se il “diritto internazionale pubblico” ha per oggetto i soli rapporti tra Stati, ne segue necessariamente che non regola i “contratti internazionali” tra soggetti diversi dagli Stati o tra Stati e privati stranieri. Pertanto, i contratti transazionali non sono regolati dal “diritto internazionale pubblico” bensì da un più vasto “diritto internazionale” riferibile all'ordinamento giuridico transazionale del nostro tempo, un ordinamento che è più ampio di quello della tradizionale Comunità internazionale degli Stati (v. *supra*, Cap. I).

#### a) *Le fonti del diritto internazionale dei contratti*

**27.** — Per quanto concerne le fonti del diritto internazionale applicabile ai contratti, qui, pur se ci troviamo in presenza di molte delle classiche fonti del diritto internazionale, occorre prendere atto di una diversa ponderazione.

— ***I trattati internazionali:*** i trattati bilaterali o soprattutto multilaterali tra Stati possono servire da ombrello, ossia da “quadro di riferimento” — e a volte persino a fissare il regime giuridico — applicabile a certi contratti internazionali conclusi tra uno Stato e un privato straniero. È il caso, ad esempio, degli accordi bilaterali sugli investimenti (c.d. *BITs*) che prevedono un quadro giuridico minimo applicabile ai “contratti d'investimento”<sup>(37)</sup>. Sul piano multilaterale, basti pensare alle convenzioni di diritto materiale uniforme che hanno come scopo l'unificazione della disciplina di un atto giuridico determinato (assegno e cambiale o vendita internazionale, per esempio).

— ***Le consuetudini:*** salvo eccezioni, qui non si tratta delle consuetudini internazionali che regolano i rapporti tra Stati ma il riferimento è alle consuetudini di origine “privata” o, se si preferisce, a-statuale. Si tratta degli “usi del commercio internazionale” che si formano attraverso la prassi degli operatori del commercio internazionale<sup>(38)</sup>. Questi usi sono particolarmente sviluppati nel campo delle relazioni monetarie e finanziarie internazionali<sup>(39)</sup>. Tali regole vengono create dall'interazione tra operatori economici privati — ad es. il “potere bancario internazionale” — ma finiscono con l'imporsi agli Stati ed agli altri enti pubblici nel momento in cui questi ultimi diventano parti contraenti di siffatti contratti.

— ***I principi generali di diritto:*** si tratta di principi generali di diritto dei contratti comuni nei grandi sistemi giuridici contemporanei, come quello di buona fede nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali e di tutti quegli altri principi comuni ai diversi ordinamenti giuridici degli Stati suscettibili di essere “trasposti” a livello

<sup>(37)</sup> V. P. JULLIARD, *Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France*, in *Clunet*, 1979, p. 274.

<sup>(38)</sup> V. F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., cit., p. 256 ss.

<sup>(39)</sup> V. A. JACQUEMONT, *L'émission des emprunts euro-obligataires — pouvoir bancaire et souveraineté étatique*, Paris, Librairies Techniques, 1976, nonché Id., *Les contrats d'euro-crédit: un crédit à contenu variable*, in *Clunet*, 1979, p. 34.

internazionale: si pensi ai principi in materia di interpretazione dei contratti o a quelli sull'abuso del diritto<sup>(40)</sup>. In tale contesto, va sottolineato, oggi, il particolare ruolo dei **Principi Unidroit sui contratti del commercio internazionale**<sup>(41)</sup>. Molti di questi "principi" costituiscono un'espressione scritta di principi generali di diritto dei contratti internazionali nonché di altre regole transnazionali (v. Cap. XI). Non stupisce pertanto che, nel corso degli anni, il Consiglio di direzione di Unidroit abbia formalmente adottato detti principi e che l'UNCITRAL li abbia ugualmente riconosciuti. Ma assai più importante è il fatto che gli arbitri internazionali abbiano applicato i Principi Unidroit sia a titolo di *lex contractus*, sia per interpretare convenzioni di diritto internazionale uniforme, sia per integrare e completare il diritto nazionale designato dalle parti in contratto<sup>(42)</sup>.

— **La giurisprudenza** (interna e soprattutto internazionale): basti il riferimento ai lodi arbitrali internazionali pronunciati sia da collegi arbitrali *ad hoc* (v. esempi precitati) sia nel quadro dell'arbitrato amministrato (ad es. lodi arbitrali pronunciati sotto gli auspici della *International Chamber of Commerce* o ancora dell'ICSID).

— **La dottrina**: svolge un ruolo più importante di quello oggi ammesso nel diritto internazionale "pubblico". Lo sviluppo nel "diritto internazionale dei contratti internazionali" è stato indubbiamente favorito, nel nostro tempo, da vaste ricerche effettuate da un'autorevole dottrina: sia con riferimento alla concezione ampia del diritto internazionale — il "diritto transnazionale" — come quella di PHILIPPE JESSUP —, sia circa la nuova *lex mercatoria* (o *new law merchant*) sviluppate da CLIVE SCHMITTHOFF nel Regno Unito; da B. GOLDMAN, PH. FOUCHARD, D. CARREAU, E. GAILLARD o PH. KAHN in Francia; da N. HORN e K.P. BERGER in Germania; da OLE LANDO in Danimarca, da PIERRE LALIVE e FELIX DASSER in Svizzera o ancora da FRANCESCO GALGANO e FABRIZIO MARRELLA in Italia.

— **Gli atti unilaterali delle organizzazioni internazionali o degli Stati**: queste fonti del diritto internazionale — pur se non espressamente citate nel celebre art. 38 dello Statuto della CIG — svolgono qui un ruolo fondamentale. In particolare, occorre segnalare i lavori delle OIG volti ad elaborare regole di diritto uniforme per il commercio internazionale. Basti pensare, in tal caso, ai tanti lavori di armonizzazione realizzati con maggiore o minore successo dalla UE nel campo del diritto commerciale o del diritto delle società, dalla Commissione economica ONU per l'Europa, e, sul piano universale, dall'UNCITRAL e dall'UNIDROIT.

Inoltre, al livello dei singoli Stati, vanno ricordati i "codici" di commercio internazionale, ossia delle leggi destinate a facilitare gli scambi con l'estero prevedendo delle soluzioni tecniche di per sé non consentite per i rapporti giuridici puramente interni.

## b) Il contenuto di tale diritto

**28.** — Non è possibile esaminare qui in modo approfondito la materia del diritto del commercio internazionale. A tale ambito si rivolgono ormai appositi insegnamenti

<sup>(40)</sup> Per un'ampia disamina dei diversi sensi possibili dell'espressione "principi generali di diritto", v. B. OPPETT, in nota al precitato lodo *Framatome*, in *Clunet*, 1984, pp. 42-45.

<sup>(41)</sup> <http://www.unidroit.org>. In arg. v. ora M. MALAGUTI, E. FINAZZI-AGRÒ, "L'utilizzo dei Principi UNIDROIT nell'arbitrato internazionale di investimento", in *Studi in onore di G. Bernini* a cura di F. MARRELLA e N. SOLDATI, cit.

<sup>(42)</sup> V. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit., nonché il database UNILEX, <http://www.unilex.info> ove è presente un vasto repertorio di lodi arbitrali e di sentenze nazionali ed internazionali.

specialistici e una specifica letteratura dottrinale a cui non possiamo che rinviare <sup>(43)</sup>. Ci limiteremo qui a richiamare alcuni dei più importanti principi in materia.

### **i. I principi incontestati**

**Bibliografia sommaria:** G. RIPERT, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour Permanente de Justice Internationale), *RCADI*, 1933-II, v. 44, pp. 569 ss.; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953 (ried., Cambridge, 2005); P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965; P. WEIL, «Principes généraux du droit et contrats d'Etat», in *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 387; B. GOLDMAN, « The Applicable Law: General Principles of Law — the Lex Mercatoria », in LEW (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1986, p. 113 ss.; R. DAVID, *Le droit du commerce international. Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Economica, 1987; PH. KAHN, «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», in *Clunet*, 1989, p. 305; A. LOWENFELD, « Lex Mercatoria: An Arbitrator's View », in *Arb.Int'l*, 1990, p. 133 ss.; E. GAILLARD, « Trente ans de lex mercatoria. Pour une application selective de la méthode des principes généraux du droit », *Clunet*, 1995, p. 5 ss.; H. BERMAN, F. DASSER, « The "New" Law Merchant and the "Old": Sources, Content, and Legitimacy », in T. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2nd ed., The Hague 1998, p. 53 ss.; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia dir. da Fr. GALGANO, Padova, Cedam, 2003 e K.P. BERGER, *The creeping codification of Lex mercatoria*, 2 éd., Kluwer, 2010. Altri riferimenti *sub* Cap. XI.

**29. La forza obbligatoria del contratto.** — La regola *pacta sunt servanda* del diritto dei trattati si incontra anche in materia contrattuale. E, a ben vedere, esistono altri principi generali di diritto valevoli sia nel diritto dei trattati che nel diritto dei contratti internazionali. Per esempio, si pensi a:

- l'esecuzione secondo buona fede;
- il divieto di modifica unilaterale del contratto;
- la *forza maggiore* (seppure i contorni di tale principio siano variabili)
- il mutamento fondamentale delle circostanze;
- l'obbligo di risarcimento in caso di inadempimento del contratto: in tale ipotesi, il lucro cessante così come il danno emergente andranno indennizzati e, in certi casi, potranno essere previsti anche i rimedi restitutori (*restitutio in integrum*);
- l'esonero da responsabilità in caso di forza maggiore;
- l'arricchimento senza causa;
- l'abuso del diritto (questo concetto fa pensare a quello dei "trattati disuguali" all'epoca della "guerra dell'oppio");
- il rispetto dei diritti quesiti;
- il ricorso all'arbitrato come mezzo di soluzione delle controversie internazionali.

### **ii. Un tipo di clausole inizialmente assai contestato: le clausole di "stabilizzazione" del diritto applicabile o di "intangibilità"**

**Bibliografia sommaria:** P. WEIL, *op. cit.*, p. 230 e ss., e dello stesso autore, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique», in *Mélanges Rousseau*, p. 301 e ss.; R. DOLZER, «LIBYA — OIL Companies Arbitrations», in R. BERNHARDT (ed.), *The Encyclopedia of Publica International Law*, 1997, III, p. 215 ss.; M.T.B. COALE, «Stabilization clauses in international petroleum transactions», in *Denv. J. Intl. L. and Policy*, 2002, p. 217, C. OHLER, «Concessions», in R. WOLFRUM (ed.),

<sup>(43)</sup> V. ad es. F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., cit., ove riferimenti.

*MPEPIL*, 2012, II, p. 564 e ss.; C. TITI, “Les clauses de stabilisation dans les contrats d’investissement: une entrave au pouvoir normatif de l’État d’accueil?”, in *JDI*, 2014, pp. 541-562.

**30. Delle clausole frequenti nei contratti internazionali.** — Si tratta di clausole in cui lo Stato si impegna, sia a non nazionalizzare i beni del proprio contraente privato straniero (come avvenne nel caso dell’*Anglo-Iranian* <sup>(44)</sup>) sia a non aggravare, né la fiscalità, né la redditività dell’investimento e, in generale, a non rendere l’adempimento delle obbligazioni dell’impresa privata particolarmente oneroso (come avvenne nei casi *Texaco* e *Revere* precitati). Sono valide siffatte clausole di intangibilità parziale o totale? Lo Stato contraente può alienare alcuni aspetti essenziali della sua sovranità (i critici parlano di salvaguardia del “policy space” dello Stato ospite) a vantaggio del contraente privato? Orbene, nei grandi arbitrati internazionali ove tali questioni sono state affrontate e risolte si evidenzia una risposta affermativa <sup>(45)</sup>. Questa soluzione merita la nostra approvazione. Come viene rilevato giustamente nel lodo *Texaco*, clausole di questo tipo perseguono uno scopo di stabilità e garantiscono la tutela della controparte privata contro i rischi di improvvisi mutamenti legislativi orientati a vantaggio dello Stato ospite: per questo motivo, esse fanno parte dell’“equilibrio contrattuale” e il loro mancato rispetto comporta un obbligo corrispondente di riparazione da parte dello Stato “colpevole” <sup>(46)</sup>.

**31. Delle clausole valide ed efficaci.** — Inoltre, come osservava l’arbitro R. J. DUPUY, “lo Stato sovrano non può ignorare gli impegni presi dallo Stato contraente” <sup>(47)</sup>. Così, nel lodo ICSID pronunciato a seguito dell’arbitrato *Agip S.p.A. c. Congo*, del 30 novembre 1979 <sup>(48)</sup>, si ammette ufficialmente la legittimità delle clausole di stabilizzazione; questo lodo insiste sulla libertà dello Stato contraente di contrarre o meno e sul fatto che, così facendo, lo Stato non alieni affatto la sua competenza legislativa o regolamentare, in una parola la propria sovranità, nella misura in cui, impegnandosi ufficialmente a mantenere a solo beneficio di un proprio contraente straniero un quadro giuridico stabile, lo Stato si assume un tale obbligo (di stabilizzazione) rispetto a quest’ultimo e non a favore di terzi. In altre parole, in tal caso, lo Stato potrà procedere a tutte le modifiche legislative che vorrà con l’unica riserva della loro inapplicabilità al proprio contraente straniero <sup>(49)</sup>. Tale analisi è da noi condivisa entro gli ovvi limiti della tutela dei diritti umani. Tuttavia, il sopracitato lodo *Aminoil* adotta un approccio sensibilmente più restrittivo ammettendo solo una validità “attenuata” delle clausole di stabilizzazione, suscitando pertanto l’opinione dissenziente di Sir GERALD FITZMAURICE oltre alla critica di FRANCIS MANN <sup>(50)</sup>.

In conclusione, la prassi sembra confermare la validità delle clausole di stabilizzazione, ferma restando la loro non contrarietà allo *jus cogens* in quanto non si tratta di alcuna alienazione della sovranità economica dello Stato, come a volte si è potuto sostenere. Così, in alcuni trattati bilaterali relativi alla promozione e alla protezione degli investimenti privati conclusi tra Stati esportatori e Stati importatori di capitali si

<sup>(44)</sup> V. *plaidoiries*, pp. 64-280 e soprattutto p. 85.

<sup>(45)</sup> V. i casi *Sapphire*, *Aramco*, *Calasiatic* e *Revere* precitati.

<sup>(46)</sup> Parr. 42 e 45.

<sup>(47)</sup> Par. 91.

<sup>(48)</sup> In *Riv. dir. int.*, 1981, pp. 863 ss.

<sup>(49)</sup> V. par. 86 del lodo in *RCDIP* 1982, p. 92 con nota di BATTIFOL.

<sup>(50)</sup> *Op. cit.*



è espressamente riconosciuta la validità e l'obbligatorietà delle clausole di stabilizzazione contenute nei contratti <sup>(51)</sup>.

## Sezione II

### GLI ACCORDI (CONTRATTI)

#### TRA ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI E SOGGETTI PRIVATI

**Bibliografia sommaria:** v. in generale i rapporti presentati da N. VALTICOS all'IDI alla sessione di Oslo nel 1977 così come: M. SCHNEIDER, "International organizations and private persons: the case for a direct application of International Law", in *Mélanges P. Lalive*, 1993, p. 345; CH. DOMINICÉ, "Observations sur le contentieux des organisations internationales avec les personnes privées", in *AFDI*, 1999, p. 623; A. REINISCH, *International Organizations before National Courts*, Cambridge, CUP, 2000; E. MORLINO, *I contratti delle organizzazioni internazionali*, Napoli, ES, 2012; H. ASCENSIO in J.M. SOREL, E. LAGRANGE, *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 1121 ss.; S. VEZZANI, « Le règlement par voie d'arbitrage des différends portant sur la responsabilité des organisations internationales », in *Responsibility and Remedies for the Unlawful Acts of International Organizations*, a cura di D. SAROOSHI, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 367-404; P. WOODS, *International Loans, Bonds, Guarantees and Legal Opinions*, 3 ed., London, Sweet&Maxwell, 2019. Si veda anche il rapporto dell'ILA in materia di "Accountability of international organizations", sessione di Berlino, 2004; quelli presentati ancora all'IDI, sessione di Lisbona 2005, relatore R. HIGGINS, nonché i lavori della CDI sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali al sito: <http://www.un.org/law/ilc>.

**32. Specificità.** — È opportuno distinguere gli accordi tra OIG e soggetti privati dai contratti tra Stati e privati stranieri, in quanto la diversità delle soluzioni adottate in diritto internazionale si spiega in base alla diversa natura giuridica di tali enti:

— *lo Stato ha un proprio ordinamento giuridico interno completo* (con un diritto civile, commerciale e del lavoro, un diritto internazionale privato, etc.) *che non esiste in seno alle OIG* (e nemmeno nel caso dell'UE che da tempo cerca di sviluppare progressivamente un diritto sostanziale "comunitario" in materia contrattuale: il fallimento del progetto di "codice civile europeo" ne fornisce una prova eclatante). In tali condizioni, gli ordinamenti giuridici nazionali possono prevedere delle peculiari norme di conflitto in materia di contratti conclusi tra organizzazioni internazionali e soggetti privati;

— *lo Stato possiede la pienezza della sovranità nel diritto internazionale. Le OIG hanno solamente delle competenze derivate e funzionali.* Di conseguenza, i contratti che le OIG sono abilitate a concludere rientrano in una sfera necessariamente più limitata rispetto a quella dello Stato. Così, ad esempio, un'OIG, non avendo, per definizione, alcun territorio, non concluderà mai, in linea di principio, dei contratti di concessione e di sfruttamento delle ricchezze naturali <sup>(52)</sup>;

— *la sottoposizione dei contratti internazionali (o, perlomeno, di alcuni di essi) al diritto internazionale non risponde alle stesse esigenze a seconda che il contraente sia uno Stato o un'OIG.* Nella prima ipotesi, infatti, si tratta di arginare il potere sovrano

<sup>(51)</sup> V., tra i numerosi esempi, l'articolo III.I. lettera e) del Trattato americano-egiziano del 1982, in *ILM*, 1982, p. 297; l'art. 5.2 del Trattato del 1983 concluso tra Francia e Guinea equatoriale, in *GO* della Repubblica francese del 23 dicembre 1983, p. 3701; l'art. II.2 lettera c) del Trattato russo-americano del 1992 sulla promozione e la protezione reciproca degli investimenti, in *ILM*, 1992, p. 797; così come i modelli di BIT, del 2004, del Canada e degli Stati Uniti.

<sup>(52)</sup> Tuttavia, la UNCLOS istituisce l'"Autorità internazionale dei fondi marini" responsabile dello sfruttamento delle risorse del fondo dei mari: questa, ai sensi della Convenzione, può concedere, al pari degli Stati, delle "licenze di sfruttamento" dietro pagamento di *royalties*.

potenzialmente arbitrario dello Stato-contraente, al fine di impedirgli di modificare unilateralmente la portata dei suoi obblighi nei confronti dei contraenti privati. Il ricorso al diritto internazionale costituisce dunque una garanzia di certezza del diritto e di stabilità degli obblighi assunti a favore dei privati stranieri. Nella seconda ipotesi, il rischio di modifica del diritto interno non sussiste, giacché le OIG non hanno un proprio diritto che possa essere oggetto di richiamo internazionale-privatistico. Senonché, il ricorso al diritto internazionale diviene utile allorché le OIG stipulino con dei privati dei contratti che non possono essere regolati da un diritto nazionale qualsiasi (in quanto si tratta di un diritto spesso inadeguato a tale tipo di rapporti); infatti molti di questi contratti sono di natura internazionale e giustificano l'applicazione del diritto internazionale.

**33. Sommario.** Alla luce delle considerazioni di cui sopra, esamineremo alcuni tipi di contratti stipulati dalle organizzazioni internazionali (§ 1), il diritto applicabile a quei rapporti (§ 2), infine, a titolo esemplificativo, ci riferiremo agli accordi di prestito della Banca Mondiale (§ 3).

### **§ 1. — Tipologie di contratti conclusi dalle organizzazioni internazionali con soggetti privati**

**34.** — È possibile distinguere tre tipi di relazioni contrattuali tra OIG e privati:

- 1) i **contratti di lavoro**: vengono stipulati tra l'organizzazione internazionale e il proprio personale; in alcuni ordinamenti giuridici interni vengono assimilati ai contratti di pubblico impiego;
- 2) i contratti in cui si esplica l'attività dell'organizzazione internazionale: può trattarsi di **contratti di fornitura** o di servizi commerciali o anche di cessioni immobiliari (compravendita o locazione di uffici, appalti, e così via);
- 3) i **contratti legati alla missione** stessa dell'organizzazione internazionale: può trattarsi di progetti di cooperazione intrapresi con altri partners (come la costituzione di imprese congiunte — *joint ventures*) o di contratti di mutuo, prestito o garanzia per quanto riguarda ad esempio gli enti a vocazione finanziaria (Banca Mondiale, banche regionali di sviluppo).

### **§ 2. — Il diritto applicabile**

**35.** — In linea di principio, il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nascenti da tali contratti dipende dalla volontà delle parti contraenti. Non esiste alcuna soluzione giurisprudenziale internazionale decisiva in tale materia. La prassi conosce due soluzioni: l'applicazione di un diritto statale dato o l'applicazione del diritto internazionale.

#### **1. — L'applicazione di un diritto statale**

**36. Scelte possibili.** — Molto spesso, è il diritto di un dato Stato a regolare i rapporti contrattuali tra un'OIG e un soggetto privato qualora si riferiscano a operazioni commerciali "correnti" o qualora abbiano uno stretto collegamento con il sistema giuridico o economico di un dato Paese. Così, in materia di contratti di

fornitura di beni o di prestazione di servizi, il diritto applicabile sarà normalmente quello dello Stato in cui l'OIG ha sede; più raramente quello dello Stato di cui la parte "privata" possiede la nazionalità. Così, in caso di prestiti emessi da un'OIG nel mercato finanziario di un dato Stato, è al diritto di quest'ultimo Stato a cui si farà riferimento per la disciplina delle obbligazioni contrattuali nascenti da tale rapporto.

**37. Ragioni della scelta di un diritto statale.** — Le ragioni del riferimento al diritto statale non sono difficili da comprendere. Il diritto di un dato Stato è preciso in molte materie, è conosciuto o conoscibile dal contraente "privato", e pertanto può soddisfare tutte le condizioni di certezza e di prevedibilità necessarie per ispirare "fiducia". È così, ad esempio, che al fine di poter emettere un prestito con qualche possibilità di successo sul mercato finanziario di uno Stato, un'OIG dovrà interamente rispettare la normativa nazionale pertinente, accettare la giurisdizione dei giudici locali e rinunciare all'immunità dalla giurisdizione e dall'esecuzione.

In tali casi, la sottoposizione di questi rapporti giuridici a un diritto statale dato è conforme sia agli interessi dell'OIG sia a quelli dei suoi contraenti "privati".

## 2. — L'applicazione del diritto internazionale

**38.** — Il diritto internazionale applicabile a tali fattispecie discende da due fonti diverse. Può trattarsi sia del "diritto interno" dell'organizzazione internazionale considerata, sia del diritto internazionale.

### a) *Il diritto interno dell'organizzazione internazionale*

**39.** — Le OIG emanano delle norme giuridiche per regolare determinate situazioni giuridiche o altri rapporti connessi al proprio funzionamento e alla loro amministrazione (regole di procedura, in materia di rapporti di lavoro, finanziarie, etc.). In base al loro "diritto interno", le OIG adottano spesso delle norme generali, oggettive, di natura "regolamentare" che si applicheranno ai contratti internazionali conclusi con soggetti privati. Così, i contratti per il reclutamento del personale dovranno essere conformi allo "statuto della funzione pubblica" elaborato dall'organizzazione in causa: detto "statuto" costituirà sia il fondamento sia il diritto applicabile a questi contratti; in caso di controversie, ad esempio, il *tribunale amministrativo* dell'OIG sarà esclusivamente competente a risolverle. Allo stesso modo, numerose OIG, al pari delle pubbliche amministrazioni nazionali, hanno spesso elaborato dei "capitolati" per gli appalti pubblici internazionali che esse accettano di finanziare: queste "clausole-standard" saranno poi incorporate nei loro contratti con i privati (è così, ad esempio, per i contratti di prestito della Banca Mondiale o della sua "filiale" l'Agenzia Internazionale per lo Sviluppo (IDA)).

### b) *Il diritto internazionale*

**40.** — In alternativa, come dicevamo, si può applicare il diritto internazionale in combinazione con un diritto nazionale dato. Qui, si ritrovano molti problemi analoghi a quelli precedentemente esaminati a proposito degli "accordi" stipulati tra gli Stati e i privati stranieri ma con una notevole differenza di prospettiva per ciò che concerne la validità e l'efficacia delle clausole di "stabilizzazione" o "d'intangibilità". Infatti, una clausola di stabilizzazione, qualora sia inserita in un contratto stipulato tra un'OIG e un

soggetto privato, ha una finalità totalmente diversa: essa è destinata a *proteggere entrambe le parti contro le modifiche della legislazione dello Stato il cui diritto è stato scelto* di comune accordo per regolare il loro contratto. Per evidenti ragioni di certezza del diritto, le due parti intendono così “congelare” il diritto nazionale da loro designato quale diritto applicabile. Non si tratta più di impedire alla parte “pubblica” di avvalersi delle sue prerogative sovrane per modificare la portata dei propri obblighi contrattuali con i privati — ovvero per estinguerli a piacimento — in modo unilaterale. Certo, la medesima preoccupazione affligge il contraente privato qualora il contratto sia soggetto al diritto interno dell’organizzazione internazionale: conviene quindi evitare che quest’ultima possa unilateralmente cambiare la portata dei suoi obblighi contrattuali “manipolando” le norme del proprio ordinamento interno.

**41. Una prassi diversificata.** — La prassi seguita dalle OIG in materia è assai variabile <sup>(53)</sup>. Secondo l’orientamento dominante, le OIG determinano caso per caso il diritto applicabile al contratto concluso con un privato: molto spesso, il regime giuridico di questo contratto sarà quello previsto da un diritto statale preciso scelto di comune accordo tra le parti. Al contrario, organizzazioni come l’ONU o l’ILO stipulano spesso dei contratti internazionali *sui generis*, svincolati da qualunque ordinamento giuridico nazionale, che devono essere interpretati alla luce del diritto internazionale e, in particolare, dei principi generali di diritto.

Anche la prassi sviluppata dalla BERS va in questa direzione. Infatti, nelle sue *condizioni generali di prestito al settore pubblico*, il ricorso all’arbitrato è previsto con riferimento alle regole dell’UNCITRAL, con ulteriore precisazione che gli arbitri applicheranno il “diritto internazionale pubblico” <sup>(54)</sup>. Questa espressione desueta in realtà indica le “fonti” del diritto internazionale di cui all’art. 38 dello Statuto della CIG — disposizione, peraltro, non esaustiva delle fonti del diritto internazionale contemporaneo <sup>(55)</sup>.

### § 3. — *Un esempio specifico: i contratti di prestito della Banca Mondiale con enti non statali*

**Bibliografia sommaria:** F.A. MANN, “The Proper Law of Contracts concluded by International Persons”, *BYIL*, 1959, p. 34; G. DELAUME, “The Proper Law of Contracts concluded by International Persons: a Restatement and a forecast”, in *AJIL*, 1962, p. 63; D. ZAVALA, *Les prêts de la Banque Mondiale aux services publics industriels et commerciaux; une étude des contrats*, Paris, Pedone, 1982, p. 286; G. DELAUME, “Issues of applicable law in the context of the World Banks operations”, in *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, a cura di HORN e SCHMITTHOF, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M., 1982, p. 317 e ss.; A. RIGO SUREDA, “The Law Applicable to the Activities of International Development Banks”, in *RCADI*, 2004, t. 308, p. 9; A. COMBA, *Lezioni di diritto internazionale monetario*, Torino, Giappichelli, 2007; M. MEGLIANI, *Sovereign Debt. Genesis, Restructuring, Litigation*, Springer-Verlag GmbH, 2015; P. WOODS, *International Loans, Bonds, Guarantees and Legal Opinions*, 3 ed., London, Sweet&Maxwell, 2019.

**42.** — Qualora la Banca Mondiale conceda un prestito ad uno Stato membro per il finanziamento di un determinato progetto, questa operazione si traduce in un

<sup>(53)</sup> Al riguardo v. il precitato *rapporto Valticos*, p. 30.

<sup>(54)</sup> Sez. 8.04.

<sup>(55)</sup> V. J.W. HEAD, “Evolution of Governing Law for Loan Agreements of the World Bank and other Multilateral Development Banks”, in *AJIL*, 1996, p. 214.

insieme di accordi piuttosto complessi. La Banca stipula dapprima un “accordo ombrello” con lo Stato (accordo di prestito o, più spesso, di “garanzia”): questo viene disciplinato dal diritto internazionale “pubblico” e può essere assimilato ad un “trattato”. In seguito, la Banca concluderà un accordo particolare con il mutuatario nazionale utilizzatore dei fondi, essendo quest’ultimo un soggetto giuridico di diritto interno di uno Stato membro della BIRS/IBRD; questo “accordo di prestito” *stricto sensu* definisce le condizioni di realizzazione del progetto finanziato dalla Banca così come le modalità di rimborso dell’importo erogato dalla BIRS. Qual è dunque la natura giuridica dell’accordo di prestito concluso tra la Banca Mondiale e i soggetti giuridici — privati o pubblici — di diritto interno degli Stati? Qual è il diritto applicabile a quei rapporti?

### 1. — La natura di tali “accordi di prestito”

43. — È innanzitutto evidente che non si tratta di “trattati” ai sensi della CVT. Il fatto che essi talvolta vengano registrati presso il Segretariato Generale delle Nazioni Unite e pubblicati da queste ultime ai sensi dell’art. 102 della Carta chiarisce la loro natura; tali accordi di prestito infatti sono registrati e pubblicati solamente a titolo di “allegati” dell’accordo “ombrello” inizialmente stipulato tra la BIRS e lo Stato membro beneficiario del prestito.

In realtà, si è qui in presenza di un’ulteriore categoria di “contratti internazionali” stipulati tra soggetti giuridici diversi per natura e per statuto.

### 2. — Il diritto applicabile a tali “accordi di prestito”

44. — È altresì evidente che tali “accordi di prestito” non devono essere regolati dal diritto interno dello Stato beneficiario degli aiuti della Banca Mondiale. Altrimenti ogni prestito della BIRS sarebbe regolato da un diritto nazionale diverso e per di più modificabile dallo Stato contraente *ad usum Delphini*! È evidente che a tali accordi debba applicarsi un regime giuridico uniforme, indipendentemente dalle parti contraenti, partner della Banca Mondiale.

Pertanto, detti accordi sono un’ulteriore manifestazione evidente del “diritto internazionale dei contratti internazionali” di cui si è parlato sopra.

#### § 4. — I soggetti privati, autori diretti di norme di diritto internazionale

45. **Situazioni eccezionali, ma di crescente importanza.** — Il fatto che dei soggetti privati creino per contratto o per atto unilaterale (Cap. XI) delle regole internazionali che finiscono per applicarsi a tutti gli altri attori della *societas* internazionale, compresi gli Stati, è un fenomeno caratteristico del nostro tempo. Ma ciò ha potuto accadere grazie alla connivenza degli Stati.

A titolo di esempio valgono le seguenti considerazioni in materia di moneta e finanza (1), nonché di inquinamento da idrocarburi (2).

#### 1. — I soggetti privati, autori diretti di norme finanziarie e monetarie internazionali

**Bibliografia sommaria:** D. CARREAU, “Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », *RCADI*, t. 274, 1998, pp. 309-391; A. COMBA, *Lezioni di diritto internazionale monetario*, Torino,

Giappichelli, 2007, p. 20 ss.; D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, cit., p. 821 ss.

**46. Ruolo centrale dei contratti internazionali nel sistema monetario e finanziario privato.** — In materia monetaria e finanziaria internazionale, il “sistema monetario privato” costituisce, nel nostro tempo, l’asse portante della realtà da noi analizzata, molto più del “sistema monetario internazionale pubblico” istituito dagli Stati alla fine della seconda guerra mondiale e centrato sul FMI e sul gruppo della Banca Mondiale. Il “potere bancario internazionale privato” si trova all’origine, a partire dagli anni Sessanta, di due nuovi mercati veramente internazionali: un mercato monetario — detto delle “euro-divise” — e un mercato finanziario — quello delle “euro-obbligazioni”. Qui si tocca con mano un ordinamento giuridico nuovo, a carattere “privato”, osservabile nella sua dimensione contrattuale; tali contratti (essenzialmente dei contratti di mutuo) largamente standardizzati altro non sono che la codificazione in forma privata degli usi commerciali e delle prassi proprie della professione bancaria. Quegli usi e quelle prassi ben collaudate sono di applicazione generale e si traducono in una serie di clausole standard a carattere “non negoziabile” che tutti gli attori del mercato devono rispettare.

**47. Delle consuetudini “private” ma obbligatorie per tutti.** — Tali “consuetudini private” si impongono a tutti gli attori dei predetti mercati internazionali, che si tratti di soggetti privati, di Stati o di OIG, sia che si tratti di fornitori di capitale di rischio sia che si tratti di mutuatari. Tutti gli Stati, siano essi capitalisti, socialisti o in via di sviluppo, hanno sempre accettato di piegarsi a siffatte regole di diritto uniforme <sup>(56)</sup>.

**48. Contributo dei privati all’ordinamento transnazionale.** — In breve: in materia finanziaria e monetaria, il “potere bancario internazionale” ha dato vita tramite la contrattazione internazionale ad un vero e proprio “ordinamento internazionale economico privato” che ha finito per colmare le lacune dell’“ordinamento internazionale pubblico” saldandosi con esso “dal basso”. Per non dire che le *norme private* hanno da tempo soppiantato larga parte delle soluzioni normative elaborate dagli Stati attraverso il FMI, la Banca mondiale ed altri enti intergovernativi con funzioni creditizie. Ma tale evoluzione della regolazione effettiva in materia non si sarebbe potuta giuridicamente produrre “contro” la volontà degli Stati. Questi ultimi hanno infatti “lasciato fare” o comunque hanno incoraggiato tale fenomeno nella misura in cui ciò era conforme al loro interesse (quello di attingere a fonti di finanziamento ulteriori) <sup>(57)</sup>.

## 2. — L’uniformazione delle condizioni di indennizzo ad opera dei soggetti privati in caso di inquinamento da idrocarburi

**Bibliografia sommaria:** F. RIGAUX, *Droit public et privé dans les relations internationales*, op. cit., pp. 16-19 e, C. WU, *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, Paris, Pedone, 1994; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell’ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2012; P. BONASSIES, C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 3 éd., Paris, Dalloz, 2016; S. M. CARBONE, P. CELLE, M. LOPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2020; Y. BAATZ (ed.), *Maritime Law*, 5 ed., London, Routledge, 2021.

<sup>(56)</sup> E dette regole di diritto uniforme sono di origine “a-statuale” anche in virtù dell’inettitudine degli Stati a formularle direttamente attraverso i meccanismi di produzione classica del diritto internazionale.

<sup>(57)</sup> V. in generale, *Les Euro-crédits*, Paris, Litec, 1981 *passim* e in particolare il contributo di BLAISE e FOUCARD alle p. 155 e ss., nonché *Droit international économique*, cit., n. 1970 e ss.

**49. Delle soluzioni a carattere privato più favorevoli di quelle previste dai trattati.**

— È passato molto tempo dalla conclusione degli accordi detti “Tovalop”<sup>(58)</sup>, poi sostituiti nel 1985 da quelli “Plato”, “Crystal”<sup>(59)</sup> e “Opol”<sup>(60)</sup> successivamente assorbiti entro il “Fipol”. Detti accordi sono stati conclusi esclusivamente tra soggetti privati (vettori, società petrolifere, compagnie d’assicurazioni) e prevedono delle condizioni uniformi di indennizzo a seguito di inquinamento da idrocarburi (urto in mare, avarie, perdite nei pozzi di trivellazione, ...). Le condizioni di indennizzo previste dai predetti accordi sono nettamente più favorevoli di quelle previste dalla Convenzione interstatale di Bruxelles del 29 novembre 1969 (CLC) poi modificata dal Protocollo del 1992<sup>(61)</sup>.

**50. Dei contratti di natura privata di cui beneficiano gli Stati.**

— Da un punto di vista giuridico, si tratta di contratti di diritto privato, spesso soggetti al diritto inglese. Orbene, detti contratti colmano delle importanti lacune del diritto internazionale — per non parlare di alcuni sistemi giuridici nazionali. Inoltre, l’accordo “Tovalop” prevede, all’art. VII (poi riprodotto nel Fipol) che i Governi degli Stati contraenti potranno rivolgersi all’organo di gestione per ottenere un indennizzo; si è in presenza della stipulazione di un accordo a favore di uno o più Stati il quale prevede che siano questi ultimi a beneficiare di alcuni diritti a loro conferiti tramite un accordo tra privati: un accordo di cui non sono parti contraenti. Detto in altri termini, in base ad un accordo stipulato tra privati, sono gli Stati a poter esercitare alcuni diritti nei confronti dei soggetti privati firmatari di quegli accordi. Siamo in presenza di una sorta di “contratto a favore di terzi”: se normalmente sono gli Stati a cercare, attraverso i loro accordi *inter se*, di ottenere un trattamento favorevole ai propri cittadini; nel caso in esame la situazione è inversa.

**51. Perdita di significato della frontiera tra “diritto privato” e “diritto pubblico”.**

— Tutti questi ultimi esempi, tratti da settori fondamentali in cui si esplica la vita giuridica ed economica internazionale, confermano una volta di più che la celebre e tradizionale “frontiera” tra “diritto privato” e “diritto pubblico” valevole per il diritto interno perde qualsiasi consistenza nel diritto internazionale del nostro tempo<sup>(62)</sup>.

<sup>(58)</sup> *ILM*, 1969, p. 497.

<sup>(59)</sup> *ILM*, 1971, p. 137.

<sup>(60)</sup> *ILM*, 1974, p. 1409.

<sup>(61)</sup> *ILM*, 1970, p. 45. S. CARBONE, *Diritto marittimo*, 6 ed., cit., p. 138 ss.; Y. BAATZ (ed.), *Maritime Law*, 5 ed., cit., p. 408 ss.

<sup>(62)</sup> V. *infra*, Cap. IX.

## Capitolo VI

### GLI IMPEGNI PRIVI DI FORZA VINCOLANTE TRA GLI STATI — IL SOFT LAW

**Bibliografia sommaria:** in lingua inglese v. E. LAUTERPACHT, “Gentlemen’s Agreements”, in *Festschrift für F.A. Mann*, 1977, p. 381; O. SCHACHTER, “The Twilight Existence of Non-Binding International Agreements”, in *AJIL* 1977, p. 296; I. SEIDL-HOHENVELDERN, “International Economic ‘Soft Law’”, *RCADI*, v. 163, 1979, p. 194 ss.; C.M. CHINKIN, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *ICLQ*, 1989, p. 850; M. REISMAN, “The Concept and Functions of Soft Law in International Law”, in *Essays in honour of Judge T.O. Elias*, Dordrecht, 1992, p. 135; F. FRANCONI, “International ‘soft law’: a Contemporary Assessment”, in *Fifty Years of the ICJ. Essays in honor of Sir R. Jennings*, Cambridge, 1996, 167; ZEMANEK, “Is the Term Soft Law Convenient?”, in *Liber amicorum Prof. I. Seidl-Hohenveldern*, The Hague, 1998, p. 843; D. THÜRER, voce “Soft Law”, in *MPEPIL*, 2009; A. BOYLE, “Soft Law in International Law Making”, in M. EVANS (ed.), *International Law*, 3 éd., Oxford, OUP, 2018, p. 122 ss.). In lingua francese, si vedano i simposi di Tolosa della SFDI, (Paris, Pedone 1974), su “L’élaboration du droit international public” ed in particolare i saggi di R.J. DUPUY, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’” (p. 132 e ss.), R. PINTO, “Les tendances de l’élaboration des formes écrites du droit international” (p. 15 e ss.) e P. VELLAS, “Les sources informelles du droit international public” (p. 70 e ss.); v. altresì M. VIRALLY, “L’élaboration du droit international économique”, in *Colloque d’Orléans SFDI*, Paris, Pedone, 1972, p. 171 e ss.; B. OPPETIT, “L’engagement d’honneur”, *D.* 1979, Chron. 107; P. M. EISEMANN, “Le ‘gentlemen’s agreement’ comme source du droit international”, in *Clunet*, 1979, p. 326, e G. ABI-SAAB, “Eloge du ‘droit assourdi’: quelques réflexions sur le rôle de la Soft Law en droit international contemporain”, in *Mélanges Fr. Rigaux*, 1993, p. 59; *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2009 nonché spec. E. BROWN WEISS, *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World*, The pocketbooks of The Hague Academy of International Law, v. 39, Brill, 2022. Tra gli autori italiani cfr. SINAGRA, BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., 142 ss.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 161 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 213 s. nonché F. MARRELLA, “The UN Guiding Principles on Business and Human Rights as an evolving regime: their contribution to International Investment Law and Arbitration”, in *Liber Amicorum Florence Benoît-Rohmer*, Bruxelles, Bruylant, 2023.

**1. Il soft law nel diritto interno.** — Con l’espressione *soft law*, un lemma quasi intraducibile (in italiano, si usa talvolta il vocabolo “diritto soffice”, altre volte quello di “diritto flessibile”), ci si riferisce a degli “impegni internazionali privi di forza vincolante tra gli Stati”. Si tratta di un fenomeno che è stato studiato in modo approfondito dal civilista francese JEAN CARBONNIER. Carbonnier, come già aveva notato alla sua epoca Santi Romano (e v. *supra* Cap. 1), osserva il pluralismo e la concorrenza degli ordinamenti che disciplinano il comportamento delle persone (diritto statale, sindacale, professionale, ...). Rispetto allo Stato ed al suo ordinamento giuridico, gli innumerevoli ordinamenti esistenti possono essere giuridicamente rilevanti (riconosciuti, vietati, consentiti, tollerati, ecc.) o irrilevanti. Ed allora, alla luce di tali considerazioni, conclude che, l’espressione “soft law” non significa “non diritto”: i dati empirici confermano che non siamo di fronte all’assenza di norme giuridiche bensì si tratta solo di una *diversità di forza coercitiva delle stesse* <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 8 ed, Paris, 1995.



Pertanto, il o la *soft law* non corrisponde al “vuoto assoluto del diritto, bensì evidenzia un abbassamento più o meno consistente della pressione giuridica” (2).

A tali preliminari conclusioni, si può giungere anche nella **prospettiva civilistica italiana**. Basti riferirsi, infatti, alla classica distinzione tra le *obbligazioni civili* e le *obbligazioni naturali* in base al vincolo giuridico, che obbliga il debitore ad adempiere e in forza del quale il creditore ha diritto di esigere la prestazione. Di tale distinzione si trova traccia all’art. 2034 cod.civ.it. In tale fattispecie, osserva FRANCESCO GALGANO, “[s]i tratta di doveri morali o sociali, come tali sentiti dalla generalità degli individui: sono obbligazioni solo naturali perché nessuna norma di legge esige di adempierle” (3). Così, in diritto civile italiano si dirà che le obbligazioni civili, dette appunto *obbligazioni perfette*, sono munite di azione nel senso che, in caso di inadempimento, il creditore potrà fare condannare il debitore all’adempimento. Diversamente, nel caso delle *obbligazioni naturali*, dette anche *imperfette*, il creditore non è munito di azione: si pensi ad esempio, ai debiti di gioco, al pagamento di debiti prescritti o di interessi non dovuti (4).

**2. Soft law nel diritto internazionale.** — Se dunque, la distinzione tra *hard law* e *soft law* è conosciuta dagli ordinamenti giuridici degli Stati, non deve stupire che tale “abbassamento della pressione giuridica” sia noto e molto più diffuso nel diritto della *societas* internazionale (5), per diverse ragioni che ora illustreremo.

In questa sede, cercheremo di classificare le principali categorie di *soft law* (Sezione I), prima di interrogarci sui loro caratteri giuridici fondamentali (Sezione II). Per quanto riguarda le manifestazioni del *soft law* in seno alle organizzazioni internazionali e con riferimento al loro *law making power*, ne parleremo a suo luogo (Cap. VIII).

## Sezione I

### TIPOLOGIA E FUNZIONI DEGLI IMPEGNI PRIVI DI FORZA VINCOLANTE TRA GLI STATI

#### § 1. — Tipologia

**3.** — In diritto internazionale è possibile individuare due grandi categorie di atti: gli accordi informali (o “gentlemen’s agreements”) (1) e gli atti giuridici concertati (2).

(2) *Flexible droit*, cit., p. 21.

(3) F. GALGANO, *Diritto privato*, 18 ed. a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, Cedam-WKI, 2019, p. 409.

(4) Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 50 ed. a cura di G. TRABUCCHI, Padova, Cedam, 2022, p. 290: “Esistono dei rapporti obbligatori ai quali l’ordinamento giuridico riconosce **soltanto alcuni degli effetti che sono propri dell’obbligazione civile: si sogliono chiamare obbligazioni imperfette**. La figura dell’obbligazione naturale come tipica obbligazione imperfetta si trova già nella storia del diritto come giustapposta all’obbligazione civile. Nel diverso contenuto concreto che tale nozione ha avuto nella tradizione storica, si ritrova sempre il suo significato di definire un rapporto che, pur non essendo munito di azione per costringere il debitore all’adempimento, tuttavia ottiene un parziale riconoscimento. **L’esecuzione spontanea del dovere morale viene infatti considerata come pagamento di un debito**”.

(5) Il cui carattere comune “sembra essere la volontà delle parti che, in caso di non osservanza, essi non ingenerino responsabilità internazionale” cfr., ad es., T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 361.

Non si tratta di una facile distinzione in quanto la qualificazione di tali atti dipende principalmente dall'insieme delle circostanze del caso concreto più che dalla denominazione formale che viene utilizzata dalle parti.

### 1. — Gli accordi informali (o “*gentlemen’s agreements*”)

4. — Tramite la prima categoria di atti, i “*gentlemen’s agreements*” <sup>(6)</sup>, *le parti realizzano un’intesa generica circa la linea di condotta da seguire in determinate circostanze*. Al riguardo, possiamo individuare tre grandi tipologie di accordi: gli accordi informali politici (a); gli accordi informali interpretativi (b) e gli accordi informali normativi (c).

#### a) *Gli accordi informali “politici”*

5. — Con gli accordi informali “politici”, *gli Stati intendono esprimere alcuni grandi principi che regoleranno le loro relazioni reciproche o guideranno la loro politica nei confronti degli Stati terzi*.

A tale proposito, basti l'**esempio** storico della “*Carta Atlantica*” del 14 agosto 1941, elaborata da Winston Churchill e Franklin Roosevelt, che fissava gli obiettivi comuni di Regno Unito e Stati Uniti *nella gestione di un “mondo migliore” nel dopoguerra*. Con questo atto, le due Potenze comunicavano agli Stati terzi i grandi principi che, ai loro occhi, dovevano regolare le relazioni politiche ed economiche tra le Nazioni “libere” una volta che le ostilità si fossero concluse. Questa dichiarazione di principi si ispirava, peraltro, ai famosi “14 punti” del Presidente Wilson del 1914, pur avendo un fondamento bilaterale.

#### b) *Gli accordi informali “interpretativi”*

6. — *Tramite gli accordi informali “interpretativi”, gli Stati completano e/o precisano un quadro giuridico preesistente*. Nella prassi, il ricorso a tale strumento si verifica assai frequentemente per disciplinare delle questioni di procedura all’interno di una OIG o di una conferenza intergovernativa (composizione degli organi di una OIG, regolamento interno, regole di voto, e così via).

7. — A titolo di **esempio**, si può citare l’accordo di Londra del 1946 tra i Membri permanenti del Consiglio di Sicurezza dell’ONU che stabiliva un piano di ripartizione dei seggi per l’elezione dei Membri non permanenti in seno al Consiglio; nello specifico, i “cinque grandi” trovavano un accordo con riferimento alle candidature presentate dagli Stati appartenenti alle cinque più importanti regioni del mondo. Allo stesso modo, sempre in seno all’ONU, nel 1955 si raggiunse un accordo al fine di

---

<sup>(6)</sup> In dottrina, secondo un autore i *gentlemen’s agreements* vincolano di solito solo le persone (*gentlemen*) che li hanno stipulati ma non i rispettivi Stati (così FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 5 ed, cit., p. 152). Ma la tesi contraria pare convincente: come ha rilevato H. KRAUS, (“Système et fonctions des traités internationaux”, *RCADI*, v. 50, 1934, pp. 311-400): “Ils engagent l’Etat seulement dans la mesure où les relations de bon voisinage et la continuité politique interdisent à celui-ci de désavouer les négociateurs et leurs successeurs” (a p. 329). In conclusione, sotto il profilo sostanziale, da un impegno d’onore deriva solo un vincolo morale — assortito da una “sanzione sociale”, un danno reputazionale secondo l’analisi economica del diritto — ma non obblighi giuridici (e dunque una responsabilità internazionale in senso formale).

regolare la situazione di due Stati candidati al Consiglio di Sicurezza che avevano ottenuto lo stesso numero di voti: in tale ipotesi, uno dei due Stati occupa il seggio di Membro non permanente per un anno, poi rassegna le dimissioni, consentendo così all'altro candidato di essere eletto per il periodo rimanente, cioè un anno. Questa soluzione di compromesso fu adottata nel 1955 con riguardo alle Filippine ed alla Jugoslavia; fu utilizzata di nuovo con la Polonia e la Turchia. Avrebbe dovuto essere utilizzata anche nel 1979 con riguardo a Cuba e alla Colombia che si trovarono in tale situazione dopo un considerevole numero di scrutini: tuttavia, i due Stati ritirarono la candidatura per permettere al Messico di essere eletto; tale situazione derogatoria si spiega in ragione del contesto politico dell'epoca — l'invasione dell'Afghanistan dall'allora Unione sovietica — e non di una forma di ripudio dell'accordo del 1955. Può essere altresì citato in questa sede il compromesso di Lussemburgo del 29 e 30 gennaio 1966 relativo alla procedura di decisione a maggioranza qualificata in seno al Consiglio dei ministri dell'allora CEE.

### c) *Gli accordi informali "normativi"*

8. — Un'altra tipologia di accordi internazionali informali di soft law viene utilizzata nel campo delle relazioni politiche "sensibili" o ancora nel settore economico internazionale. Qui, si tratta di elaborare un *quadro normativo* destinato ad influenzare la condotta delle parti firmatarie, tra di loro o nei confronti di terzi.

E così, **ad esempio**, che rientrano in questa categoria, i celebri *accordi di Yalta e Potsdam* del 1945, che hanno portato alla divisione del mondo in "zone di influenza" tra le principali potenze vincitrici della seconda guerra mondiale. Ed ancora, va ricondotto alla medesima categoria, l'atto finale di Helsinki del 1° agosto 1975 adottato al termine della conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa che è all'origine dell'OSCE (7). Nel campo economico esistono, poi, numerosi "accordi" o "impegni informali" o "gruppi di studio" con riferimento ai prodotti di base che sono conclusi sotto gli auspici della FAO, UNCTAD, o del GATT e che sono destinati a regolare gli scambi internazionali su un prodotto particolare.

L'allora Comunità Economica Europea ed il Giappone fecero ugualmente ricorso alla tecnica dell'accordo informale (*gentlemen's agreement*) nell'agosto 1991 per regolare la questione, alquanto controversa, delle esportazioni giapponesi di automobili nell'allora CEE fino alla fine degli anni Novanta.

Allo stesso modo, l'OCSE ha fatto ricorso a questa tecnica in materia di credito all'esportazione anche al fine di evitare una concorrenza selvaggia tra le *Export Credit Agencies* dei suoi Stati Membri (8).

Rientrano altresì in questa categoria gli "accordi" conclusi in occasione di "summit economici" tra i principali Paesi industrializzati che si sono tenuti regolarmente a partire dal 1975 (9). I Ministri delle finanze dei sette Stati allora più sviluppati

(7) V. J.F. PRÉVOST, "Observations sur la nature juridique de l'acte final de la C.S.C.E.", in *AFDI*, 1975, p. 129 e. DECAUX "La conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (C.S.C.E.)", PUF, Que sais-je?, n. 2661, Paris, 1992, oltre che il sito <http://www.osce.org>.

(8) Sugli "accordi" conclusi in passato v. J.M. DUFF JR., "The Outlook for official export credits", in *L. & P. I.B.* 1981.891 e soprattutto le pp. 901-918; vedi altresì nello stesso numero la nota sugli "export credits" alle p. 1069 e ss.

(9) Per una sintesi v. *The Economist*, 27 febbraio 1988, pp. 76-77.

hanno fatto ugualmente ricorso a tale tecnica per arrivare ad una stabilizzazione dei tassi di cambio delle rispettive monete <sup>(10)</sup>.

## 2. — Gli atti giuridici concertati

9. — L'esame della prassi evidenzia che gli Stati, spesso e volentieri, pongono in essere delle dichiarazioni di natura politica che non sono giuridicamente vincolanti. Gli atti giuridici concertati sono documenti ufficialmente firmati dai Capi di Stato o di Governo o dai Ministri competenti ma che non vengono ratificati. In altri termini, non costituiscono né dei trattati conclusi in forma solenne, né degli accordi in forma semplificata. Nella vita di relazione internazionale si incontrano diversi esempi di tali atti come si vedrà d'appresso.

### a) I processi verbali (*procès-verbal* o *minutes*)

10. — Sono dei documenti — dei verbali, appunto — che relazionano su “ciò che si è detto e fatto” tra i rappresentanti degli Stati. Riassumono lo stato dei lavori che si sono svolti in occasione di una conferenza internazionale o in seno ad una OIG.

In casi eccezionali, tuttavia, si può trattare di veri accordi internazionali. Ma in tale ipotesi, messo da parte il titolo dello strumento, occorre verificare il loro contenuto, l'eventuale linguaggio prescrittivo, le circostanze ed il contesto in cui l'atto è stato redatto. Il metodo di analisi è simile a quello da utilizzare per i *Memorandum of understanding* (MOU, su cui v. *supra*, Cap. IV).

### b) I comunicati finali congiunti (*joint communiqué*)

11. — Si tratta di documenti resi pubblici alla fine di ogni riunione internazionale bi — o multilaterale tra Stati (al livello di Capi di Stato, Capi di Governo o Ministri degli affari esteri), oppure che si sia svolta tramite una conferenza *ad hoc* o ancora in seno ad una OIG. Questi *comunicati* segnano i punti di accordo — o di disaccordo — tra i partecipanti. Indicano situazioni — o comportamenti — sia passati, sia presenti sia futuri. Un “comunicato finale congiunto” è sempre rivestito di una certa solennità nella misura in cui esso ufficializza dei punti di vista tra Stati; questo spiega la grande cura con cui vengono redatti. Abbiamo già visto a suo luogo (Cap. IV) che, eccezionalmente, anche tali atti di *soft law* possono acquisire un carattere vincolante come nel caso della *delimitazione della frontiera marittima tra Qatar e Bahrein* <sup>(11)</sup>.

**Esempio: “Comunicato congiunto della Ministeriale del Gruppo Ristretto della Coalizione Globale anti-Daesh 4 giugno 2020”.**

“Su invito del Ministro degli Affari Esteri italiano Luigi Di Maio e del Segretario di Stato americano Michael R. Pompeo, i Ministri degli Esteri della Gruppo Ristretto della Coalizione Globale anti-Daesh si sono riuniti virtualmente oggi per riaffermare la comune determinazione a lottare per sconfiggere Daesh/ISIS in Iraq e in Siria, e a creare le condizioni per una sconfitta duratura del gruppo terroristico, unico scopo della Coalizione, attraverso uno sforzo globale e multiforme. I Ministri hanno sottolineato la protezione dei civili e hanno affermato che il diritto

<sup>(10)</sup> Su tali accordi del settembre 1985 e del Louvre del 1987, V. “Chronique de droit international économique”, in *AFDI*, 1987.

<sup>(11)</sup> CIG, sentenza del 1° luglio 1994, *ICJ Rep.* 1994, p. 120 ss.

internazionale, compreso il diritto umanitario internazionale, la protezione dei civili e il diritto internazionale dei diritti umani, nonché le pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, devono essere rispettati in ogni circostanza. I Ministri, citando la dichiarazione del 6 febbraio 2019, si sono impegnati a rafforzare la cooperazione in tutte le linee di impegno della Coalizione per assicurare che Daesh/ISIS e i suoi affiliati non siano in grado di ricostituire un'enclave territoriale o di continuare a minacciare la nostra patria, il nostro popolo e i nostri interessi. Insieme rimaniamo fermamente uniti nel condannare con sdegno per le atrocità di Daesh/ISIS e fermi nella determinazione di eliminare questa minaccia globale [...]. I Ministri hanno convenuto sull'urgente necessità di perseguire lo scambio di informazioni sui membri noti delle affiliate di Daesh/ISIS, anche attraverso canali multilaterali di applicazione della legge, come INTERPOL, e in particolare a fini di garantire la sicurezza delle frontiere e aumentare le comunicazioni strategiche [...]. I Ministri si impegneranno a promuovere gli sforzi necessari per assicurare che i terroristi accusati, compresi quelli di nazionalità straniera, siano trattati in modo appropriato e sottoposti a processo in conformità con gli obblighi previsti dal diritto internazionale, comprese le garanzie di un processo equo. Si esortano color che hanno in custodia i combattenti di Daesh/ISIS detenuti a continuare a trattarli umanamente, in conformità con il diritto internazionale. I Ministri hanno inoltre riconosciuto che la situazione dei detenuti di Daesh/ISIS e dei loro familiari nel nord-est della Siria desta grande preoccupazione e hanno riconosciuto l'importanza di trovare un approccio globale a tale grave problema” (12).

### c) *Le conclusioni (o dichiarazioni) concertate (joint statements)*

**12.** — In un'altra tipologia di atti, gli Stati partecipanti (o i Segretari generali di OIG) comunicano insieme ufficialmente la condotta che intendono seguire a seguito della loro riunione. Si tratta, in linea di principio, di dichiarazioni di intenti ancor meno “formali” di quelle contenute in un “comunicato finale congiunto”.

V. ad esempio il *Joint Statement by Secretary-General of United Nations, Secretary General of Collective Security Treaty Organization* (13).

### d) *I codici di condotta (codes of conduct)*

**Bibliografia sommaria:** Y. VAN DER MENSBRUGGHE, “Les codes de conduites pour sociétés multinationales”, *RDIDC*, 1982, numeri 1-2, p. 223; P. SANDERS, “Code of conduct and sources of law”, in *Mélanges B. Goldman*, 1982, p. 281; G. FARJAT, “Rèflexions sur les codes de conduite privés”, *ivi*, p. 47, e dello stesso autore, “Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés”, dopo la deregolamentazione nelle nuove forme di regolamentazione, G. MARTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1998, p. 151; NGUYEN HUU TRU, “Les codes de conduite — un bilan”, in *RGDIP*, 1992, p. 445; “Emerging standards of International Trade and Investment”, edito da S. RUBIN e C.H. HUFBAUER, in *ASIL*, 1984; F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435.

**13. Regole del gioco e funzione esortativa** — Da qualche tempo, nel sistema economico internazionale, gli Stati concordano alcune “regole del gioco” da seguire, adottando dei codici di condotta che disciplinano le relazioni reciproche in alcuni settori (conferenze marittime, imprese multinazionali, trasferimento di tecnologia, trasferimento di dati personali, per citare solo gli esempi più significativi). Va notato che tali codici vengono spesso adottati in seno ad OIG (ad es. OCSE, OIL e

(12) Tratto dal sito internet del MAECI. [https://www.esteri.it/mae/it/sala\\_stampa/archivionotizie/comunicati/joint-communique-by-ministers-of-the-global-coalition-to-defeat-isis-small-group-june-4-2020.html](https://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/joint-communique-by-ministers-of-the-global-coalition-to-defeat-isis-small-group-june-4-2020.html).

(13) Tratto dal sito internet dell'ONU <https://www.un.org/press/en/2020/sg2253.doc.htm>.

UNCTAD). Ma tali codici — a meno che non vengano formalizzati in un trattato internazionale come nel caso delle conferenze marittime — costituiscono delle mere *linee guida* per gli Stati partecipanti alle conferenze ove sono stati elaborati. Qui, in assenza della volontà politica di pervenire a concludere un trattato internazionale avente per oggetto l'attività delle imprese multinazionali e le loro responsabilità sul piano del diritto internazionale, ci si limita ad invitare gli Stati interessati ad applicare volontariamente tali codici di condotta. A tale categoria, riteniamo debbano essere ascritti pure gli *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* — a cui abbiamo fatto già riferimento e su cui torneremo nel Cap. XV) —, adottati all'unanimità dal Consiglio dei diritti umani dell'ONU nel 2011 ma non tramite uno strumento internazionale di *hard law* <sup>(14)</sup>.

## § 2. — *Funzioni*

**14.** — Le funzioni del *soft law* sono legate ai *vantaggi* connessi all'informalismo. Tali vantaggi si presentano sia nell'ordinamento internazionale (1) che nell'ordinamento interno degli Stati (2).

### 1. — I vantaggi del *soft law* nell'ordinamento internazionale

**15.** — Gli “impegni” di *soft law* presentano il grande vantaggio di “saltare” il procedimento di conclusione dei trattati in forma solenne, un *iter* spesso lungo e tortuoso.

Inoltre, detti impegni privi di forza vincolante possono costituire una sorta di “test” in vista della conclusione di un futuro trattato internazionale tra Stati: andrebbero a costituire, in altre parole, una prima fase, la prima tappa verso l'eventuale conclusione di un trattato internazionale in buona e dovuta forma. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, gli atti privi di forza vincolante tra Stati finiscono col restare un “sucedaneo” dei rispettivi trattati: tramite gli strumenti di *soft law* gli Stati accettano di impegnarsi politicamente sul piano internazionale ma non vogliono — o non possono — farlo in modo tecnico-giuridico formale e solenne evitando così tutte le conseguenze che implica ciascun trattato, a cominciare dal sorgere della propria responsabilità internazionale in caso di mancato adempimento.

Sempre sul piano dei *vantaggi*, le considerazioni appena presentate svolgono, *a fortiori*, anche nell'ipotesi di costituzione di una OIG. Così, al fine di gestire un “servizio pubblico internazionale”, gli Stati possono decidere di procedere per via informale. La creazione di una OIG presenta infatti due principali inconvenienti: il formalismo con riferimento alla negoziazione e conclusione della carta costitutiva, e la rigidità insita nelle soluzioni istituzionali, nella misura in cui tutte le OIG risultano “lente” e, prima o poi, danno vita ad una burocrazia invasiva e paralizzante. Ciò spiega, tra l'altro, il relativo successo della formula degli impegni privi di forza vincolante per regolare il commercio internazionale di certi prodotti di base.

<sup>(14)</sup> In argomento v. per tutti F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales”, in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435, nonché Id., “The UN Guiding Principles on Business and Human Rights as an evolving regime: their contribution to International Investment Law and Arbitration”, in *Liber Amicorum Florence Benoit-Rohmer*, Bruxelles, Bruylant, 2023, in corso di pubblicazione.

La tecnica degli “impegni privi di forza vincolante” presenta inoltre dei vantaggi di carattere materiale. Contesti internazionali particolarmente sensibili (le relazioni politiche in senso ampio) o dinamici (le relazioni economiche ad esempio) si prestano meglio di altri ad essere regolati tramite accordi *soft*.

**16. La codificazione soft del diritto consuetudinario (rinvio)** — E sempre in tale ottica va inteso il successo, nel nostro tempo, della codificazione *soft* — o secondo un Autore, *light* <sup>(15)</sup> — che la stessa CDI sembra prediligere nei propri lavori di codificazione del diritto internazionale consuetudinario. Come abbiamo visto a suo luogo, l'intera materia della responsabilità internazionale degli Stati è oggetto non di un trattato ma di un documento di *soft law*.

## 2. — Vantaggi e svantaggi del *soft law* nell'ordinamento interno

**17. Un deficit democratico?** — I vantaggi della *soft law* nell'ordinamento interno sono altrettanto tangibili. Così facendo il potere “esecutivo” ha le “mani libere” e si trova svincolato da qualsiasi controllo parlamentare interno. Ma se, invertendo la prospettiva, ci si pone dal punto di vista delle esigenze di “controllo democratico” interno, il risultato non è affatto positivo.

In effetti, evitando di ricorrere alla conclusione dei trattati in forma solenne, il Governo “bypassa” il Parlamento e pertanto si sottrae al controllo democratico dei cittadini. Certo, sul piano del diritto internazionale, in genere, gli esecutivi sono più “liberali” dei legislatori nazionali spesso troppo sensibili agli interessi “settoriali” e all'influenza di gruppi di “pressione” che difendono privilegi locali o professionali. Ma è altrettanto vero che così facendo, i Governi evitano qualsivoglia dibattito politico generale e ogni forma di controllo da parte dell'*opinione pubblica* che potrebbe voler frenare lo sviluppo della cooperazione internazionale in questo o quel settore. Bilanciando tali elementi, si vede tuttavia che l'assenza di un dibattito a livello nazionale, o di un'approvazione formale da parte dei “rappresentanti dei cittadini”, produce un senso di precarietà degli impegni di *soft law*, rendendo la garanzia del loro rispetto particolarmente aleatoria soprattutto in ipotesi di mutamento di Governo. Tale fenomeno è oggi in crescita esponenziale giacché le autorità amministrative indipendenti e le banche centrali concordano a livello transnazionale e successivamente applicano un ampio ventaglio di strumenti giuridici di *soft law* sotto forma di raccomandazioni, linee guida o di orientamenti, nell'esercizio dei loro poteri di regolazione. E qui, dove manca persino un controllo parlamentare, la *soft law* si sposa col potere tecnocratico degli enti pubblici <sup>(16)</sup>.

## Sezione II

### LE PRINCIPALI CARATTERISTICHE GIURIDICHE

#### DEGLI IMPEGNI PRIVI DI FORZA VINCOLANTE TRA GLI STATI

**18. Piano espositivo.** — Gli accordi informali si caratterizzano per cinque caratteristiche essenziali: 1) costituiscono una manifestazione della volontà degli Stati a

<sup>(15)</sup> S. VILALPANDO, « Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione *light* », in SIDI, *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'unione europea*, 2019, pp. 259-278.

<sup>(16)</sup> E al riguardo v. le riflessioni premonitriche di S. CASSESE, F. GALGANO, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza Nazione*, Bologna, Il Mulino, 1993.

tenere una certa condotta; 2) possiedono un contenuto variabile; 3) non sono sistematicamente pubblicati; 4) perseguono degli obiettivi diversificati; 5) il mancato rispetto degli stessi non viene sanzionato.

### 1. — La volontà degli Stati di tenere una certa condotta concordata tra loro

**19.** — Siffatti accordi di *soft law* manifestano l'intenzione delle Parti contraenti a coordinare la propria condotta secondo quanto convenuto. Per effetto della propria volontà gli Stati possono certamente concludere degli "impegni" meno solenni sia rispetto ai "trattati internazionali" che agli "accordi in forma semplificata". In tal caso, si pone un problema fondamentale per l'interprete: fino a che punto gli Stati intendevano essere vincolati? La dottrina ha fornito due risposte diverse: alcuni ritengono che tali accordi non vincolanti appartengano alla sfera della morale, mentre altri insistono sul loro carattere giuridico.

**20. Il dibattito.** — Una parte della dottrina situa tali impegni nella sfera della "morale" o nella zona "pregiuridica". In tale prospettiva, essi si situerebbero in una zona intermedia tra la morale e il diritto.

Ma a nostro parere gli impegni privi di forza vincolante possiedono natura "giuridica". Dobbiamo però intenderci sul significato delle parole "diritto" e "giuridico". Se definiamo il "giuridico" ciò che è "obbligatorio" e il cui mancato adempimento determina una "sanzione", allora evidentemente gli impegni privi di forza vincolante non soddisfano tali criteri che invece sono tipici dei trattati internazionali. Ma una siffatta concezione riduttiva del diritto internazionale non spiega il funzionamento della *societas* internazionale contemporanea.

**21. Sottoposizione al diritto internazionale.** — In breve, gli impegni privi di forza vincolante sono impegni di diritto internazionale. Ciò non impedisce che alcune regole di "diritto dei trattati" possano ugualmente regolare tali "accordi informali": si pensi ad esempio alle regole di competenza a stipulare, di validità o di interpretazione. Viceversa, è altrettanto evidente che le regole di diritto dei trattati relative ai loro effetti o alla loro esecuzione non possono essere trasposte, *sic et simpliciter*, all'ambito degli accordi privi di forza vincolante.

### 2. — Un contenuto variabile

**22.** — Se esaminiamo il *contenuto* degli impegni privi di forza vincolante, è possibile notare che si tratta di un contenuto variabile: può contenere degli impegni che implicano degli obblighi o dei comportamenti ben precisi o, il più delle volte, degli obblighi o dei comportamenti assai vaghi ed imprecisi. Tale carattere non rende gli impegni di *soft law* di qualità molto inferiore rispetto ai "trattati classici" in quanto anche questi ultimi possono contemplare, volutamente, delle disposizioni programmatiche e poco operative <sup>(17)</sup>.

#### a) Delle "regole di condotta" o degli "obblighi" precisi

**23.** — Negli accordi di *soft law* è inusuale prevedere delle "regole di condotta" o degli "obblighi" precisi a carico delle Parti.

<sup>(17)</sup> V. la parte IV del GATT aggiunta nel 1966.



Possiamo citare qualche esempio preso a prestito dal settore economico. Così, il 30 maggio 1974, gli Stati membri dell'OCSE adottarono una "Dichiarazione commerciale" (*Trade Pledge*) in cui manifestarono la loro "determinazione ad: a) evitare di adottare delle misure unilaterali finalizzate a limitare le importazioni; b) evitare incentivi statali per stimolare artificialmente le esportazioni; c) evitare di imporre restrizioni alle esportazioni" (18). Ancora: a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, gli Stati partecipanti ai "summit economici" si impegnano a rispettare determinati obiettivi economici specifici, alcuni dei quali sono accompagnati da precisi indicatori. Così, al momento della "dichiarazione finale" di Bonn del luglio 1978, gli Stati Uniti si impegnarono a ridurre le loro importazioni di petrolio di 2,5 milioni di barili al giorno fino al 1985, la Francia di diminuire il proprio deficit budgetario al 0,5 del suo PIL e l'allora Germania federale di adottare un programma di rilancio economico mediante un aumento della sua spesa pubblica corrispondente all'1 per cento del PIL (19). Al momento del "summit economico" di Tokyo del giugno 1979 consacrato alla crisi energetica, i partecipanti si impegnarono a rispettare dei "tetti di importazione del petrolio" fino al 1985.

#### **b) Delle "regole di condotta" o degli "obblighi" imprecisi**

**24.** — Il caso più frequente per quanto riguarda gli impegni privi di forza vincolante tra Stati è che si tratta di regole di condotta o di obblighi imprecisi.

Così, ad esempio, la Carta atlantica del 1941 si limitava a porre dei grandi principi relativi alle relazioni economiche mondiali del dopoguerra quali la non discriminazione o la cooperazione. Così anche le linee guida adottate nel 1976-1979 dall'OCSE relative alle imprese multinazionali rientrano in questa categoria (20).

### **3. — Una pubblicità non sistematica**

**25.** — *Gli impegni privi di forza vincolante non vengono registrati presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite in virtù dell'art. 102 della Carta.* Questo punto fu espressamente chiarito in occasione della firma dell'"Atto finale" di Helsinki del 1975 che pose fine alla CSCE; fu infatti precisato in quell'occasione che il testo non era "eligible" a tale formalità, confermando che gli Stati partecipanti non avevano mai voluto concludere un "trattato" in buona e debita forma ma "qualcos'altro".

*Un buon numero di "accordi informali" resta "segreto".* Così, ad esempio, a proposito delle "promesse" fatte dal Presidente degli Stati Uniti in occasione degli accordi di Parigi del 1973 che avevano messo fine alle ostilità militari in Vietnam prevedendo un aiuto economico americano per la ricostruzione di quest'ultimo Paese; o ancora, nel quadro degli accordi di Camp David del settembre 1978, è emerso che gli Stati Uniti avevano fatto delle "promesse" di assistenza all'Egitto e a Israele al fine di portarli al tavolo dei negoziati in un primo tempo, e concludere un trattato in seguito. Allo stesso modo, i Ministri francese e giapponese delle finanze fecero allusione a una parte segreta dell'accordo del Louvre del febbraio 1987 relativo alla stabilizzazione dei corsi di cambio delle principali monete occidentali.

(18) V. *AFDI*, 1974, pp. 677-681.

(19) V. *AFDI*, 1978, pp. 649-650.

(20) V. *Droit international économique*, cit., n. 1328 e ss.

Cionondimeno, va osservato che spesso *tali impegni privi di forza vincolante ricevono ampia pubblicità*. La stampa riesce spesso ad acquisire e a pubblicare il testo integrale o degli estratti di detti accordi informali. Anche in occasione di una conferenza intergovernativa grazie ai servizi stampa, la “Gazzetta ufficiale” o ad altre pubblicazioni periodiche di ciascuna OIG si riesce ad accedere a molte di quelle informazioni.

#### 4. — Degli effetti diversificati

**26. Impossibilità di modifica dei trattati.** — *Gli impegni privi di forza vincolante non possono mai modificare un trattato concluso in buona e debita forma.* Ciò che è stato creato secondo il rito e la forma solenne del trattato non potrà essere modificato che secondo una procedura identica. In altri termini, gli impegni non vincolanti sono subordinati ai trattati: sono gerarchicamente inferiori a questi ultimi. *Gli impegni non vincolanti possono allora intervenire solo per interpretarli, completarli o colmarne alcune lacune.*

Così, **ad esempio**, il celebre *compromesso del Lussemburgo* del 1966 che metteva fine alla crisi nella CEE scatenata dalla *politica della “sedia vuota”* della Francia per protestare contro il comportamento “sovranzionale” della Commissione e i pericoli di un voto “maggioritario” in seno al Consiglio, non può essere ritenuto una modifica delle disposizioni pertinenti del Trattato di Roma istitutivo della CEE: la Francia ottenne dai suoi partner soltanto un impegno a cercare il “consensus” in senso al Consiglio in tutte le ipotesi in cui si doveva decidere delle questioni che avrebbero inciso sugli interessi vitali degli Stati membri. Ciò non ha cambiato le regole previste nel Trattato del 1957 circa il voto a maggioranza in seno al Consiglio dell’allora CEE.

**27. Precisione delle condizioni di applicazione di un trattato.** — Al contrario, gli impegni privi di forza vincolante possono avere per obiettivo legittimo la precisazione delle modalità di applicazione di un trattato o la sua interpretazione. Esempio ne è l’accordo di Londra del 1946 sulla ripartizione dei seggi dei Membri non permanenti nel Consiglio di Sicurezza. Anche il predetto *compromesso del Lussemburgo* del 1966 rientra nella categoria degli accordi interpretativi dei trattati.

**28. Obblighi di comportamento.** — Sovente, *gli accordi informali impongono alle Parti contraenti semplicemente delle obbligazioni di mezzi.* A tale riguardo, basti l’esempio dell’atto finale di Helsinki del 1975. Qui, in un primo “paniere”, vi sono norme generali che gli Stati intendono rispettare nelle loro relazioni reciproche. Un secondo “paniere” si compone dei grandi principi che devono presiedere le relazioni e la cooperazione economica tra gli Stati. Infine, un terzo “paniere” concerne la cooperazione in ambito umanitario ed è formulato in termini di obblighi di comportamento in ambiti ben precisi (riunificazione familiare, matrimonio tra cittadini di Stati differenti, circolazione delle informazioni, e così via).

**29. Dei rari obblighi di risultato.** — Solo eccezionalmente, gli impegni privi di forza vincolante contengono degli obblighi di “risultato” a carico degli Stati. Ciò avviene, seppur raramente, in ambito “politico”.

È così, **ad esempio**, che l’atto finale di Helsinki del 1975 prevedeva *la notifica di manovre militari importanti* (Cap. XV) tra gli Stati partecipanti. In ambito economico, ove gli obblighi di risultato sono più frequenti, nella già citata dichiarazione commerciale del 1974 tra gli Stati membri OCSE, questi si impegnavano a “prevenire ogni

nuova azione unilaterale che po[tesse] avere un effetto pregiudizievole sulle relazioni economiche internazionali”; si tratta di una clausola di *standstill* che si ritrova tra gli altri anche nel Trattato di Roma del 1957. O, ancora, possiamo citare gli accordi del 1970 e del 1973 conclusi sotto gli auspici del GATT concernenti i prodotti caseari: fissavano in effetti dei prezzi minimi alle importazioni, prevedevano un controllo organizzato, possibilità di emendamenti, il ricorso a clausole di salvaguardia <sup>(21)</sup>.

### 5. — Degli impegni privi di sanzioni

**30.** — Gli impegni privi di forza vincolante non sono mai oggetto di sanzioni in senso tecnico, né fanno sorgere la responsabilità internazionale dello Stato in caso di mancato adempimento. Ciò non significa tuttavia che essi siano del tutto esenti da ogni forma di controllo internazionale.

**31.** — È chiaro che tali atti non possono costituire la base giuridica della competenza di tribunali internazionali o di corti arbitrali. Il problema si era posto davanti alla CIG nel 1978 nel *caso della piattaforma continentale del Mar Egeo*, tra Grecia e Turchia <sup>(22)</sup>. La Grecia invocava, a sostegno della competenza della Corte, un “comunicato” congiunto in data 31 maggio 1975 pubblicato a seguito di una riunione del Consiglio dei Ministri degli affari esteri dei due Stati. Tale comunicato precisava che i due Ministri “avevano deciso che [i problemi tra i due Governi] dovevano essere risolti pacificamente per mezzi di negoziati e mediante il ricorso alla CIG per quanto concerne la piattaforma continentale del Mar Egeo”. La Grecia sosteneva che si trattava di un accordo con la Turchia che fondava la competenza della Corte per risolvere le controversie tra quei due Stati. Dal canto suo, la Turchia affermava che “un comunicato congiunto non equivale[va] a un accordo di diritto internazionale”. Nella sentenza, la CIG ha indicato che “non esiste[va] una regola di diritto internazionale che impedisse che un comunicato congiunto costitu[isse] un accordo internazionale destinato a sottoporre una controversia ad arbitrato o regolamento giudiziale” <sup>(23)</sup>.

Dopo aver enunciato tale principio, la CIG ha indicato che occorre esaminare ogni fattispecie concreta con particolare riferimento alla natura dell’atto, alle circostanze della sua conclusione e soprattutto alle intenzioni delle Parti contraenti. Nel caso di specie, la CIG arrivò alla conclusione che “questo comunicato congiunto... Non aveva per obiettivo e non costituiva un impegno immediato” dei due Governi a sottoporre la disputa alla sua giurisdizione <sup>(24)</sup>.

**32.** — Nel *caso del Sud Ovest africano*, la CIG notò correttamente che “nell’ambito del diritto internazionale, l’esistenza di obblighi la cui esecuzione non [poteva] essere oggetto di una procedura giurisdizionale [aveva] da sempre costituito la regola piuttosto che l’eccezione” <sup>(25)</sup>. In termini più generali, nel caso *Barcelona Traction*, la CIG ha aggiunto che “l’assenza di un legame giurisdizionale non [poteva] essere considerata... come comprovante l’inesistenza di un diritto” <sup>(26)</sup>.

<sup>(21)</sup> V. l’articolo precitato di P.M. EISEMANN, pp. 337-338.

<sup>(22)</sup> CIG, 19 dicembre 1978, sulla competenza.

<sup>(23)</sup> Par. 96. Nostra traduzione.

<sup>(24)</sup> Par. 107. Nostra traduzione.

<sup>(25)</sup> Seconda fase, sentenza in *Rec.*, 1966, p. 46. Nostra traduzione.

<sup>(26)</sup> *Rec.*, 1970, p. 45. Nostra traduzione.

**a) L'assenza di responsabilità internazionale per violazione di un impegno non vincolante da parte di uno Stato**

**33.** — *In linea di principio, il mancato rispetto di una delle disposizioni contenute in uno degli accordi informali non è di gravità tale da mettere in gioco la responsabilità internazionale di uno Stato.* La spiegazione di tale soluzione non va ricercata nella violazione — o nell'assenza di violazione — del diritto internazionale, ma nel carattere non vincolante degli obblighi istituiti ai sensi di tali accordi.

Se gli Stati preferiscono ricorrere alla tecnica degli accordi informali piuttosto che a quella dei trattati in buona e debita forma, ciò avviene perché essi ritengono che l'oggetto dei loro impegni sia di natura tale per cui l'inquadramento giuridico deve rimanere flessibile e "soft", per poter essere modificato all'occorrenza; ne consegue che è qui superfluo individuare "chi ha violato cosa" e "chi è responsabile di cosa". Se gli Stati ritenessero che gli accordi informali possono far sorgere la loro responsabilità internazionale in caso di mancato adempimento, è verosimile prevedere che rifiuterebbero nella maggior parte dei casi di concludere ogni accordo di *soft law*.

**34.** — Da quanto esposto, non si deve giungere frettolosamente alla conclusione che siffatti accordi informali, in quanto privi di sanzione, siano privi di qualsiasi valore giuridico. In effetti, nella misura in cui prevedono un certo tipo di comportamento, di condotta, da parte delle Parti contraenti, queste devono fare in modo di conformarvisi, di modo che la prassi dell'una giustifichi quella dell'altra. Inoltre, in via generale, uno Stato facente parte di un accordo informale non potrà in un secondo momento revocare completamente il suo consenso pretendendo che non sia mai esistito al fine di contestare la legalità di una azione o situazione (è un'ulteriore applicazione della regola dell'*estoppel* o del principio di non contraddizione secondo il brocardo *non concedit venire contra factum proprium*).

Va notato infine che, nella prassi, tali accordi informali vengono spesso altrettanto — e persino meglio — rispettati che un buon numero di trattati <sup>(27)</sup>.

**b) Degli impegni talvolta "controllati"**

**35.** — In mancanza di sanzioni di carattere "giurisdizionale", gli impegni privi di forza vincolante possono essere oggetto di appositi procedimenti di "controllo" internazionale al fine di assicurarne il rispetto. Si è quindi in presenza di controlli politici o diplomatici puntuali, poco organizzati; talvolta le Parti possono decidere di andare oltre e organizzare dei veri e propri "*follow up*" degli accordi informali conclusi.

Come **esempio** di controlli politici non organizzati possiamo citare i "*summit economici*", durante i quali i risultati acquisiti in un precedente *summit* possono essere confermati — o modificati — da un *summit* successivo; lo stesso si può dire in occasione delle riunioni periodiche tra capi di Stato o di governo che hanno per scopo quello di sviluppare la cooperazione tra le Parti. A titolo di esempio di controlli politici organizzati, è possibile citare il meccanismo originale istituito dall'Atto finale di Helsinki del 1975 per assicurare il "seguito" dei risultati ottenuti: si è previsto che ogni tre anni fosse indetta una conferenza (*follow up meetings*) al fine di controllare in che modo ciascuno Stato avesse applicato i grandi principi elaborati ad Helsinki.

<sup>(27)</sup> V. l'esempio citato in O. SCHACHTER, *op. cit.*, pp. 299-300, nonché "International compliance with non binding accords", in E. BROWN-WEISS, *Studies in Transnational legal policy*, n. 29, Washington D.C., 1997.

Un controllo permanente può essere istituito in seno ad una OIG, pur rimanendo flessibile, informale, quindi non “giurisdizionale”; così, ad esempio, l’OCSE ha dato vita da tempo ad un “Comitato sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali”, un organo meramente consultivo incaricato di monitorare l’applicazione delle “linee guida” adottate in tale ambito <sup>(28)</sup>.

**36. Conclusione: un ruolo crescente della *soft law* nella vita di relazione internazionale.** — Gli impegni privi di forza vincolante tra gli Stati svolgono un ruolo importante, e crescente, nella vita di relazione internazionale.

Gli accordi informali possiedono il vantaggio di estendere l’ambito di applicazione del diritto internazionale. Se non esistessero, in talune materie gli Stati esiterebbero — per non dire si rifiuterebbero — a cooperare. Gli accordi inoltre spingono all’espansione formale del diritto internazionale, nella misura in cui essi siano suscettibili di costituire degli elementi di formazione di una regola non scritta — consuetudine o principio generale di diritto.

Gli impegni privi di forza vincolante costituiscono invece necessariamente delle manifestazioni formalizzate della morale nel diritto internazionale e non una forma di “pre-diritto” in quanto trattati “in divenire”. Essi non sono dei “trattati”: gli impegni di *soft law* sono loro subordinati nella gerarchia delle fonti formali. Ciò è frutto della volontà delle parti (Stati o OIG ed altri soggetti) che accettano di impegnarsi, ma solamente “fino ad un certo punto”, mai “oltre”.

---

<sup>(28)</sup> Cfr. N. BONUCCI, C. KESSEDIAN (sous la dir. de), *40 ans des lignes directrices de l’OCDE pour les entreprises multinationales*, Paris, Pedone, 2018.

## Titolo II

### LE NORME SCRITTE DIVERSE DAI TRATTATI

#### Capitolo VII

#### GLI ATTI UNILATERALI DEGLI STATI

**Bibliografia sommaria:** G. CANSACCHI, *La notificazione internazionale*, Milano, ISPI, 1943; P. GUGGENHEIM, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, in *RCADI*, 1949, v. 74, pp. 191-268; G. BISCOTTINI, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951; G. SPERDUTI, « Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale », in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 3 ss.; G. VENTURINI, “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats”, in *RCADI*, 1964-II, t. 112, p. 363; R. QUADRI, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., 568 ss.; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 288 ss.; M. VIRALLY, “The Sources of International Law”, in SØRENSEN, *Manual of Public International Law*, London, 1968, p. 154-156; S. M. CARBONE, *Promessa e affidamento nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1970; J-P. JACQUÉ, *Éléments pour une théorie de l’acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972; A.P. RUBIN, “The International Legal Effects of Unilateral Declarations”, *AJIL*, 1977-I; K. SKUBISZEWSKI, ‘Unilateral Acts of States’, in M. BEDJAOUI (ed.) *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, UNESCO, 1991, pp. 221-40; K. ZEMANEK, “Unilateral Legal Acts Revisited” in K. WELLENS (ed.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Nijhoff, 1998, pp. 209-21; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 295 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 270 ss.; W.M. REISMAN, M.H. ARSANJANI, “The Question of Unilateral Government Statements as applicable in Investment Disputes”, in *Mélanges Tomuschat*, p. 409; C. TOMUSCHAT ‘Unilateral Acts under International Law’ in K. MEZIOU and others (eds.), *Droits et culture: Mélanges en l’honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, Tunis, CPU, 2008, pp. 1487-1507; A. PELLET, “Art. 38”, in A. ZIMMERMAN, C. TOMUSCHAT & K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, OUP, 2012, p. 763 ss.; P. SAGANEK, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden Boston, Brill-Nijhoff, 2016; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9 ed., cit., p. 401 ss.; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, II, 3 ed., cit., p. 173 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 317 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 215 ss.; V. in particolare i *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, elaborati dalla CDI nel 2006, A/61/10, p. 362. Il testo si reperisce al sito internet della CDI.

**1. Definizione.** Abbiamo più volte osservato che l’art. 38 dello Statuto della CIG, pur essendo il punto di riferimento fondamentale per identificare le fonti del diritto internazionale, fornisce un’elencazione che non è né tassativa, né esaustiva di tutte le fonti ossia dei modi di produzione delle norme internazionali. Talvolta, una manifestazione unilaterale della volontà di uno Stato è suscettibile di produrre effetti giuridici di diritto internazionale. Pertanto, tra le altre fonti del diritto internazionale si collocano gli atti giuridici unilaterali degli Stati.

*Un atto giuridico unilaterale (Unilateral Statement) di uno Stato è una manifestazione di volontà idonea in sé e per sé a produrre effetti giuridici di diritto internazionale, indipendentemente dal suo incrociarsi con manifestazioni di volontà altrui.*

Tali effetti possono riguardare la costituzione, la modificazione o l’estinzione di situazioni giuridiche internazionali. Questa fonte del diritto internazionale va distinta, sia da quegli altri atti giuridici internazionali bilaterali o multilaterali ove ciascuna

manifestazione di volontà di uno Stato è un elemento costitutivo di un particolare *accordo* (ad es. un trattato); sia come vedremo oltre (Cap. VIII), dagli *atti unilaterali delle organizzazioni internazionali*. Inoltre, nell'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo, va osservato altresì che gli atti giuridici unilaterali degli Stati restano ben distinti dagli *atti transnazionali* di cui ci occuperemo a suo luogo (Cap. IX).

Le finalità per cui gli Stati pongono in essere atti unilaterali sono molteplici. Caratteristica degli atti unilaterali è la loro *atipicità* (Sez. I) anche se taluni tipi di atti ricorrono con una certa costanza sul piano delle relazioni internazionali. In un secondo momento ci soffermeremo sugli effetti degli atti unilaterali degli Stati (Sez. II).

### Sezione I

#### FONTE DEGLI ATTI UNILATERALI DEGLI STATI

**2. Premessa.** — Trattandosi di particolari manifestazioni di volontà di singoli Stati che vengono assunte dall'ordinamento giuridico internazionale come produttive di effetti giuridici, si possono distinguere, in base alla loro fonte, gli atti unilaterali basati su un determinato *trattato* (§1) ovvero, basati su norme di diritto internazionale consuetudinario (§2). Inoltre, è utile distinguere ulteriormente gli atti facoltativi dagli atti internazionalmente obbligatori (§3).

#### § 1. — *Gli atti unilaterali basati su trattati internazionali*

**3.** — Sarebbe vano elencare le centinaia di trattati in vigore per enucleare quelle norme che prevedano la emanazione di specifici atti unilaterali degli Stati. Valga qui la considerazione secondo la quale ogni trattato prevede nelle clausole finali apposite norme che regolano la *denuncia* o il *recesso* di uno Stato dal trattato. Anche la domanda (*requête* o *application*) di uno Stato che costituisce l'atto introduttivo di un processo internazionale è previsto da un trattato di cui entrambi gli Stati in lite sono Parti contraenti.

#### § 2. — *Gli atti unilaterali quali espressione della libertà di agire dello Stato nell'ordinamento internazionale*

**4.** — Per quanto riguarda gli atti unilaterali degli Stati che si basano su norme di diritto internazionale consuetudinario, possiamo distinguere quattro categorie principali: le dichiarazioni, il riconoscimento, la protesta e la rinuncia.

#### 1. — Le dichiarazioni

**5. Un vocabolo giuridico generico.** — Il vocabolo “dichiarazione” (*Declaration*) è assai generico in quanto designa tutti quegli atti unilaterali di uno Stato tramite i quali porta a conoscenza di altri Stati la sua posizione circa un fatto giuridico. A volte la dichiarazione è una semplice *comunicazione*; altre volte, contiene l'affermazione dell'esistenza di un determinato stato di fatto o di certi principi di diritto; altre volte ancora, vale ed enunciare l'atteggiamento che il dichiarante intende assumere circa una determinata situazione di fatto o di diritto.

**6. Significato variabile del termine “dichiarazione”.** — Va notato che esiste una certa confusione terminologica nella misura in cui l’espressione “dichiarazione” può avere diversi significati. Innanzitutto, può celare un vero e proprio trattato internazionale. A titolo di esempio, basti ricordare la *Dichiarazione di Parigi del 16 aprile 1856 relativa alla guerra marittima* o la *Dichiarazione dell’Aja del 29 luglio 1899 relativa all’uso di gas asfissianti*. Lo stesso discorso vale per le Dichiarazioni di Algeri del 19 gennaio 1981 con le quali si è posta fine alla crisi americano-iraniana a seguito della vicenda del personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran o ancora la *Dichiarazione congiunta del 1984 del Regno Unito e della Cina sulla questione di Hong Kong*. Ebbene, nonostante il *nomen juris* utilizzato, quelle dichiarazioni sono dei veri e propri trattati internazionali.

**7. Significato pratico.** — Le dichiarazioni possono avere per oggetto le materie più diverse come, in passato, la *dichiarazione di guerra* (l’atto che produce l’effetto di instaurare lo stato di guerra tra due o più Stati) o ancora la *dichiarazione di neutralità*. Nel *campo politico*, rivestono la stessa forma le “prese di posizione” adottate dai rappresentanti degli Stati. Le dichiarazioni possono avere una portata più squisitamente giuridica allorquando rivendicano un diritto specifico come nel caso delle celebri “dichiarazioni” dell’allora Presidente degli Stati Uniti Truman del 1945 con le quali questi rivendicava la giurisdizione americana sulla piattaforma continentale al largo delle coste statunitensi. Infine, va notato che non si tratta di *atti unilaterali di singoli Stati*, bensì di *atti unilaterali di un’organizzazione internazionale*, quando ci si riferisce alle *Dichiarazioni di principi* dell’Assemblea generale dell’ONU, come ad esempio la Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948.

## 2. — Il riconoscimento

**8. Definizione.** — *Il riconoscimento (Recognition) è l’atto col quale uno Stato accerta una data situazione di fatto o di diritto, inclusa l’esistenza di un nuovo Stato quale soggetto di diritto internazionale ed, eventualmente, dichiara di considerare tale situazione come legittima.*

L’elemento comune dei tipi di riconoscimento ora indicati è quello di comportare l’applicazione di un particolare regime giuridico (si pensi **ad esempio** al *riconoscimento di insorti* o dello stato di belligeranza), o ancora può costituire un atto di particolare rilevanza sul piano dell’instaurazione di relazioni internazionali di uno Stato (si pensi al riconoscimento di un nuovo Stato). In altre parole, se il riconoscimento costituisce un atto unilaterale discrezionale dello Stato è altrettanto chiaro che i suoi effetti giuridici vengono regolati dall’ordinamento internazionale.

**9. Riconoscimento costitutivo o dichiarativo di Stati. Assenza di riconoscimento e c.d. riconoscimento prematuro.** — Un tempo, in Europa e fino alla fine del sec. XIX, il riconoscimento valeva come ammissione nella famiglia delle Nazioni, un “club elitario” e, per tale ragione, si riteneva che avesse valore **costitutivo**: si trattava di un’ammissione al club delle Potenze, al Concerto europeo <sup>(1)</sup>. Oggi, invece, è pacifico che

<sup>(1)</sup> Per una spiegazione tradizionale v. ad es. CARL SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello ‘jus publicum europaeum’*, [Berlin, 1974], tr.it, Milano, Adelphi, 1991, p. 403 ss. In dottrina cfr. G. SPERDUTI, “Il riconoscimento di Stati e di Governi”, in *Riv. dir. int.*, 1953, p. 30 ss.; I. BROWNLIE, “Recognition in Theory and Practice”, in *BYIL*, 1982, p. 187 ss.; J. DUGARD, *Recognition and the United*



il riconoscimento di uno Stato da parte di un altro Stato ha **valore dichiarativo** della soggettività giuridica internazionale del primo Stato poiché questa dipende, in conformità al **principio di effettività** <sup>(2)</sup>, dal fatto che il nuovo ente agisca stabilmente in piena indipendenza nelle relazioni internazionali, su un piano di parità con gli altri soggetti internazionali. Il riconoscimento di uno Stato, infatti, testimonia la volontà di intrattenere relazioni internazionali con lo Stato riconosciuto.

Ovviamente, l'assenza o la presenza di riconoscimento da parte di più Stati possono incidere sostanzialmente sulle "capacità di relazione internazionale" di un determinato Stato e quindi giocare negativamente o positivamente sulla sua effettività. Uno Stato privo di riconoscimento ha difficoltà ad affermarsi o a dimostrare nel tempo la propria soggettività internazionale.

Questo è, ad esempio, il caso di *Cipro del Nord*, entità territoriale riconosciuta solo dalla Turchia, ma che invece viene generalmente considerato uno "**Stato fantoccio**" dello Stato turco a cui va riferito il potere effettivo esercitato su quel territorio. Così, la Corte EDU ha ritenuto responsabile la Turchia per la condotta di "sedicenti" autorità dello Stato di Cipro Nord (Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, 23 febbraio 1995 (ecc. prelim.) e 18 dicembre 1996 (merito)). Un altro esempio è il *Nagorno Karabakh* <sup>(3)</sup> al centro di un conflitto armato in atto sin dal 1992 tra le forze azere e quelle armenie per il possesso di quella regione che, attualmente, è nel territorio dell'Azerbaijan.

Viceversa, un "**riconoscimento prematuro**" può favorire la formazione di uno Stato che ancora non è tale da un punto di vista storico-fattuale.

Un **esempio** a tale proposito è stato il riconoscimento della Croazia da parte della Santa Sede e dalla Germania nel dicembre 1991, pur se si era precedentemente concordato a livello comunitario di aspettare fino a metà gennaio del 1992 onde verificare la presenza di tutte le condizioni necessarie per tale atto. Altro **esempio** celebre fu quello del riconoscimento degli Stati Uniti da parte della Francia, nel 1778...contro ogni desiderio di Sua Maestà Britannica.

**10. Riconoscimento de facto e de jure.** — Si distingue, non senza difficoltà in dottrina, un riconoscimento *de jure* ed un riconoscimento *de facto*: il primo è definitivo, incondizionato ed irrevocabile e costituisce manifestazione della piena disponibilità di uno Stato ad instaurare rapporti internazionali con lo Stato riconosciuto senza alcuna riserva. Il riconoscimento internazionale *de facto* è, invece, provvisorio e riguarda in genere uno Stato ed un Governo sulla cui legittimità si abbiano riserve e con il quale non si intendano ancora instaurare rapporti formali di stretta cooperazione.

---

*Nations*, Cambridge, CUP, 1987; J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, OUP, 2006; U. VILLANI, "Riconoscimento", in *Enc. Dir.*, 1989, p. 633 ss.; FROWEIN, "Recognition", in *MPEPIL*; G. NESI, "Recognition of the Lybian National Transitional Council: When, How and Why", in *IYIL*, 2011, p. 45 ss.; TOMUSCHAT, "Recognition of New States: the Case of Premature Recognition", in *Kosovo and International Law*, a cura di HILPOLD, Leiden, 2012; E. MILANO, *Formazione dello Stato e processi di State building nel diritto internazionale*, Napoli, 2013 e, *amplius*, M. MANCINI, *Statualità e non riconoscimento nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>(2)</sup> Uno Stato diventa soggetto di diritto internazionale in base a circostanze di fatto (effettività di governo su un territorio ed una popolazione dati e indipendenza). Ciò avviene in modo quasi automatico e il diritto internazionale ne prende atto in base, appunto, al principio di effettività. Lo scopo del riconoscimento è prendere atto della realtà del nuovo Stato e dar prova di voler entrare in relazione con esso.

<sup>(3)</sup> Su cui cfr. N. RONZITTI, *Il Conflitto del Nagorno Karabakh e il Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

**11. Effetti del riconoscimento unilaterale in diritto internazionale.** — *Da un punto di vista giuridico, l'effetto tipico del riconoscimento di uno Stato da parte di un altro Stato è quello preclusivo, cioè impedisce allo Stato che ha effettuato il riconoscimento di contestare successivamente la situazione riconosciuta o di affermare che lo Stato riconosciuto difetti di personalità giuridica sul piano internazionale.*

Nella prassi attuale del diritto internazionale, il riconoscimento di uno Stato assume rilievo soprattutto quando l'esistenza di un nuovo Stato appare dubbia, ad esempio se quest'ultimo si è costituito per secessione territoriale o è sorto in seguito al crollo o al frazionamento di uno Stato esistente <sup>(4)</sup>.

Inoltre, nella prassi recente, il riconoscimento viene sempre più spesso condizionato all'osservanza di speciali principi, come ad esempio il rispetto della Carta delle Nazioni Unite o dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti umani. A tale riguardo, dal punto di vista del diritto internazionale, va osservato che questi non sono affatto dei criteri tratti dal diritto consuetudinario, bensì *condizioni di natura politica* formulate *ad hoc* da alcuni Stati in vista di istaurare rapporti con altri Stati.

**12. Riconoscimento "collettivo" di un nuovo Stato: ruolo delle OIG.** — Il riconoscimento di un nuovo Stato o di un Governo è un atto che solamente altri Stati o Governi possono concedere o negare. Può, tuttavia, aversi anche una *politica di riconoscimento (o di non riconoscimento) collettiva*, ossia coordinata tra più Stati. Ciò è avvenuto, ad es., con la Dichiarazione di Bruxelles del 16 dicembre 1991, tramite la quale gli Stati della CEE hanno stabilito di riconoscere solo quegli Stati sorti in Europa orientale e a seguito della dissoluzione dell'Unione Sovietica o della ex Jugoslavia che si comportino in conformità alla Carta ONU, allo Stato di diritto, alla democrazia e ai diritti umani, e si impegnino a garantire i diritti delle minoranze. Un'apposita Commissione di arbitrato composta da cinque presidenti di Corti costituzionali di Paesi europei, conosciuta come 'Commissione Badinter', venne incaricata di gestire tale delicata fase transitoria.

*Le OIG, a partire dall'ONU, non hanno il potere di compiere tale riconoscimento, non essendo, né uno Stato né un Governo. L'ONU, infatti, non "riconosce" uno Stato ma può solo ammetterlo o non ammetterlo tra i propri Membri, o ancora può accettare o meno le credenziali fornite dai rappresentanti di un nuovo Governo. Infatti, ai sensi dell'art. 4, par. 1, della Carta ONU "possono diventare Membri delle Nazioni Unite tutti gli altri Stati amanti della pace che accettino gli obblighi del presente Statuto e che, a giudizio dell'Organizzazione, siano capaci di adempiere tali obblighi e disposti a farlo".*

Perciò, tramite l'ammissione in qualità di Stato membro in una data OIG, si può creare *un indizio di effettività* — di per sé non decisivo — sicché, come strategia diplomatica, l'ammissione può aprire la strada al riconoscimento da parte, sia degli stessi Stati membri *uti singuli* di quella OIG, sia di Stati terzi ed altre OIG.

Così, la Palestina, nel dicembre 2011, ha ottenuto l'ammissione all'UNESCO, poi ha chiesto di divenire Stato membro dell'ONU ma ha ottenuto l'ammissione a titolo

---

<sup>(4)</sup> Il tema del riconoscimento di Stati ha perso importanza dopo la conclusione del processo di decolonizzazione, ma è tornato di attualità a partire dagli anni '90 del secolo scorso quando sul territorio dell'ex Unione Sovietica e dell'ex Repubblica socialista federativa di Jugoslavia sono comparsi parecchi nuovi Stati.

di *Stato osservatore non Membro* <sup>(5)</sup>. A partire dal 1° aprile 2015, lo Statuto della Corte Penale Internazionale è in vigore per la Palestina che ne è diventato *Stato membro*.

**13. Effetti del riconoscimento di uno Stato in diritto internazionale privato e processuale.** — Nella pratica, poi, può porsi il *problema del locus standi (ossia della legittimazione processuale) e dello statuto dello Stato non riconosciuto dinanzi ai giudici interni dello Stato non riconoscente*. Può, ad esempio, uno Stato A godere dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione, cautelare ed esecutiva dinanzi ai giudici di uno Stato B che non lo riconosce? Può essere designato, nel contesto internazionalprivatistico, il diritto di uno Stato non riconosciuto?

Cominciamo a rispondere al secondo quesito. Per la maggioranza degli ordinamenti statali, il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato del foro prescinde dal riconoscimento/non riconoscimento dello Stato il cui diritto viene richiamato a titolo di legge competente <sup>(6)</sup>. In effetti, ai fini del diritto internazionale privato, il richiamo del diritto di un altro Stato serve solo a fini di economia normativa <sup>(7)</sup>, o se si preferisce, quale fonte di produzione giuridica.

Una diversa soluzione deve però valere con riferimento a diritti soggettivi internazionali a carattere consuetudinario che siano invocati da un ente non riconosciuto A nel foro di un altro Stato (Stato B): si pensi, ad esempio, all'eccezione di immunità dalla giurisdizione <sup>(8)</sup>. Certo, si potrebbe argomentare che, poiché il riconoscimento ha valore meramente dichiarativo, ne segue che detto riconoscimento non scalfisce i diritti internazionalmente spettanti, in virtù del diritto internazionale consuetudinario, allo Stato non riconosciuto ma effettivo, e ciò dinanzi al giudice dello Stato non riconoscente. Senonché, così facendo, il giudice interno finirebbe col sostituirsi al Governo del proprio Paese e, pertanto, la soluzione preferibile è quella per cui il giudice italiano eviti di riconoscere implicitamente gli Stati e i Governi che il proprio Governo non riconosce.

Tale è la soluzione di principio nei Paesi di Common Law, ove lo Stato non riconosciuto non ha *locus standi* di fronte ai giudici interni e persino le norme del suo ordinamento non trovano riconoscimento — e dunque non possono essere richiamate né oggetto di rinvio — a meri fini internazionalprivatistici.

**14. Riconoscimento di Governi rivoluzionari.** — *Il riconoscimento di uno Stato va distinto dal riconoscimento del suo Governo in caso di mutamento di quest'ultimo* <sup>(9)</sup>. *Riconoscendo un dato governo, uno Stato attribuisce solamente al gruppo di persone "al comando" la legittimità (nei propri confronti) di rappresentarlo sul piano internazionale*. E si badi bene: l'unica condizione che il diritto internazionale generale pone

<sup>(5)</sup> M. MANCINI, "Conseguenze giuridiche dell'attribuzione alla Palestina dello status di stato osservatore presso le Nazioni Unite", in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 100 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. in questo senso, Cass. 7 febbraio 1975, n. 468, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 354: "Questo Collegio ritiene, conformemente alla dottrina di gran lunga prevalente in Italia e in tutta l'Europa continentale, che in ordine ai rapporti di diritto internazionale privato (dei quali qui trattasi dovendosi stabilire l'efficacia in Italia di un atto di diritto privato formato all'estero) sia irrilevante che lo Stato mantenga o meno normali rapporti diplomatici con quello cui appartiene la norma di diritto internazionale privato da applicare o che quest'ultimo non sia riconosciuto dal primo".

<sup>(7)</sup> Così, T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3<sup>a</sup> ed, Padova, Cedam, 1999, p. 7.

<sup>(8)</sup> In arg. v. J. VERHOEVEN, "Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation", in *RCADI*, 1985-III, v. 192, pp. 9-232.

<sup>(9)</sup> RONZITTI, cit., p. 49 ma cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 63.

al riconoscimento di un Governo è che quest'ultimo eserciti effettivamente la sovranità (soprattutto il controllo su una parte sostanziale del territorio e dell'apparato amministrativo). Pertanto, delle problematiche particolari possono insorgere quando un Governo legittimo perde parzialmente, o interamente, il controllo effettivo dello Stato e fugge eventualmente all'estero (caso dei c.d. *Governi in esilio*, fenomeno diffuso all'epoca del secondo conflitto mondiale quando si stabilirono a Londra i Governi, appunto, in esilio degli Stati occupati dai Nazisti).

*In ogni caso, la scelta di riconoscere un Governo o meno è di carattere meramente politico e prescinde dalle diverse vicende del riconoscimento di Stato che, come tale, sopravvive nel tempo ed al passare dei Governi.*

Ciò si è verificato anche in situazioni rivoluzionarie e di colpo di Stato: così nel passaggio dalla Russia zarista alla Russia bolscevica, per poi tornare alla Federazione Russa (13 novembre 1991) o nel caso della rivoluzione castrista a Cuba; o ancora con riferimento al colpo di Stato militare di Pinochet in Cile nel 1973. Più recentemente, si pensi ai casi della Libia, della Somalia o anche dell'Ucraina.

Il punto fondamentale è dunque questo: “il mutamento rivoluzionario di regime, pur comportando una rottura costituzionale, non estingue lo Stato come soggetto di diritto internazionale... il riconoscimento di governi esprime la volontà dello Stato che vi procede di mantenere con il nuovo governo le stesse relazioni internazionali che si avevano con il governo precedente” <sup>(10)</sup>.

**15. L'obbligo di non riconoscimento di situazioni di fatto illegittime.** — Infine, va osservato, su un piano universale, che l'**art. 41, par. 2, degli Articoli CDI sulla responsabilità internazionale degli Stati** (su cui v. infra Cap. XVI) impone agli Stati di *non riconoscere come legittima una situazione di fatto creata mediante una violazione grave del diritto internazionale.*

Tale norma aveva già trovato applicazione allorquando gli Stati membri dell'ONU non hanno riconosciuto l'annessione del Kuwait da parte dell'Iraq nel 1991. In seguito, è stata applicata dalla CIG nel *Parere sulla costruzione del muro nei territori palestinesi occupati* del 2004, ove la Corte, una volta accertata la contrarietà al diritto internazionale della costruzione del muro da parte di Israele, ha statuito l'obbligo, a carico degli altri Stati, di non riconoscere la situazione illecita creatasi con la costruzione di tale muro.

Nella prassi più recente, altri casi problematici concernono la situazione dell'Abkhazia e dell'Ossezia del Sud (riconosciuti solo dalla Russia) e il Kosovo; il non riconoscimento dell'annessione della Crimea alla Russia o, ancora, di quella delle alture del Golan a Israele.

### 3. — La protesta

**16. Definizione.** — *La protesta (Protest)* è un atto diretto ad evitare che il comportamento del soggetto da cui emana possa essere interpretato come rinuncia al diritto di contestare la legittimità di una data pretesa, condotta o situazione.

<sup>(10)</sup> Così, N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 55, il quale aggiunge “[i]l mancato riconoscimento non significa che viene interrotto ogni rapporto tra i due Stati. I trattati bilaterali rimangono in vigore e le relazioni diplomatiche normalmente continuano, benché ad un livello più basso di quello precedente”.

Si tratta infatti di una *contestazione* per mezzo della quale uno Stato fa conoscere ad altri soggetti del diritto internazionale la sua volontà di non riconoscere la legittimità di una pretesa di un altro Stato ovvero di non riconoscere una data situazione di diritto o di fatto. La protesta rileva particolarmente nella prassi internazionale allorché si tratti di *provare l'esistenza di una consuetudine internazionale*. Di tale questione parleremo nel prosieguo di questo volume (v. *infra* Cap. X). Va tuttavia segnalato sin da ora che, se un numero consistente di Stati “interessati” si oppone ad una situazione di diritto o di fatto, una siffatta obiezione costituisce un grave ostacolo alla formazione di una norma consuetudinaria: in tal caso, infatti, mancherà sia l'elemento oggettivo — una prassi costante e diffusa — sia l'elemento soggettivo.

#### 4. — La rinuncia

**17. Definizione.** — *La rinuncia (Renunciation) è il volontario abbandono di un diritto o di una pretesa o di un reclamo. La rinuncia non si presume anche se può risultare da fatti concludenti.*

Un esempio moderno si ha in materia economica e finanziaria transnazionale laddove gli Stati vengono sistematicamente indotti a rinunciare alla loro immunità dalla giurisdizione di cognizione, cautelare ed esecutiva; detti privilegi di origine consuetudinaria si rivelano infatti particolarmente dissuasivi nei confronti dei contraenti privati i quali, senza la rinuncia all'immunità da parte degli Stati, rifiuterebbero di contrarre con essi (si pensi a prestiti internazionali, a rapporti di compravendita di ingente valore) ovvero lo farebbero ma ad un prezzo ben maggiore.

#### § 3. — Gli atti unilaterali internazionali obbligatori e facoltativi

**18. Tipologia.** — Veniamo ora alla distinzione tra atti unilaterali obbligatori e facoltativi. Qui, occorre distinguere due fattispecie. In un primo caso, l'atto unilaterale è “obbligatorio” e la competenza dello Stato appare “vincolata” (1). In un secondo caso, il diritto internazionale si limita ad attribuire una facoltà agli Stati che potranno scegliere di esercitarla o non esercitarla nelle forme previste dall'ordinamento internazionale (2).

##### 1. — Gli atti unilaterali “obbligatori”

**19. Obblighi di notifica.** — Al fine di preservare i diritti ed interessi degli altri Stati, talvolta il diritto internazionale — sia generale (a), che pattizio (b) — impone agli Stati degli obblighi di *notifica (Notification)*.

##### a) Atti unilaterali obbligatori in virtù di una norma consuetudinaria

**20. Esempi: dal caso dello stretto di Corfù del 1949 all'incidente di Chernobyl.** — Un esempio di atti unilaterali obbligatori in base ad una norma consuetudinaria si reperisce nel caso dello *stretto di Corfù* deciso dalla CIG nel 1949 <sup>(11)</sup>. Il caso riguardava l'urto, da parte di alcune navi da guerra britanniche, di mine sommerse

<sup>(11)</sup> CIG, 9 aprile 1949, *Stretto di Corfù (Albania c. Regno Unito)*, in *Rec.*, 1949.

nelle acque territoriali albanesi. La Corte osservò che incombeva sull'Albania l'obbligo di far conoscere, cioè di *notificare*, “nell'interesse della navigazione in generale, l'esistenza di un campo minato e di avvertire gli altri Stati dei pericoli derivanti dalla presenza di dette mine”. La Corte precisava altresì che il fondamento di detto obbligo di notifica risiedeva in “alcuni principi generali e ben riconosciuti, come le considerazioni elementari di umanità, ancora più assolute in tempo di pace che in tempo di guerra” (p. 22). L'Albania fu quindi ritenuta responsabile per avere violato tale obbligo di notifica.

Nella sentenza del 27 giugno 1986 *relativa alle attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua*, la CIG reiterando la precedente giurisprudenza riteneva gli Stati Uniti responsabili per non aver comunicato l'esistenza di mine nelle acque del Nicaragua <sup>(12)</sup>.

Così, ogniquale volta gli Stati eseguono esperimenti nucleari o test balistici, devono informare gli altri Stati in modo da prevenire eventuali incidenti e limitare la loro responsabilità internazionale. Lo stesso si verifica quando un incidente si produce sul territorio di uno Stato e rischia di avere delle ripercussioni negative sul territorio di altri Stati. Quando si verificò l'incidente nucleare di Chernobyl il 25 aprile 1986, l'allora Unione sovietica fu ampiamente criticata per non aver avvertito immediatamente gli Stati vicini della catastrofe e dei rischi ad essa connessi <sup>(13)</sup>.

#### **b) Atti unilaterali obbligatori in virtù di trattati**

**21. Notifica.** — Quasi sempre, gli *obblighi di notifica* a cui si è fatto cenno derivano da trattati. Gli esempi sono numerosi. Così l'art. 34 dell'Atto finale della Conferenza di Berlino del 26 febbraio 1885 richiedeva, tra l'altro, agli Stati partecipanti di notificare la presa di possesso dei territori *nullius* in Africa.

Più recentemente, sempre a titolo di esempio, si può citare il caso dell'atto istitutivo dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS/WHO) in cui gli Stati membri hanno l'obbligo di informare la OIG della presenza di epidemie e di emergenze sanitarie acute <sup>(14)</sup>. Al riguardo, basti ricordare l'aspro dibattito sviluppatosi poco tempo fa, in piena pandemia da Covid-19, a proposito degli obblighi di notifica a carico degli Stati e sui poteri d'inchiesta dell'OMS; per non parlare delle azioni legali intentate da privati in più Stati volte a far accertare la responsabilità della Cina e consentire un risarcimento dei danni subiti <sup>(15)</sup>.

Del pari, in seno ad alcune organizzazioni internazionali economiche, quando gli Stati membri decidono di adottare un regime particolare (una moneta convertibile per il FMI o una zona di libero scambio — art. XXIV GATT — nel caso dell'OMC/WTO) hanno l'obbligo di notificarlo alle rispettive OIG le quali esamineranno il fondamento di dette misure e valuteranno i loro effetti.

<sup>(12)</sup> V. punto 215 della sentenza.

<sup>(13)</sup> Cfr. P. SANDS, J. STEEL, *Principles of International Environmental Law*, 4 ed., Cambridge, CUP, 2018, pp. 569 ss.

<sup>(14)</sup> V. per tutti: L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, SIDI-ES, Napoli, 2017.

<sup>(15)</sup> Si discute, oltre che di una responsabilità della Cina rispetto all'origine del virus, anche della eventuale violazione di un obbligo procedurale di notifica internazionalmente dovuto, obbligo che prescinde dall'accertamento dell'origine artificiale, civile o militare del virus. A tale proposito, v. F. MARRELLA, “La Cina deve risarcire i danni transnazionali da Covid-19? orizzonti ad oriente” in *SIDI blog*, 17 maggio 2020 ed i commenti che ne sono seguiti.

Ulteriori esempi di “dichiarazioni” si reperiscono in materia di diritti umani. Così, ad esempio, l’art. 3, c. 2, del Protocollo opzionale del 19 dicembre 2011 sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati, prevede che “[c]iascuno Stato parte deposita, al momento della ratifica del presente Protocollo o dell’adesione a questo strumento una *dichiarazione vincolante*, indicante l’età minima a decorrere dalla quale è autorizzato l’arruolamento volontario nelle sue forze armate nazionali e descrive le garanzie che ha previsto per vigilare affinché l’arruolamento non sia contratto forzatamente o sotto costrizione”.

Infine, basti pensare alla decisione di uno Stato di recedere da un’OIG di cui è membro: tra gli altri, viene in evidenza oggi l’esempio della c.d. *Brexit* (su cui cfr. l’art. 50 TUE). Anche qui l’atto unilaterale di recesso dello Stato dovrà essere notificato in tempo utile all’OIG di cui si tratta.

## 2. — Gli atti unilaterali “facoltativi”

### a) *Gli atti unilaterali “discrezionali” formulati in base a trattati internazionali*

**22.** — Sono atti unilaterali anche quelli legati alla vita giuridica dei trattati internazionali e che *facoltizzano ciascuno Stato a fare o non fare qualcosa*.

Un esempio classico è quello di cui all’art. 32 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961. Ai sensi di tale norma: “Lo Stato accreditante può rinunciare all’immunità giurisdizionale degli agenti diplomatici e delle persone che ne godono in virtù dell’articolo 37.-2. La rinuncia dev’essere sempre espressa”.

**23. Dichiarazioni interpretative e riserve ad un trattato internazionale.** — Altre volte, gli Stati possono allegare ad un trattato delle apposite “dichiarazioni” al fine di indicare come ciascuno Stato *interpreta* una data questione regolata da quel trattato. Tutto dipende, tuttavia, dal contenuto di tale “dichiarazione” giacché, trattandosi di un atto unilaterale, uno Stato può indicare che si vincola ad un trattato solo se una o più norme pattizie saranno intese secondo un determinato significato escludendone, pertanto, ogni altro astrattamente possibile. Si tratta a questo punto di mere dichiarazioni o piuttosto occorre parlare di “riserve interpretative” equiparandole alle “riserve eccezionali”? Si consideri l’esempio della riserva formulata dall’Arabia Saudita alla Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979:

*“In case of contradiction between any term of the Convention and the norms of Islamic law, the Kingdom is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention”.* E nei confronti di tale dichiarazione ha obiettato l’Austria indicando che *“the fact that the reservation concerning any interpretation of the provisions of the Convention that is incompatible with the norms of Islamic law does not clearly specify the provisions of the Convention to which it applies and the extent of the derogation therefrom raises doubts as to the commitment of the Kingdom of Saudi Arabia to the Convention”*, tuttavia *“This position, however, does not preclude the entry into force in its entirety of the Convention between Saudi Arabia and Austria”*.

Si consideri ora la seguente “dichiarazione interpretativa” del Pakistan alla medesima convenzione:

*“Declaration: The accession by [the] Government of the Islamic Republic of Pakistan to the [said Convention] is subject to the provisions of the Constitution of the Islamic Republic of*

*Pakistan.*” Ad essa, tuttavia, obietta la Norvegia indicando che: “*In the view of the Government of Norway, a statement by which a State Party purports to limit its responsibilities under the Convention by invoking general principles of internal or religious law may create doubts about the commitment of the reserving State to the object and purpose of the Convention and, moreover, contribute to undermining the basis of international treaty law. Under well-established international treaty law, a State is not permitted to invoke internal law as justification for its failure to perform its treaty obligations*”, ciononostante “*The Government of Norway does not consider this objection to preclude the entry into force of the Convention between the Kingdom of Norway and [Pakistan]*”.

La frontiera tra “dichiarazioni interpretative” e riserve è una frontiera troppo permeabile. Di conseguenza la validità ed efficacia di tali dichiarazioni è soggetta *de facto* al medesimo regime internazionale generale delle obiezioni alle riserve di cui alla CVT pur se la materia non risulta specificamente regolata, né da detta Convenzione, né dal diritto costituzionale interno di molti Stati.

Ancora, l’art. 14 della Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965, prevede che “[o]gni Stato contraente può *dichiarare* in ogni momento di riconoscere al Comitato [per l’eliminazione della discriminazione razziale, *n.d.r.*] la competenza di ricevere ed esaminare comunicazioni provenienti da persone o gruppi di persone sotto la propria giurisdizione che si lamentano di essere vittime di una violazione”. Ed una formula analoga si reperisce all’art. 22 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 10 dicembre 1984, come pure all’art. 31 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 20 dicembre 2006. In conclusione, appare evidente che, la determinazione degli effetti giuridici degli atti unilaterali degli Stati, non va fatta basandosi sul solo *nomen juris* ma va fatta con attenzione caso per caso.

**24. Dichiarazioni ex art. 36, par. 2, dello Statuto della CIG.** — Oltre agli atti unilaterali di diritto sostanziale come, ad esempio, la protesta, vi sono anche ***atti unilaterali a carattere processuale***, come quelli di cui all’art. 36, c. 2, dello Statuto della CIG relativo alle *dichiarazioni (facoltative) unilaterali di accettazione della competenza obbligatoria della CIG* <sup>(16)</sup>. Vero è che si tratta della dichiarazione unilaterale con la quale uno Stato accetta la giurisdizione della Corte nei rapporti con altri Stati che abbiano fatto la medesima dichiarazione. Ma tale dichiarazione può essere ritirata unilateralmente in qualsiasi momento e può essere persino assortita di riserve <sup>(17)</sup>.

Così, il 25 novembre 2014, l’Italia ha depositato presso il Segretario generale dell’ONU la dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria della CIG, prevista dall’art. 36, par. 2, dello Statuto della stessa Corte <sup>(18)</sup>, portando a settantadue il numero complessivo degli Stati ad aver accettato la competenza obbligatoria della

<sup>(16)</sup> V. *infra*, Cap. XXIV.

<sup>(17)</sup> Solitamente, nel formulare la dichiarazione, gli Stati ne limitano la portata ponendo una serie di condizioni (c.d. “riserve”). Tali riserve possono introdurre limiti *ratione temporis* (per es., escludendo controversie sorte prima di una certa data critica) o *ratione materiae* (per es. escludendo controversie in certe materie) alla competenza della Corte.

<sup>(18)</sup> Su cui cfr. P. PALCHETTI, “A Key Institution for Interpreting International Law and Guaranteeing Global Compliance with Its Provisions”: la dichiarazione italiana di accettazione della competenza della Corte internazionale di giustizia, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 114 ss.



CIG, ventidue essendo Stati membri UE. Ma nel corso del tempo, altri Stati che avevano depositato tale dichiarazione l'hanno ritirata, ad esempio gli Stati Uniti d'America e la Francia.

A questa categoria possiamo ascrivere anche le “dichiarazioni” in materia dei diritti umani a cui abbiamo fatto cenno sopra e i vari atti unilaterali tramite i quali uno Stato accetta la competenza di un “treaty body”, ossia di un organo di controllo, a ricevere ed esaminare comunicazioni individuali (v. ad es. gli artt. 1 e 20 del Protocollo facoltativo del 10 dicembre 2008 al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966).

**b) Un potere discrezionale che viene sempre limitato dal diritto internazionale**

**25.** — Pur essendo di natura discrezionale, tali atti unilaterali, per essere pienamente efficaci od opponibili agli altri Stati devono essere in linea con le prescrizioni del diritto consuetudinario (i) o di quello pattizio (ii).

**i. La sottoposizione degli atti unilaterali al diritto consuetudinario**

Consideriamo due esempi emblematici: l'attribuzione in via unilaterale della cittadinanza di uno Stato e la determinazione del mare territoriale restano soggette al rispetto di alcune condizioni minime fissate dal diritto internazionale affinché tali atti possano avere efficacia nei confronti degli altri Stati.

**26. L'attribuzione di cittadinanza.** — Si consideri, ad esempio, il **caso *Nottebohm*** che fu oggetto di una controversia tra Liechtenstein e Guatemala dinanzi alla CIG nel 1955 <sup>(19)</sup>. Qui, la CIG non ebbe difficoltà a precisare che, in base al diritto consuetudinario, spettava a ciascuno Stato regolare le condizioni di acquisto, attribuzione o perdita della sua cittadinanza. Al tempo stesso, la medesima Corte precisava che la cittadinanza di un individuo, in quanto unilateralmente attribuita da uno Stato, diviene opponibile agli altri Stati solamente se l'atto tramite il quale viene attribuita è conforme al diritto internazionale vigente. Pertanto, la CIG decise che le modalità di attribuzione della cittadinanza da parte del Liechtenstein non erano conformi al diritto internazionale, e pertanto l'atto di attribuzione della cittadinanza in favore del sig. Nottebohm non era internazionalmente opponibile nei confronti del Guatemala. In altre parole, seppure il Liechtenstein potesse lecitamente considerare *Nottebohm* suo cittadino in base ad un titolo valido dal punto di vista del suo ordinamento interno, per la CIG, quel medesimo atto non era internazionalmente efficace e pertanto il Liechtenstein non lo poteva far valere nei confronti degli altri Stati <sup>(20)</sup>.

**27. La delimitazione del mare territoriale.** — Un altro esempio emblematico può essere tratto dalla giurisprudenza della CIG nel **caso delle *Peschiere*** oggetto di un contenzioso tra il Regno Unito e la Norvegia nel 1951. Qui, la Corte riconobbe il diritto di ciascuno Stato costiero di fissare in via unilaterale l'estensione del proprio mare “territoriale”. Sennonché, per essere opponibile agli altri Stati, il modo di delimitazione di quello spazio marino doveva essere conforme al diritto internazionale (in particolare la linea di base non doveva discostarsi in misura sensibile dalla “direzione generale della costa”). Pertanto dato che, nel caso di specie, la Norvegia

<sup>(19)</sup> CIG, 6 aprile 1955, *Nottebohm*, cit., punto 100.

<sup>(20)</sup> Sulla differenza fra efficacia interna e efficacia internazionale, vedi *supra*, Cap. II.

aveva delimitato il proprio mare territoriale in conformità al diritto internazionale, ne risultava un obbligo per il Regno Unito di rispettare la dichiarazione unilaterale della Norvegia (il *ché*, in pratica, significava impedire alla flotta peschereccia inglese di operare in quell'area).

### **ii. La sottoposizione degli atti unilaterali discrezionali al diritto pattizio**

**28.** — Come abbiamo visto in questo capitolo, vari trattati autorizzano le Parti contraenti ad adottare appositi atti unilaterali per assicurare l'esecuzione delle norme pattizie o il *controllo* della loro applicazione. Ne segue che il regime giuridico di tali atti sarà fissato dal trattato a cui si riferiscono.

Bastino, anche qui, due esempi tratti dal diritto del mare. La Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, agli artt. 4 e 5, come la UNCLOS, all'art. 61, autorizzano gli Stati costieri — a certe condizioni — ad adottare alcune misure unilaterali in materia di conservazione delle risorse biologiche <sup>(21)</sup>. In base a tali norme, sia che si tratti della piattaforma continentale, sia che si tratti di conservare le risorse biologiche marine, gli Stati possono adottare delle misure unilaterali appropriate per tutelare l'interesse della Comunità internazionale.

## **Sezione II**

### **L'EFFICACIA GIURIDICA DEGLI ATTI UNILATERALI DEGLI STATI**

**29.** — Allo scopo di determinare gli effetti giuridici degli atti unilaterali occorre determinare, caso per caso, quali siano le fonti internazionali che li contemplano e li regolano.

In precedenza, abbiamo visto che possiamo distinguere due categorie di atti unilaterali: quelli a carattere *facoltativo* e quelli a carattere *obbligatorio*. Risulta evidente che, per questi ultimi, il diritto internazionale può prevedere delle sanzioni in caso di omissione degli Stati (come ad esempio avvenne nel caso precipitato dello Stretto di Corfù).

**30. Piano espositivo.** — Poiché, come si è visto, gli atti unilaterali degli Stati appartengono a categorie diverse, conviene distinguere tra gli “atti necessari” (§ 1); gli atti che incarnano “la prassi degli Stati” (§ 2); o ancora — caso assai raro — gli atti-fonte di obblighi internazionali unilaterali a carico degli Stati che li adottano (§ 3).

#### **§ 1. — *Gli atti unilaterali necessari per il verificarsi di determinati effetti giuridici***

**31. Premessa.** — Talvolta, il diritto internazionale prevede che il verificarsi di determinati effetti giuridici in capo ad uno Stato — sia nell'ambito delle relazioni tra Stati, che in quello delle OIG — sia condizionato al compimento di determinati atti unilaterali. Pertanto, si suole dire che l'atto unilaterale è *necessario*, nel senso che è una *condizione* di applicazione di un dato regime giuridico.

<sup>(21)</sup> V. L. LUCCHINI, M. VOELCKEL, “Les Etats et la mer”, in *Notes et études Documentaires*, n. 4451-4452, 1978, p. 379 e ss.; T. TREVES, “Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer”, in *RCADI*, 1990-IV, t. 223, p. 25 ss.; sulla competenza della UE in materia di pesca marittima v. ora R. VIRZO, “Pêche Maritime”, in *Jurisclasseur Europe*, p. 1350, 2013.

**Ad esempio:** la liceità della cattura di una nave di un Paese neutrale che tenti di raggiungere un porto sottoposto a blocco di guerra è condizionata alla precedente notifica della dichiarazione di blocco da parte dello Stato cattore <sup>(22)</sup>.

**32. Il riconoscimento di uno Stato.** — Il *riconoscimento di uno Stato*, da parte di uno Stato già esistente è un atto unilaterale completamente discrezionale che, *una volta effettuato*, produce effetti giuridici tanto sul piano del diritto internazionale quanto sul piano del diritto interno. A livello internazionale, gli atti di uno Stato riconosciuto beneficiano di una presunzione di validità e, come tali, possono essere opponibili agli altri Stati. A livello interno, le autorità amministrative o giudiziarie degli altri Stati dovranno quantomeno “tener conto” degli atti degli “Stati stranieri riconosciuti” evitando di considerarli nulli o inefficaci salvi i casi di non riconoscimento (Cap. XV) o di illiceità rispetto al diritto internazionale (Cap. XXV).

Del pari, soprattutto in passato, una dichiarazione di guerra o di neutralità, sono stati esempi di atti unilaterali discrezionali *par excellence*, che determinano l’applicazione di particolari settori del diritto internazionale, come quello del diritto internazionale umanitario o ancora del diritto della neutralità, i quali regoleranno i rapporti tra gli Stati belligeranti e le Potenze neutrali.

**33. La notifica in seno alle organizzazioni internazionali.** — Le norme istitutive di OIG disciplinano anche gli atti unilaterali degli Stati Membri. In tal caso, la notifica effettuata da uno Stato membro costituisce una manifestazione della sua volontà di rendere applicabile un particolare regime giuridico.

Per riprendere **un esempio** già citato, è quanto accade in seno al FMI allorché uno Stato membro decide di rendere la propria moneta convertibile: notificando la sua decisione al FMI, siffatto Stato membro verrà soggetto al regime della “convertibilità” con tutti gli obblighi che ne conseguono (diverrà dunque, nella terminologia del FMI un “Paese dell’art. VIII”).

**34. Atti legislativi interni assunti come atti unilaterali ad opera dell’ordinamento internazionale** — Infine, nel nostro tempo, non va sottaciuto che anche alcuni atti degli Stati che hanno *fonte nel diritto interno* e sono adottati *in materia internazionale* possono essere sussunti dall’ordinamento internazionale ai propri fini e qualificati non più come meri fatti, bensì come atti unilaterali degli Stati rilevanti per il diritto internazionale.

Un **esempio**, particolarmente rilevante nel contesto dell’arbitrato in materia investimenti, è quello della **normativa nazionale** che uno Stato si dà in materia di **investimenti diretti esteri**.

In genere, per regolare l’ingresso degli investitori esteri, uno Stato può adottare una apposita legislazione nazionale che disciplina la fase di ingresso, l’attività d’impresa nel territorio nazionale e persino la fase del disinvestimento. Qui, le leggi sugli investimenti stranieri possono porre restrizioni all’uscita dei capitali esteri dallo Stato ospite dell’investimento verso il Paese dove ha sede l’investitore, in modo tale da evitare che i profitti acquisiti sul territorio nazionale (specialmente se derivanti dallo sfruttamento delle risorse naturali locali) siano totalmente sottratti all’economia e dunque allo sviluppo del Paese ospite e trasferiti nel Paese di origine dell’investitore.

<sup>(22)</sup> In arg. v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 304 ss. ove riferimenti.

Nei decenni passati, in molti Paesi in via di sviluppo — ed oggi anche nei c.d. Paesi sviluppati — per attrarre gli investitori privati stranieri è stato emanato un'apposita (e allettante, per l'investitore) “**legge sugli investimenti stranieri**” o anche un “**codice sugli investimenti**”<sup>(23)</sup>. Il contenuto di tali normative nazionali rispecchia quello di molti BIT e prevede appositi vantaggi e standard di trattamento dell'investitore: trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*); benefici fiscali nello Stato ospite; protezione contro misure statali arbitrarie e di nazionalizzazione e così via. Orbene, quasi sempre, in tali atti — proprio per attirare l'investitore straniero — si prevedono anche apposite norme in materia di risoluzione delle controversie tramite **arbitrato internazionale tra lo Stato ospite ed il privato investitore straniero**. Ne segue che la legge sugli investimenti dello Stato ospite diviene un atto unilaterale internazionalmente rilevante e se lo Stato ospite è Parte contraente della Convenzione ICSID — la quale come si ricorderà prevede genericamente l'arbitrato tra Stati e privati stranieri — il suo consenso specifico all'arbitrato internazionale con un privato straniero risulta automaticamente provato dalla propria legislazione nazionale. Perciò, l'inizio del procedimento arbitrale da parte dell'investitore privato costituisce “accettazione” della “**proposta generale di arbitrato**” a suo tempo *formulata, in via unilaterale, dallo Stato ospite attraverso la propria legislazione sugli investimenti*.

Un **esempio** emblematico viene offerto nell’“**arbitrato delle Piramidi**” relativo alla controversia tra la società *Southern Pacific Properties* (SPP) e l'Egitto<sup>(24)</sup> ove, dopo una gara d'appalto e l'approvazione nel 1972 del progetto per la creazione di un complesso alberghiero nei pressi delle celebri piramidi di Gizah, il Governo egiziano decideva improvvisamente, sei anni dopo l'inizio dei lavori, di espropriare il sito adducendo la sopravvenuta conformità a nuovi obblighi assunti a livello internazionale. Nel lodo arbitrale sulla giurisdizione nel 1985, il consenso dello Stato egiziano all'arbitrato ICSID, e quindi la giurisdizione del Centro e la competenza del Tribunale arbitrale, furono fondate sull'art. 8, della L. n. 47/1974, la *legge egiziana sugli investimenti*.

Un altro esempio interessante viene offerto dalla causa *Tradex Hellas c. Albania* (caso ICSID ARB/94/2), decisa sulla giurisdizione nel 1996, in cui, ancora una volta, il consenso dell'Albania all'arbitrato ICSID fu individuato nell'art. 8, c. 2, della L. n. 7764/1993 sugli investimenti:

*“If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and the Republic of Albania and it cannot be settled amicably, then the foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to a competent court or administrative tribunal of the Republic of Albania in accordance with its laws. In addition, if the dispute arises out of or relates to expropriation, compensation for expropriation, or discrimination and also for the transfers in accordance with Article 7, then the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“Centre”) established by the*

<sup>(23)</sup> Oltre che su internet si possono reperire nella raccolta a fogli mobili a cura dell'ICSID, *Investment Laws of the World*, New York, Dobbs Ferry, 1973-. In argomento v. in particolare: J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », in *ICSID Rev.*, 1995, pp. 232-257; D. CARREAU, voce « Investissements », in *Enc. Dalloz*, nonché J. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment*, Oxford, OUP, 2013; F. MARRELLA, voce « Investimenti [dir.int] » ed « Arbitrato in materia di investimenti [dir. int.] », in *Treccani online*.

<sup>(24)</sup> Sull'intera vicenda v. G. DELAUME, “The Pyramids Stand — The Pharaohs Can Rest in Peace”, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1993, p. 231-263 e J. PAULSSON, “The Pyramids Case”, in *Collected Courses of the International Academy for Arbitration Law*, Year 2012, Vol. 1, at 1 (2014).

*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, done at Washington, March 18, 1965 ("ICSID Convention")*”.

**§ 2. — Gli atti giuridici unilaterali come manifestazione della prassi degli Stati**

**35. La prassi concomitante e successiva degli Stati.** — Gli atti unilaterali costituiscono anche una prova della prassi degli Stati. Essi, infatti, evidenziano il comportamento degli Stati sia ai fini dell'interpretazione dei trattati, sia ai fini della formazione della prova dell'esistenza di regole non scritte del diritto internazionale (consuetudini e principi generali di diritto), sia ancora in materia di preclusione (*estoppel*). L'*estoppel* è, originariamente, una figura processuale di *Common Law* (inglese) che consiste nella eccezione di irricevibilità di una pretesa la quale risulta contraria al comportamento tenuto anteriormente dalla parte che la invoca. In altre parole, si tratta di una regola di buon senso corrispondente ad un più generale principio di non contraddizione <sup>(25)</sup>.

Nella sentenza pronunciata il 12 ottobre 1984 nel *caso della delimitazione della frontiera marittima nella regione del Maine*, la Camera della CIG indicò che in ogni caso:

“le nozioni di acquiescenza e di *estoppel*, qualunque sia la condizione che loro riserva il diritto internazionale, discendono entrambe da principi fondamentali di buona fede ed equità. Esse derivano tuttavia da ragionamenti giuridici differenti, equivalendo l'acquiescenza a un riconoscimento tacito manifestato da un comportamento unilaterale che l'altra parte può interpretare come un consenso; mentre l'*estoppel* è legato all'idea di preclusione” <sup>(26)</sup>.

Gli atti giuridici unilaterali contribuiscono a risolvere i problemi di interpretazione dei trattati, nella misura in cui servono a determinare la *prassi successiva delle Parti contraenti*, a cui si riferisce, ad esempio, l'art. 31, par. 3, lett. b) della CVT del 1969 (v. *supra* Cap. IV).

**a) L'acquiescenza**

**36. Effetti dell'astensione.** — Se uno Stato si astiene dall'agire o dal protestare contro una pretesa o un'azione di un altro Stato, l'astensione cioè l'inerzia (*inaction*) nei confronti di una determinata situazione di fatto o di diritto, può tradursi in un'acquiescenza (*acquiescence*). In tali circostanze, lo Stato acquiescente non potrà più ritornare sui suoi passi ed una ulteriore ed eventuale protesta finirà con l'essere priva di ogni effetto giuridico: prevarrà dunque l'*estoppel* <sup>(27)</sup>.

**37. Il caso delle Peschiere del 1951.** — Così, nel già citato caso delle *Peschiere*, oggetto di un contenzioso tra il Regno Unito e la Norvegia nel 1951, la CIG osservava che “la lunga astensione del Regno Unito [era] un elemento che rendeva ulterior-

<sup>(25)</sup> V. A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, nonché C. VALLÉE, *Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens*, in *RGDIP*, 1973, p. 999 e SINCLAIR, « Estoppel and Acquiescence » in *Essays Robert Jennings*, Cambridge, 1995, p. 104 ss.

<sup>(26)</sup> CIG, *Rec.*, 1984, p. 246, punto 130. Nostra traduzione.

<sup>(27)</sup> In arg. v. le limpide pagine di SPERDUTI, “Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale”, in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 3 ss., nonché *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>a</sup> ed., a cura di J. CRAWFORD, cit., p. 422.

mente opponibile al Regno Unito la linea di base del mare territoriale definita dallo Stato norvegese... il Regno Unito si è astenuto dal formulare ogni riserva” (p. 139). In altre parole, in questo caso, la Corte rilevava che, il fatto che il Regno Unito non avesse protestato nei confronti della Norvegia quando quest’ultima, alla fine del XIX secolo, aveva determinato l’estensione delle proprie acque territoriali, corrispondeva ad una acquiescenza del criterio di delimitazione adottato; e il Regno Unito, potente Stato marittimo, non poteva ignorare le conseguenze derivanti dalla misura norvegese *de qua*. Il Regno Unito, infatti, aveva avuto ampie possibilità, a suo tempo, di far valere i propri diritti e di contestare il criterio di delimitazione norvegese attraverso un atto giuridico unilaterale appropriato: la *protesta*. Non avendo protestato, l’astensione del Regno Unito, su un lungo periodo di tempo (più di mezzo secolo), valeva acquiescenza e pertanto le impediva di contestare successivamente la validità della misura norvegese. In breve, fu proprio il Regno Unito ad essere vittima dell’effetto di *estoppel*!

**38. Il caso del tempio di Préah-Vihéar del 1962.** — Il caso del tempio di *Préah-Vihéar* oggetto di un contenzioso tra la Cambogia e la Thailandia nel 1962, presenta qualche affinità con il *caso delle Peschiere* del 1951. Qui, la CIG presentò alcune considerazioni circa l’efficacia dell’*astensione* della Thailandia rispetto alla delimitazione della propria frontiera con la Cambogia. Anche qui, la Thailandia si era astenuta, per lungo tempo, dal presentare formale protesta e pertanto la Corte ne deduceva che siffatta astensione della Thailandia valeva quale accettazione tacita della delimitazione delle frontiere e quindi le impediva — effetto di *estoppel* — di contestare in un momento successivo ciò che aveva già tacitamente riconosciuto. A tale proposito la Corte si esprime in questi termini: “le circostanze erano di natura tale da richiedere, in un termine ragionevole, una reazione da parte delle autorità del Siam nel caso in cui avessero voluto contestare la mappa o avessero avuto delle importanti questioni da sollevare sulla stessa”. Aggiungeva la Corte che “le parti non hanno reagito né all’epoca dei fatti né nei molti anni successivi; si deve pertanto concludere che vi è stata la loro acquiescenza” (p. 23). L’11 novembre 2013, la CIG ha però dovuto pronunciare una sentenza interpretativa...della propria sentenza del 1962 <sup>(28)</sup>.

#### **b) Riconoscimento di un fatto ed estoppel**

**39.** — Se alcuni atti unilaterali consistono nel riconoscimento formale di una situazione di fatto o di diritto, ne segue egualmente che lo Stato autore di quegli stessi atti potrà difficilmente contestare in un momento successivo la loro esistenza a causa dell’effetto di *estoppel*. Per illustrare l’*estoppel*, è possibile menzionare altri due casi decisi dalla CIG: quello dello *Statuto giuridico della Groenlandia orientale del 1933* e quello del 1960, relativo alla sentenza arbitrale del Re di Spagna.

**40. La “Dichiarazione Ihlen”.** — Il *caso dello Statuto della Groenlandia orientale*, meglio conosciuto come il caso della “Dichiarazione Ihlen”, deciso dalla CPGI nel

<sup>(28)</sup> CIG, 11 novembre 2013, Sentenza sulla domanda di interpretazione della sentenza del 15 giugno 1962 nel caso relativo al Tempio di Préah Vihéar, Cambogia c. Thailandia, (merito), in [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) e v. le osservazioni di F. MARRELLA in *Treccani — Il libro dell’anno del diritto 2015*.

1933 <sup>(29)</sup> costituisce un interessante precedente in materia. Qui, la Corte ritenne che la Norvegia fosse vincolata da una *dichiarazione orale* fatta dal Ministro degli Esteri norvegese Ihlen al Ministro della Danimarca a Cristiania secondo la quale *i progetti danesi sulla Groenlandia orientale non avrebbero incontrato opposizione da parte della Norvegia*. Per la Corte, la Dichiarazione Ihlen era stata fatta in risposta ad analoga richiesta danese e, della conversazione tra i due organi di Stato, era stato redatto un promemoria. Pertanto, detta dichiarazione costituiva, in siffatte circostanze, l'accettazione della richiesta danese.

Poiché la Corte era chiamata a stabilire se la Norvegia, mediante la conclusione di accordi o altri atti, avesse riconosciuto la sovranità danese sull'intero territorio della Groenlandia, concludeva con riferimento alla dichiarazione del Ministro degli Esteri norvegese che la dichiarazione in essa contenuta era "incondizionata e definitiva" e pertanto la Norvegia era "vincolata all'obbligo di astenersi dal contestare la sovranità danese sull'intero territorio della Groenlandia e, *a fortiori*, dall'occupare una parte di esso" (p. 73).

**41. Il caso del mancato riconoscimento di un lodo arbitrato da parte del Nicaragua.** — Nella sentenza pronunciata dalla CIG, relativa al caso del lodo arbitrato pronunciato dal Re di Spagna il 23 dicembre 1906 in merito ad una controversia tra Honduras e Nicaragua, la CIG dovette esaminare gli effetti giuridici del riconoscimento di tale lodo da parte del Nicaragua, in quanto, tramite di esso, l'arbitro aveva definitivamente delimitato la frontiera tra il Nicaragua e l'Honduras.

Senonché, numerosi anni dopo la pronuncia arbitrato, il Nicaragua si rifiutava di riconoscerne il carattere vincolante. Qui, la Corte concluse che il Nicaragua non poteva più presentare alcuna obiezione circa l'efficacia e l'esecutorietà del lodo in quanto, testualmente, "*Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award*" <sup>(30)</sup>.

**42. Buona fede, certezza del diritto e reciprocità.** — Negli esempi precedenti, le soluzioni delle corti internazionali dell'Aja si spiegano oltre che in base ad una regola di logica giuridica, quella di non contraddizione, anche in base a principi fondamentali quali quelli della *buona fede*, della *certezza del diritto* e della *reciprocità*. Quest'ultimo elemento assume un'importanza particolare quando uno Stato si basa sul comportamento di un altro Stato per regolare la propria condotta; si tratta di una situazione assai frequente in cui alcuni atti giuridici statali unilaterali si legano l'uno con l'altro: ogni modifica di un atto comporta allora uno squilibrio tra le obbligazioni reciproche degli altri Stati <sup>(31)</sup>. Un interessante esempio si ritrova nel predetto **caso dello Statuto giuridico della Groenlandia orientale**: qui, l'impegno assunto dalla Norvegia sulla Groenlandia a favore della Danimarca non era "gratuito", bensì corrispondeva ad un simmetrico impegno danese a favore della Norvegia. La CPGI quindi rilevò l'"interdipendenza" tra i reciproci atti dei due Paesi rafforzando così la sua analisi circa il

<sup>(29)</sup> CPGI, 5 aprile 1933, *Statuto giuridico della Groenlandia Orientale*, Danimarca c. Norvegia, Ser. A/B, n. 53, pp. 68-69.

<sup>(30)</sup> CIG, 1° novembre 1960, *Honduras c. Nicaragua*, in *Rec.* 1960, p. 213.

<sup>(31)</sup> Per un esempio concreto, vedi l'analisi dei codici di investimento — atti giuridici unilaterali statali tipici — di P. JULLIARD, "L'évolution des sources du droit des investissements", in *RCADI*, 1994-VI, t. 250, p. 13, in part. pp. 58-74.

carattere obbligatorio della “Dichiarazione Ihlen”, la quale, come si è detto, non poteva più essere modificata unilateralmente dalla Norvegia in un momento successivo <sup>(32)</sup>.

Del pari, la CIG nella sentenza del 3 febbraio 2006 relativa al **caso delle attività armate sul territorio del Congo** <sup>(33)</sup>, ha richiamato il principio secondo il quale ai fini di determinare l’efficacia giuridica di una dichiarazione unilaterale, “la Corte deve... esaminare il contenuto reale di quest’ultima insieme alle circostanze sulla base delle quali è stata effettuata”. La stessa Corte ha osservato in particolare che “una dichiarazione... può creare obblighi giuridici solo nella misura in cui essa sia stata formulata in termini chiari e specifici”, il ché, però, non si verificava nel caso di specie. La Corte concludeva dunque che la dichiarazione del Ministro della giustizia del Rwanda non era stata formulata in modo sufficientemente specifico in relazione alla particolare questione del ritiro delle riserve.

**43. Risultato: l’obbligo di non-contraddizione (*estoppel*).** — Come si è visto, l’*astensione* può equivalere ad una tacita *acquiescenza* o ad un formale *riconoscimento* produttivo di effetti giuridici nei confronti di altri Stati con il risultato di vincolare lo Stato autore di atti unilaterali con tutte le conseguenze del caso, a cominciare dall’impossibilità di contraddire i propri atti. In altre parole, in date circostanze la condotta di uno Stato può creare a favore degli Stati terzi dei “diritti soggettivi” che non potranno più essere unilateralmente modificati. *Nemo contra factum proprium venire potest !*

### § 3. — *Gli atti unilaterali come fonte immediata di obblighi internazionali*

**44. Assenza di formalismo nel diritto internazionale.** — Per gli atti unilaterali discrezionali occorre chiedersi se ed in che misura possano produrre effetti giuridici internazionali. Il diritto internazionale, vale la pena ricordarlo, non è formalista o lo è pochissimo. Se, ad esempio, un organo abilitato a rappresentare uno Stato, nell’esercizio delle proprie funzioni, attraverso un atto unilaterale qualsiasi comunica la posizione ufficiale del proprio Paese su una questione di diritto o su una particolare situazione di fatto, e se un altro Stato basa il proprio comportamento su quello stesso atto, ne potrà derivare un obbligo internazionale a carico del primo Stato in favore del secondo.

Qual era, infatti, nel precitato caso della “Dichiarazione Ihlen” il valore giuridico della dichiarazione del Ministro Ihlen? La risposta della Corte, condivisa da una larga maggioranza (12 voti a favore contro 2), fu chiara e semplice. Innanzitutto, la Corte osservava, dopo un attento esame delle prove documentali, delle circostanze del caso di specie e degli sviluppi successivi, che siffatta dichiarazione non costituiva un riconoscimento “definitivo” della sovranità danese sulla Groenlandia <sup>(34)</sup>. Tuttavia la Corte rilevava che “una dichiarazione di tale genere fatta da un Ministro degli esteri per conto del proprio Governo in replica ad una richiesta da parte di un rappresentante diplomatico di uno Stato straniero, riguardante una questione che rientra nella sua

<sup>(32)</sup> In *Rec.*, pp. 70-71.

<sup>(33)</sup> *Attività armate sul territorio del Congo, Rep. Democratica del Congo c. Rwanda*, sentenza del 3 febbraio 2006, in *Rec.*, 2006, par. 49-50 e 53.

<sup>(34)</sup> In *Rec.*, p. 69.



competenza, è vincolante per lo Stato di cui il Ministro fa parte”<sup>(35)</sup>. La Corte quindi ne trasse la conclusione secondo la quale la promessa contenuta nella suddetta “Dichiarazione Ihlen” era incondizionata e definitiva.

**45. Una facoltà dello Stato.** — A partire dal momento in cui uno Stato ha deciso di obbligarsi da solo ed unilateralmente nei confronti di uno o più Stati terzi, non può più rinnegare l’atto unilaterale che ha posto in essere. A tal proposito possiamo citare altri due esempi: la dichiarazione egiziana del 1957 sullo Statuto del Canale di Suez (a); le dichiarazioni francesi del 1974 rese nel *caso dei test nucleari* (b).

**a) La dichiarazione egiziana del 24 aprile 1957 sul Canale di Suez**

**46.** — A seguito della crisi di Suez del 1956-1957, l’Egitto pubblicò una dichiarazione unilaterale destinata, a suo avviso, a “costituire uno strumento internazionale”, fonte di diritti e di obblighi internazionali<sup>(36)</sup>. L’Egitto richiedeva e otteneva — fatto assai curioso — la registrazione di tale dichiarazione unilaterale presso il Segretariato dell’ONU<sup>(37)</sup>. Ciò stupisce nella misura in cui, di norma, solo i trattati internazionali possono essere depositati e registrati presso il Segretariato generale dell’ONU. La Dichiarazione egiziana del 1957 riconosceva la validità della Convenzione di Costantinopoli del 1888 sullo statuto del canale di Suez e sui diritti di navigazione e di passaggio nel medesimo. Lo stesso atto conteneva una serie di obblighi a carico degli utenti e degli Stati terzi dettati da esigenze di navigazione e sicurezza. Si prevedeva infine un procedimento di soluzione delle controversie; a tale titolo, l’Egitto si impegnava a riconoscere la giurisdizione obbligatoria della CIG in base all’art. 36, par. 2, dello Statuto della Corte e, perciò, il 18 luglio 1957 depositava tale dichiarazione per tutto quanto concerneva l’utilizzazione del canale di Suez. Infine, la dichiarazione del 24 aprile 1957 prevedeva un procedimento arbitrale relativamente alle eventuali controversie tra utenti del canale di Suez.

Si è a lungo discusso circa la vera natura della dichiarazione unilaterale egiziana. Si trattava solo di una legge nazionale “in materia internazionale” che, come qualunque altra misura legislativa, poteva essere liberamente modificata o abrogata dal suo autore? La Francia e numerosi Stati occidentali dell’epoca propendevano per questa tesi. O, al contrario, si trattava di una dichiarazione che essendo stata accettata dagli Stati terzi vincolava l’Egitto e quindi non poteva più essere unilateralmente modificata dal suo autore? L’Egitto sosteneva quest’ultima tesi. In tale prospettiva, si sarebbe avuto un accordo internazionale “atipico” concluso in forma semplificata. Quel dibattito oggi appare superato grazie alla sentenza della CIG del 1974 nel caso dei *test nucleari* di cui ora diremo.

**b) Le dichiarazioni francesi del 1974 sulle esplosioni nucleari nell’atmosfera e la loro interpretazione ad opera della CIG nel caso Australia — Nuova Zelanda c. Francia**

**47. I fatti.** — In questa controversia, l’Australia e la Nuova Zelanda si opponevano agli esperimenti nucleari francesi nel Pacifico e sostenevano che detti esperimenti risultassero contrari al diritto internazionale provocando dei danni di cui la

<sup>(35)</sup> In *Rec.*, p. 71.

<sup>(36)</sup> Vedi J. DEHAUSSY, in *AFDI*, 1960, p. 169.

<sup>(37)</sup> *RTNU*, vol. 265, p. 299 ss.

Francia era responsabile<sup>(38)</sup>. Nel corso di questo procedimento, la Francia si asteneva dal comparire dinanzi alla CIG invocando la carenza di giurisdizione *prima facie* della Corte in ragione della riserva di “difesa nazionale” presente nella dichiarazione del 1966. Al termine di una serie di esplosioni nucleari avvenute nella primavera del 1974, il Presidente della Repubblica francese, nel luglio 1974, e poi il Ministro degli affari esteri nel settembre 1974, dichiararono in una conferenza stampa che la Francia non avrebbe più effettuato esperimenti nucleari nell’atmosfera limitandosi a test sotterranei.

Che valore giuridico avevano quelle dichiarazioni rese dalle più alte autorità politiche francesi al termine di una conferenza stampa? Secondo la CIG quelle dichiarazioni erano giuridicamente vincolanti e pertanto la controversia tra Francia, Australia e Nuova Zelanda non aveva più ragion d’essere. La Corte decideva, con 9 voti contro 6, che la domanda era ormai priva di oggetto e pertanto “il n’y avait dès lors pas lieu de statuer”. In altre parole, la CIG considerava la Francia già obbligata nei confronti dei Paesi attori che avevano quindi già ottenuto ciò che domandavano in giustizia: la cessazione degli esperimenti nucleari francesi nell’atmosfera. La Corte osservava che:

“[è] riconosciuto che le dichiarazioni che rivestono la forma di atti unilaterali concernenti situazioni di diritto o di fatto possono avere per effetto la creazione di obblighi giuridici... Quando lo Stato autore della dichiarazione intenda vincolarsi negli stessi termini, siffatta intenzione conferisce alla sua presa di posizione il carattere di un impegno giuridico, e quindi lo Stato interessato è tenuto giuridicamente a seguire una linea di condotta conforme alla sua dichiarazione... Un impegno di questa natura preso pubblicamente con l’intenzione di obbligarsi, al di fuori di un quadro di negoziazioni internazionali, ha effetto obbligatorio. In tali circostanze, non è necessaria nessuna controprestazione perché quella dichiarazione acquisti efficacia giuridica, né un’accettazione ulteriore, né una replica od altra azione di altri Stati, in quanto questi ultimi atti risulterebbero incompatibili con la natura strettamente unilaterale dell’atto giuridico attraverso il quale lo Stato autore si è espresso”<sup>(39)</sup>.

La Corte aggiungeva che: “al pari della regola di diritto dei trattati *pacta sunt servanda*, il carattere obbligatorio di un impegno internazionale assunto tramite dichiarazione unilaterale riposa sulla **buona fede**. A certe condizioni, gli Stati interessati possono dunque tener conto delle dichiarazioni unilaterali e fare affidamento sulle stesse. Possono quindi esigere che l’obbligo sorto in questo modo sia rispettato”<sup>(40)</sup>.

In somma, secondo la CIG, “[p]oiché le dichiarazioni sono state rese pubblicamente ed *erga omnes*, il governo francese ha notificato a tutti gli Stati del mondo, compreso lo Stato attore, la sua intenzione a cessare effettivamente i suoi esperimenti nucleari”<sup>(41)</sup>. Dunque, si tratta, secondo la Corte, di un “impegno nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme”.

**48. La CDI e i Principi direttivi applicabili alle dichiarazioni unilaterali degli Stati del 2006.** Attraverso la casistica sopra richiamata ed i “Principi direttivi applicabili a dichiarazioni unilaterali degli Stati capaci di produrre obblighi giuridici” 2006

<sup>(38)</sup> B. BOLLECKER-STERN, “L’affaire des essais nucléaires français devant la C.I.J.”, in *AFDI*, 1974, p. 299; v. anche l’articolo critico di RUBIN precitato.

<sup>(39)</sup> *Rec.*, 1974, p. 267. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

<sup>(40)</sup> *Ivi*, p. 268. Grassetto aggiunto.

<sup>(41)</sup> *Ivi*, p. 269.

della CDI, diviene possibile offrire una sintesi dello stato del diritto internazionale in tale materia nel modo che segue:

1. Una dichiarazione unilaterale di uno Stato *può* costituire una fonte di obblighi internazionali per lo Stato autore *nella misura in cui contenga una manifestazione del **consenso ad obbligarsi***. Pertanto, non tutti gli atti unilaterali di uno Stato producono effetti giuridici vincolanti.

2. Per determinare gli effetti giuridici di tali atti, è necessario tenere conto, in linea generale, del loro **contenuto, delle circostanze della loro emanazione** e delle **reazioni** che ciascun atto ha provocato **presso lo Stato destinatario o presso gli altri Stati** (art. 3).

3. Una dichiarazione o altro atto giuridico unilaterale è vincolante per lo Stato che ne è autore solo se è formulata in **termini chiari e specifici**. In caso di dubbio, prevale *l'interpretazione restrittiva*, ossia quella che limita al minimo gli obblighi dello Stato dichiarante (art. 7).

4. Una dichiarazione od altro atto unilaterale vincola lo Stato a livello internazionale solo se è stata formulata da **un'autorità competente**. In virtù delle loro funzioni, i Capi di Stato, i Capi di Governo e i Ministri degli Affari esteri sono competenti a formulare tali dichiarazioni (art. 4, Principi e cfr. art. 7 CVT).

5. Si applicano per analogia agli atti unilaterali degli Stati le regole generali sulla manifestazione di volontà di uno Stato di cui si è già detto con riferimento alla validità dei trattati e relativamente alla materia dei vizi della volontà quali errore, violenza e dolo.

6. Il fondamento del carattere obbligatorio di un atto unilaterale di questo tipo risiede nel **principio di buona fede internazionale** (art. 1, Principi). Quando una dichiarazione unilaterale produce, in capo agli Stati terzi, un'*aspettativa legittima* che li incita ad adottare una data condotta in conseguenza di quell'atto e a confidare in esso, la buona fede dello Stato autore e l'*aspettativa legittima* degli Stati terzi si trovano così intimamente collegate. La loro compresenza ed il loro collegamento sono necessari per lo sviluppo di rapporti giuridici stabili e prevedibili tra soggetti del diritto internazionale. Le medesime considerazioni spiegano perché gli impegni internazionali contenuti negli atti giuridici unilaterali non possano più essere modificati da parte degli Stati che ne sono autori.

7. Gli obblighi che ne derivano non sono suscettibili di "*alcun potere arbitrario di revisione*" <sup>(42)</sup>. Ciò non significa di certo che le dichiarazioni unilaterali obbligatorie siano scolpite nel marmo. Non sono di certo più immutabili degli obblighi derivanti da un trattato internazionale. Così, ad esempio, il Trattato di Mosca del 1963 sul divieto di esperimenti nucleari nell'atmosfera autorizza le Parti contraenti a recedere dal trattato "se degli eventi straordinari in relazione con l'oggetto del presente trattato si pongano in contrasto con gli interessi sovrani di uno Stato" (art. 4). E l'effetto delle dichiarazioni unilaterali francesi di cessazione degli esperimenti nucleari non è maggiore delle disposizioni del Trattato di Mosca del 1963. In breve, anche la Francia, al pari di ciascuna delle Parti contraenti del Trattato di Mosca, può rivedere gli impegni che si è assunta unilateralmente in tale materia, alle stesse condizioni delle Parti contraenti del Trattato di Mosca, ossia solo *in circostanze eccezionali* (v. ora art. 10, Principi). *Mutatis mutandis*, è possibile trasporre in questa materia le regole applicabili in materia di revisione dei trattati.

<sup>(42)</sup> Ivi, p. 270. Art. 10, Principi.

8. Una dichiarazione od atto unilaterale **non possono comportare alcun obbligo a carico di Stati terzi** a meno che questi ultimi non li abbiano espressamente accettati (art. 9, Principi).

9. Una dichiarazione o altro atto unilaterale in conflitto con una regola di *jus cogens* è priva di effetti.

10. L'atto unilaterale deve essere un atto "pubblico". Qui, basti notare che, per le stesse ragioni di "pubblicità" dei trattati internazionali, gli atti unilaterali non dovrebbero essere mai "segreti". Detti atti unilaterali possono rivestire la forma di una legge dello Stato la quale, pertanto, sarà pubblicata nella Gazzetta Ufficiale di quello stesso Stato. Persino le "dichiarazioni" formano oggetto di comunicati stampa come nel caso *degli esperimenti nucleari francesi* di cui abbiamo parlato. Pertanto, pur senza una notifica agli Stati interessati, affinché una dichiarazione unilaterale possa essere vincolante per uno Stato dovrà essere fatta pubblicamente.

## Capitolo VIII

### GLI ATTI UNILATERALI DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

**Bibliografia sommaria:** A. RAPISARDI MIRABELLI, *Il diritto internazionale amministrativo*, in Tratt. di diritto internazionale dir. da P. FEDOZZI e S. ROMANO, Padova, Cedam, 1939; G. BISCOTTINI, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951; M. VIRALLY, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, in *AFDI* 1956, p. 66 e “L’élaboration du droit international économique”, in *Aspects du droit international économique*, Paris, Pedone, 1972, p. 171; e in “Résolution et accord international”, *Mélanges M. Lachs*, 1984, p. 299; M. MERLE, “Le pouvoir réglementaire des institutions internationales”, in *AFDI* 1958, p. 341; J. CASTANEDA, “Valeur juridique des résolutions des Nations unies”, in *RCADI*, 1970-I, t. 129, p. 205; G. ARANGIO-RUIZ, “The Normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”, in *RCADI*, 1972-III, t. 137, p. 419; R. J. DUPUY, “Droit déclaratoire et droit programmatore” de la coutume sauvage à la “soft law”, in *L’élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, 132; R. MONACO, “Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales”, in *RCADI*, 1977, v. 156, pp. 79-226; H. THIERRY, “Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la C.I.J.”, in *RCADI*, 1980, vol. 167, p. 385; G. BISCOTTINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1981; D. RINOLDI, “Atti delle organizzazioni internazionali”, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.. Si vedano altresì: il rapporto di SKUBISZEWSKI all’IDI, session du Caire 1987, *Annuaire*, 1985, v. 61, t. 1, p. 29, e McWHINNEY, *Les N.U. et la formation du droit international*, Paris, Pedone/UNESCO, 1986; J. ALVAREZ, *International Organizations as Law Makers*, Oxford, OUP, 2005; U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2010; ID., M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Diritto delle Organizzazioni internazionali. Parte speciale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2011; M. DI FILIPPO, *Immunità dalla giurisdizione versus diritto di accesso alla giustizia: il caso delle organizzazioni internazionali*, Torino, Giappichelli, 2012; S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods: analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, Giappichelli, 2012; E. LAGRANGE, J. M. SOREL (Dir.), *Le droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 667 ss.; C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, 3 ed., Torino, Giappichelli, 2013; J. KLABBERS, *Advanced Introduction to the Law of International Organizations*, EE, 2015; SIDI, *Il futuro delle organizzazioni internazionali: prospettive giuridiche*, a cura di M. VELLANO, Napoli, ES, 2015; SIDI, *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, a cura di L. PINESCHI, Napoli, ES, 2017; P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, Cedam-WKI, 2018, p. 249 ss.; SFDI, *Santé et droit international*, Paris, Pedone, 2019; D. RUSSO, “The human rights responsibilities of international organizations”, in O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O’BRIEN (eds), *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, London, Ed. Elgar, 2019, p. 62 ss.; AA.VV., *Le organizzazioni internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo*, OIDU, num. spec. 2020; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 227 ss.; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., cit., p. 159 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale...*, 4 ed., cit., p. 77 ss., p. 237 ss.; D. CARREAU, *V° Actes Unilatéraux des organisations internationales*, in *Enc. Dalloz/Droit international*, 2023.

#### INTRODUZIONE

**1. Fondamento di tali atti.** — Dagli atti unilaterali degli Stati di cui abbiamo in precedenza trattato vanno distinti gli atti unilaterali delle organizzazioni internazionali intergovernative. A seguito della creazione delle OIG ad opera degli Stati, si è

progressivamente ammesso, nella loro carta costitutiva, che gli organi di tali enti siano abilitati ad emanare degli atti che, a certe condizioni, creano obblighi per gli Stati membri e, in casi eccezionali, anche per altri soggetti.

Talvolta, (solo) in dottrina vengono denominate *fonti di terzo grado* perché la fonte del potere di emanare tali atti ad opera di un'organizzazione internazionale risiede interamente nelle norme del trattato istitutivo della medesima organizzazione (*fonte di secondo grado*), che gli Stati membri hanno sovranamente accettato di rispettare <sup>(1)</sup>. Nel diritto dell'Unione europea si usa diffusamente il termine “*diritto originario*” per indicare i trattati istitutivi della UE, mentre per “*diritto derivato*” si intende, appunto, il diritto prodotto dagli organi UE (equivalente a ciò che abbiamo denominato fonti di terzo grado). Di ciò parleremo in questo capitolo; degli accordi tra OIG e soggetti privati abbiamo già detto a suo luogo <sup>(2)</sup>.

**2. Grande varietà di atti delle OIG.** — È possibile distinguere gli *atti a carattere giudiziario* (ossia le sentenze o i pareri consultivi della CIG o degli altri tribunali internazionali); gli *atti di amministrazione interna* (come, per esempio, l'adozione di regole di procedura, di regole di bilancio, oppure la nomina di un funzionario); gli atti che riguardano il *funzionamento dell'organizzazione* stessa (come, per esempio, l'ammissione o l'espulsione di uno Stato, l'adozione di sanzioni contro un dato Paese, o, al contrario, la concessione di un aiuto in favore di quest'ultimo: prestito, dono, o assistenza tecnica). Infine, esistono degli atti concernenti *l'attività esterna delle OIG*: le OIG possono, ad esempio, adottare dei “regolamenti” o delle “decisioni” riguardanti le materie di loro competenza come accade nel caso dei Regolamenti internazionali sanitari dall'OMS/WHO o aerei dell'OACI/ICAO; così pure, quando tali OIG entrano in relazione con dei soggetti privati i quali devono realizzare degli “appalti pubblici” internazionali possono, come la Banca mondiale, adottare apposite norme per l'aggiudicazione degli appalti sotto la forma, per esempio, di capitoli speciali d'appalto. Ed è un tratto caratteristico del nostro tempo che vengano inserite apposite “clausole diritti umani”, in linea con gli *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* del 2011 e con la migliore prassi contemporanea <sup>(3)</sup>.

**3. (segue) I Regolamenti sanitari dell'OMS/WHO e la lotta al Covid 19.** — Il potere effettivo di regolazione delle OIG ed in particolare dell'OMS/WHO ha formato oggetto di un aspro dibattito negli ultimi mesi a causa della pandemia da Covid-19 ed alle (mancate) misure per contenerne ed eliminarne la diffusione su scala planetaria. Si è accusata l'OMS di non avere fatto ispezioni sanitarie adeguate in Cina e non avere coordinato gli Stati membri. Purtroppo l'OMS/WHO non è un ente pubblico di diritto interno bensì una OIG con poteri (e finanziamenti) assai limitati per volere degli Stati membri; basta esaminare la sua “costituzione” e le sue compe-

<sup>(1)</sup> Occorre, tuttavia, precisare che tale terminologia è tipica della dottrina italiana ma non è pacificamente accolta dalla dottrina di altri Paesi. Cfr. C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 454: “Si parla di fonti di ‘terzo grado’ quando ci si riferisce alle fonti di diritto internazionale previste da (e subordinate a) un trattato, sul presupposto che i trattati siano fonti di secondo grado in quanto a loro volta subordinati alla consuetudine, configurata come fonte di primo grado”.

<sup>(2)</sup> Vedi *supra*, Cap. V.

<sup>(3)</sup> In arg. si rinvia a F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales”, in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435 e D. RUSSO, “The human rights responsibilities of international organizations”, in O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN (eds), *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, London, Ed. Elgar, 2019, p. 62 ss.

tenze. Le principali funzioni dell'OMS, che è un'OIG di cooperazione internazionale e non di integrazione, riguardano infatti la ricerca sanitaria, l'indirizzo e il coordinamento delle politiche sanitarie nazionali degli Stati membri per il raggiungimento di un sempre più alto livello sanitario globale. Senonché, ai sensi degli art. 21 e 22 della Costituzione dell'OMS, l'Assemblea mondiale degli Stati membri può adottare dei "Regolamenti" vincolanti per i 196 Stati membri e destinati ad impedire "la propagazione di un'epidemia da un Paese all'altro". Tra questi e con riferimento alla lotta contro il Covid-19, il dibattito odierno riguarda il **Regolamento Sanitario Internazionale** del 2005 che, adottato ai tempi della SARS, ha come scopo di prevenire la diffusione internazionale di gravi malattie attraverso un sistema di coordinamento internazionale accentrato nell'OMS e innescato dalla comunicazione obbligatoria di eventi epidemici che possano costituire un pericolo per la salute pubblica mondiale <sup>(4)</sup>. L'art. 6 di detto Regolamento stabilisce che « ogni Stato parte debba notificare all'OMS...entro 24 ore dalla valutazione delle informazioni riguardanti la salute pubblica, tutti gli eventi che possano costituire all'interno del proprio territorio un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale », quest'ultima definita dall'art. 1 come un evento straordinario che può « costituire un rischio per altri Stati a causa della diffusione internazionale della malattia e richiedere una risposta internazionale coordinata ». L'art. 7 prevede altresì un obbligo di condivisione di « prove che confermino un evento riguardante la salute pubblica insolito o inaspettato all'interno del proprio territorio, indipendentemente dalle origini o dalla fonte, che possa costituire un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale ».

Nel dibattito contemporaneo ci si chiede se la Cina abbia violato i predetti obblighi di comunicazione tempestiva, avendo notificato all'OMS il Covid-19 soltanto il 31 dicembre 2019. D'altro canto, ci si chiede anche se l'OMS non avrebbe comunque potuto essere più sollecita nel richiedere informazioni alla Cina e nel dichiarare lo stato di pandemia più prontamente circolando maggiori informazioni sulla gravità del virus (ad es. circa il caso dei "portatori sani") con maggiore anticipo <sup>(5)</sup>.

**4. Caratteri comuni degli atti unilaterali di OIG.** — Al di là della loro diversità lessicale, gli atti unilaterali delle OIG presentano un certo numero di caratteristiche comuni.

Innanzitutto, gli atti unilaterali sono oggetto di una certa *pubblicità*. Tali atti sono pubblicati in apposite raccolte, nei siti internet, o nelle riviste specializzate delle organizzazioni internazionali interessate. Infatti, per quanto riguarda l'Unione Europea, esiste una pubblicazione sistematica di tutti gli atti dell'Unione nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*.

Inoltre, va sottolineato che, tramite tali atti, le OIG perseguono i loro obiettivi. Tali atti unilaterali devono però rispettare i vincoli della carta costitutiva di ciascun ente collettivo e proprio in tal senso si parla di "*diritto derivato*" —. In breve, devono essere adottati dagli organi competenti che deliberano con la maggioranza richiesta, in funzione di uno scopo legittimo, così da produrre gli effetti giuridici previsti dall'atto istitutivo dell'OIG.

<sup>(4)</sup> In arg. v. A. SPAGNOLO, « Contromisure dell'Organizzazione mondiale della sanità come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici », in SIDI, *La tutela della salute...* cit., p. 391 ss. nonché, ID., « (Non) Compliance with the International Health Regulations of the WHO from the Perspective of the Law of International Responsibility », in *Global Jurist*, 2017, p. 1 ss.

<sup>(5)</sup> Su tale dibattito, tuttora in corso, cfr. *SIDI Blog* ove contributi di MARRELLA, BONFANTI, BAJ, PUGLIESE.

**5. La diversa posizione degli Stati riguardo la forza vincolante degli atti unilaterali delle OIG.** — La strategia degli Stati per ciò che riguarda il valore giuridico degli atti delle OIG si rivela spesso incoerente <sup>(6)</sup>. Gli Stati che si trovano in minoranza tendono ad avere una posizione molto restrittiva circa l'efficacia vincolante di tali atti; in generale, questa è la posizione dei Paesi occidentali all'interno delle organizzazioni internazionali a vocazione universale che non controllano più. Invece, gli Stati in posizione maggioritaria adottano una posizione inversa, poiché grazie al loro numero sono in grado di incidere sul contenuto di tali norme, così come la loro interpretazione. Questa è, in generale, la strategia dei Paesi in via di sviluppo che dominano certe OIG a vocazione universale — a cominciare dall'ONU — in virtù del loro numero e grazie al principio “uno Stato un voto”.

**6. Piano espositivo.** — Alla luce delle suddette premesse, l'elemento più importante del regime giuridico degli atti unilaterali delle organizzazioni internazionali consiste nella valutazione degli *effetti giuridici* che possono produrre. A volte, tali atti possono costituire — ma si tratta di poche eccezioni — una fonte diretta di diritto internazionale (Sezione I). Ma nella maggior parte dei casi, gli atti unilaterali delle OIG costituiscono solo una *fonte indiretta* del diritto internazionale (Sezione II).

### Sezione I

#### GLI ATTI UNILATERALI DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI, FONTE DIRETTA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

**7. Il silenzio dello Statuto della CIG.** — *In linea di premessa, bisogna ricordare che l'art. 38 dello Statuto della CIG non contempla espressamente tra le fonti formali del diritto internazionale gli atti unilaterali delle organizzazioni internazionali (OIG).* Abbiamo già segnalato, in precedenza, che lo stesso accade per gli atti unilaterali degli Stati. Quest'ulteriore lacuna si spiega, tra l'altro, con riferimento all'epoca storica di elaborazione dello Statuto della CPGI: era il 1920 e tale soluzione venne testualmente riprodotta all'art. 38 dello Statuto della CIG. A quell'epoca, iniziavano a svilupparsi le prime OIG ed era difficile, per la dottrina dominante, concepire che i loro atti potessero assurgere a livello di fonte del diritto internazionale. Ciononostante, oggi, dottrina e giurisprudenza si accordano nel ritenere che gli atti unilaterali delle OIG, al pari degli atti unilaterali degli Stati, devono essere inclusi tra le fonti del diritto internazionale contemporaneo.

**8. Piano espositivo.** — Alla luce di tali considerazioni, va osservato che le OIG possiedono, in alcuni casi, un potere “normativo” (*law making power*). Questo può essere esercitato in due diverse direzioni: può mirare a regolare delle situazioni giuridiche dell'ordinamento interno dell'OIG considerata (§ 1); ma può anche — ed è questo il fenomeno più interessante e rivoluzionario — rivolgersi all'“esterno” dell'OIG e creare obblighi giuridici per gli Stati membri dell'organizzazione, o perfino per gli Stati che non ne sono membri (§ 2).

<sup>(6)</sup> Cfr. G. DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, cit., pp. 48-58.



**§ 1. — *Il potere normativo interno o il diritto interno delle organizzazioni internazionali***

Che le OIG abbiano un *potere normativo interno* non sorprende affatto <sup>(7)</sup>. Infatti, tutte le persone giuridiche, nel loro ambito di autonomia, hanno il potere di auto-organizzarsi adottando apposite regole che presiedano al funzionamento dei propri organi e alla loro amministrazione.

**1. — Raggio d'azione**

**9. Regolamenti interni ai diversi organi.** — Il diritto interno delle OIG assomiglia molto, mantenendo le dovute proporzioni, al diritto interno delle assemblee parlamentari degli Stati. Queste possiedono un regolamento interno che disciplina le loro modalità di funzionamento, il loro bilancio, il personale loro assegnato. Lo stesso vale per le OIG. Qui, ogni organo adotta un proprio *regolamento interno* che stabilisce le norme di procedura che non sono contenute nella carta costitutiva o che sono ancora imprecise. Si tratta di regole di *quorum*, di voto, di organizzazione (e gestione) dei dibattiti; della possibilità di concedere lo statuto di osservatore a un certo Stato o a un certo gruppo o ONG, le modalità relative alla verifica dei pieni poteri dei rappresentanti degli Stati. Si noti, in particolare, la grande importanza di tale questione quando si tratta di considerare la rappresentatività di alcuni Governi, soprattutto quando questa è contestata o contestabile; così, per molto tempo, l'Assemblea Generale dell'ONU ha considerato i diplomatici di Formosa (Taiwan) come “legali” rappresentanti della Cina; più tardi la stessa assemblea, seguendo la medesima procedura, ha deliberato che il movimento dei “Khmers rossi” continuava a rappresentare legittimamente la Cambogia, al contrario del Governo imposto dal Vietnam in seguito all'invasione militare del primo Paese. Per tutte le questioni specifiche regolate dai “regolamenti interni” delle OIG, gli organi competenti adottano “decisioni” nel senso stretto del termine <sup>(8)</sup>.

**10. Settore finanziario.** — Del pari, nel *settore finanziario*, gli organismi internazionali possiedono un proprio bilancio stabilito in funzione di regole che vengono spesso armonizzate se non copiate da quelle degli Stati nazionali. In tal caso, le OIG assumono delle “decisioni” in materia finanziaria interna, che si rivelano di grande importanza giacché incidono sul *quantum* dell'ammontare del contributo dovuto dagli Stati membri.

**11. La funzione pubblica internazionale.** — Ed ancora, le OIG fissano unilateralmente lo “statuto” giuridico dei loro agenti, i cui tratti generali (anche il loro stipendio!) sono oggi armonizzati. Questi “statuti”, che costituiscono il “diritto della funzione pubblica internazionale”, contengono i diritti e gli obblighi degli agenti al servizio di queste istituzioni e, come tali, producono direttamente degli effetti giuridici obbligatori per i loro destinatari.

**12. Rapporti interistituzionali.** — Inoltre, ogni giorno, si sviluppano numerose relazioni interistituzionali tra gli organi di una stessa OIG, rapporti che sono regolati

<sup>(7)</sup> L. FOCANEAU, “Le droit interne de l'ONU”, in *AFDI*, 1975, p. 315 e ss.

<sup>(8)</sup> In argomento cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni unite*, 12<sup>a</sup> ed., cit., p. 29 ss.

dal diritto interno dell'organizzazione medesima (proposte da un organo all'altro, note di servizio, ecc.). Nell'esperienza della UE, questo dato è di palmare evidenza.

**13. Organi principali e organi sussidiari.** — Infine, va notata la distinzione tra organi principali ed organi sussidiari delle OIG. Nel primo caso, si tratta di organi previsti ed individuati nella Carta istitutiva (v. ad es. per l'ONU l'art. 7). Accanto ad essi, talvolta le OIG hanno il potere di creare degli *organi sussidiari*. Questi ultimi, al pari delle succursali delle società commerciali, costituiscono il mezzo più comodo adottato dalle “grosse” organizzazioni internazionali per realizzare, al loro interno, un “decentramento amministrativo” di cui, come gli Stati o le imprese, sentono il bisogno. Come esempi è possibile citare il Programma Alimentare Mondiale (PAM/WFP) o la Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD), entrambi istituiti, ormai da numerosi decenni, dall'Assemblea Generale dell'ONU.

## 2. — Regime giuridico degli atti

**14. Terminologia imprecisa.** — Dal punto di vista formale, bisogna innanzitutto notare che la terminologia usata per qualificare gli atti delle OIG non è né fissa né immutabile. Si parla di *risoluzioni (Resolution)* o di *raccomandazioni (Recommendation)* oppure di *decisioni (Decision)*, di “regolamenti” (*Regulation*) o di “direttive” (*Directive*), a volte in modo indistinto, altre volte con un senso ben preciso e differenziato. Per prendere un esempio concreto, mentre le *raccomandazioni* dell'Alta Autorità della CEEA erano vincolanti, quelle adottate nell'ambito della CEE, in virtù dell'art. 189 del Trattato di Roma, ed oggi dell'art. 288 TFUE, non lo sono. La maggior parte delle volte, le raccomandazioni sono delle semplici esortazioni, dei meri auspici; tuttavia, a volte, alcune di queste costituiscono delle decisioni vere e proprie. Non v'è dubbio che la logica giuridica elementare esigerebbe di riservare il carattere obbligatorio della norma alle “decisioni”, alle “direttive” o ai “regolamenti”, mentre le risoluzioni o raccomandazioni riguarderebbero semplici inviti od opzioni a fare o non fare qualcosa.

**15. Un approccio fenomenologico.** — Nel parere consultivo della CIG del 1971 sulla *Namibia*, la Corte ha indicato che:

“[s]arebbe inesatto supporre che, poiché l'Assemblea Generale [delle Nazioni Unite] possiede, in linea di principio, il potere di fare delle raccomandazioni, le sia impedito di adottare, in casi determinati che rientrano nella sua competenza, delle risoluzioni che hanno il carattere di decisione o che risultino da un'intenzione esecutiva”<sup>(9)</sup>.

Pertanto — e ciò è deplorabile — la CIG riconosce tale imprecisione terminologica e a propria volta...vi concorre, poiché parla contemporaneamente di *raccomandazioni* di cui la Corte sembra pensare che non producano effetti giuridici, e di *risoluzioni* “che hanno il carattere di decisione o che risultino da un'intenzione esecutiva” le quali si avvicinerrebbero quindi alle *decisioni* e produrrebbero effetti giuridici nei confronti dei loro destinatari.

In breve, al contrario delle decisioni, le risoluzioni o raccomandazioni non vincolano, né producono effetti giuridici obbligatori nei confronti di coloro i quali ne

<sup>(9)</sup> In *Rec.*, 1971, p. 50. Nostra traduzione.

sono i destinatari. Perciò, per sapere, sul piano formale, quale sia l'efficacia giuridica di un dato atto di un'OIG, occorre esaminare caso per caso l'atto in questione, al fine di determinarne il fondamento giuridico nella Carta costitutiva: qual è il titolo dell'atto? Com'è stato votato? Quali sono i fini e i principi dell'OIG in causa?

#### b) *L'efficacia giuridica*

**16. Portata obbligatoria.** — Il diritto interno delle OIG ha efficacia obbligatoria per i suoi destinatari. Questi sono in primo luogo gli organi stessi dell'organizzazione; inoltre, lo sono gli Stati membri; e, a volte, lo sono i soggetti privati, per esempio i funzionari o le controparti contrattuali dell'organizzazione, nel quadro, ad esempio, di un capitolato d'appalto.

**17. Rapporti tra organi paritari o gerarchizzati.** — Talvolta, gli organi di un'OIG si trovano in rapporto "gerarchico". Per esempio: il Consiglio economico e sociale è espressamente assoggettato al controllo e all'autorità dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite; lo stesso dicasi per il Segretariato generale. D'altronde, si può notare che i Segretariati generali, organi amministrativi delle organizzazioni internazionali, sono espressamente subordinati agli organi politici. Quando tali organi si trovano in una struttura gerarchica, le raccomandazioni dell'organo più elevato, rispetto a quello che ne è subordinato, sono vere e proprie "decisioni" nonostante il termine utilizzato. All'inverso, quando si tratta di una raccomandazione che è indirizzata dall'organo meno elevato all'organo più elevato nella gerarchia, non si tratta che di una proposta. Se gli organi dell'OIG sono situati allo stesso livello o se hanno delle competenze proprie, allora le raccomandazioni di una nei confronti dell'altra non sono vincolanti. Tuttavia, quando queste raccomandazioni sono parallele, ossia devono avere lo stesso valore, allora nessun organo può imporre la sua volontà su un altro; questo è il caso in cui bisogna raggiungere una posizione comune, una decisione congiunta che rientri nella competenza di entrambi gli organi.

**18. Il parere consultivo della CIG del 1950.** — Il 3 marzo 1950, la CIG ha emesso un parere consultivo relativo alla *competenza dell'Assemblea generale per l'ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite*, dovendo interpretare l'art. 4, par. 2, della Carta ONU, affermando che: "[q]uesto [l'art. 4, par. 2, ndr] richiede due cose per effettuare l'ammissione: una raccomandazione del Consiglio di sicurezza e una decisione dell'Assemblea generale, posto che la raccomandazione deve, per sua natura, precedere la decisione". I termini "raccomandazione" e "precedere la decisione" significano, secondo la Corte, che la raccomandazione serve di supporto all'ammissione; in altri termini, la CIG ritiene che "la raccomandazione del Consiglio di sicurezza è la condizione preliminare alla decisione dell'Assemblea, attraverso la quale avviene l'ammissione" <sup>(10)</sup>. Infatti, essendo i due organi posti sullo stesso livello gerarchico (Consiglio di sicurezza e Assemblea generale), devono adottare rispettivamente una raccomandazione e una decisione di ammissione, le quali devono essere parallele e convergere, affinché uno Stato possa essere ammesso.

<sup>(10)</sup> In *Rec.*, pp. 7-8.

**§ 2. — *Il potere normativo esterno: ovvero il “Law making power” delle organizzazioni internazionali***

**19. Piano espositivo.** — Occupiamoci ora di quei casi in cui le OIG creano direttamente delle norme di diritto internazionale che si impongono ai loro Membri e a volte addirittura — nel caso ancora più raro — a Stati non membri.

**1. — Il potere normativo delle organizzazioni internazionali nei confronti degli Stati membri**

**20. Piano espositivo.** — È incontestabile che le OIG possiedano, nei confronti dei loro Membri, un potere normativo proprio. Esistono due spiegazioni di questo fenomeno. Un primo argomento, classico, si riferisce al fondamento di diritto pattizio di tale potere: in questa prospettiva, l'atto unilaterale figura come una forma semplificata di accordo tra Stati membri (denominato a volte “risoluzione-accordo”). Oggi, invece, è comunemente ammesso che le organizzazioni internazionali abbiano una vera e propria competenza normativa autonoma, un *law-making power*.

**a) *Il riconoscimento del potere normativo delle organizzazioni internazionali rispetto agli Stati membri***

**21. Un potere riconosciuto.** — Il potere normativo di una OIG deriva dal proprio trattato istitutivo ove si trovano quelle norme che regolano gli atti che possono essere adottati dai diversi organi dell'ente.

Così la Carta ONU, agli artt. 10, 11, 12, 13, 14, si riferisce alle “raccomandazioni” dell'Assemblea generale, mentre l'art. 4, c. 2, cita le “decisioni” dell'Assemblea generale in materia di ammissione. L'art. 25 della stessa Carta fa riferimento, a propria volta, alle “decisioni” generali del Consiglio di sicurezza, mentre gli artt. 41, 42 e 48 denominano “decisioni” le misure vincolanti specifiche in base al Capo VII.

Ciononostante, non tutte le “misure” prese dal Consiglio di sicurezza dell'ONU sono delle “decisioni”. Il Consiglio può ugualmente, e questo è il caso più frequente, adottare delle semplici “raccomandazioni” <sup>(11)</sup>.

Un altro esempio, con riferimento ad un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite, concerne lo Statuto del Fondo Monetario Internazionale, il quale fa spesso riferimento alle “decisioni” del Consiglio dei Governatori o del Consiglio d'Amministrazione e contemporaneamente alle “proposte” o alle “comunicazioni informative” del FMI sotto forma di “raccomandazioni” che possono essere pubbliche o semplicemente ufficiose <sup>(12)</sup>.

Invece, certe OIG — tale è il caso dell'OMC/WTO — non possiedono alcuna competenza per adottare atti unilaterali; in altre parole, non possono creare “diritto derivato” — se non di natura puramente interna, ossia rivolto ai propri organi.

**22. Un potere troppo ampio.** — È del tutto eccezionale che il *regime giuridico* degli atti unilaterali rivolti agli Stati membri di una OIG venga precisato in ciascun accordo istitutivo di una OIG.

<sup>(11)</sup> V. artt. 36, 37 e 39 della Carta ONU.

<sup>(12)</sup> V. l'art. XII, sez. 8, dello Statuto del FMI.

L'esempio tipico di un regime giuridico preciso, applicabile ai diversi atti di un'OIG, è quello del vetusto art. 189 Trattato di Roma del 1957 (diventato successivamente l'art. 288 TFUE). Questo articolo menziona con chiarezza gli effetti giuridici dei differenti atti unilaterali emanati dagli organi UE: alcuni atti ("regolamenti", "direttive" o "decisioni") vincolano i loro destinatari, mentre altri ("raccomandazioni" e "pareri") non hanno alcun valore giuridico vincolante.

Allo stesso modo, ma ad un livello inferiore di precisione, l'accordo istitutivo dell'Organizzazione dei Paesi esportatori di petrolio (OPEC) distingue i "regolamenti", che hanno portata obbligatoria per tutti gli Stati membri, e le "risoluzioni", che sono vincolanti, dalle "raccomandazioni" e dai "pareri", che non possiedono carattere vincolante (art. 12); inoltre, questo stesso articolo stabilisce che tutti gli atti unilaterali a carattere vincolante (regolamenti e risoluzioni) devono essere ratificati dagli Stati membri secondo le loro rispettive procedure costituzionali nazionali. Senza dubbio, siffatto esempio ha il merito di rappresentare uno sforzo, da parte degli Stati, di fissare un regime giuridico preciso per gli atti unilaterali adottati dalle organizzazioni alle quali appartengono.

Da parte sua, la Carta dell'ONU contiene delle precisazioni quanto agli effetti di taluni atti giuridici. È così che gli artt. 48 e 49 — sempre all'interno del Capo VII — prevedono una serie di misure che gli Stati membri devono adottare in forza di "decisioni" del Consiglio di sicurezza, misure che vanno dall'esecuzione diretta all'azione coordinata.

**23. Necessità di un'analisi casistica: il parere consultivo sulla Namibia del 1971.** — Nel già citato caso della Namibia, la CIG doveva interpretare il valore vincolante o meno di una risoluzione del Consiglio di sicurezza (la Ris. n. 276 del 1970), che metteva fine al mandato del Sudafrica sul Sud-Ovest Africano. La Corte esaminata innanzitutto la competenza del Consiglio di sicurezza ad adottare questa misura, su questo punto giunse alla conclusione che il Consiglio di sicurezza ONU avesse agito "nell'esercizio della sua responsabilità principale" (par. 109). In seguito, la CIG esaminava il fondamento giuridico di tale misura e indicava che l'art. 24 della Carta ONU "conferiva al Consiglio di sicurezza i poteri necessari ad adottare delle misure (che gli permettessero) di assolvere alle (proprie) responsabilità" (par. 110). La CIG giunse così alla conclusione per cui quella risoluzione del Consiglio di sicurezza era obbligatoria, altrimenti tale disposizione non avrebbe avuto senso; in effetti, osserva la Corte "sarebbe un'interpretazione assurda quella per cui, allorché il Consiglio di sicurezza adotta una tale dichiarazione in virtù dell'art. 24 della Carta, a nome di tutti gli Stati membri, questi ultimi sono liberi d'ignorare l'illegalità o le violazioni di diritto che ne risultano" (par. 112). La Corte proseguiva la propria analisi per precisare gli effetti di tale decisione conformemente all'art. 25 della Carta dell'ONU, per determinare se le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dovessero essere viste come delle mere esortazioni o piuttosto come delle vere e proprie ingiunzioni. La Corte si esprime con chiarezza su quest'ultimo punto, evidenziando l'approccio "caso per caso" di cui si è detto in precedenza: "È stato sostenuto anche che le risoluzioni pertinenti del Consiglio di sicurezza sono redatte in modo che venga loro conferito il carattere di esortazioni piuttosto che ingiunzioni, e che perciò queste risoluzioni non pretendano né di imporre un vincolo giuridico a uno Stato qualsiasi, né di modificare sul piano giuridico uno qualunque dei suoi diritti. Occorre analizzare accuratamente la formulazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza, prima di poterne stabilire l'effetto vincolante. Visto il tipo di poteri che derivano dall'art. 25, conviene determinare caso per caso se questi poteri sono stati effettivamente esercitati, tenendo conto dei termini della risoluzione da interpretare, delle discussioni che hanno preceduto la sua adozione, delle invocate disposizioni della Carta e in generale di tutti gli elementi che potrebbero aiutare a precisare le conseguenze giuridiche della risoluzione del Consiglio di sicurezza" (par. 114).

Applicando tale approccio fenomenologico, la CIG ha stabilito che le *decisioni* prese dal Consiglio di sicurezza nella già citata risoluzione n. 276 del 1970, adottate conformemente ai fini e ai principi della Carta dell'ONU e ai suoi artt. 24 e 25, “sono di conseguenza vincolanti per tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, che sono così tenuti ad accettarli e ad applicarli” (par. 115). Per ciò che concerne il valore vincolante delle decisioni del Consiglio di sicurezza in virtù degli artt. 24 e 25 della Carta, la Corte ha richiamato la sua giurisprudenza precedente, espressa nel parere consultivo dell'11 aprile 1949 *sulla riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*: “La Carta” — affermava la CIG all'epoca — “non si è limitata a fare solamente dell'organizzazione creata un centro dove si armonizzano gli sforzi delle nazioni verso dei fini comuni stabiliti da queste ultime (art. 1, par. 4), bensì ha dotato l'organizzazione di organi, ha assegnato loro una missione propria, ha definito la posizione dei membri nei confronti dell'Organizzazione, stabilendo di dare loro piena assistenza in tutte le azioni da essa intrapresa (art. 2, par. 5), di accettare e di applicare le decisioni del Consiglio di sicurezza” (13).

Una volta richiamato tale precedente, la Corte ha osservato che: “[q]uando il Consiglio di sicurezza adotta una decisione a norma dell'art. 25, conformemente allo Statuto, gli Stati membri devono conformarsi a questa decisione, specialmente i membri del Consiglio di sicurezza che hanno votato contro di questa e ai membri delle Nazioni Unite che non hanno un seggio al Consiglio. Non ammettere ciò” — prosegue la Corte — “significherebbe privare quest'organo primario delle funzioni e del potere essenziali che gli derivano dallo Statuto” (§ 116). Tale ragionamento, di tipo casistico e teleologico, è stato oggetto di pesanti critiche da parte del giudice Fitzmaurice nella sua opinione dissenziente; secondo Fitzmaurice, la CIG, in tal modo, finiva col “riscrivere” la Carta. Ciò in quanto la Carta fonda un significativo potere di “decisione” del Consiglio di sicurezza solamente nel quadro ben preciso del Capo VII e non riconosce alcun potere vincolante all'Assemblea generale in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (14).

**24. Conclusione generale.** — In breve, è possibile avanzare alcune conclusioni generali sul valore vincolante degli atti unilaterali (comunque essi vengano denominati) delle OIG. Innanzitutto, il valore vincolante può dipendere dal contenuto dell'atto in questione: ciò è vero nel caso del riconoscimento, della formulazione o della codificazione di una norma consuetudinaria o di un principio generale di diritto. Inoltre, un atto unilaterale può essere obbligatorio di per sé con riferimento alle condizioni della sua adozione, seguendo il metodo adottato dalla CIG nel caso *della Namibia*. Infine, l'efficacia vincolante può derivare dalla prassi successiva degli Stati membri interessati, ossia, secondo Patrick Juillard, dal “valore aggiunto” a questi atti dagli Stati in ragione del loro comportamento successivo (15).

**b) L'esercizio del potere normativo delle organizzazioni internazionali secondo il diritto pattizio e le “risoluzioni-accordo”**

**25. Le risoluzioni-accordo.** — È ormai ben noto che alcune “risoluzioni” possono avere valore vincolante poiché costituiscono una modalità particolare, semplificata, di accordo tra gli Stati membri dell'organizzazione internazionale in questione. La CPGI aveva già riconosciuto tale possibilità nel 1931, nel suo **parere consultivo sul traffico ferroviario tra la Lituania e la Polonia** (16). In questo caso, la Corte doveva ricono-

(13) In *Rec.*, 1949, p. 178. Nostra traduzione.

(14) V. parr. 91-113 della sua opinione dissenziente.

(15) Cfr. P. JUILLARD, *Rapport Introductif*, in *Les Nations Unies et le droit international économique*, Colloque S.F.D.I. de Nice, Paris, Pedone, 1986, pp. 120-128.

(16) Ser. A/B, n. 42.

scere l'efficacia di una Risoluzione del Consiglio della SdN del 10 dicembre 1927. La Corte notò che: “[i] rappresentanti della Lituania e della Polonia avevano partecipato all'adozione di questa risoluzione del Consiglio”, aggiungendo prudentemente che: “[e]ssendo i due Governi in questione vincolati dalla loro accettazione della risoluzione del Consiglio, resta da valutare quale sia l'efficacia giuridica di questo impegno” (p. 116). Nella fattispecie, la CPGI stabilì che la Risoluzione del Consiglio sanciva un obbligo di negoziazione da parte dei due Governi, che è del resto ciò che fecero; in compenso, la risoluzione non implicava affatto l'obbligo di trovare un accordo (*ibid.*).

**26. Esempi.** — La tecnica della “risoluzione-accordo” — grazie alla sua semplicità e dunque alla sua comodità — ha conosciuto uno sviluppo importante nel corso degli ultimi decenni. Viene utilizzata in ambiti molto differenti, ma che hanno in comune il fatto di essere esenti da controversie. È il caso, per esempio, della *Dichiarazione di principi sulle attività degli Stati in materia di esplorazione e utilizzo dello spazio extra-atmosferico*, approvata all'unanimità dall'Assemblea generale ONU, il 13 dicembre 1963. Infatti, in quell'occasione, gli Stati membri dell'ONU hanno dichiarato che il contenuto della predetta risoluzione aveva per loro valore vincolante. In altri termini, detta “risoluzione-accordo” appariva come una modalità particolarmente agile per concludere un trattato internazionale.

**27. Risoluzione costitutiva di un trattato internazionale.** — A volte una “risoluzione” — l'atto unilaterale per eccellenza di una OIG — può costituire il testo stesso di un trattato internazionale aperto alla firma o all'adesione. È il caso, per esempio, della Ris. n. 2200 (XXI) che adotta il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*; della Ris. n. 2222 (XXI) relativa al *Trattato sullo spazio extra-atmosferico*; della Ris. n. 2660 (XXV) sulla *denuclearizzazione del fondo marino*; della Ris. n. 2626 (XXV) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 24 ottobre 1970 relativa al *secondo decennio delle Nazioni Unite per lo sviluppo*. A tal proposito MICHEL VIRALLY ha giustamente notato che tale tipo di risoluzioni devono considerarsi veri e propri “accordi in forma semplificata” in cui è addirittura possibile formulare delle “riserve”, come appunto hanno fatto alcuni Stati: fatto che dimostrava la portata vincolante del testo adottato<sup>(17)</sup>.

### c) *L'esercizio del potere normativo delle organizzazioni internazionali: la spiegazione unilateralista*

**28. Un potere proprio.** — In linea di principio, le OIG dispongono della capacità di adottare norme di diritto con efficacia vincolante nei confronti dei propri Membri e, a volte, anche dei cittadini di questi ultimi, se queste norme hanno efficacia diretta. È grazie a questo potere proprio che tali OIG saranno in grado di assumere le funzioni di gestione e di amministrazione di “servizi pubblici internazionali” che sono stati loro affidati. Formalmente, questo potere si esercita attraverso due tipi di atti: le decisioni e i regolamenti (e anche le “direttive” nel caso dell'Unione europea).

#### i. Le “decisioni” delle organizzazioni internazionali

**29. Tipologia.** — Le “decisioni” possono essere di portata molto differente. Innanzitutto, una decisione è suscettibile di interessare un dato *Stato membro*, come,

<sup>(17)</sup> Tuttavia, quest'analisi fu contestata da alcuni Stati, come gli Stati Uniti o i Paesi socialisti. V. *AFDI*, 1970, p. 9 ss.

per esempio, la concessione di un aiuto finanziario specifico. Inoltre, una decisione può riguardare una *situazione determinata* o una categoria di Stati chiaramente identificati; è con ciò per esempio che il Fondo Monetario Internazionale ha adottato nel corso degli anni delle “decisioni” che regolano i tassi di cambio multipli o fluttuanti, ovvero delle situazioni riguardanti gli Stati che erano ricorsi a tali tecniche. Infine, il FMI ha adottato delle “decisioni” relative alle condizioni di utilizzo delle risorse da parte dei suoi Membri, regolando così situazioni comuni a tutti gli Stati membri in difficoltà. In questi ultimi due casi — situazione determinata o categoria di Stati interessati — queste “decisioni” costituiscono di fatto dei regolamenti in ragione della loro portata generale.

**30. Diritto derivato.** — Le “decisioni”, che costituiscono a volte l’essenza del *diritto derivato esterno* di un’OIG, assumono una grande importanza teorica e pratica. È così per esempio, che il Fondo Monetario Internazionale ha adottato oltre 8000 “decisioni” a partire dal 1947.

### ii. I “regolamenti” delle organizzazioni internazionali

**31.** — Alcune OIG hanno espressamente ricevuto il potere di adottare dei “regolamenti di portata generale”. Ciò è vero per l’Organizzazione meteorologica mondiale (OMM) il cui Congresso può “adottare dei regolamenti tecnici relativi alle pratiche e procedure meteorologiche” (art. 7.d) o dell’OMS (Organizzazione mondiale della sanità) in cui “l’Assemblea [...] avrà il potere di adottare i regolamenti riguardanti tale misura sanitaria e di quarantena o qualsiasi altra procedura destinata ad impedire la diffusione delle malattie da un Paese all’altro [...]” (art. 21).

Nello stesso senso, e ad ulteriore dimostrazione di quanto detto, si può citare l’esempio dell’Unione europea che ha ricevuto il potere di adottare dei “regolamenti” che godono di una portata obbligatoria diretta nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri. Il regime giuridico dei regolamenti UE, in effetti, si avvicina di molto a quello della legislazione nell’ordinamento interno (art. 288 TFUE).

### iii. Gli atti obbligatori

**32. Portata obbligatoria per gli Stati membri.** — Alcuni atti producono effetti giuridici obbligatori rispetto agli Stati membri dell’organizzazione interessata; allo stesso modo, se gli atti in questione possiedono i requisiti della diretta applicabilità nell’ordinamento interno, producono effetti anche nei confronti dei loro cittadini<sup>(18)</sup>. Essi possiedono la stessa forza vincolante di tutte le altre norme del diritto internazionale come un trattato o una consuetudine, per esempio. Il *diritto derivato delle organizzazioni internazionali* appare così, *mutatis mutandis*, come una *forma di legislazione internazionale* tanto in ragione della sua portata quanto del suo modo di elaborazione. Va sottolineato, a tale proposito, che gli atti unilaterali delle OIG sono, molto spesso, adottati *non all’unanimità* ma *a maggioranza degli Stati membri*. Senza dubbio, si tratta di maggioranze elevate, qualificate (due terzi, tre quarti), ma a volte stabilite in maniera ponderata; nel caso in particolare delle *organizzazioni internazionali a vocazione economica*, un numero di Stati quantitativamente poco numeroso (da

<sup>(18)</sup> V. *infra* Cap. XVII.



30 a 40) ha anche la capacità di far adottare degli atti a portata giuridica obbligatoria per tutti.

**33. Efficacia obbligatoria per gli Stati di minoranza.** — Tali atti unilaterali sono obbligatori non solo nei confronti degli Stati che hanno votato “a favore”, ma anche nei confronti di quelli che si sono astenuti, e soprattutto nei confronti degli Stati che hanno votato “contro”. Tale fattispecie — quella degli Stati “in minoranza”, che, in seno a certe organizzazioni internazionali economiche, subiscono l’imposizione di obblighi da parte degli Stati che ne possiedono la maggioranza, — va ricollegata agli sviluppi recenti relativi agli *effetti dei trattati nei confronti di terzi*. Siamo dunque in presenza di una *nuova eccezione al principio del consensualismo nell’ordinamento giuridico internazionale: vi è qui un altro esempio secondo il quale il diritto internazionale contemporaneo non è (o non è più) solamente il prodotto della volontà degli Stati* che possono vedersi imporre degli obblighi al di là e a volte anche contro il loro consenso.

Senza dubbio, in questa situazione, gli Stati in “minoranza” hanno a volte la possibilità di formulare delle “riserve” o di non applicare questo o quel regolamento che sia per loro inaccettabile. Ma, perché sia data loro questa opportunità, è necessario che sia stata prevista dall’accordo istitutivo di una data OIG. Questo è il caso dell’art. 107 del Regolamento sanitario internazionale dell’OMS: pur se gli Stati membri possono formulare delle riserve, queste devono essere considerate “accettabili” dall’Assemblea mondiale della sanità (cioè degli Stati membri). In altri termini, se l’OMS rigetta la riserva presentata da uno degli Stati membri al regolamento sanitario, questo dovrà rispettarlo ed eseguirlo nella sua interezza. Allo stesso modo, l’art. 38 della Carta costitutiva dell’OACI prevede delle possibilità di adottare delle norme nazionali in deroga a quelle stabilite dall’organizzazione, ma sempre sotto il controllo dell’Assemblea generale.

Altre volte, gli Stati “in minoranza”, nel caso in cui non sia possibile formulare alcuna riserva, possono *recedere dall’OIG* al fine di non essere assoggettati a dei nuovi obblighi per loro inaccettabili. Tuttavia, tale espediente che per sua natura dà la possibilità di preservare la sovranità statale non è sempre previsto: così, all’interno della UE, gli Stati membri non sono abilitati, in via generale, a formulare alcuna “riserva” ai regolamenti ed alle direttive UE, e fino a poco tempo fa si dubitava perfino che potessero recedere dall’organizzazione (tuttavia, su quest’ultimo punto, il Trattato di Lisbona del 2009 ha modificato la situazione precedente riconoscendo esplicitamente agli Stati membri dell’UE un diritto di recesso che essi possono esercitare in virtù dell’art. 50 TUE) <sup>(19)</sup>.

#### **iv. Il controllo dell’applicazione degli atti unilaterali delle OIG**

**34. Il controllo non-giurisdizionale.** — Le OIG dispongono di mezzi diversi al fine di assicurare il rispetto del diritto derivato che emanano <sup>(20)</sup>. Evidentemente uno strumento di controllo particolarmente efficace è quello previsto, in materia finanziaria, per le organizzazioni internazionali come il FMI, la Banca mondiale o le banche

<sup>(19)</sup> Oltre alle opere manualistiche di diritto UE in argomento v. F. FABBRINI, *Brexit*, Bologna, Il Mulino, 2020.

<sup>(20)</sup> V. *infra* Cap. XXI.

regionali di sviluppo la cui missione è quella di assistere gli Stati membri in difficoltà economica. Per le altre organizzazioni, la minaccia di sanzioni di tipo disciplinare — vale a dire la sospensione di certi vantaggi come il diritto di voto o addirittura l'espulsione di uno Stato membro da un'OIG — è considerata un mezzo sufficiente per assicurare il rispetto delle norme internazionalmente poste. Tali possibilità sono previste, per esempio, all'art. 62 della Carta costitutiva dell'OMS o all'art. 31 della Convenzione relativa all'OMM.

**35. Un controllo giurisdizionale abbastanza raro.** — In casi tutto sommato eccezionali, tale controllo può essere di tipo giurisdizionale. Ciò accade ad es. nella UE tramite la Corte di giustizia dell'Unione europea: lo Stato che non rispetta il diritto UE a carattere obbligatorio, sia esso “originario” oppure “derivato”, può essere citato a giudizio dinanzi alla Corte di giustizia ed essere condannato per tali motivi; ciò capita abbastanza frequentemente per iniziativa della Commissione in quanto custode dei Trattati (cfr. artt. 258-260 TFUE).

## 2. — Il potere normativo esterno delle organizzazioni internazionali nei confronti degli Stati terzi

**36.** — Il fatto che un'OIG possa utilizzare il suo potere normativo nei confronti di Stati che non sono membri dell'ente può porsi in antitesi col *principio consensualistico*, secondo il quale gli Stati risultano vincolati soltanto a seguito di una libera manifestazione della loro volontà.

**37. Piano espositivo.** — È lecito qui identificare due tipi di situazioni in cui gli atti unilaterali di un'OIG si applicano a Stati terzi, a prescindere dal loro consenso. Questo può accadere se un'OIG gestisce uno “spazio internazionale”. La seconda ipotesi, più limitata, riguarda le attività dell'ONU nel contesto della sua missione globale di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

### a) La gestione dei regimi “oggettivi” degli spazi internazionali da parte di organizzazioni internazionali

**38.** — Esistono alcuni casi — a dire il vero poco numerosi — in cui si costituiscono delle OIG per gestire “uno spazio internazionale determinato”. Ci riferiamo ad esempio agli Statuti dei “fiumi internazionali”, alcune delle quali hanno più di un secolo di vita (ad es. quelle del Reno e del Danubio) e che hanno creato delle “Commissioni fluviali internazionali” investite di ampi poteri amministrativi e di regolazione. La “regolamentazione” adottata da tali “Commissioni fluviali” si applica a tutti gli utilizzatori, appartenenti o meno agli Stati che sono Parti contraenti di tali regimi convenzionale.

Nello stesso senso, si possono citare gli esempi dell'OACI/ICAO o dell'Organizzazione marittima internazionale (OMI/IMO) incaricati di amministrare nell'interesse della comunità internazionale certi spazi marittimi o aerei e che esercitano questa missione attraverso un potere di regolazione che si impone a tutti, inclusi gli Stati terzi.

In questa categoria rientrano anche le Commissioni della pesca, vere e proprie organizzazioni internazionali create mediante trattato<sup>(21)</sup>; molte di queste possiedono il potere normativo che esercitano a maggioranza dei membri e che si impone

(21) V. J. BEER-GABEL, V. LESTANG, *Les commissions de pêches et leur droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

ugualmente ai terzi poiché la loro missione è quella di assicurare una “gestione oggettiva” delle risorse del mare conciliando uno sfruttamento ottimale con la conservazione delle specie (la *Commissione baleniera internazionale*, per esempio).

**b) L'attività “oggettiva” dell'ONU**

**39. L'attuazione del Capitolo VII.** — Come ha indicato la CIG nel parere consultivo del 1949 sul **caso Bernadotte**, l'ONU beneficia di una “personalità internazionale oggettiva” che si impone a tutti gli Stati, che abbiano accettato o meno la Carta di San Francisco. Tuttavia, se l'esistenza di un'organizzazione come l'ONU è *opponibile agli Stati che non ne sono membri*, ciò non vuol dire tuttavia che lo stesso valga per le *sue attività*. Infatti, una cosa è dire che l'esistenza dell'ONU in quanto ente si impone a tutti in ragione della sua personalità internazionale oggettiva e un'altra cosa è dire che quella stessa istituzione dispone di un *potere normativo internazionale* di carattere “oggettivo” che, in quanto tale, vincola tutti gli Stati.

L'ONU — e più precisamente il Consiglio di Sicurezza — non è stato espressamente investito di tale competenza se non nel contesto dell'attuazione delle disposizioni del Capo VII relative al mantenimento della pace allorché delle sanzioni economiche e militari vengano decise tramite apposite risoluzioni. Ma al di là di questo caso particolare, è possibile che l'ONU possieda una tale competenza? La CIG ha esaminato tale questione nel suo parere consultivo sulla *Questione della Namibia* del 1971.

**40. Il suo possibile superamento: il parere consultivo sulla Namibia del 1971.** — Nel caso della Namibia, la Corte si è pronunciata per quanto riguarda la posizione degli Stati non membri dell'ONU: “[p]er quanto riguarda gli Stati terzi, anche se questi Stati non sono vincolati dagli articoli 24 e 25 della Carta, i paragrafi 2 e 5 della risoluzione n. 276 (1970) invitano loro a unirsi all'azione delle Nazioni Unite relativa alla Namibia”. A parere della Corte, la fine del mandato e la dichiarazione di illegittimità della presenza del Sudafrica in Namibia sono vincolanti per tutti gli Stati, in quanto rendono illegale *erga omnes* una situazione che continua in violazione del diritto internazionale. In particolare, nessuno Stato che stabilisca delle relazioni con il Sudafrica a proposito della Namibia può aspettarsi che l'Organizzazione delle Nazioni Unite o gli Stati membri riconoscano la validità o gli effetti di queste relazioni o le conseguenze che ne derivano. Dal momento in cui si pose fine “al mandato con decisione dell'organizzazione internazionale che esercitava un potere di sorveglianza e che il mantenimento della presenza sudafricana in Namibia è stato dichiarato illegale, spetta agli Stati non membri agire conformemente a tali decisioni” (§ 126).

**41. Un potere limitato al mantenimento della sicurezza collettiva.** — Sarebbe improprio limitarsi ad un'interpretazione affrettata della posizione della Corte in materia. Secondo noi, è errato concludere che tutte le *attività* normative dell'ONU si impongono all'insieme della Comunità internazionale, sia agli Stati membri sia agli Stati che non ne sono membri. In effetti, solo la “regolazione” internazionale vincolante adottata dall'ONU in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale potrebbe essere considerata come “oggettiva” e dunque opponibile agli Stati non membri. Tale interpretazione sembra conforme alla filosofia della Carta, in particolare all'art. 2, par. 6 e all'art. 35, par. 2, che conferiscono ad uno Stato terzo il diritto di rivolgersi agli organi dell'ONU ai fini del regolamento pacifico delle

controversie. *Nella misura in cui la pace è indivisibile e la sicurezza internazionale è "collettiva", è chiaro che l'appartenenza o meno all'ONU di uno Stato non dovrebbe pregiudicare l'attività dell'ONU su materie vitali, dei veri e propri beni comuni per la sopravvivenza dell'umanità.*

**42.** — Resta tuttavia una domanda importante cui il parere della CIG del 1971 non ha dato risposta. Cosa si deve intendere per "misure necessarie al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale"? Il mantenimento della presenza sudafricana in Namibia metteva in pericolo la pace mondiale e giustificava quindi una "decisione" del Consiglio di sicurezza che vi ponesse fine e che fosse rivestita di una portata obbligatoria *erga omnes*? È lecito dubitarne.

## Sezione II

### GLI ATTI UNILATERALI DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI QUALE FONTE INDIRETTA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

**43.** — La grande maggioranza delle "Risoluzioni" (senza parlare delle "Raccomandazioni") adottate dalle OIG costituiscono una fonte indiretta del diritto internazionale, pur se prive di forza vincolante.

**44. Piano espositivo.** — Nell'elaborazione del diritto internazionale le risoluzioni delle OIG svolgono indirettamente due importanti funzioni; da un lato, esse contribuiscono alla "creazione accelerata" di norme consuetudinarie (§ 1); dall'altro lato, costituiscono talvolta dei "programmi d'azione" che indicano l'orientamento futuro e probabile del diritto internazionale (§ 2).

#### § 1. — *Le risoluzioni delle organizzazioni internazionali come fattori della formazione accelerata della consuetudine*

##### 1. — **L'accelerazione del processo consuetudinario in ragione della presenza delle organizzazioni internazionali**

**45.** — Ci limiteremo qui ad alcune osservazioni di carattere generale in quanto le consuetudini saranno discusse più in dettaglio nell'apposito capitolo (Cap. X).

**46. Elementi costitutivi della consuetudine.** — La consuetudine possiede due elementi costitutivi che possono essere così riassunti: da un lato, la ripetizione continua della condotta, dall'altro, il riconoscimento del carattere obbligatorio di quel comportamento (*l'opinio juris*). Tradizionalmente, la consuetudine dipendeva da un processo di formazione del diritto internazionale particolarmente lento e che a volte poteva richiedere dei secoli. Ora, nell'epoca contemporanea, non si può far altro che notare un'accelerazione generale della storia.

**47. La dimostrazione agevolata dell'esistenza della consuetudine.** — La creazione di consuetudini internazionali non è più legata esclusivamente a comportamenti degli Stati presi individualmente. Oggi, occorre sempre più spesso fare riferimento all'*attività collettiva* degli Stati all'interno delle OIG, enti in cui opera la "diplomazia multilaterale" o, se si preferisce, una sorta di "diplomazia parlamentare" per ripren-

dere la formula della CIG nella *questione del Sud-Ovest africano* <sup>(22)</sup>. A tale proposito, il quadro istituzionale dell'OIG svolge due funzioni riguardanti la creazione della regola consuetudinaria. Da un lato, la sua nascita è facilitata dall'esistenza di **risoluzioni** (o altri atti unilaterali) che sono suscettibili di **riconoscere l'esistenza**. Con ciò, le risoluzioni delle OIG possono formulare delle regole "dichiarative del diritto internazionale consuetudinario" come indica la CIG, per esempio, nel caso *dei Grandi Laghi* (sentenza del 19 dicembre 2005 tra la Repubblica democratica del Congo e dell'Uganda): nella fattispecie, la Corte ritiene che tale fosse il caso della Ris. 2625 (XXV) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 24 ottobre 1970 sulle "relazioni amichevoli fra gli Stati" nella quale viene impedito ad uno Stato di fomentare o organizzare degli atti di guerra civile o di terrorismo sul territorio di altri Stati (§ 162). In questo stesso caso, la Corte fece un'analisi identica della Ris. 1803 (XVII) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 14 dicembre 1962 affermando il principio della "sovranità permanente [degli Stati] sulle risorse naturali" (§ 224). D'altra parte, la **prova dell'esistenza di un'eventuale consuetudine** è agevolata nella misura in cui la prassi degli Stati membri appaia chiaramente: basta consultare i processi verbali delle riunioni per vedere qual è la posizione degli Stati membri su una determinata regola, il loro grado di accettazione, le loro riserve.

**48. Un fenomeno di accelerazione della storia.** — I nuovi modelli di elaborazione del diritto all'interno delle OIG sono legati al mutamento della vita di relazione internazionale e non possono non influenzare il processo di formazione della consuetudine. La CIG ha ammesso del resto tale "accelerazione" nella sua sentenza del 1969 sulla *piattaforma continentale del Mare del Nord*. Dinanzi a tale fenomeno, in dottrina alcuni studiosi hanno ritenuto di poter parlare di "consuetudine selvaggia" (R.J. Dupuy) o di "consuetudine istantanea".

Delle "risoluzioni" ripetute, non ambigue, adottate dagli Stati più rappresentativi a larghissima maggioranza, rispettate dagli Stati nella loro prassi successiva, contribuiscono a provare l'esistenza di una regola consuetudinaria, se non addirittura a crearla.

## 2. — Qualche esempio di "consuetudine" favorita dalle risoluzioni delle organizzazioni internazionali

**49. L'autodeterminazione dei popoli.** — Alcune celebri risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU hanno contribuito a precisare alcune regole consuetudinarie, oppure a crearle. Se ne possono citare molti esempi. Così, la Ris. n. 1514 del 1960 relativa alla concessione dell'indipendenza ai Paesi e ai popoli coloniali ha precisato la portata del principio di autodeterminazione dei popoli e della sua applicazione nelle relazioni coloniali, le sole qui contemplate. Oggi, la "colonizzazione" è divenuta un istituto illegale nel diritto internazionale, dopo essere stata legale fino a quel momento, almeno a titolo consuetudinario.

**50. La sovranità economica dello Stato.** — Analogamente, la Ris. n. 1803 del 1962 sulla *sovranità permanente sulle risorse naturali e le attività economiche* ha affermato il principio della sovranità economica degli Stati e ne ha precisato la portata, specialmente nei suoi rapporti con gli investimenti esteri.

(22) CIG, 18 luglio 1966, *Statuto giuridico del Sud Ovest Africano*, in *Rec.*, p. 346.

**51. La zona economica esclusiva.** — Alcune risoluzioni di organizzazioni internazionali regionali — in particolare africane — adottate negli anni 1970-1972 hanno dato origine all'idea secondo la quale gli Stati costieri dispongono di una giurisdizione economica su uno spazio marittimo di 200 miglia al largo delle loro coste (*infra*, Cap. XV). Nacque così la nozione di “zona economica esclusiva” che ha avuto uno straordinario successo. Molto rapidamente, la maggior parte degli Stati marittimi ha adottato delle misure nel loro ordinamento interno (leggi, regolamenti, ecc.) al fine di istituire tali zone economiche esclusive, e questo senza attendere i risultati della Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare e la conclusione possibile di un trattato sotto i suoi auspici. In breve, nel giro di qualche anno (5 o 6 al più), la “zona economica esclusiva” è divenuto un istituto giuridico di diritto internazionale consuetudinario.

**52. Le preferenze commerciali.** — Un altro esempio, tratto dalla prassi dell'UNCTAD, riguarda l'esistenza di *preferenze commerciali* in favore dei Paesi in via di sviluppo. Tale organo sussidiario dell'Assemblea Generale dell'ONU adottò negli anni 1968-1970 delle risoluzioni tramite le quali si stabiliva che le preferenze commerciali generalizzate fossero accordate ai Paesi in via di sviluppo. Perciò, tra il 1971 e il 1975, tutti i Paesi sviluppati, socialisti o capitalisti, adottarono degli schemi nazionali di preferenze in favore dei Paesi in via di sviluppo, applicando più o meno strettamente i principi e le regole stabilite dall'UNCTAD. Alla fine del 1975, grazie alla prassi concertata di tutti gli Stati, era logico arrivare alla conclusione che la concessione delle preferenze commerciali in favore dei Paesi del terzo mondo da parte dei Paesi più sviluppati fosse obbligatoria, in virtù di una regola consuetudinaria in questo senso. Di nuovo, ci si trova in presenza di una norma consuetudinaria che ha impiegato meno di dieci anni per ricevere tale qualificazione. Inoltre, è necessario notare che il principio del trattamento preferenziale negli scambi commerciali in favore dei Paesi in via di sviluppo si trovava formalmente consacrato dalla prassi delle Parti contraenti del GATT alla conclusione del “Tokio Round” nel 1979: venne inserito nel testo dell'*Accordo generale* (GATT) a titolo di obbligo convenzionale dei paesi membri e poi venne ripreso nel quadro dell'OMC/WTO<sup>(23)</sup>. Ma tali norme conservano la loro natura consuetudinaria nei confronti degli Stati non membri del GATT di ieri, e oggi dell'OMC/WTO.

**53. Il divieto di discriminazione razziale.** — Un altro esempio — a cui già si è accennato — è quello dell'esistenza o meno di una norma consuetudinaria internazionale che *vieti la discriminazione razziale*. La discriminazione razziale è stata, tra l'altro, vietata ripetutamente in diverse risoluzioni di OIG a partire dall'ONU: tali divieti hanno acquisito un valore di diritto positivo cosicché una situazione di discriminazione razziale interna (ovvero prevalente in un determinato Stato) costituisce *per se* una violazione del diritto internazionale? Il giudice giapponese Tanaka, nella *questione del Sud-Ovest africano* del 1966<sup>(24)</sup>, ha indicato che la ripetizione delle risoluzioni adottate dalle Nazioni Unite in materia aveva dato vita a una norma consuetudinaria. Nello stesso senso, va osservato che la CIG, nel suo parere consultivo del 1971 relativo alla *Namibia*, considerò che la politica di discriminazione razziale

<sup>(23)</sup> V. D. CARREAU e P. JUILLARD, *Droit international économique*, cit., n. 673 e ss.

<sup>(24)</sup> *Rec.*, p. 291-293.

(l'“apartheid”), condotta dal Sudafrica, costituiva per uno Stato membro dell'ONU una violazione dei propri obblighi convenzionali a titolo della Carta (§ 129-131).

**§ 2. — *Le risoluzioni delle organizzazioni internazionali come diritto “programmatico”***

**54. La *lex ferenda*.** — Da quanto detto sopra, si trae agevolmente la conclusione secondo la quale le risoluzioni adottate oggi — soprattutto quelle dell'Assemblea generale dell'ONU — hanno quale peculiare effetto quello di gettare le basi della “legalità internazionale” di domani *introducendo una serie di idee, valori e principi* che potranno tradursi in norme di diritto internazionale positivo attraverso fonti a carattere vincolante. In altri termini, la loro natura è *de lege ferenda* e non *de lege lata*. Se tali Risoluzioni possono prefigurare il “diritto internazionale di domani” come indicato dagli esempi precedenti (in particolare con riferimento al principio di non reciprocità o quello delle preferenze commerciali a favore dei Paesi in via di sviluppo), è evidente che, nell'immediato, quelle medesime risoluzioni non possono costituire una deroga al diritto positivo vigente, né sono in alcun modo giuridicamente vincolanti.

**1. — Le risoluzioni che propongono un diritto programmatico**

**55.** — Alcune risoluzioni hanno la fortuna di venire adottate da maggioranze schiaccianti all'interno di OIG come l'ONU o di istituzioni come l'UNCTAD, in cui vale pienamente il principio “uno Stato un voto” e che si trovano, di fatto, controllate dagli Stati del terzo mondo. Tali maggioranze, qualificate da alcuni analisti come “automatiche”, sempre più spesso tendono ad utilizzare il loro vantaggio numerico per avanzare dei principi o delle misure finalizzate a rimediare al disequilibrio delle relazioni internazionali fondate sulla potenza militare ed economica di un piccolo numero di Stati. Esse tendono a promuovere un nuovo diritto internazionale diseguale, compensativo, destinato a difendere i più poveri contro gli abusi dei più forti. Questo fenomeno è particolarmente accentuato nell'ambito delle relazioni economiche internazionali a proposito di quello che è stato denominato, in un recente passato, il *nuovo ordine economico internazionale*. In un altro contesto, quello delle organizzazioni economiche internazionali dominate dai Paesi più sviluppati, vengono elaborati dei *codici di condotta* non vincolanti ma spesso “precursori” di *future norme di diritto internazionale positivo* al fine d'incoraggiare gli Stati membri ad adottare delle norme di diritto interno. Quale esempio di un siffatto modo di creazione del diritto internazionale è possibile citare le *linee guida dell'OCSE sulle imprese multinazionali* adottate nel 1976 e da allora periodicamente riviste ed aggiornate; o ancora le *regole di prudenza e solvibilità bancarie* (quale il celebre “ratio Cooke”) elaborate progressivamente in seno alla Banca dei Regolamenti Internazionali di Basilea fino a diventare una sorta di *lex communis* a titolo di “migliori pratiche” del settore bancario (*best practices*) <sup>(25)</sup>.

<sup>(25)</sup> V. *infra*, Cap. IX.

**2. — Le risoluzioni che non impediscono  
il “mantenimento provvisorio” del diritto esistente**

**56. L'esempio delle nazionalizzazioni.** — Talune Risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU contengono alcuni elementi che formano oggetto di aspra contestazione in ragione del loro carattere “rivoluzionario”. Non hanno però la forza di modificare il diritto positivo esistente, perlomeno in un primo momento. Il lodo arbitrale reso nel 1977 da RÉNÉ-JEAN DUPUY, nel caso più volte citato *Texaco c. Calasiatic*, ha bene evidenziato il metodo da seguire per tali fattispecie. In questo caso, l'arbitro esaminava in particolare l'ambito di applicazione di diverse Risoluzioni ONU relative a quello che, all'epoca, veniva comunemente denominato il “nuovo ordine economico internazionale”<sup>(26)</sup>; in seguito ad un'analisi approfondita in linea con quanto indicato dalla CIG nel caso *della Namibia* (competenza dell'Assemblea Generale, condizioni di voto, maggioranza, prassi successiva degli Stati), il Professor R.J. DUPUY giunse alla conclusione che alcune regole disposte dalla “Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati”, adottata nel 1974 e, in particolare, le invocate disposizioni di cui all'art. 2 relative alle *nazionalizzazioni*, dovevano essere considerate alla stregua di “una dichiarazione di carattere politico piuttosto che giuridico, rientrante nella strategia ideologica dello sviluppo e, come tale, sostenuta dai soli Stati non industrializzati” (§ 88-89). In altre parole, l'arbitro dichiarò che detta Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU aveva, nel caso di specie, un valore esortativo (*de lege ferenda*) ma non *de lege lata* e, pertanto, non poteva derogare il diritto positivo vigente.

**57.** — L'analisi di cui sopra lascia aperta la questione dei modi di evoluzione del diritto internazionale. Per riprendere l'esempio delle nazionalizzazioni, alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, alcuni auspicavano che il diritto internazionale evolvesse nel senso desiderato da quella maggioranza di Stati che era riuscita a far adottare, all'Assemblea generale dell'ONU, la “Carta dei diritti e doveri economici degli Stati”. Tuttavia, con il senno di poi, è evidente che tale evoluzione non si è mai verificata<sup>(27)</sup>.

<sup>(26)</sup> V., in particolare, i par. da 80 a 91 del lodo.

<sup>(27)</sup> V. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, 6 ed., cit., p. 549 ss.



## Capitolo IX

### GLI ATTI UNILATERALI TRANSNAZIONALI

**Bibliografia sommaria:** F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2003; ID., *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2 ed., Padova, Cedam, 2020; F. LATTY, *La lex sportiva, Recherche sur le droit transnational*, M. Nijhoff, Leiden, 2007; E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2010; D. CARREAU, « Mondialisation et transnationalisation du droit international », *Ann. Brés. Droit Int.*, 2012, p. 119 ss.; R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011; A. PRINCIPE (a cura di), *Le agenzie di rating*, Milano, Giuffrè, 2014; R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée — Aspects juridiques*, pref. J.-M. THOUVENIN, Bruxelles, Larcier, 2014; S. GADINIS, « Three pathways to global standards, private regulators and Ministry networks », *AJIL*, 2015, p. 1 ss.; D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique, op. cit.*, p. 396 ss.; J. WOUTERS, « Le statut juridique des standards publics et privés dans les relations économiques internationales », in *RCADI*, 2020, v. 407, p. 9-122; F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., Padova, Cedam-WKI, 2023.

**1. Mondializzazione e formazione del diritto.** — La mondializzazione della cultura, della tecnica e dell'economia — tratti caratteristici della nostra epoca — hanno modificato sia l'elenco delle fonti effettive di produzione del diritto internazionale, sia i rapporti tra il diritto internazionale e gli ordinamenti giuridici statali. Gli attori di questo mutamento epocale condividono la medesima natura di “enti non statali” (*non State actors of International Law*): si tratta infatti di organizzazioni non governative (ONG), di imprese multinazionali o ancora di “articolarzioni” di organizzazioni intergovernative. Tali attori transnazionali contribuiscono alla creazione delle regole transnazionali del diritto internazionale.

**2. L'unilateralismo.** — Tradizionalmente, l'unilateralismo viene associato all'attività dello Stato o a quella delle organizzazioni intergovernative. Affermazione, questa, corretta con riferimento al passato ma non più esatta nel nostro tempo. Oggi, gli attori transnazionali si collocano sempre più spesso all'origine di atti unilaterali che generano regole specifiche per le operazioni transnazionali (Sezione I). Tali atti unilaterali — almeno sul piano del loro contenuto normativo — costituiscono una fonte particolarmente significativa ed in piena espansione non solo al livello del diritto internazionale ma anche a quello del diritto interno (Sezione II).

#### Sezione I

##### UNA FONTE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE — TRANSNAZIONALE

#### § 1. — *Caratteri generali*

**3. Piano espositivo.** — In primo luogo, è opportuno precisare che gli attori transnazionali non operano *in vacuo juris*: essi devono rispettare le norme vincolanti

poste dal diritto internazionale-interstatale (1). In secondo luogo, le fonti di cui si tratta in questo capitolo riguardano solo gli operatori professionali con attività internazionale (2). In terzo luogo, parleremo delle fonti di tale “diritto professionale transnazionale” (3); da ultimo, si noterà come le norme in questione siano spesso munite di sanzioni (4).

### 1. — Il rispetto delle norme interstatali dell'ordinamento internazionale

**4. Una struttura gerarchica.** — Per quanto imperfetto possa essere, l'ordinamento giuridico internazionale pone delle regole che devono essere rispettate da tutti i suoi soggetti. Al vertice dell'ordinamento, lo ricordiamo, esistono delle “norme imperative” (*jus cogens*) alle quali è proibito derogare. Così, ad esempio, le organizzazioni sportive internazionali (*rectius* transnazionali) non possono adottare delle regole basate sulla discriminazione razziale o sul mancato rispetto dei diritti umani (1).

**5.** — Ad un livello inferiore, simili considerazioni valgono anche in presenza di norme poste attraverso trattati e consuetudini. Così, l'*International Air Transport Association (IATA)* fissa le norme applicabili alla logistica del trasporto aereo, ma lo fa rispettando le norme (generali o speciali) contenute nei trattati tra Stati, sia multilaterali (*ICAO*) sia bilaterali. Ancora: quando la Camera di Commercio Internazionale (*CCI/ICC*) elabora un “regolamento di arbitrato”, quest'ultimo deve essere conforme a quei principi generali di diritto processuale che sono l'uguaglianza delle parti e il rispetto del contraddittorio e per quanto espressione della *lex mercatoria processualis*, non viene di certo concepito per essere in aperto contrasto con le norme imperative universalmente applicabili in materia di diritti umani ed in vigore nella *lex situs arbitri* vari Stati. Per concludere queste brevi osservazioni, basti citare la famosa **sentenza Bosman** della Corte di Giustizia UE, la quale ricorda che il diritto sportivo — per quanto sia internazionale — viene regolato dal diritto UE nei suoi aspetti fondamentali, quali il rispetto della libera concorrenza e della libera circolazione dei lavoratori, ossia norme di applicazione necessaria di fonte UE (2).

### 2. — Un'applicazione indifferenziata *ratione personae*

**6.** — Senza dubbio gli atti unilaterali transnazionali riguardano solo gli operatori di un dato settore e non producono effetti nei confronti dei terzi. La realtà è, però, più complessa, ed un esempio rappresentativo viene offerto dal c.d. “**movimento olimpico**”: se è vero che le regole olimpiche si applicano principalmente agli sportivi considerati *uti singuli*, oltre che alle federazioni sportive alle quali appartengono, è altrettanto vero che tali norme influenzano pesantemente anche l'azione degli Stati, sia direttamente (nel caso in cui vogliono organizzare questo tipo di manifestazioni sportive), sia indirettamente (se vogliono che i loro atleti partecipino a dette manifestazioni sportive) (3).

(1) In argomento, v. F. LATTY *Lex sportiva*, cit., pp. 652-695.

(2) Corte di giustizia UE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Racc.*, I-4921.

(3) V. F. LATTY, *Lex Sportiva*, cit., pp. 584-601. Al riguardo, appare utile osservare che, grazie all'iniziativa diplomatica italiana, il 19 ottobre 2009 il Comitato Internazionale Olimpico (CIO) ha ottenuto lo *status* di osservatore all'Assemblea Generale dell'ONU.

Un secondo esempio notevole è offerto, spostandoci nel settore specifico della finanza internazionale, con riferimento alle **Agenzie di rating**, come ad esempio *Moody's, Standard & Poors e Fitch*. Tali enti privati — ma perché mai hanno tutti sede negli Stati Uniti? — valutano alla stessa stregua la “firma” delle imprese private e quella degli Stati o delle OIG e negli ultimi anni, tali enti sembrano fare il bello e il cattivo tempo in economia. Sulle riviste economiche si legge spesso che una certa agenzia di *rating* ha tagliato le stime sull'*outlook* o ha rivisto al ribasso il *rating* sul debito di un Paese al pari di quello di un qualsiasi istituto bancario o altra impresa commerciale. A tal fine, l'agenzia di *rating*, dopo un esame del bilancio e degli altri dati finanziari disponibili di un ente, stabilisce se il debito di quell'ente (impresa privata o Stato) è “sostenibile” oppure se c'è un rischio insolvenza. In esito a tali analisi l'agenzia di *rating* assegna un voto (per l'appunto il “rating”) su una scala che generalmente va da AAA (giudizio di massima affidabilità creditizia) a D (per *default*). L'impatto di tali “giudizi” sul mercato del debito degli Stati è immediato e tangibile in termini di *effettività* e di condizionamento della politica economica di ciascuno Stato, come si è visto in tempi recenti in Italia.

Un terzo esempio illustrativo è costituito dalle c.d. **norme ISO**, ossia degli standard elaborati in forma di *norme tecniche* da tale ONG (l'ISO, su cui si dirà a breve) e che, come tali, sono indirizzati sia ai privati che agli Stati. Nell'adottare tali “norme” o “regole d'arte” — e se ne contano 19500 —, i privati sanno che qualora un prodotto o un servizio sia conforme agli standard ISO ci si può attendere che quel prodotto o servizio sia sicuro, affidabile e di buona qualità, anche con riferimento alla tutela dell'ambiente, dei diritti sociali e della salute degli individui. Per i Governi, seguire le linee guide dell'ISO significa emanare delle normative nazionali che, essendo promosse dalla tecnocrazia per essere internazionalmente uniformi, facilitano il commercio di beni e servizi a livello internazionale. Non stupisce dunque che in seno all'OMC/WTO, nell'accordo sugli ostacoli tecnici al commercio, gli Stati membri abbiano richiamato i regolamenti tecnici ed gli standard elaborati da “organismi riconosciuti” a livello nazionale ed internazionale giacché quantunque l'osservanza di tali regole non sia obbligatoria non v'è dubbio che “grazie all'autorevolezza dell'organismo di provenienza, costituiscono dei parametri di riferimento spontaneamente adottati sia dai produttori sia dalle pubbliche amministrazioni, come anche delle compagnie di assicurazione, che spesso si rifiutano di stipulare polizze assicurative in relazione a prodotti che non si conformino a tali parametri” (4).

### 3. — Un diritto professionale

7. — Gli atti unilaterali transnazionali possiedono una caratteristica comune: la loro specializzazione funzionale. Tale fenomeno non deve sorprendere in quanto il diritto interno già conosce il diritto professionale; così, ad esempio, in Italia, numerose professioni sono regolamentate — dagli avvocati ai dottori commercialisti e agli esperti contabili, agli ingegneri, agli architetti e così via — ed organizzate (certamente con gradi diversi di organizzazione), sicché queste “producono” diritto professionale applicabile ai loro membri.

(4) V. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 202. Nello stesso senso v. A. COMBA, *Il neoliberalismo internazionale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 178 e D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, op. cit., p. 396 ss.

#### 4. — Le sanzioni

**8.** — Gli atti unilaterali transnazionali, pur mancando di veri e propri procedimenti di attuazione coattiva, sono spesso dotati di una larga gamma di sanzioni di natura morale, professionale o finanziaria. Va però sottolineato che la sanzione più efficace è l'*esclusione* (la versione laica della “*scomunica*” nel mondo dei credenti) del trasgressore dalla cerchia degli attori professionali del settore (si pensi alla radiazione dall'albo professionale).

**9.** — L'efficacia di quest'ultima sanzione è reale e non necessita di dimostrazioni: la sua semplice minaccia è sufficiente nella maggior parte dei casi ad assicurare il rispetto delle norme di cui si parla. Basti, tra gli altri, un esempio tratto dal mondo sportivo: in seguito agli insuccessi della squadra di calcio francese in occasione della coppa del mondo in Sudafrica nel 2010, il Ministro dello sport chiese le dimissioni del Presidente della Federazione Francese di Calcio (F.F.F.), per vedersi poi immediatamente “richiamato all'ordine” dalla Federazione internazionale interessata, la quale non mancò di insistere sul necessario rispetto delle regole internazionali fondamentali, vale a dire quella dell'indipendenza dello sport dal mondo politico. L'avvertimento venne recepito.

#### § 2. — *Principali manifestazioni del diritto transnazionale*

**10. Piano espositivo.** — Dapprima tali fenomeni si sono manifestati al di fuori del settore economico (1), per poi espandersi al suo interno (2).

##### 1. — Nel mondo non-economico

**11. Mondo religioso.** — Il *diritto internazionale-transnazionale* si è sviluppato tradizionalmente in ambito religioso e, nel corso dei secoli, si è integrato col diritto internazionale-interstatale, fino ad essere confuso con esso dai teologi del Medioevo che insegnavano anche il diritto internazionale (*supra*, Cap. 1). Basti pensare al *diritto canonico* della Chiesa Cattolica ancor oggi vigente <sup>(5)</sup>. Qui, gli “atti unilaterali” emanati dal Papa, sotto forma di “encicliche” o di “bolle”, continuano ad esercitare un'influenza universale tanto sulla vita dei credenti quanto sulla condotta degli stessi Stati (o almeno di alcuni di essi), ovunque essi si trovino. Ma il diritto canonico, in quanto ordinamento giuridico transnazionale ed universale della Chiesa cattolica si contrappone al diritto ecclesiastico <sup>(6)</sup>, in quanto quest'ultimo designa solo il ramo del diritto dello Stato inteso a regolare la vita giuridica delle confessioni religiose nel proprio territorio.

**12. Mondo politico e sindacale.** — Rilevante ai fini della trattazione risulta essere anche il movimento sviluppatosi alla fine del XIX secolo, con la creazione di “internazionali” comprendenti i partiti politici e i sindacati operai e dei datori di lavoro. Gli atti unilaterali adottati dagli organi dirigenti transnazionali prendono

<sup>(5)</sup> V. ad es., G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, 5 ed. a cura di G. Boni e P. Cavana, Giappichelli Editore, Torino, 2022.

<sup>(6)</sup> In arg. cfr. C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2019.

allora la forma di “programmi comuni” o di “principi direttivi”, spettando poi agli organismi locali il compito di attuarli.

**13. Mondo sportivo.** — La *lex sportiva* di oggi è ampiamente il frutto di organizzazioni transnazionali (le federazioni internazionali e il movimento olimpico) che operano attraverso atti unilaterali adottati in applicazione delle loro norme statutarie, le quali devono essere rispettate da tutti i destinatari (7).

## 2. — Nel mondo economico

**14. La connivenza degli Stati.** — Il principale settore di applicazione degli atti unilaterali è, oggi, quello economico. Da oltre mezzo secolo gli Stati hanno liberalizzato gli scambi internazionali riconoscendo una sempre più ampia autonomia contrattuale agli operatori economici: basti riferirsi alla diffusione globale dei modelli contrattuali internazionalmente uniformi, e all’evoluzione legislativa a livello statale in materia internazionalprivatistica circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali. Pertanto, il potere di creazione del diritto degli attori transnazionali si è sviluppato con la “connivenza” degli Stati e non contro di essi. *Laissez faire, laissez passer!* Gli Stati hanno rapidamente compreso tutti i vantaggi e i benefici che potevano ricavare da un approccio flessibile e benevolente rispetto ad una regolazione delle operazioni economiche internazionale proveniente dai professionisti interessati.

**15. I trasporti internazionali e il diritto marittimo.** — Il fenomeno di regolazione privata nel settore dei trasporti internazionali ha avuto origine molto tempo fa, all’epoca dell’antica *lex mercatoria*, in ambito di trasporto marittimo: si pensi alle **regole di York e Anversa**, di origine astatale, che governano ancor oggi il settore estremamente sensibile delle avarie comuni. Oggi sono gestite da una ONG — il **Comitato Marittimo Internazionale** — che le aggiorna periodicamente. Sempre nel medesimo settore, e dopo la metà del XIX secolo, sono apparse le “conferenze marittime” tra armatori per organizzare la concorrenza, regolare il trasporto su base geografica. Si può citare anche la **IATA**, che, dopo la seconda guerra mondiale, ha regolato privatamente il trasporto aereo o ancora il **Baltic and International Maritime Council (BIMCO)** un’altra ONG che disciplina a livello mondiale i contratti tramite i quali si realizzano i trasporti marittimi ed il noleggio di navi.

**16. Il diritto degli affari.** — Anche ai giorni nostri il diritto internazionale degli affari viene largamente plasmato e regolamentato dalle ONG (8). È il caso di menzionare il ruolo della già citata CCI/ICC, una ONG con sede a Parigi che da circa un secolo ha potuto intraprendere la “standardizzazione” di certe operazioni di commercio internazionale, dai modelli contrattuali internazionali al **credito documentario** o gli **INCOTERMS**, per non parlare dello sviluppo di un **sistema arbitrale** (e ADR) di risoluzione delle controversie commerciali internazionali funzionante su scala mondiale e dalla stessa amministrato. Più recentemente ancora, i modelli di contratto di appalto internazionale con cui vengono effettuati i grandi lavori di costruzione in giro per il mondo sono regolati da una ONG, la **International Federation of Consulting Engineers (FIDIC)**.

(7) V. F. LATTY, *op. cit.*, pp. 47-159; C. DORDI, *Le federazioni sportive internazionali*, in E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 71 ss.

(8) Si rinvia a F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, *op. cit.*

**17. Il diritto finanziario.** — Infine, il diritto dei mercati finanziari, il diritto bancario e delle assicurazioni dei singoli Stati viene costantemente irrigato e sviluppato tramite atti unilaterali transnazionali provenienti da enti internazionali. Si tratta, all'apparenza di semplici "proposte" o "raccomandazioni" o linee guida. Ma dietro a tale facciata si cela un *potere tecnocratico transnazionale* male — o affatto — controllato dagli Stati. Basti pensare, tra i tanti esempi, alle "Regole di Basilea" e al potere delle sanzioni di mercato (c.d. *market sanctions*) che fa capo alle agenzie di *rating*. Quanto alle regole bancarie, basti l'esempio per cui le regole sul credito documentario (c.d. *lettera di credito*), il principale strumento di pagamento nel commercio internazionale, sono fissate *urbi et orbi*, direttamente ed unilateralmente, dalla ICC. Negli Stati Uniti, lo Stato di New York ha disposto un rinvio formale tramite l'art. 5 dello UCC, "adattando" così formalmente l'ordinamento interno alle regole transnazionali dei soggetti privati operanti nel settore bancario.

**18. Degli atti aventi diversa efficacia.** — Per concludere questa sezione, occorre sottolineare che gli atti unilaterali ai quali si è fatto riferimento non vanno collocati sullo stesso piano. Alcuni atti si applicano direttamente nell'ordinamento transnazionale a tutti i partecipanti, chiunque essi siano. Per altri, invece, vale un discorso diverso: pur non applicandosi *erga omnes* — e tale fenomeno costituisce una sorta di rivoluzione culturale — finiscono col divenire fonte di diritto interno, come si vedrà d'appresso.

## Sezione II

### UNA FONTE DI DIRITTO INTERNO

**19. Piano espositivo.** — Uno dei problemi peculiari del diritto internazionale è quello dei rapporti tra l'ordinamento internazionale/transnazionale e l'ordinamento interno. Oggi, si deve constatare che esiste una tendenza molto netta a operare una sorta di "fusione per assorbimento" tra la norma interna e la norma internazionale (§ 2), la quale si realizza essenzialmente tramite gli *standard* posti dagli attori transnazionali (§ 3). Per comprendere questa evoluzione, tuttavia, è necessario distinguere, in via preliminare, gli aspetti formali da quelli sostanziali del diritto (§ 1).

#### § 1. — *La necessaria distinzione tra gli aspetti formali e sostanziali del diritto*

**20. Piano espositivo.** — Se in passato la distinzione tra aspetti formali e sostanziali del diritto non era così marcata (1), al giorno d'oggi tale confine è divenuto più evidente (2), il che rende particolarmente complesso il ruolo dell'interprete (3).

#### 1. — *La situazione tradizionale: assenza di distinzione*

**21. Il trionfo del positivismo giuridico nell'ordinamento interno.** — Tradizionalmente, in un'epoca dominata dalla dottrina realista-statalista, la distinzione tra aspetti formali e aspetti sostanziali del diritto appariva superflua se non inopportuna. Così, ad esempio, la legge francese o italiana, votata dal Parlamento, stabiliva regole di diritto francesi o italiane, espressione delle scelte nazionali del legislatore in campo amministrativo, civile, commerciale, costituzionale, penale o sociale e così via. Certo, tali

scelte potevano essere influenzate da esperienze giuridiche straniere o, talvolta, venivano necessitate dal diritto pattizio, ma rimanevano soprattutto scelte normative “nazionali” <sup>(9)</sup>.

**22. Il suo riflesso nell’ordinamento internazionale.** — In un’ottica positivista tradizionale, il diritto internazionale veniva considerato come il mero prodotto della volontà degli Stati. Eventuali similitudini tra diritto internazionale e diritto interno venivano poste in secondo piano a causa della diversa natura formale delle fonti di ciascun ordinamento giuridico. Eppure, la celebre CVT, ha trasposto nell’ordinamento internazionale l’essenza di norme in materia di obbligazioni contrattuali ben sperimentate nel diritto interno.

**23. Dei “trapianti” di regole dal diritto interno al diritto internazionale e vice-versa.** — In passato, la contaminazione giuridica procedeva in una sola direzione, ossia dal diritto interno verso il diritto internazionale: il primo costituiva la fonte principale del secondo. Oggi, la tendenza si è invertita in molti settori cruciali — a cominciare da quello dell’economia ed è l’ordinamento interno che si ritrova a volte persino troppo aperto — o disarmato? — rispetto all’ingresso continuo di norme dell’ordinamento internazionale-transnazionale.

## 2. — La distinzione attuale

**24. L’esempio emblematico delle direttive UE.** — Le Direttive UE costituiscono, oggi, il miglior esempio — ancorché non l’unico — della dissociazione tra aspetti formali e sostanziali del diritto. L’art. 288 TFUE non potrebbe essere più chiaro al riguardo: la direttiva “vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”. I Parlamenti nazionali adotteranno, di conseguenza, delle leggi — formali — di attuazione di una norma che è stata concepita altrove, in seno alla UE. Risulta altresì evidente che gli Stati membri UE si limitano a “trasporre” delle regole che, pur se contenute in direttive, sono spesso molto dettagliate e riducono al minimo il margine di manovra degli Stati. Già all’epoca della creazione del “mercato unico”, il Presidente della Commissione europea — Jacques Delors — affermava spesso che “in dieci anni, l’80% della legislazione economica e probabilmente fiscale e sociale proverrà dalla Comunità”.

**25. L’impronta delle norme unilaterali transnazionali.** — Il fenomeno precedentemente descritto si può ritrovare — in maniera più diffusa e anorganica — in campo sportivo o economico, le norme unilateralmente adottate dagli attori transnazionali competenti finiscono con l’essere riprese *expressis verbis* dal “legislatore” interno, il quale non farà altro che aggiungervi una sanzione di diritto interno in caso di loro violazione.

## 3. — Le difficoltà per l’interprete

**26. I lavori preparatori.** — Una delle missioni fondamentali dei giuristi — avvocati, magistrati, notai, consulenti o professori universitari — consiste nell’inter-

<sup>(9)</sup> Cfr. ad es. R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 55 ss.

pretazione delle norme giuridiche. In presenza di una norma di diritto interno, l'interprete può contare sui "lavori preparatori" di detta regola.

Niente di tutto ciò — o quasi — avviene con riferimento all'ordinamento internazionale/transnazionale. L'adozione delle norme in tale contesto non avviene secondo un processo aperto, formalizzato e trasparente. Di qui l'estrema difficoltà di indagare la "comune intenzione delle parti". In queste condizioni, sono spesso gli autori transnazionali di tali norme ad essere ugualmente indotti a interpretarle in modo da permettere un'applicazione uniforme. Da ciò la difficoltà per il giurista nazionale a svolgere la sua tradizionale missione di interpretazione delle norme vigenti.

### § 2. — *La "fusione per assorbimento" della norma interna con la regola transnazionale*

**27. Una autentica rivoluzione culturale.** — Quanto detto sopra, altro non è se non la conseguenza diretta della "rivoluzione culturale" a cui si è precedentemente accennato, rivoluzione che vede il movimento di creazione del diritto procedere "dall'alto verso il basso", ossia dall'ordinamento internazionale-transnazionale verso l'ordinamento giuridico dello Stato. In tutti i settori coinvolti da tale fenomeno, l'ordinamento nazionale tende a ridursi ad un ordinamento giuridico accessorio rispetto all'ordinamento giuridico internazionale/transnazionale, vero luogo di elaborazione normativa universale.

**28. Alcuni esempi.** — Ci si limiterà a citare alcune manifestazioni tipiche del diritto transnazionale del nostro tempo: dalla *lex sportiva* (1) al settore economico (2).

#### 1. — *L'esempio della "lex sportiva"*

**29.** — Come abbiamo indicato poc'anzi, esiste attualmente una *lex sportiva*, elaborata da enti transnazionali — federazioni internazionali e movimento olimpico — alla quale gli ordinamenti giuridici nazionali devono conformarsi. Questi ultimi possono attuarla sia riconoscendole diretta efficacia (ciò avviene raramente e il caso francese costituisce un buon esempio di questa reticenza), sia rinviando ad essa attraverso uno strumento giuridico appropriato di diritto interno che le conferisce pieno valore di diritto positivo — e senza modificarla in occasione di tale recepimento<sup>(10)</sup>. Qualunque sia il metodo prescelto, il risultato è lo stesso: pur passando da un ordinamento all'altro, la norma sportiva, concepita al di fuori dello Stato, resta inalterata nella sostanza anche quando penetra all'interno dell'ordinamento statale.

#### 2. — *L'esempio della nuova "lex mercatoria"*

**30.** — Si è precedentemente indicato il ruolo preminente di certi attori transnazionali nella formulazione di regole applicabili in materia di commercio internazionale. Si tratta ora di precisare l'articolazione tra le norme caratterizzate da un'origine e da un contenuto internazionale-transnazionale e la loro esecuzione nazionale.

<sup>(10)</sup> F. LATTY, pp. 47-525 e 419-527.



**31. I trasporti aerei e marittimi.** — Nell’ambito dei trasporti aerei abbiamo citato la **IATA**, che regola la logistica (prezzo dei biglietti, peso e dimensione dei bagagli, servizio a bordo, trasferibilità del titolo di viaggio, ecc.), sicché gli Stati si limitano, in tale settore, ad una semplice “omologazione” finalizzata a dare piena effettività alle regole della IATA. A propria volta, nel settore del trasporto marittimo, esistono le “conferenze marittime” (si tratta di “gruppi” di armatori) che svolgono lo stesso ruolo, ma in modo più autonomo (e opaco) dal momento che non esiste alcuna delega statale in senso formale; senonché, anche qui si tocca con mano che si è in presenza di un diritto professionale transnazionale allo stato puro, che si applica direttamente nei diversi ordinamenti giuridici interessati: tanto l’ordinamento internazionale quanto quello interno.

**32. Diritto finanziario.** — Se si rivolge l’attenzione all’ambito del diritto dei mercati finanziari, del diritto bancario e di quello delle assicurazioni o anche delle società (la contabilità o la gestione delle imprese, la “*corporate governance*”<sup>(11)</sup>), si nota ancora una volta che un numero considerevole di norme sia *interno*, cioè nazionale, solo di facciata dal momento che il loro contenuto ricalca quello delle corrispondenti norme transnazionali. Si tratta, insomma, di *norme interne riproduttive di regole transnazionali di origine tecnocratica, che non sono il prodotto della mediazione politica negli Stati e degli Stati*. Ci si limiterà a due esempi emblematici relativi alla genesi di alcune tra le più importanti norme bancarie e contabili di questi ultimi anni.

**33. Le norme bancarie transnazionali.** — Per le norme che regolano il mondo bancario, e riguardanti tanto la sua organizzazione che le sue attività, esiste un “Comitato delle regole e delle pratiche di controllo delle operazioni bancarie”, creato nel 1974 sotto l’egida della Banca dei Regolamenti Internazionali — ente internazionale con sede a Basilea — che ne è stata la fonte. Tale “Comitato di Basilea” (come viene comunemente denominato oggi) è composto dai rappresentanti delle autorità di regolazione bancaria nazionali e appare come un’“emanazione” della BRI, la quale le fornisce una sede, un servizio di segretariato e le risorse finanziarie necessarie ad operare. Per la sua composizione e il suo legame con la BRI, il “Comitato di Basilea” può essere anche qualificato come attore transnazionale<sup>(12)</sup>. Nel corso degli anni, il “Comitato di Basilea” ha formulato delle “raccomandazioni” (correntemente denominate **Basilea I** nel 1998, poi **Basilea II** nel 2004 o ancora **Basilea III** nel 2010 e così via) che, almeno per quanto riguarda le prime due, sono state trascritte *expressis verbis* nel diritto interno degli Stati (in particolare gli Stati che possiedono un importante sistema bancario). *Per gli Stati membri della UE, tale trasposizione è avvenuta addirittura in via sovranazionale, attraverso l’ordinamento UE, tramite apposite direttive bancarie*. In altre parole, le corrispondenti norme bancarie in vigore sono *nazionali* sul

<sup>(11)</sup> Cfr. F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, Cedam, 2010, p. 84 ss.; A. FLECKNER, K. HOPT (eds), *Comparative corporate governance: a functional and international analysis*, Cambridge, CUP, 2013; G. MANIASALI DARMAN, *Corporate Governance Worldwide*, ICC Pub. N. 654, Paris, 2004.

<sup>(12)</sup> In argomento cfr. J.L. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, n. 362-523.

piano formale, ma intrinsecamente *transnazionali* sul piano sostanziale, in ragione dell'identità della loro origine e del loro contenuto <sup>(13)</sup>.

**34. I principi contabili internazionali.** — Il processo di creazione delle regole contabili è ancora più sorprendente. In materia di bilancio, esiste una ONG — l'*International Accounting Standard Board (IASB)* — un'associazione di diritto inglese con sede a Londra, che esercita un ruolo di “standard setter” ossia di “legislatore internazionale di fatto”. Quest'associazione, i cui membri sono i rappresentanti degli ordini nazionali degli esperti contabili, si è data il compito di procedere alla “normalizzazione” delle regole contabili proponendo degli “standard” ossia gli *International Accounting Standards (IAS)* — in Italiano li si chiama i *Principi contabili internazionali* — e gli *International Financial Reporting Standards (IFRS)* — descritti come rappresentativi delle “migliori pratiche” (*best practices*) in materia. Ma si tratta della “grammatica della globalizzazione” giacché solo tramite la loro formulazione e la loro applicazione diviene possibile confrontare i bilanci delle imprese dei diversi Stati e quindi fare circolare il capitale o procedere ad operazioni di fusione ed acquisizione societaria. Per le medesime ragioni, i “principi contabili internazionali” penetrano *expressis verbis* nel diritto interno di un considerevole numero di Stati (per gli Stati membri dell'UE la “trasposizione” è avvenuta tramite il diritto UE, a partire dalle Direttive in materia di bilancio) <sup>(14)</sup>, tant'è che l'art. 2426 cod. civ. it. indica che “per la definizione di ‘strumento finanziario’, di ‘attività finanziaria’ e ‘passività finanziaria’, di ‘strumento finanziario derivato’, di ‘costo ammortizzato’, di ‘fair value’, di ‘attività monetaria’ e ‘passività monetaria’, ‘parte correlata’ e ‘modello e tecnica di valutazione generalmente accettato’ si fa riferimento ai principi contabili internazionali adottati dall'Unione europea” <sup>(15)</sup>.

Senonché, ancora una volta, un'osservazione è d'obbligo: tali norme sono *falsamente nazionali*, in quanto la loro concezione e la loro sostanza, ossia il loro contenuto normativo materiale, è “alieno” giacché sono di provenienza transnazionale.

**35. L'ISO.** — Ad ulteriore esempio, si consideri l'attività di un particolare ente: l'ISO, ossia l'Organizzazione internazionale per la standardizzazione. Fondata nel

<sup>(13)</sup> Cfr. le illuminanti parole di F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001: “L'esempio più vistoso nelle società nazionali è il sopravvento delle autorità tecnocratiche sulle autorità politiche, perché più aperte ai circuiti internazionali, meno legate a interessi, meglio idonee a dialogare fra loro entro la società globale. Gli uomini più potenti della terra oggi sono, probabilmente, i governatori delle banche centrali, che nelle rispettive società nazionali sono pure tecnocrazie sprovviste di investitura popolare. Come ne sono sprovvisti i corpi giudiziari, neppure essi elettivi, e tuttavia disposti ad assumere compiti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, che in passato si ritenevano riservati alla sede politica”. In argomento v. pure F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, op. cit..

<sup>(14)</sup> E la UE li ha “recepiti” tramite il Reg. (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002, relativo all'applicazione di principi contabili internazionali. Il considerando n. 2 è particolarmente illustrativo: “Ai fini di un migliore funzionamento del mercato interno, occorre obbligare le società i cui titoli sono negoziati in mercati pubblici ad applicare un insieme unico di principi contabili internazionali di elevata qualità per la redazione dei loro bilanci consolidati. Inoltre, è importante che i principi dell'informativa finanziaria applicati dalle società comunitarie attive nei mercati finanziari siano accettate a livello internazionale e costituiscano principi di carattere veramente globale. Ciò implica una maggiore convergenza dei principi contabili attualmente utilizzati a livello internazionale, con l'obiettivo finale di conseguire un insieme unico di principi contabili su scala mondiale”. In tema, ma con accenti diversi, cfr. L. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*, V ed., Milano, Giuffrè, 2019 nonché U. SOSTERO, E. SANTUSSO, *I principi contabili per il bilancio d'esercizio*, II ed., EGEA, 2018.

<sup>(15)</sup> Corsivo aggiunto.

1946, l'ISO è una ONG con sede a Ginevra con lo scopo di fissare norme comuni “ad applicazione volontaria” per la costruzione dei manufatti e per le caratteristiche qualitative delle merci, al fine di agevolare gli scambi internazionali di beni e servizi e la mutua cooperazione in campo economico, culturale, scientifico e tecnologico. Aderiscono all'ISO gli enti per la “normazione nazionale”, come l'UNI italiano. Gode di *status* consultivo presso l'UNESCO e presso diverse organizzazioni specializzate dell'ONU.

**36. I fenomeni di osmosi tra l'ordinamento interno e l'ordinamento transnazionale.** — Gli esempi precedenti evidenziano bene la situazione di *osmosi* nella quale si trova oggi l'ordinamento interno di ciascuno Stato e l'ordinamento internazionale-transnazionale in un numero crescente di settori la cui importanza non sfugge più a nessuno. Separarli e, *a fortiori*, contrapporli è un'operazione solo di facciata.

Quanto precedentemente evidenziato conduce a rivalutare la distinzione tra *hard* e *soft law*: la realtà attuale, dominata dalla mondializzazione, è che in numerosi settori — principalmente economici — *l'ordinamento transnazionale controlla la sostanza delle norme giuridiche (quasi sempre tramite la propria soft law) mentre l'ordinamento interno si limita alla loro riproduzione formale (quasi sempre di hard law) ed alla loro attuazione tramite il braccio secolare dello Stato*. Ciò è possibile, appunto, mediante la tecnica giuridica della formulazione di *standard internazionali*, che, come tali, riescono ad attraversare “indenni” la frontiera dell'ordinamento interno.

### § 3. — *Lo standard: veicolo giuridico di transnazionalizzazione del diritto*

**37. Un concetto noto ai giusinternazionalisti.** — La nozione di “standard” è ben nota agli internazionalisti. Tale concetto fa riferimento a una regola di condotta “ottimale”, un *parametro per la valutazione*, o persino per la validità, di una data condotta. E tutta la difficoltà per gli analisti sta nel fatto che una norma così formalizzata è suscettibile di possedere una natura (e dunque un'autorità) giuridica variabile.

**38. Lo standard come norma internazionalmente vincolante.** — Innanzitutto, lo *standard* può costituire una norma vincolante nell'ordinamento internazionale in quanto riflette un certo tipo di comportamento che va rispettato o un obiettivo da raggiungere fissato in una regola di diritto positivo. In tal senso, basti ricordare il famoso “*standard internazionale minimo di trattamento degli stranieri* (un tempo denominato “standard di civiltà”): questo riveste un ruolo centrale nel diritto internazionale degli investimenti, imponendo a ciascuno Stato ospite un “minimo irriducibile”, il rispetto di un “trattamento giusto ed equo”, di pari passo con una piena “sicurezza e protezione” a vantaggio degli investitori stranieri (v. *infra*, Cap. XV).

**39. Lo standard come norma internazionalmente non vincolante ed il potere dei ranking.** — Nella maggior parte dei casi, in ambito economico, lo *standard* è *privo di valore vincolante* ma individua un *risultato da perseguire*, una *best practice* o ancora una regola tecnica o una “regola dell'arte”, una regola universalmente accettata per l'esercizio di una data attività professionale. Altre volte, assumerà la forma di una *raccomandazione*, che priva di vincolatività *proprio vigore*, identificherà sempre un “*optimum*” (definito sempre dallo *standard setter* ai *propri fini*). Qualunque sia il suo aspetto esteriore, lo “standard” in questione non nasce possedendo già il carattere di

norma giuridica obbligatoria. Si tratta, all'inizio, solo di *soft law*. Ma quando gli attori transnazionali sopra citati stabiliscono e formulano uno "standard" nella loro sfera di competenza, ciò diviene rapidamente un "optimum", una "migliore pratica", correntemente seguita nel mondo degli affari e tale carattere è sufficiente a convincere le autorità nazionali dei singoli Stati a trascriverla, ad incorporarla nel loro ordinamento interno. Certo, è teoricamente possibile per le autorità nazionali non procedere a tali operazioni di pedissequa recezione. Ma ciò si verifica, in concreto, molto raramente. La ragione è legata ad un ulteriore potente fattore prodotto dalla globalizzazione stessa: la **concorrenza tra Stati** (nonché tra i rispettivi sistemi economici e giuridici) che spingerà il singolo Stato "deviante" ad adeguarsi agli standard in questione, per evitare di porre i propri cittadini, attori della competizione internazionale, in una condizione svantaggiosa dovuta alla mancata adozione delle regole formulate dagli attori transnazionali competenti <sup>(16)</sup>.

Infine, la forza nascosta della "buona pratica" non vincolante può manifestarsi attraverso l'insidiosa tecnica dei **ranking** che conduce, dietro la parvenza dell'oggettività matematica, a fare delle classifiche dei Paesi o degli enti privati "migliori" e "peggiori". Questa tecnica ha un impatto profondo soprattutto sull'*opinione pubblica nazionale* la quale non ama o non è sempre in grado di conoscere le ragioni per cui il proprio Stato o la propria azienda non siano in cima alla "scala della virtù". Ed è proprio nella sapiente ponderazione degli **indicatori di performance** e dei **ranking** che si manifesta una volta di più il potere transnazionale.

Al di fuori di un controllo dello Stato o delle OIG, l'indicatore — elaborato da un gruppo di interessi privato — avanza velocemente mascherato presentandosi come un semplice ed innocuo *strumento di misura* e può diventare persino un'"arma di distruzione matematica" <sup>(17)</sup>. Ben presto, tuttavia, finisce con il manifestare il suo **potere prescrittivo**, ossia quello di indirizzare con forza i comportamenti dei soggetti che dovrebbe valutare, dal momento che questi ultimi vengono ricompensati con un avanzamento nel *ranking* quando lo rispettano. Tale processo, al pari della pietra filosofale, trasforma ciò che non è formalmente vincolante in una limitazione della sovranità o se si preferisce del libero arbitrio del soggetto *target* incidendo pesantemente sulla condotta di quest'ultimo attraverso il proprio sistema di incentivi (*stick and carrot*).

Siamo davvero sicuri che i *ranking* universitari non rientrino in questa categoria? Chi controlla tali *ranking*? *Cui prodest*? Invitiamo ogni lettore a riflettere a tale riguardo.

**40. Lo standard transnazionale come norma interna per destinazione.** — Gli atti unilaterali adottati dagli attori transnazionali sotto forma di "standard" hanno come fine precipuo quello di essere attuati nel diritto interno dei singoli Stati. Tale è la loro ragion d'essere. Ma essendo stati elaborati da "professionisti" per "professionisti", le "regole dell'arte" come gli *standard* sfuggono al negoziato tra Stati e al controllo

<sup>(16)</sup> Cfr. ad es. la giurisprudenza della Cassazione italiana a proposito del contratto autonomo di garanzia e le considerazioni di sintesi di F. GALGANO: "[l]a vera ragione per la quale la garanzia automatica è giudicata valida risiede, piuttosto, nella grande diffusione internazionale di questa figura: non si può, pena l'isolamento commerciale del nostro Paese, giudicare per noi nullo un contratto universalmente considerato valido". F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, 2<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2010, p. 385 s.

<sup>(17)</sup> V. in tal senso C. O'NEILL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, Bompiani, 2018.

parlamentare interno a ciascuno Stato. Certo, la natura altamente tecnica delle materie trattate si presta assai poco a passare attraverso le classiche procedure di *law making* internazionale e gli Stati stessi ne sono intimamente persuasi tant'è che, lungi dall'ostacolare questo tipo di regole, non hanno fatto altro che incoraggiarne la produzione. Così, tale fenomeno di "standardizzazione" a-nazionale, generato su iniziativa degli attori transnazionali e *geneticamente programmato per infiltrarsi nell'ordinamento interno* dei singoli Stati, conduce indisturbato ad un'"uniformazione" spontanea delle sue regole su scala planetaria.

**41. Conclusione.** — In conclusione, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale la materia degli atti unilaterali transnazionali consente di cogliere nitidamente alcune forme moderne e peculiari di creazione a-statuale e non interstatale di regole di diritto transnazionale, regole che, penetrando nell'ordinamento interno di ciascuno Stato, si ritrovano automaticamente assorbite nel tessuto normativo nazionale. Ciò tuttavia accade senza passare attraverso i classici meccanismi di adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionali (v. *infra* Cap. XVII). Quei filtri, infatti, sono stati concepiti e permangono *in toto* solo per le norme di *hard law* di formazione interstatale come i trattati e le consuetudini internazionali, lasciando aperta (per non dire spalancata) la porta dell'ordinamento giuridico dello Stato all'ingresso di norme transnazionali aliene, norme che sono create dalla tecnocrazia globale a prescindere sia dai parlamenti nazionali che da ogni mediazione politica tra Stati sul piano interstatale. Ma la dottrina contemporanea che continua a sostenere che, nel nostro tempo, il diritto internazionale sia solo il diritto internazionale pubblico, ancora non se n'è accorta.

### Titolo III

## LE NORME NON SCRITTE

### Capitolo X

## LA CONSUETUDINE INTERNAZIONALE

**Bibliografia sommaria:** si tratta di un argomento su cui esiste una letteratura sterminata. V. in particolare: P. ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 190 ss.; G. SPERDUTI, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1946; M. GIULIANO, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padova, Cedam, 1950 [rist. 2017], p. 161 ss.; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., Padova, Cedam, 1967, p. 25 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., 1968, p. 129 ss.; P. GUGGENHEIM, "Les deux éléments de la coutume en droit international", in *Mélanges Scelle*, 1950, 1, 275 e ss.; Id., "L'origine de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens", in *Mélanges Basdevant*, 1960, 258 e ss.; BAXTER, "Treaties and Custom", in *RCADI*, 1970-I, t. 129, p. 25; R. J. DUPUY, "Coutume sage et coutume sauvage", in *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 75; Id., "Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la 'soft law'", in *L'élaboration du droit international public*, cit., 132 e ss.; M. AKEHURST, "Custom as a Source of International Law", in *BYBIL*, vol. 47, 1974/5, pp. 1-53; J. CHARPENTIER, "Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier", in *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, p. 105; P. BARILE, "La structure de l'ordre juridique international. Règles générales et règles conventionnelles", in *RCADI*, 1978/III, p. 9 ss.; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, "La costumbre como fuente del derecho internacional", *Homenaje al pr. Miaja de la Muella*, Madrid, Tecnos, 1979, t. 1, p. 375; B. STERN, "La coutume au cœur du droit international: quelques réflexions", in *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 479 e ss.; L. FERRARI BRAVO, "Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États", *RCADI*, v. 192, 1985, pp. 233-330; P. HAGGENMACHER, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", in *RGDIP*, 1986, p. 5; L. SOHN, "Unratified Treaties as source of Customary International Law", in *Mélanges W. Riphagen*, 1986, p. 231; G. ABI-SAAB, "La coutume dans tous ses états", in *Mélanges R. Ago*, 1987, t. I, p. 55; A. CASSESE, J.H. WEILER (eds.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin-New York, De Gruyter, 1988; G. ARANGIO-RUIZ, voce "Consuetudine (diritto internazionale)", in *Enc. giur. Treccani*, VIII, 1988; L. CONDORELLI, "Consuetudine internazionale", in *Dig. Pubb.*, 1989, p. 490 ss.; L. FERRARI-BRAVO, "Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États", in *RCADI*, 1985-III, t. 192, p. 233; R. MONACO, "Fonti del diritto (diritto internazionale)", in *Enc. Giur.*, vol. XV, 1989; J.A. BARBERIS, "Réflexions sur la coutume internationale", in *AFDI*, 1990, 9 et Id., "La coutume est-elle une source formelle du droit international ?", in *Mélanges M. Virally*, 1991, p. 43; *Oppenheim's International Law*, 9<sup>th</sup> ed., London, 1992, p. 3-115; J. CHARNEY, "Universal International Law", *AJIL*, 1993, p. 529; R. HIGGINS, *Problems and Process*, Oxford, OUP, 1994, p. 1-55; G. NESI, *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1996; O. SCHACHTER, "New Custom, Power, Opinio Juris and Contrary Practice", in *Mélanges Skubiszewski*, 1996, p. 531; M. MENDELSON, "The Formation of Customary International Law", in *RCADI*, 1998, v. 272, p. 155; P. PALCHETTI, "La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di giustizia", *Riv. dir. int.*, 1999, p. 647 ss.; A. ROBERTS, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *AJIL*, 2001, p. 757; I. BROWNLIE, "Some Problems in the Evolution of the Practice of States as an Element of Custom", in *Studi Arangio Ruiz*, t. I, 2004, p. 313; J. KAMMERHOFER, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", *EJIL*, 2004, p. 523; M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Reissue with New Epilogue*, Cambridge, CUP, 2005, chap. 6; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 221 ss.; C. EMANUELLI, « L'étude de la CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 435; Y. DINSTEIN, "The interaction between Customary International Law and Treaties", in *RCADI*, 2006, t. 322, p. 243; PERRAU-SAUSINNE, MURPHY (eds.), *The Nature of*

*Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, CUP, 2007; G. ARANGIO-RUIZ, “Customary Law: a few more thoughts about the Theory of Spontaneous International Custom”, in *Mélanges J. Salmon*, 2007, p. 93; A. PELLET, “Art. 38”, in A. ZIMMERMAN, C. TOMUSCHAT & K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, OUP, 2012, p. 868 ss; M. SCHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change*, Cambridge, C.U.P., 2013; P. FOIS, “Le organizzazioni internazionali e la formazione del diritto internazionale contemporaneo. Il ruolo degli Stati membri”, *Riv.dir.int.*, 2014, p. 641 ss.; K. IPSEN et alii, *Völkerrecht*, 6<sup>a</sup> ed. Munich, 2014, pp. 390-395 e 471-510; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014; A. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 3 ed., cit., p. 54 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed. cit., p. 39 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 253 ss.; S.D. MURPHY, “Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission”, *AJIL*, 2015, pp. 822-844; SIDI, *L’incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* a cura di P. PALCHETTI, Napoli, ES, 2016; L. HELFER, I.B. WUERTH, “Customary International Law: An Instrument Choice Perspective”, *Michigan J. Int. Law*, 2016, pp. 563-609; O.M. SENDER, M. WOOD, “The Emergence of Customary International Law: Between Theory and Practice”, in C. BRÖLMANN and Y. RADI (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Edward Elgar Pub., 2016, pp. 133-159; COUNCIL OF EUROPE (ED.), *The Judge and International Custom*, Brill, 2016; G. NOLTE, “How to Identify Customary International Law? - On the Final Outcome of the Work of the International Law Commission”, in *Japanese Y.B. Int’l L.*, 2019, 251 ss.; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, 9 ed., cit., p. 21 ss.; M. SHAW, *International Law*, 9<sup>a</sup> ed., cit., p. 60 ss.; R. LUZZATTO, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 45 ss.; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., cit., p. 39 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 113 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 123 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 237 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 155 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7<sup>a</sup> ed. cit., p. 190 ss.. V. altresì gli atti del convegno di Ginevra della SFDI (*La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004. Di particolare interesse risulta lo “Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law”, in *Report of the 69 Conference*, ILA, London, 2000, p. 713. I lavori della CDI (*ILC’s Study of Formation and Evidence of Customary International Law/Identification of Customary Law*) e le *Draft Conclusions*, si reperiscono al sito internet della CDI ma l’apporto specifico di tali lavori si rivela — finora — alquanto deludente.

## INTRODUZIONE

### i. Definizione

**1. La consuetudine come fonte formale del diritto internazionale (art. 38 dello Statuto della CIG).** — La consuetudine internazionale (*International Custom*) è espressamente contemplata tra le fonti formali del diritto internazionale nell’art. 38, par. 1, lett. b), dello Statuto della CIG ove viene definita alla stregua di una “*prova di una pratica generale accettata come diritto*”.

**2. Terminologia.** — La norma *de qua* indica che, in senso formale oltre che sostanziale, il diritto internazionale è composto anche da *regole non scritte* che si sviluppano in modo spontaneo fino a quando in un dato momento storico vengono avvertite come obbligatorie e quindi giuridiche dai protagonisti della vita di relazione internazionale; poco importa se, talvolta, tali regole possono essere condizionate dalle differenze di potenza tra gli Stati (Cap. I). Si parla, a tale proposito, di consuetudini internazionali, di “diritto internazionale spontaneo” — o ancora di *fonti di primo grado*, tra cui la norma *pacta sunt servanda* — per indicare che, diversamente da quanto accade per i trattati (*supra* Cap. IV) queste norme si formano all’interno della *societas* internazionale intesa come gruppo, senza una procedura predeterminata.

Alla luce di tale premesse, è possibile definire, sia pure in prima approssimazione, la consuetudine internazionale alla stregua di *una regola di condotta non scritta ma obbligatoria per i soggetti di diritto internazionale*.

**ii. Una fonte di diritto presente sia nell'ordinamento internazionale che nell'ordinamento interno**

**3. La consuetudine come fonte primaria del diritto.** — La consuetudine in quanto fonte di diritto esiste tanto nell'ordinamento interno quanto nell'ordinamento internazionale. Per dirla con BOBBIO, “la consuetudine è quella fonte di diritto l'autorità della quale riposa non sopra la manifestazione di una volontà [espressa], ma sopra una formazione involontaria e incosciente, che noi abbiamo chiamato tradizione” (1).

Prima della nascita dello Stato moderno, gli usi e le consuetudini costituivano la principale fonte del diritto. Con la statalizzazione e la codificazione del diritto, soprattutto nei sistemi di *Civil Law*, la consuetudine è stata progressivamente assorbita e superata dal diritto scritto, frutto del monopolio legislativo statale (2).

Nell'ordinamento internazionale, un fenomeno analogo si è parzialmente prodotto tramite la moltiplicazione dei *trattati bi- e multilaterali* in particolare i *trattati di codificazione di norme consuetudinarie*; per altro verso, la creazione e lo sviluppo delle OIG ha contribuito alla codificazione progressiva del diritto consuetudinario, tramite l'esercizio delle competenze affidate alle organizzazioni medesime.

**4. Una fonte di produzione giuridica meno importante che in passato.** — Mentre in diritto interno la consuetudine arretra davanti all'avanzata del diritto scritto, in diritto internazionale arretra dinanzi all'avanzare dei trattati e degli atti unilaterali. Si può dunque ritenere che la consuetudine stia progressivamente diventando una fonte di produzione giuridica obsoleta del diritto internazionale? In realtà, occorre usare la massima cautela nel valutare le predette analogie tra gli ordinamenti interni e l'ordinamento internazionale.

**5. Una fonte utile per la sua flessibilità.** — Eppure, la consuetudine svolge ancora un ruolo importante in quelle materie in cui il diritto ha bisogno di flessibilità in quanto le norme scritte non possono essere continuamente adattate alle necessità del momento. Così, nell'ordinamento interno, si continua a fare riferimento alla consuetudine tra le fonti del diritto civile o nel codice della navigazione italiano, attraverso la nozione di uso (3). Ma la consuetudine si ritrova anche nel diritto costituzionale dei singoli Stati suscitando un vasto dibattito in quegli Stati, come l'Italia, ove si prevede una Costituzione rigida (art. 138 Cost.).

**iii. Una posizione privilegiata in diritto internazionale**

**6.** — In diritto internazionale, la consuetudine ha sempre avuto un ruolo più importante che nel diritto interno. La ragione è semplice: nell'ordinamento internazionale, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento interno, non esiste un legislatore centrale unico. Per secoli, gran parte del diritto internazionale è stato di tipo consuetudi-

(1) N. BOBBIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, [a cura di P. Antonelli e G. Chiesura, Padova, Casa editrice La Grafolito, 1941] rist. a cura di M. LA TORRE, Rubbettino, Catanzaro, 2022, p. 73.

(2) In argomento v. per tutti R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4<sup>a</sup> ed. traduz. it. a cura di R. SACCO, *op. cit.*

(3) Sul piano delle fonti del diritto italiano, l'art. 8 disp. prel. cod. civ. indica che, nelle materie disciplinate dalla legge o dai regolamenti, gli usi hanno efficacia solo in quanto sono richiamati da queste”. Per un esame della tipologia di usi ammessi nell'ordinamento italiano v. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, *cit.*



nario. Oggi, la comunità internazionale appare meno favorevole alla formazione di consuetudini in virtù del maggior numero di Stati e soprattutto a causa della loro eterogeneità. Prova ne è che molti Stati del c.d. terzo mondo hanno contestato da tempo molte norme consuetudinarie formatesi *prima* della loro indipendenza indicando che quelle stesse erano state elaborate prima della loro nascita (ciò che è storicamente incontestabile) ed a volte persino contro di essi (ciò che, invece, è più discutibile). In tale ottica, alcuni Stati del Sud del Mondo hanno potuto affermare, secondo l'espressione del giudice algerino MOHAMED BEDJAOUI che la "consuetudine, per sua natura, è sempre stata anti-democratica" (4). In altre parole, la consuetudine, in quanto norma elaborata dagli Stati "più forti", corrisponderebbe solo agli interessi di questi ultimi. Senonché, oggi, i Paesi del Sud del mondo non manifestano più la stessa ostilità rispetto alle norme consuetudinarie internazionale nella misura in cui la formazione di tali norme avvenga in seno alle OIG dove, però... sono proprio questi Paesi ad avere la maggioranza dei voti. Attraverso le risoluzioni delle OIG, quei Paesi ritengono, infatti, di incidere direttamente sulla formazione e sul contenuto di regole consuetudinarie a loro favore (5). Pertanto, la creazione di nuove norme consuetudinarie si trova in un certo qual modo facilitata dall'esistenza delle OIG.

Un altro fattore di sviluppo della norma consuetudinaria nel nostro tempo, al di là dell'ambito interstatale, è dato dall'emergere di nuovi soggetti di diritto internazionale, in particolare le imprese multinazionali. Come abbiamo già segnalato, ciò è avvenuto in materia finanziaria e monetaria internazionale, ove i poteri bancari internazionali privati hanno creato regole consuetudinarie; e tali regole consuetudinarie disciplinano il funzionamento di mercati particolarmente importanti quali sono quelli delle eurovalute e delle euro-obbligazioni (v. *supra*, Cap. V). A ciò si aggiungono gli usi del commercio internazionale e la "modellizzazione contrattuale" su scala globale, fenomeni che risultavano praticamente ignoti agli internazionalisti del secolo scorso (6).

#### iv. Consuetudine e trattati

**7. Consuetudine e trattato possiedono uguale autorità: un trattato può modificare una consuetudine internazionale e viceversa.** — Consuetudine e trattato appaiono come due norme giuridiche complementari e non in antinomia. Come viene evidenziato dalla CVT, un trattato di codificazione non inficia in alcun modo il carattere obbligatorio di una consuetudine preesistente (art. 43), tant'è che una norma di un trattato può far nascere una ulteriore norma consuetudinaria (art. 38). Pertanto, gli Stati possono essere tentati di non ratificare un trattato di codificazione se ritengono che alcune sue disposizioni possiedano già un valore consuetudinario e, a maggior ragione, se ritengono che alcune norme del trattato non corrispondano ai loro interessi: basterà allora ritenersi vincolati solo alle regole di natura consuetudinaria. Tale fu il destino della UNCLOS sul diritto del mare che, malgrado la sua entrata in vigore internazionale, il 16 novembre 1994, non è stata ratificata da alcuni importanti Stati marittimi (a partire dagli Stati Uniti).

(4) M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, 1979, p. 137.

(5) G. DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, cit., pp. 27-48.

(6) E. LOQUIN, L. RAVILLON, "La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé", in E. LOQUIN, C. KESSEDIAN (a cura di), *La mondialisation du droit*, Parigi, 2000, p. 19, nonché Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997.

### v. Le difficoltà specifiche della consuetudine

**8. Una rilevazione difficile.** — La consuetudine presenta due difficoltà pratiche peculiari. Si tratta, innanzitutto, di riuscire a provarne *l'esistenza e poi di delimitarne i contorni precisi*.

Per identificare le manifestazioni rilevanti della pratica degli Stati ai fini dell'individuazione degli obblighi consuetudinari, occorre fare un largo impiego dei “*mezzi sussidiari per la determinazione del diritto internazionale*” che sono, in base all'art. 38, par. 1, lett. *d*), la *dottrina* e soprattutto la *giurisprudenza*. Qui, il giudice o l'arbitro svolgono un ruolo fondamentale: quando il giudice o l'arbitro *ricosce* l'esistenza di una consuetudine, in larga misura la “*crea*” e la precisa. Certo, in tal caso ci si può chiedere quando inizi l'atto di *creazione* e dove finisca quello del *ricoscimento* della regola consuetudinaria. In ogni caso, restano degli elementi di incertezza ed imprecisione che spiegano la reticenza dei giuristi, soprattutto quelli dei Paesi a diritto scritto — ed in particolare afferenti al sistema romano-germanico —, nei confronti delle norme consuetudinarie.

**9. Piano espositivo.** — Fatte queste osservazioni preliminari sulla consuetudine, è opportuno ora esaminarne il fondamento giuridico (Sezione I) e gli elementi costitutivi (Sezione II), per poi valutarne il ruolo (Sezione III) nel diritto internazionale contemporaneo.

## Sezione I

### IL FONDAMENTO DELLA REGOLA CONSUETUDINARIA

**10. Piano espositivo.** — Secondo una prima concezione, la concezione tradizionale, la consuetudine costituisce il diritto non scritto della società internazionale *interstatale*, una società in cui domina il principio consensualistico (§ 1). In una seconda e più moderna accezione, la nascita e lo sviluppo del fenomeno consuetudinario si spiegano come il prodotto delle necessità della vita di relazione nel quadro, più generale, di una *società transnazionale* (§ 2).

#### § 1. — *La dottrina consensualistica: la consuetudine come “trattato implicito tra Stati”*

##### 1. — *La teoria tradizionale*

**11. La consuetudine fondata su una manifestazione del consenso degli Stati.** — La consuetudine internazionale si ricollega alla volontà degli Stati nel senso che i loro comportamenti, dai quali essa trae origine, risultano liberamente voluti nel periodo formativo della consuetudine medesima. Pertanto, secondo la dottrina tradizionale — per la quale tutto il diritto internazionale trova la sua fonte nell'accordo fra Stati —, la consuetudine altro non è se non un accordo che si distingue dagli altri accordi per essere concluso in forma tacita: cioè, la volontà degli Stati di porre in essere o di estinguere una determinata norma internazionale sarebbe desunta dalla reciproca condotta degli Stati e dunque della loro volontà implicita. Senonché, vedere nella consuetudine un trattato *implicito* tra Stati equivale, in linea generale, ad affermare che non ci possa essere diritto internazionale al di fuori di una manifestazione di volontà — bilaterale — degli Stati stessi.

**12. Un approccio che esalta la sovranità dello Stato.** — Tale argomento costituisce una *difesa* ed un'*illustrazione della teoria della sovranità assoluta dello Stato*, in quanto se ne deduce che quest'ultimo non risulta vincolato ad obblighi internazionali a cui non abbia espressamente o implicitamente consentito. Questa tesi si riconduce ad un'illustre dottrina: venne sostenuta da GROZIO (poi da Vattel ed ancora dallo stesso ANZILOTTI) <sup>(7)</sup> nonché dai giuristi britannici del XIX secolo, fervidi difensori della sovranità inglese, o ancora dalla migliore dottrina sovietica (TUNKIN) anch'essa incentrata sulla difesa della sovranità dell'allora URSS e dei Paesi socialisti in genere. Per analoghi motivi, quella stessa tesi continua ad essere sostenuta sia dagli Stati più potenti, sia dagli Stati di nuova formazione, quasi sempre Paesi del c.d. terzo mondo, per esaltare una sovranità acquistata a caro prezzo dagli antichi Stati coloniali o dagli Stati predecessori.

## 2. — L'approccio adottato dalla Corte internazionale di giustizia

### a) Il precedente: il caso "Lotus"

**13.** — Nel *caso del vapore Lotus* la CPGI qualificò la consuetudine internazionale alla stregua di un *accordo tacito* tra Stati. Infatti, secondo la Corte:

"Il diritto internazionale regola rapporti tra Stati indipendenti. Le regole del diritto che vincolano gli Stati derivano dalla volontà dei medesimi Stati, volontà che si manifesta nelle convenzioni o negli *usi generalmente accettati* che consacrano dei principi di diritto e sono stabiliti al fine di gestire la coesistenza di quelle comunità indipendenti o al fine del perseguimento di obiettivi comuni. Dunque non si possono presumere limiti all'indipendenza degli Stati" (p. 18) <sup>(8)</sup>.

Siffatto approccio, pur se in linea con le dottrine positiviste dell'epoca, provocò non poche critiche alla Corte ed al suo Presidente, l'internazionalista svizzero MAX HUBER, in quanto si tratta di una teoria poco favorevole allo sviluppo dell'ordinamento internazionale.

### b) Le ulteriori conferme giurisprudenziali: il caso della piattaforma continentale del Mare del Nord (1969) e il parere sulla minaccia o l'uso delle armi nucleari (1996)

**14.** — La concezione volontaristica della consuetudine ha ricevuto, almeno implicitamente, l'avallo della CIG. Infatti, nel *caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord*, la Corte utilizzava quale precedente persuasivo il *caso Lotus* con riferimento alle condizioni di formazione della regola consuetudinaria <sup>(9)</sup>. Senonché, invece di ritenere necessario l'accordo tra tutti gli Stati, la Corte statuiva che una **maggioranza rappresentativa di Stati** fosse sufficiente per constatare l'esistenza di una regola consuetudinaria. Per analoghe motivazioni, nel parere dell'8 luglio 1996 <sup>(10)</sup> *sulla liceità dell'impiego delle armi nucleari da parte di uno Stato*, la CIG ha conside-

<sup>(7)</sup> Cfr. i riferimenti citati nella nota bibliografica all'inizio di questo capitolo ed in particolare R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., 130 ss.

<sup>(8)</sup> CPGI, 7 Settembre 1927, *Ser. A n. 10*. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

<sup>(9)</sup> CIG, 20 febbraio 1969, *Rec.*, p. 3, punto 78.

<sup>(10)</sup> CIG, *Rec.*, 1996, p. 266.

rato che la minaccia e anche l'impiego di armi nucleari non siano ancora vietati dal diritto internazionale generale, e, di conseguenza, l'uso di tali armi appare persino lecito in caso di legittima difesa ai sensi dell'art. 51 della Carta ONU.

### 3. — Un valore esplicativo insufficiente

**15.** — La concezione consensualistica, cioè volontaristica, della consuetudine, per quanto scrupolosamente rispettosa della sovranità di ciascuno Stato, non rende pienamente conto della realtà internazionale. Infatti, se spingessimo il ragionamento al suo estremo, ne seguirebbe che nessun obbligo derivante da una consuetudine internazionale può essere imposto ad uno Stato senza la prova del suo consenso ad esserne vincolato. Inoltre, si avrebbe che, per avere *carattere universale*, ogni consuetudine *dovrebbe essere riconosciuta da ciascun membro della Comunità internazionale*. Ad ulteriore corollario, si avrebbe che tutti gli Stati di nuova formazione non sarebbero vincolati ad alcuna consuetudine formatasi *prima* della loro esistenza sul piano internazionale. Ma la prassi internazionale non va certamente in questa direzione, dal momento che la prova della consuetudine diventerebbe così una *probatio diabolica* e, comunque, ne deriverebbe una grave instabilità delle relazioni giuridiche internazionali. Così, quando la Svizzera ha costituito una propria flotta marittima, è risultato pacifico che a tale flotta si applicassero immediatamente le stesse norme consuetudinarie di diritto internazionale che vincolano gli Stati costieri e che si sono formate secoli prima dell'esistenza di una flotta svizzera <sup>(11)</sup>.

Va notato altresì che la teoria volontaristica della consuetudine interstatale non consente di spiegare nemmeno il valore obbligatorio delle regole consuetudinarie di origine privata ed applicazione transnazionale, norme numerose e particolarmente importanti in campo economico a livello internazionale: qui, andare alla ricerca di trattati impliciti sarebbe un esercizio vano.

## § 2. — *La consuetudine come prodotto delle necessità della vita di relazione internazionale*

### 1. — *La concezione moderna e realista della consuetudine*

**16.** — Una diversa tesi, oggi pressoché unanimamente accolta, pur indicando che oltre agli *accordi scritti* esistono *accordi taciti*, nega, da un lato, che gli accordi internazionali così conclusi siano “consuetudini internazionali”; e dall'altro, che quei comportamenti seguiti di fatto dagli Stati, e costituenti l'elemento materiale della consuetudine, possano considerarsi quali manifestazioni di una reciproca volontà a concludere accordi. Detti comportamenti, infatti, come vedremo più avanti, sono **cementati da un elemento psicologico**, la convinzione, cioè, dell'obbligatorietà dei comportamenti stessi. Orbene, muovendo da tale assunto se ne deduce che la consuetudine costituisce nell'ordinamento internazionale, ed in misura largamente superiore rispetto all'ordinamento interno, un *fatto di produzione giuridica autonomo rispetto all'accordo*.

<sup>(11)</sup> Es. cit. da S. BASTID, *Corso*, 1976-1977, p. 447.

## 2. — Una concezione che corrisponde al modo attuale di elaborazione del diritto internazionale ed allo stato della società transnazionale

**17. Diversificazione della società internazionale contemporanea.** — La società internazionale contemporanea si è diversificata e si diversifica sempre di più col passare del tempo. A fianco degli Stati che sono sempre più numerosi ed eterogenei, si sono affermati altri soggetti di diritto internazionale (enti internazionali, soggetti privati). Questi nuovi soggetti contribuiscono, ciascuno nel proprio ambito, allo sviluppo di regole consuetudinarie: creano delle consuetudini in *settori nuovi* nei quali gli Stati non desiderano o non possono intervenire tramite trattato. In altri termini, le nuove tecniche di elaborazione del diritto internazionale possiedono un'incidenza evidente e diretta sullo sviluppo del diritto consuetudinario contemporaneo.

**18. Accelerazione della storia e accelerazione del processo di formazione delle norme consuetudinarie.** — Inoltre, dalla fine del XIX secolo in poi, si è potuto osservare un vero e proprio fenomeno di *accelerazione della storia*. Alludiamo alle trasformazioni rapide e profonde della società internazionale che hanno coinvolto anche le tecniche di elaborazione del suo diritto.

La CIG, nel precitato *caso della piattaforma continentale del Mare del Nord (1969)* ha dovuto riconoscere tale accelerazione nel processo di formazione della consuetudine. La Corte ha infatti indicato che “[i]l fatto che sia passato solo poco tempo non costituisce necessariamente in sé un impedimento alla formazione di una regola nuova di diritto internazionale consuetudinario, a partire da una regola puramente convenzionale all’origine”<sup>(12)</sup>. In questo caso, la Convenzione sulla piattaforma continentale era stata firmata nel 1958, ed era entrata in vigore nel 1964, mentre il contenzioso era iniziato nel 1967. Perciò, quando venne sostenuto dinanzi alla CIG che alcune delle disposizioni di tale Convenzione avevano “valore consuetudinario”, era passato un lasso di tempo inferiore a dieci anni! Questi dieci anni, per la Corte, non costituivano un ostacolo insormontabile alla formazione di una norma consuetudinaria.

**19. Conclusioni.** — In breve, nella prassi contemporanea, se la condotta degli Stati che integra la consuetudine non può manifestarsi in un solo momento ma deve essere costante e reiterata, risulta altrettanto evidente che, per esistere giuridicamente, una consuetudine non ha bisogno del riconoscimento di tutti gli attori della *societas* internazionale; bastano solamente i *più rappresentativi* tra di essi.

## 3. — Una tesi confermata dalla CIG

**20. Consuetudini elaborate in seno ad OIG.** — La CIG ha riconosciuto anche la possibilità di elaborazione di consuetudini in seno ad organizzazioni internazionali. La Corte ha, infatti, ammesso che la *prassi seguita dagli Stati all’interno delle OIG* sia suscettibile di creare norme a carattere consuetudinario e, come tale, non necessiti né dell’accordo di tutti gli Stati membri, né di un periodo temporale particolarmente lungo.

**21. Conferma nel parere consultivo sulla Namibia (1971).** — Basti citare, a tale riguardo, il ragionamento della CIG nel suo, già citato, parere consultivo *sulla*

<sup>(12)</sup> Sent. cit., punto 74. Nostra traduzione.

*Namibia* del 1971. In questa vicenda, il Sud Africa aveva sollevato una prima obiezione relativa alla validità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza con le quali si metteva fine al suo mandato sulla Namibia, in particolare, la Ris. n. 284 del 1970. Per il Sud Africa, tale risoluzione era inefficace perché era stata adottata in contrasto con l'art. 27, par. 3, della Carta ONU: non c'era stato, infatti, il "voto favorevole" da parte dei cinque Membri permanenti del Consiglio di sicurezza, giacché due di essi si erano astenuti<sup>(13)</sup>. Per rispondere a tale obiezione, la Corte esaminò i verbali del Consiglio di sicurezza, le decisioni della Presidenza, le prese di posizione dei Membri del Consiglio di sicurezza e, in particolare, dei Membri permanenti. Alla fine, la Corte si espresse con queste parole: "[i] dibattiti, che hanno luogo nel Consiglio di sicurezza, da molti anni provano abbondantemente che la prassi dell'astensione volontaria di un membro permanente è sempre ed uniformemente stata interpretata, a giudicare dalle decisioni della presidenza e i pareri dei membri del Consiglio, in particolare dai membri permanenti, nel senso che non costituisce un ostacolo all'adozione di risoluzioni..." (par. 22). La Corte, dunque, concludeva che: "[l]a procedura seguita dal Consiglio di sicurezza, che è rimasta invariata dopo l'emendamento apportato all'art. 27 della Carta nel 1965, è stata generalmente accettata dai membri delle Nazioni Unite e costituisce la prova di una prassi generale dell'organizzazione"<sup>(14)</sup>.

In breve, la CIG ha riconosciuto che quella prassi generale evidenziava una *consuetudine* la quale, però, era frutto di una prassi di un organo dell'ONU — il Consiglio di Sicurezza —, seppure *costante* ed estesa per un periodo di tempo abbastanza lungo (ma un periodo di tempo non superiore, naturalmente, all'esistenza stessa dell'ONU) e come tale era opponibile al Sud Africa.

**22. Altri esempi.** — Ulteriori esempi sono la nozione di "piattaforma continentale" (*Continental Shelf*) la quale, dopo essere stata proposta nel 1945 dal Presidente degli Stati Uniti Truman, è stata immediatamente accettata e consacrata dalla prassi della maggioranza degli Stati, fino a ricevere formale consacrazione nel 1958 al momento della Conferenza di Ginevra sul diritto del mare. Analoghe considerazioni valgono a proposito della *zona economica esclusiva* (*Exclusive Economic Zone*), poi codificata dalla UNCLOS o ancora per le *preferenze commerciali* a vantaggio dei Paesi in via di sviluppo.

## Sezione II

### GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA CONSUETUDINE INTERNAZIONALE

**23. La definizione dell'art. 38 dello statuto della CIG.** — L'art. 38 dello Statuto della CIG fornisce una definizione oggettiva della consuetudine. Esso, infatti, fa riferimento "alla prova di una prassi generale accettata come diritto" (*General Practice Accepted as Law*). Il problema fondamentale è dunque quello della *prova dell'esistenza di una consuetudine* e dunque della precisazione degli obblighi internazionali che essa pone.

L'onere della prova dell'esistenza di una consuetudine internazionale è a carico della parte che la invoca ed in pratica, sarà compito del giudice o dell'arbitro, con l'ausilio della dottrina, confermarne o meno l'esistenza.

<sup>(13)</sup> V. il punto 21 del Parere consultivo della CIG.

<sup>(14)</sup> Punto 22, corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

**24. I due elementi costitutivi della consuetudine internazionale.** — Occorre però che le due condizioni previste dall'art. 38 dello Statuto della CIG siano cumulativamente soddisfatte: serve innanzitutto constatare un elemento *oggettivo o materiale* — ossia i precedenti o la prassi generale — (§ 1); ed occorrerà, inoltre, rilevare la sussistenza dell'*elemento psicologico-soggettivo*, ovvero bisognerà accertare il carattere obbligatorio della regola non scritta “*in the eyes of the parties*”, come dicono gli inglesi (§ 2).

### § 1. — *L'elemento oggettivo: la prassi*

**25. Una facile dimostrazione?** — L'elemento oggettivo della consuetudine sembra il più facile da provare. La consuetudine deve consistere in una sequenza di fatti ripetuti costantemente per un tempo più o meno lungo (*diuturnitas*) al fine di poter concludere che ci si trova di fronte a dei precedenti ripetuti, cioè ad una prassi costante. È dunque di somma importanza, per non trarre conclusioni superficiali, che tali dati siano attentamente e criticamente vagliati al fine di esaminare con metodo induttivo l'elemento oggettivo di una pretesa norma consuetudinaria.

#### 1. — *La ricerca della prassi degli Stati (State practice)*

**26. Determinazione della prassi.** — Per prassi, come ha rilevato FERRARI BRAVO, si intende “ogni comportamento di uno Stato che sia rivelatore di un suo atteggiamento cosciente di fronte ad una norma di diritto internazionale o di una situazione giuridica internazionale”<sup>(15)</sup> ed è “fuori dubbio che parlando di ‘prassi generale’, gli autori dello Statuto della Corte avevano in mente le norme consuetudinarie che vincolano tutta la Comunità internazionale”<sup>(16)</sup>.

Pertanto, la condotta degli Stati e i comportamenti rilevanti ai fini del costituirsi di una consuetudine non sono soltanto quelli che si manifestano nelle relazioni internazionali (*a*), ma anche quelli che si concretano in attività interne che siano internazionalmente rilevanti (*b*).

#### a) *L'attività esterna degli Stati*

**27. Tipologia.** — Se dal punto di vista del diritto internazionale lo Stato è un ente unitario, la sua attività nella vita di relazione internazionale coinvolge organi statali diversi.

Così, l'esistenza di una consuetudine internazionale può essere desunta — per quanto riguarda l'elemento oggettivo — da atti e documenti relativi alle relazioni internazionali quali la *corrispondenza diplomatica*<sup>(17)</sup>, le *istruzioni dello Stato* ai propri organi per le relazioni internazionali, *sentenze di tribunali internazionali*,

<sup>(15)</sup> FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, 3 ed., cit., p. 198 ed il suo fondamentale saggio: “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États”, *RCADI*, v. 192, 1985, pp. 233-330.

<sup>(16)</sup> FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 172.

<sup>(17)</sup> FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 199: “In primo luogo si tratta della corrispondenza diplomatica indirizzata agli Stati stranieri. In questa categoria possiamo avere dei documenti stilati dal Governo di uno Stato ed indirizzati al Rappresentante diplomatico di una potenza straniera accreditata presso questo Stato.” La *corrispondenza diplomatica con una OIG* “prende normalmente la

processi verbali di conferenze intergovernative e così via. Non esiste un elenco esaustivo di tali atti che andranno attentamente esaminati alla luce del contesto in cui sono stati emanati.

**28. I trattati.** — La prova della prassi degli Stati, del loro comportamento nelle relazioni internazionali, risiede, innanzitutto, nei *trattati bi- e multilaterali* che hanno concluso, sia tra loro, sia con le organizzazioni internazionali ed altri soggetti giuridici internazionali. Ragon per cui, la CVT, all'art. 36, precisa che niente si debba opporre al fatto che: “[u]na regola stabilita in un trattato diventa obbligatoria per un altro Stato in quanto regola consuetudinaria di diritto internazionale riconosciuta come tale”. In questo modo, una norma di diritto pattizio inserita in un trattato internazionale può, in seguito, vedersi riconoscere un valore consuetudinario in funzione della prassi degli altri Stati. Questa è stata, d'altronde, la questione centrale posta davanti alla CIG nella precitata sentenza della *piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969. Si trattava infatti di determinare se il *criterio dell'equidistanza* per la delimitazione delle piattaforme continentali “contigue”, disposto all'art. 6 della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, avesse acquisito valore di norma consuetudinaria e dunque se esso costituisse così una regola obbligatoria di diritto internazionale nei confronti di uno *Stato terzo*, che non fosse parte della citata Convenzione, ossia la Repubblica Federale di Germania<sup>(18)</sup>. Ciò che rileva nella fattispecie non è tanto la risposta della Corte (che non ha ravvisato l'esistenza della consuetudine) quanto il ragionamento logico dalla stessa utilizzato.

Così, in materia di diritto internazionale degli investimenti, si discute se le clausole dei BITs, in quanto riprodotte molte volte in trattati stipulati con Parti diverse abbiano formato una consuetudine a favore dei privati investitori. Si tratta tuttavia di una conclusione infondata giacché, a differenza del c.d. *minimum standard*, non basta di certo la prassi uniforme di un solo Stato; né è vero che le clausole reiterate sono tutte uguali<sup>(19)</sup>. Ciò non toglie però che ciascun BIT costituisca *un elemento della prassi* di uno Stato come ha indicato la CIG nel *caso Diallo*:

“La circostanza invocata dalla Guinea che vari trattati internazionali, quali accordi relativi alla promozione e alla tutela degli investimenti esteri e la Convenzione di Washington, abbiano stabilito dei regimi giuridici specifici che disciplinano la tutela degli investimenti, o che delle disposizioni a tale riguardo siano comunemente incluse in contratti conclusi direttamente tra Stati e investitori stranieri, non è sufficiente a dimostrare che vi sia stato un mutamento delle norme consuete in materia di protezione diplomatica. La medesima circostanza potrebbe persino dimostrare il contrario.”<sup>(20)</sup>

---

forma di una nota che il Rappresentante permanente di uno Stato presso un'Organizzazione internazionale rivolge al più alto funzionario dell'Organizzazione (Segretario generale, Direttore generale ecc., secondo i casi) affinché questi faccia circolare la nota fra gli Stati membri quale documento dell'Organizzazione” (ID., p. 201). Non vanno considerati gli *interna corporis* come ad es. i pareri dei consiglieri giuridici.

<sup>(18)</sup> Al riguardo, v. dal punto 60 all'81 della sentenza della CIG.

<sup>(19)</sup> V. a tale proposito D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, cit., p. 546. Osserva in proposito FERRARI BRAVO (*Lez. di dir. int.*, cit., p. 218) che “la stipulazione ripetuta da parte di uno Stato di convenzioni che derogano alle norme consuetudinarie che reggono la materia cui si riferiscono, permett[e] di concludere che lo Stato in questione non sente più interesse per queste norme”. In altre parole, tale atteggiamento prova il mutamento di *opinio juris* dello Stato.

<sup>(20)</sup> CIG, sentenza del 24 maggio 2007, eccez. preliminar., *Rep. di Guinea c. Rep. Dem. del Congo*, in *Rec.* 2007, p. 615, punto 90. Nostra traduzione.



**29. Atti unilaterali.** — Bisogna anche tenere conto degli atti unilaterali degli Stati e delle OIG che possono far luce sul comportamento degli Stati, dato che costituiscono una manifestazione specifica della loro prassi esterna <sup>(21)</sup>. Si pensi, ad esempio, ad una dichiarazione generale di politica estera, come la *Dottrina Monroe* o *Stimson* o *Truman* e così via o alle proteste. A tale categoria si aggiungono i **manuali militari** e le *regole di ingaggio* (*Rules of engagement*) e secondo alcuni autori, anche i commenti degli Stati sui progetti di codificazione del diritto internazionale della CDI sono elementi della prassi <sup>(22)</sup>.

**30. Giurisprudenza internazionale.** — Un'attenzione particolare merita, poi, la giurisprudenza internazionale (dei sempre più numerosi tribunali internazionali e dei collegi arbitrali internazionali) nella individuazione del contenuto degli obblighi di carattere consuetudinario.

**31. La prassi delle organizzazioni internazionali.** — È necessario, infine, esaminare anche la prassi delle OIG la quale può apportare degli elementi importanti per provare l'esistenza di una consuetudine ed aiuta anche a valutare la sua eventuale *formazione accelerata* <sup>(23)</sup>.

#### b) Attività interna dello Stato con rilievo internazionale

**32. Atti legislativi in materia internazionale.** — Oltre che dall'attività esterna degli Stati, la prassi rilevante può risultare da quelle attività interne dello Stato che abbiano un rilievo internazionale quali l'attività legislativa, amministrativa e giudiziaria. Pertanto, acquistano importanza fondamentale le leggi nazionali degli Stati ed i regolamenti amministrativi, e più in generale tutti quegli atti emanati dagli Stati nel proprio ordinamento giuridico interno che possano avere rilevanza internazionale, come per esempio le leggi sulla *cittadinanza* o quelle sulla *nazionalizzazione dei beni stranieri*, norme che, come tali, evidenziano la prassi specifica di uno Stato in quelle materie <sup>(24)</sup>.

**33. Giurisprudenza nazionale in materia internazionale.** — Altri elementi della prassi di uno Stato sono poi le *sentenze e i vari atti e provvedimenti del giudice interno* (*civile, penale, amministrativo, costituzionale*). Del resto, va osservato che anche la giurisprudenza nazionale costituisce un "mezzo ausiliario di determinazione delle regole di diritto" ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, par. 1, lett. d) dello Statuto della CIG.

*L'esistenza di diritti ed obblighi internazionali fissati da norme consuetudinarie viene spesso invocata in procedimenti giudiziari interni a carattere civile, penale, costituzionale od amministrativo sicché il giudice interno si trova, nolens volens, a dover applicare il diritto internazionale per risolvere tali controversie* <sup>(25)</sup>. Pertanto, nelle sue

<sup>(21)</sup> V. *supra*, Parte II, titolo II.

<sup>(22)</sup> V. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9 ed., cit., p. 22.

<sup>(23)</sup> V. *supra*, Cap. VIII e cfr. N. BLOKKER, "International Organizations and Customary International Law", in *Int. Org. Law Rev.*, 2017, pp. 1-12.

<sup>(24)</sup> V. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 225: "un atto di legislazione in un campo appartenente al diritto internazionale rappresenta il grado più alto della prassi dello Stato da cui esso emana".

<sup>(25)</sup> V. *infra*, Parte III, titolo II. Cfr., *inter multos*, C. RYNGAERT, D.W. HORA SICCAMA, "Ascertaining Customary International Law: An Inquiry into the Methods Used by Domestic Courts", in *Netherlands International Law Review*, 2018, pp. 1-25.

pronunce, può riferirsi ad una regola precisa del diritto internazionale che, a suo giudizio, disciplina l'esito della controversia sottopostagli.

Per **esempio**, le regole consuetudinarie relative ai *privilegi ed alle immunità degli Stati e degli agenti diplomatici stranieri* risultano sì anche da atti internazionali ma soprattutto dalla prassi giudiziaria, oltre a quella legislativa ed amministrativa degli Stati che accordano tali immunità ed esenzioni.

## 2. — Continuità e diffusione della prassi

**34.** — I comportamenti degli Stati nei quali si concreta la consuetudine possono consistere in *azioni od omissioni*. Non si deve trattare di fatti isolati, né occorre una ripetizione di comportamenti uguale a quella necessaria per aversi una norma consuetudinaria nel diritto interno. Senonché, una pratica deve essere generale (*widespread*) cioè **diffusa** e manifestarsi in modo **coerente** (*consistency of practice*) ossia, ci deve essere una *certa frequenza di comportamenti uniformi degli attori della società internazionale*. A tale riguardo, la CIG ha fatto più volte riferimento alla “prassi costante”, alla “frequenza degli atti in causa” ed alla “prassi frequente ed uniforme”<sup>(26)</sup>. Il tempo necessario perché una consuetudine si formi, come vedremo più avanti, dipende dalla materia e dalle circostanze spaziando da qualche secolo alla c.d. consuetudine istantanea. E a ben vedere, si tratta di una domanda oziosa giacché, nella pratica, occorre sapere solo se una consuetudine esiste *nel momento in cui viene invocata*. Il resto è per gli storici del diritto.

Valgano, a tale proposito, gli **esempi** qui di seguito riportati.

**35.** — Innanzitutto, nel precitato *caso Haya de la Torre* del 20 novembre 1950, la CIG ritenne che la regola consuetudinaria, invocata da una delle parti, era “conforme ad un uso costante ed uniforme”<sup>(27)</sup>.

**36.** — A distanza di poco tempo, nel caso, anch'esso già citato, delle *peschiere tra il Regno Unito e la Norvegia* del 18 dicembre 1951, la CIG dovette fare riferimento ad una “prassi costante e sufficientemente lunga” (p. 139).

**37.** — Si può anche citare la sentenza della CIG del 12 aprile 1960 tra l'India ed il Portogallo (*caso del diritto di passaggio in territorio indiano*), nella quale la Corte insistette sulla “prassi costante ed uniforme” seguita nella fattispecie dalle parti in lite<sup>(28)</sup>.

**38.** — Nella sentenza del 20 febbraio 1969 relativa al *caso della piattaforma continentale del Mare del Nord*, la CIG ha fatto più volte riferimento alla “prassi costante”, alla “frequenza degli atti in causa” ed alla “prassi frequente ed uniforme”.

**39. Prassi di una “maggioranza rappresentativa” di Stati.** — Esistono divergenze notevoli in merito al periodo di tempo durante il quale dev'essere stata seguita una prassi determinata e circa il numero degli Stati che deve averla adottata. È *sufficiente la prassi costante di una maggioranza* nel senso che tale “prassi costante” non deve

<sup>(26)</sup> CIG, sentenza del 20 febbraio 1969 relativa al caso della piattaforma continentale del Mare del Nord, Rec. 1969, punti 74 e 77.

<sup>(27)</sup> In Rec., p. 276.

<sup>(28)</sup> In Rec., p. 40.

essere necessariamente seguita da *tutti* gli Stati del pianeta. In altre parole, la consuetudine deve essere comune a più soggetti e non si applica il principio di reciprocità: essa, infatti, vincola anche quegli Stati che non abbiano contribuito direttamente alla sua formazione, quali ad esempio i nuovi Stati che entrano a far parte della Comunità internazionale.

**40. (segue) Il dictum della CIG nel caso della piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969.** — La CIG, nel caso della *piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969 <sup>(29)</sup>, ha indicato che ai fini della formazione di una norma consuetudinaria a partire da una norma di un trattato occorre il decorso di un certo periodo di tempo. Senonché la medesima Corte ha aggiunto che:

“anche senza il decorso di un lungo periodo di tempo, una partecipazione molto ampia e rappresentativa ad un trattato è sufficiente, a condizione comunque che essa comprenda gli Stati particolarmente interessati” (punto 73).

Bisogna notare, a tale proposito, che la “maggioranza rappresentativa degli Stati” va esaminata caso per caso. Occorre sempre che gli Stati in lite siano “interessati” nella specifica materia oggetto di consuetudine: vale a dire, per esempio, che la posizione degli Stati senza sbocco sul mare non potrà essere invocata per stabilire una consuetudine marittima.

**41. Un’analisi valida per tutti tipi di consuetudini.** — Lo stesso ragionamento può essere applicato ad altri tipi di consuetudine e non solamente alla consuetudine generale o universale, ma anche alle *consuetudini regionali*, delle quali si vuole provare l’esistenza. Occorre che un numero sufficientemente rappresentativo di Stati particolarmente interessati abbia, per via di una prassi costante ed uniforme, evidenziato la presenza dell’elemento oggettivo della regola invocata.

## § 2. — *L’elemento psicologico: l’opinio juris sive necessitatis cioè “il riconoscimento del carattere obbligatorio della regola non scritta”*

**42.** — *L’opinio iuris* è l’altro elemento necessario che, unitamente ad un dato comportamento degli Stati, lo trasforma da mero *fatto storico* in un *fatto normativo*: la consuetudine internazionale. Si parla al riguardo di *opinio juris sive necessitatis*, ossia la *convincimento* in capo agli Stati che un dato comportamento sia giusto ed obbligatorio.

### 1. — *La consuetudine non è mera cortesia internazionale (comitas gentium)*

**43. Distinzione tra opinio juris e cortesia internazionale.** — La consuetudine deve essere distinta da altre regole quali quelle della *morale* o della *cortesia internazionale (comitas gentium* o ancora *International Comity*). Per cortesia internazionale, si devono intendere delle regole di *buon comportamento o di convenienza politica* ma che, tuttavia, non hanno l’efficacia obbligatoria propria delle norme giuridiche. Insomma: l’uso non va confuso con l’usanza.

<sup>(29)</sup> CIG, sentenza del 20 febbraio 1969 relativa al caso della piattaforma continentale del Mare del Nord, cit., p. 4 ss. Nostra traduzione.

**44. Esempi.** — Quando gli Stati Uniti, dopo la seconda guerra mondiale, fecero esplodere alcuni ordigni nucleari nell'atmosfera del Pacifico, più precisamente sopra l'isola di Bikini, dei pescatori giapponesi che si trovavano nei dintorni furono esposti alle contaminazioni radioattive. Il governo statunitense decise di risarcire quei pescatori solo in base a dei "principii d'umanità", e non in virtù di una norma obbligatoria. Il governo statunitense precisò che la sua condotta in materia non doveva interpretarsi alla stregua di un precedente da opporre agli Stati Uniti successivamente.

In un altro settore, quando un Capo di Stato o un Primo ministro in carica muore, è molto frequente che i governi degli altri Stati si facciano rappresentare ufficialmente in occasione dei funerali. Si tratta, in questo caso, di pura cortesia che non risponde a nessun obbligo di tipo internazionale.

In un altro esempio ancora, quando, nel febbraio del 1973, un aereo di linea libico fu abbattuto per errore sopra il Sinai dai caccia israeliani, Israele decise di risarcire le famiglie delle vittime a titolo umanitario. Gli Stati Uniti adottarono la stessa posizione nel 1988 quando un volo di linea iraniano fu scambiato per un aeromobile militare ed abbattuto da un missile lanciato dall'incrociatore Vincennes<sup>(30)</sup>.

**45. Conferma della distinzione da parte della CIG.** — In altri termini, esistono degli atti abituali nelle relazioni internazionali che rientrano nella sfera della cortesia, e quindi nascono dalla pura buona volontà degli Stati e non dall'esigenza di adempiere ad un obbligo giuridico internazionale. La CIG ha dovuto insistere su questo punto, nel precitato caso della *piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969, indicando che "[e]sistono numerosi atti internazionali in materia di protocollo, per esempio, che sono stati quasi sempre adempiuti, ma essi sono motivati da delle semplici considerazioni di cortesia, di opportunità o di tradizione e non per obbligo giuridico"<sup>(31)</sup>.

## 2. — Il riconoscimento esplicito del carattere obbligatorio della consuetudine internazionale

**46. Ricerca della motivazione.** — La prova dell'esistenza di un determinato comportamento degli Stati è, di per sé, insufficiente al fine di dimostrare l'esistenza di una consuetudine. Si deve, infatti, dimostrare la *motivazione* di questo comportamento. In altre parole, si deve poter provare che se gli Stati hanno agito in una certa maniera, è perché sentivano *che essi dovevano agire in tale maniera*. Si tratta di una concezione tradizionale della consuetudine che né la CPGI né la CIG hanno mai abbandonato. A tal fine, si possono menzionare due casi molto famosi, già citati come il caso "*Lotus*" del 1927 e quello della *piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969.

**47. Il precedente: il caso Lotus dinanzi alla CPGI.** — Nel caso del vapore *Lotus*, il Governo francese sostenne che, in seguito all'urto in alto mare di una nave francese con una nave turca, i relativi procedimenti penali dovevano essere attivati esclusivamente dinanzi ai giudici dello Stato della bandiera per effetto di una norma consuetudinaria internazionale. Ne discendeva che solo la Francia poteva avviare un proce-

<sup>(30)</sup> Su questo incidente v., *AJIL*, 1989, p. 318. Il testo della transazione in cui è chiaramente precisato che il risarcimento delle vittime accettato dagli Stati Uniti era stato fatto *ex gratia* e che non avrebbe costituito un "*precedente giuridico*", in *ILM* 1996, p. 553.

<sup>(31)</sup> Punto 77.

dimento penale nei confronti dei marinai responsabili, in qualità di Stato della bandiera della nave che era entrata in collisione con la nave turca. Dinanzi alla CPGI, l'agente del Governo francese indicò che la giurisdizione dello Stato delle vittime dell'urto non avesse, in generale, titolo in questo tipo di procedimento e, poiché scarseggiavano i precedenti su cui fondare tale argomentazione, ne concluse che si trattava della prova "di un'autorizzazione tacita degli Stati" a favore dello Stato della bandiera. In altre parole, il fatto dell'*astensione degli Stati* su tale questione, induceva l'agente del governo francese a concludere che la giurisdizione penale in materia di urto in mare appartenesse allo Stato della bandiera dell'autore dell'illecito: nel caso di specie, dunque, la Francia.

La Corte, tuttavia, rigettò siffatta argomentazione rilevando che l'astensione di uno Stato dà luogo al formarsi di una consuetudine "soltanto se è stata motivata dalla coscienza di un dovere di astenersi" <sup>(32)</sup>.

**48. La conferma di tale approccio ad opera della CIG nella sentenza sulla piattaforma continentale del Mare del Nord (1969).** — Nella sentenza *della piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969, la CIG dovette insistere nuovamente sulla necessaria presenza delle due componenti della regola consuetudinaria: l'elemento materiale e l'elemento psicologico <sup>(33)</sup>.

Qui, la Corte doveva precisare la posizione giuridica degli Stati che non erano Parti contraenti della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, allo scopo di determinare se alcune norme di questa Convenzione possedessero un valore consuetudinario e dunque obbligatorio per quegli Stati. Quantunque tale Convenzione possedesse un valore consuetudinario, la Corte osservava che "due condizioni devono essere soddisfatte: non solamente gli atti considerati devono rappresentare una prassi costante, ma, inoltre, devono testimoniare, per loro natura o per la maniera in cui sono eseguiti, la convinzione che questa prassi sia resa obbligatoria dall'esistenza di una norma giuridica. La necessità di tale convinzione, vale a dire l'esistenza di un elemento soggettivo, è implicita nella nozione stessa di *opinio juris sive necessitatis*". "Gli Stati interessati" — concluse la Corte — "devono dunque avere il sentimento di conformarsi a ciò che equivale ad un obbligo giuridico" (punto 77).

**49. Consuetudine ed astensione.** — Nemmeno si può dimostrare l'esistenza di una consuetudine a partire dalla mera astensione da parte degli Stati. *Si deve provare che tale astensione sia frutto di una volontà inequivoca da parte degli Stati, in ragione della coscienza di essere obbligati ad astenersi.* Viceversa, un'azione precisa degli Stati, un'azione positiva, non è sufficiente per provare l'esistenza di una consuetudine: è necessaria un'ulteriore dimostrazione ossia che quest'azione positiva sia il risultato della volontà inequivoca degli Stati di rispettare una regola che essi considerano come obbligatoria <sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> A, n. 10, p. 28.

<sup>(33)</sup> Punto 78.

<sup>(34)</sup> Osservano SINAGRA e BARGIACCHI, (*Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 172) che "[n]ella fase di formazione generale — in cui la norma ancora *non* esiste — l'elemento soggettivo ha valore costitutivo perché consiste nella convinzione (*belief*) da parte dello Stato che la condotta tenuta sia socialmente doverosa e giuridicamente necessaria per disciplinare la fattispecie o la situazione cui si riferisce. In altre parole, *mancando una norma vigente*, lo Stato considera legittima dal punto di vista

### 3. — L'assenza di obiezioni

**50. Ruolo delle eventuali proteste.** — *Inoltre, sia gli “Stati interessati” (nel caso di una consuetudine locale o regionale), che gli Stati terzi (nel caso di una consuetudine generale) non devono aver sollevato obiezioni rispetto alle prassi di cui si allega la natura consuetudinaria.*

Per evitare la *formazione di una regola consuetudinaria*, è infatti possibile che alcuni Stati *protestino* e manifestino così il loro rifiuto di considerarli come loro *opponibili* sul piano internazionale. Per esempio, quando numerosi Stati dell'America latina tentarono in passato di portare l'ampiezza del loro mare territoriale a 200 miglia, moltissimi Stati sollevarono delle energiche proteste in modo tale da impedire che questa regola delle 200 miglia assurgesse a regola giuridica di natura consuetudinaria.

**51. (segue) L'obiettore persistente (Persistent Objector).** — Così, potrebbe sembrare diversa la posizione di uno *Stato di nuova formazione* che obietta sul rispetto delle norme consuetudinarie che i “vecchi Stati” hanno generato. Senonché, una volta entrato nel “club degli Stati”, si impone il principio per cui *i nuovi Stati che entrano a far parte della società internazionale risultano automaticamente obbligati dal diritto consuetudinario che trovano*. Pertanto, da quest'ultimo punto di vista, quantomeno sotto il profilo giuridico, la contestazione dello Stato “obiettore persistente” *successiva* alla formazione di una norma consuetudinaria risulta praticamente irrilevante ed espone quello Stato ad un illecito internazionale. Si potrebbe pervenire ad una conclusione diversa in presenza di due particolari circostanze.

**In primo luogo**, qualora *la contestazione provenga da un gruppo di Stati in modo coeso* (ad es. ex colonie o gli Stati membri di un'organizzazione regionale). Ma in tal caso si può arrivare ad una *consuetudine regionale* giacché per modificare una *consuetudine generale* occorre soddisfare tutte le condizioni sopra indicate e dunque verificare l'esistenza di una *nuova consuetudine* ben oltre la cerchia dei “contestatori originari”.

La **seconda possibilità** è quella per cui *all'obiezione persistente di uno Stato*, in fase di “nascita” di una consuetudine internazionale, non si accompagna la *protesta di altri Stati*. Qui, occorre verificare se la mancata protesta derivi da un'accettazione implicita della condotta dello Stato obiettore da parte degli altri Stati. Insomma, la tolleranza della “devianza sociale” dello Stato obiettore potrebbe fare *presumere iuris tantum l'acquiescenza* degli altri Stati, legittimando per questa via la condotta dello Stato obiettore.

Tale eccezione viene esaltata, oltre che dalla dottrina di alcuni autori <sup>(35)</sup>, parzialmente nella sentenza della CIG sul **caso delle zone di pesca anglo-norvegesi** <sup>(36)</sup>

---

giuridico la propria condotta e mira, qualora questa diventi anche una pratica generale di tutti gli altri Stati a consolidare una nuova norma”.

<sup>(35)</sup> Cfr. ad es. J. GREEN, *The persistent objector rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016 e A. D'AMATO, “Groundwork for International Law”, in *AJIL*, 2014, p. 668.

<sup>(36)</sup> CIG, sentenza del 18 dicembre 1951, *Norvegia c. Regno Unito*, in *Rec.*, 1951, p. 116 ss. Seppure molti autori magnifichino gli *obiter dicta* della Corte invece che fondarsi sui *dicta*, come dovrebbero, si può ammettere che la CIG, nel caso di specie, *qualche indicazione* l'ha data. Nel caso di specie, la Norvegia basava le proprie tesi argomentative sull'esistenza di una norma consuetudinaria in materia di misurazione del mare territoriale a partire dalle linee di base rette congiungenti i punti più esterni della costa. A tale tesi

e nella traballante “conclusione” n. 15 del *Progetto della CDI sul diritto internazionale consuetudinario*.

In conclusione, si tratta di circostanze di fatto che vanno soppesate con grande *cautela* in quanto si tratta di eccezioni al principio generale per cui la consuetudine generale possiede carattere *erga omnes* e stabilisce obblighi di condotta in capo a *tutti gli Stati* della Comunità internazionale. Pertanto, va ricordato che *exceptio est strictissimae interpretationis*.

**52. Difficoltà dell'onere della prova. La prassi nel peculiare contesto della diplomazia multilaterale.** — La compresenza dei due elementi della consuetudine, ovverosia l'elemento oggettivo e l'elemento psicologico-soggettivo rende la prova dell'esistenza di una consuetudine dinanzi al giudice internazionale assai ardua.

Così, **ad esempio**, nel caso *Haya de la Torre* del 1950, la CIG rifiutò di considerare la concessione di *asilo diplomatico* una regola consuetudinaria regionale specifica degli Stati del continente latino-americano. Analogamente, nel caso *della piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969*, la CIG rifiutò di attribuire valore consuetudinario alla regola dell'equidistanza per delimitare le piattaforme continentali contigue. Non molto tempo fa, seguendo lo stesso approccio, in mancanza di *opinio juris*, la CIG è giunta alla conclusione secondo la quale il diritto consuetudinario non prevede il divieto dell'uso o della minaccia di impiego delle armi nucleari <sup>(37)</sup>.

Ancora, l'*opinio juris* si è trovata al centro di aspre polemiche circa la natura consuetudinaria o meno di alcune regole di **diritto internazionale umanitario**. Recentemente, il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) ha prodotto uno studio di circa 5000 pagine per tentare una codificazione di tale materia <sup>(38)</sup>. Senonché, in una lettera indirizzata al presidente della CICR, gli esperti giuridici dello *US State Department* e dello *US Department of Defence*, hanno rilevato che alcune di quelle regole, presentate come consuetudinarie — in particolare le *rules 31, 45, 78 e 157* — in realtà non lo erano stante l'assenza di *opinio juris* <sup>(39)</sup>.

Infine, secondo quanto indicato dalla CIG nel caso *delle attività militari e paramilitari in Nicaragua*, l'effetto di un consenso manifestato da uno Stato tramite il voto al testo di una *Risoluzione* dell'Assemblea Generale dell'ONU può essere interpretato “come un'adesione al valore della regola o della serie di regole dichiarate

---

si opponeva la Gran Bretagna che, a propria volta, sosteneva che la pretesa norvegese fosse illecita in base ad una *sopravvenuta norma consuetudinaria* che limitava comunque a dieci miglia nautiche il mare territoriale. La CIG, nel rigettare la tesi inglese osservava nel caso di specie che la invocata regola delle dieci miglia nautiche avrebbe dovuto basarsi su “*la notorietà dei fatti, la tolleranza generale della comunità internazionale, la posizione della Gran Bretagna nel Mare del Nord, il suo proprio interesse nella questione, la sua astensione prolungata*” (p. 139). Testualmente la CIG ha indicato che “[i]n these circumstances the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law. In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.” (p. 131).

<sup>(37)</sup> CIG, *Parere* dell'8 luglio 1996, cit., punti 71 e 105, lett. *a e b*.

<sup>(38)</sup> J. M. HAENKERS, L. DOSWALD (a cura di), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2 voll., 2005.

<sup>(39)</sup> La lettera si trova pubblicata in *ILM*, 2007, p. 154. Sul valore delle risoluzioni dell'Assemblea generale ONU al massimo come manifestazione di *opinio juris* insufficiente, come tale, a dare vita ad una consuetudine internazionale se priva di *diuturnitas*, v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 11 ed., cit., p. 46.

dalla risoluzione e prese in sé stesse” e dunque dell’*opinio juris* di uno Stato dato. Ma una cosa è la prassi e l’*opinio juris* di uno Stato manifestata tramite il voto in un organo di una data OIG, altra e diversa questione è la **prassi dell’organizzazione internazionale** che si rileva tramite la *risoluzione* che deriva da quella votazione ed è pertanto un distinto atto internazionale imputabile all’ente e non al singolo Stato. Sulle dichiarazioni di principio dell’Assemblea Generale dell’ONU come elemento dell’*opinio juris* si dirà a suo luogo (X.71) a proposito della teoria delle c.d. consuetudini istantanee.

### Sezione III

#### FUNZIONE DELLA CONSUETUDINE

**53. Piano espositivo.** — Abbiamo detto che in diritto internazionale, le consuetudini hanno prevalentemente la funzione di fissare alcune norme giuridiche generali necessarie per assicurare la coesistenza tra gli Stati. Basti pensare al *principio di uguaglianza sovrana degli Stati*, al *divieto di ingerenza negli affari interni* di altri Stati o ancora alla *buona fede* nell’attuazione degli obblighi internazionali. Senonché, la consuetudine svolge funzioni diverse nella società internazionale contemporanea. Può adattarsi innanzitutto alle necessità di tutti, di alcuni o di due Stati solamente; in altre parole, ha una portata geografica variabile (§ 1). Tradizionalmente, la consuetudine gioca un ruolo di stabilizzazione della norma giuridica (§ 2). Ma, nel nostro tempo, la consuetudine costituisce un importante fattore modificativo di norme giuridiche preesistenti (§ 3). Infine, può colmare le lacune del diritto pattizio (§ 4).

#### § 1. — *L’ambito di applicazione territoriale della consuetudine*

**54. L’articolo 38 dello Statuto della CIG.** — L’art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia parla solamente di “consuetudini generali”, ossia quelle a portata universale. Ma nulla impedisce che, *ratione loci*, ne esistano altre a portata più limitata, regionale, o perfino locale. La CIG ne ha ammesso il principio e talvolta — sia pure raramente — l’esistenza.

#### 1. — *La consuetudine generale*

**55. Le consuetudini sono frequentemente invocate dinanzi alla CIG.** — Nei contenziosi internazionali le parti spesso invocano l’esistenza di una norma consuetudinaria dinanzi alla CIG. A tal riguardo, la CIG non ha mai esitato (ferma restando la sussistenza degli elementi costitutivi della norma consuetudinaria) ad affermare la presenza di norme consuetudinarie in diverse materie del diritto internazionale: dal diritto dei trattati alla responsabilità internazionale, dal diritto del mare alle questioni inerenti la delimitazione della giurisdizione statale.

**56. Un’applicazione generale uniforme.** — Stando così le cose, una volta rilevata l’esistenza di una consuetudine, questa si applica *uniformemente a tutti gli Stati*. Non possono esservi applicazioni parziali o, tantomeno, riserve ad una norma consuetudinaria. Ne risulta che la norma *consuetudinaria universale finisce con l’applicarsi ad un numero maggiore di Stati rispetto ad una norma di un trattato multilaterale*, il quale



vincola solamente le Parti contraenti e può persino essere oggetto di riserve. La CIG ha affermato con forza l'*universalità* della norma consuetudinaria generale nel *caso della piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969. Secondo la Corte, si tratta infatti di “[...] norme e obblighi di diritto generale o consuetudinario *che, per propria natura, devono applicarsi in pari condizioni a tutti i membri della comunità internazionale* e non possono dunque essere subordinati a un diritto di esclusione esercitato unilateralmente e a piacimento da un qualunque membro della comunità a suo proprio vantaggio”<sup>(40)</sup>.

Nella fattispecie, la CIG notava che la regola dell'equidistanza, contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, era formulata in uno degli articoli (art. 6) sui quali le Parti contraenti avevano facoltà di *formulare riserve* al momento della firma, della ratifica o dell'adesione. Ed allora, per la Corte, la facoltà di formulare riserve alla regola dell'equidistanza equivaleva a dire che le Parti contraenti non hanno considerato quella regola alla stessa stregua di una norma consuetudinaria a cui era vietato derogare a causa del suo carattere universale. Peraltro, la Corte, ragionando *a contrario*, precisava che la stessa Convenzione di Ginevra *escludeva la possibilità* di apporre riserve ad un certo numero di articoli (articoli da 1 a 3) ed aggiungeva che: “[q]uesti tre articoli sono quelli che abbiamo considerato chiaramente come *consacranti o cristallizzanti norme di diritto internazionale consuetudinario relativamente alla piattaforma continentale*, norme stabilite o quantomeno in via di formazione che mirano soprattutto a regolare l'estensione della piattaforma continentale, la natura giuridica del titolo dello Stato costiero, la natura dei diritti che vi possono essere esercitati, il genere di risorse naturali su cui vertono questi diritti, il mantenimento del regime giuridico delle acque sovrastanti la piattaforma continentale in quanto alto mare, il mantenimento del regime giuridico dello spazio aereo situato al di sopra di queste acque”<sup>(41)</sup>.

In altre parole, al fine di esaminare le norme di diritto pattizio che sono suscettibili di essere qualificate come consuetudinarie, è necessario *distinguere tra quelle che possono essere oggetto di riserve e quelle che non lo possono*; solo le seconde sono suscettibili di entrare nella categoria delle *norme consuetudinarie*.

## 2. — La consuetudine regionale

**57.** — Le consuetudini sono espressione di diritto internazionale generale, ma può sussistere una pratica generale accettata come diritto da un **gruppo ristretto di Stati**, al limite anche due Stati soltanto. Perciò, mentre le consuetudini *generali* o universali vincolano tutti i Membri della Comunità internazionale, quelle *particolari* (ad es. regionali) sono vincolanti solo per una sfera più ristretta di destinatari.

**58. Il caso *Haya della Torre* (1950).** — La Corte affrontava la questione dell'esistenza di una *consuetudine regionale* nel già citato caso *Haya della Torre*, oggetto di una controversia tra il Perù e la Colombia<sup>(42)</sup>. Nella fattispecie, la Colombia aveva concesso l'asilo diplomatico nella propria Ambasciata a Lima a un politico peruviano molto famoso, Haya della Torre, ricercato dalle autorità locali in Perù. La Colombia

<sup>(40)</sup> Punto 63. Corsivo aggiunto.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*. Corsivo aggiunto. Nostra traduzione.

<sup>(42)</sup> CIG, 20 novembre 1950, *Haya de la Torre*, Rec. 1950, p. 266.

sosteneva che una norma di “diritto internazionale americano”, una “consuetudine regionale propria degli Stati dell’America Latina”, consentiva alla Colombia di concedere l’asilo politico. E, secondo la Colombia, spettava al Paese che concedeva l’asilo di determinare unilateralmente se il reato commesso da un individuo a cui era stato concesso l’asilo avesse o meno carattere politico. La Corte, esaminati i precedenti evocati dalla Colombia, notava le molte “incertezze e contraddizioni”, le “fluttuazioni e discordanze della prassi” e concludeva che la prova “di una consuetudine costante e uniforme accettata come diritto” non era stata fornita. La CIG indicava testualmente che, “[t]he Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party” (p. 276-277) e dunque anche se, per ipotesi, una siffatta consuetudine regionale fosse esistita tra gli altri Stati dell’America Latina nel senso evocato dalla Colombia, non avrebbe potuto essere invocata nei confronti del Perù in quanto, testualmente, “far from having by its attitude adhered to it, has on the contrary repudiated it” (p. 277-278).

Pertanto, la CIG, pur non rilevando una consuetudine regionale nel caso di specie, non ha escluso che un tale tipo di consuetudine possa formarsi.

**59. L’uti possidetis juris.** — E a titolo di esempio di estensione della consuetudine regionale alla generalità degli Stati, è possibile citare la norma dell’*uti possidetis* (che trova la sua origine nella prassi latino-americana), secondo la quale gli Stati di nuova indipendenza mantengono i confini territoriali precedentemente fissati dall’ex Potenza coloniale. La CIG ha applicato questa norma diverse volte per risolvere delle pericolose controversie relative alla delimitazione dei confini a seguito della decolonizzazione <sup>(43)</sup>.

A propria volta, nell’ambito — internazionale regionale — del Consiglio d’Europa, la Corte EDU ha riconosciuto l’esistenza di una consuetudine regionale in merito al **divieto della pena di morte** nel caso *Oçalan c. Turchia* (sentenza del 12 marzo 2003).

### 3. — La consuetudine locale (o bilaterale)

**60. Il caso del diritto di passaggio sul territorio indiano (1960).** — La questione dell’esistenza di consuetudini puramente **locali** (*local custom*) si è posta alla CIG nel caso del *diritto di passaggio sul territorio indiano* oggetto di una controversia tra il Portogallo all’India <sup>(44)</sup>. Qui, la prima questione che la CIG dovette risolvere fu quella di stabilire se *l’esistenza di consuetudini locali*, ossia vincolanti per **solì due Stati**, fosse giuridicamente possibile. L’India riteneva che non esistessero consuetudini locali vincolanti solo per due Stati. La CIG, tuttavia, rigettando la tesi dell’India, affermava che non si ravvisavano ragioni per escludere l’esistenza di consuetudini locali. Infatti, se una prassi uniforme nel tempo da parte di due Stati viene accettata dagli stessi come

<sup>(43)</sup> Cfr. CIG, 22 dicembre 1986, *Burkina Faso c. Repubblica del Mali*, *Rec.*, 1986, § 20, 23, 26, e *Benin c. Niger*, sentenza del 23 luglio 2005 o ancora *Nicaragua c. Honduras*, sentenza dell’8 ottobre 2007, punti 151-154. In arg. cfr. G. NESI, *L’uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1996; ID., voce “Uti possidetis Doctrine”, *MPEPIL*, 2011.

<sup>(44)</sup> CIG, 12 aprile 1960, in *Rec.* 1960, p. 6.

regolatrice dei loro rapporti, si può avere, in linea di principio, la formazione di una consuetudine puramente locale, vincolante per i due Stati <sup>(45)</sup>.

In seguito, la Corte determinava concretamente se, nel caso di specie, vi fosse una consuetudine locale. Considerava a tale fine “la prassi costante e uniforme” di libero passaggio per i cittadini portoghesi, i funzionari civili portoghesi, le merci portoghesi, attraverso il territorio indiano. La CIG menzionava inoltre “l'accettazione come diritto di questa prassi del diritto di passaggio da parte delle due parti”, ossia del Portogallo e dell'India, il cui territorio era oggetto del passaggio. Di conseguenza, la CIG affermava l'esistenza di *un diritto di passaggio di tipo consuetudinario* (potremmo dire, con riferimento alle nostre categorie civilistiche, una *servitù di passaggio*), in favore solamente dei privati e delle merci.

Al contrario, con riferimento al **diritto di passaggio delle forze armate**, applicando gli stessi metodi e lo stesso ragionamento, la Corte perveniva ad una *conclusione opposta*: “[l]'esistenza di un'autorizzazione preliminare al diritto di passaggio (era) la negazione stessa dell'esercizio del passaggio a titolo di diritto” (p. 42). Pertanto, il passaggio delle forze armate portoghesi in territorio indiano non formava oggetto di alcuna consuetudine locale.

Altre Corti internazionali, quali la Corte EDU, hanno riconosciuto l'esistenza di consuetudini locali. Così, ad es., nella sentenza del 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek c. Spagna e Francia* <sup>(46)</sup>, la Corte EDU stabiliva che il fatto per cui le persone condannate nel Principato d'Andorra dovevano scontare le loro pene nelle prigioni spagnole o francesi costituiva una consuetudine locale.

## § 2. — *La consuetudine come fattore di stabilizzazione di una norma internazionale*

**61. La consuetudine conservatrice e la codificazione della norma consuetudinaria.** — Gli elementi della durata temporale della prassi e della sua generalità, unitamente all'elemento soggettivo della consuetudine, vengono normalmente soddisfatti nel lungo periodo. Siamo qui in presenza della concezione tradizionale della consuetudine, ciò che un autore (R.J. DUPUY) ha definito la “consuetudine saggia” (*coutume sage*).

E poiché in origine il diritto internazionale era essenzialmente di tipo consuetudinario, tali norme hanno disciplinato per secoli le principali relazioni di “coesistenza” fra gli Stati, intesi come centri sovrani e indipendenti di potere politico: basti pensare al coordinamento dei poteri di governo degli Stati (la sovranità o, se si preferisce, la *jurisdiction*) nello spazio; al trattamento degli organi di governo e in particolari di quelli di relazione esterna, nonché al trattamento che uno Stato deve a un cittadino straniero che si trovi sul suo territorio.

Senonché, numerosi trattati, a partire dal XIX secolo fino ad oggi, sotto gli auspici dell'ONU, hanno proceduto alla “codificazione” di norme consuetudinarie.

**62. Codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale.** — La *codificazione* ha per scopo di tradurre in forma scritta e di *raccogliere in forma sistematica* ed organica le norme di diritto internazionale generale. Pertanto, non ha lo scopo di creare nuovo diritto ma soltanto di accertare e coordinare le norme esistenti.

<sup>(45)</sup> P. 39.

<sup>(46)</sup> Ser. A, n. 240.

Lo *sviluppo progressivo* del diritto internazionale è invece un processo che tende alla creazione di *nuove* norme di diritto internazionale o alla modifica di quelle esistenti al fine di adeguarle alle nuove necessità della comunità internazionale. Si tratta pertanto di un processo di produzione di norme giuridiche che, come tale, richiede il consenso degli eventuali destinatari di tali norme.

In pratica, però, la codificazione e lo sviluppo del diritto internazionale si integrano reciprocamente e ciò spiega il tenore dell'art. 13 della Carta ONU. Ai sensi di tale norma, una delle funzioni dell'Assemblea generale ONU è di incoraggiare la "codificazione" del diritto internazionale. Per fare ciò, l'Assemblea generale, da un lato, ha affidato questa missione alla *Commissione del diritto internazionale* (CDI) e, dall'altro lato, ha convocato alcune conferenze internazionali con lo scopo di codificare, in alcuni trattati multilaterali a vocazione universale, alcune norme consuetudinarie. A titolo di esempio, è possibile menzionare, nel 1961-1963 le Conferenze relative alle relazioni diplomatiche e consolari, nel 1969 la Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati, e dal 1974 la seconda Conferenza sul diritto del mare tramite la quale venne conclusa la UNCLOS<sup>(47)</sup>.

Per un operatore del diritto internazionale è dunque essenziale sapere se una data norma di codificazione trovi fondamento in un *trattato*, o semplicemente sia una mera *codificazione privata e dottrinale* (come, ad esempio, il progetto della *Harvard University* negli Stati Uniti nel secolo scorso o, ancora, i lavori dell'*Institut de Droit International* o dell'*International Law Association*). Va osservato altresì che, anche in presenza di norme appartenenti ad una codificazione internazionale "ufficiale" come per i lavori della CDI, sarà sempre necessario valutare l'esistenza di una consuetudine in rapporto tanto alla prassi degli Stati quanto alla giurisprudenza dei giudici e degli arbitri internazionali<sup>(48)</sup>.

**63. (segue) Scopo della codificazione.** — La codificazione contribuisce allo "sviluppo progressivo" del diritto internazionale. Da un lato, infatti, la codificazione ha funzione *compilativa*, ossia converte il diritto internazionale non scritto in diritto internazionale scritto; dall'altro lato, però, la codificazione può essere *innovativa*. Valga per tutti l'esempio della Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che ha riconosciuto un concetto nuovo e controverso in diritto internazionale positivo: lo *jus cogens*.

**64. Codificazione tramite trattati e sopravvivenza della norma consuetudinaria.** — La *codificazione pattizia non elimina automaticamente le norme consuetudinarie in materia*. Infatti, se accade che alcuni Stati non ratificano un trattato di codificazione entrato internazionalmente in vigore, essi restano comunque *obbligati al rispetto della norma codificata se ed in quanto norma consuetudinaria*. Invece, per gli Stati per i quali il trattato di codificazione è entrato in vigore quelle stesse norme perdono il proprio valore consuetudinario per acquisire nei loro confronti un valore pattizio (*lex specialis derogat generali*). È così per esempio che la CVT non si applica in Francia in quanto non ne è uno Stato contraente; tuttavia, questo Stato potrà vedersi opporre tutte le norme in materia di trattati che possiedono un valore consuetudinario.

<sup>(47)</sup> Cfr. Y. DAUDET, *Actualité de la codification du droit international*, in *RCADI*, 2004, t. 313, p. 9 ss.; SIDI, *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'unione europea*, Napoli, 2019, *passim*.

<sup>(48)</sup> V. ad es. C. TOMUSCHAT, *The International Law Commission: an Outdated Institution?*, in *German YIL*, 2005, p. 77.

Tale conclusione è pacifica nella giurisprudenza internazionale: si veda, a tale proposito, il lodo del TAM greco-bulgario nel *caso Léontios e Nicolas Arakas c. Bulgaria* ove si afferma che la Convenzione dell'Aja del 1907 debba “essere presa in considerazione nella misura in cui riproduce(va) principi di diritto consuetudinario in materia di guerra marittima”<sup>(49)</sup>; si veda nello stesso senso, il lodo arbitrale del 14 gennaio 1945 nel caso *Attilio Regolo* in cui gli arbitri hanno adottato una posizione identica a proposito della convenzione dell'Aja del 1907 sui diritti e doveri degli Stati neutrali in caso di guerra marittima<sup>(50)</sup>.

Successivamente, nel *caso delle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, la CIG ha ulteriormente ribadito tali principi generali in merito ai rapporti di complementarità tra diritto pattizio e diritto consuetudinario<sup>(51)</sup>.

### § 3. — *La consuetudine come fattore di ricambio di una norma giuridica scritta*

**65. Consuetudine e norma scritta.** — Secondo una concezione tradizionale, la consuetudine agisce *praeter ma non contra legem*. In altre parole, la consuetudine colma le lacune del diritto scritto ma non può modificarlo. Tuttavia, in diritto internazionale, può accadere che la consuetudine modifichi la norma di diritto scritto, come si vedrà nei prossimi paragrafi.

#### 1. — *La consuetudine “revisionista”*

**66. Consuetudine e modifica dei trattati.** — Anche se la CVT non regola tale possibilità è innegabile che la *prassi successiva delle Parti contraenti, se uniforme e costante*, può modificare le norme pattizie<sup>(52)</sup>. La CIG l'ha implicitamente riconosciuto nel suo parere consultivo relativamente a *certe spese delle Nazioni Unite* (20 luglio 1962), per poi ammetterlo senza ambiguità nel parere consultivo del 1971 sulla *Namibia* dimostrandosi così meno conservatrice dei diplomatici presenti a Vienna nel 1969.

**67. Il parere consultivo della CIG del 1962 sulle spese delle Nazioni Unite.** — Nel suo parere consultivo sulle *spese dell'ONU* del 1962, la CIG ha riconosciuto, solo implicitamente, che una consuetudine può modificare un trattato: la Carta dell'ONU. La Corte riconobbe come valida, infatti, la famosa “Risoluzione Acheson” del 1950 che rovesciava gli equilibri costituzionali della Carta ONU permettendo all'Assemblea generale di discutere una questione fondamentale per la pace internazionale nel caso in cui il Consiglio di sicurezza fosse paralizzato a causa dell'esercizio del diritto di veto. La CIG, dunque, accettò il riequilibrio di competenze e si mostrò disposta a riconoscere che una prassi consuetudinaria successiva aveva modificato alcune disposizioni centrali della Carta ONU.

**68. Consuetudine degli Stati e consuetudine all'interno di una OIG.** — In modo più chiaro, nel *parere consultivo del 1971 sulla Namibia*, la Corte ammise che una “prassi generale” seguita dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite aveva prodotto

<sup>(49)</sup> In *TAM*, VII, p. 37.

<sup>(50)</sup> In *RSA*, vol. XII, p. 1.

<sup>(51)</sup> Sentenza del 27 giugno 1986, in *Rec.*, punti 174-179.

<sup>(52)</sup> R. CROOTOF, “Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties”, *Yale Journal of International Law*, 2016, pp. 237-299.

una modifica delle disposizioni della Carta (nella fattispecie dell'art. 27, par. 3). Infatti, nonostante il testo della Carta esigesse un voto "positivo" ("affirmative" nella versione inglese) di tutti i Membri permanenti del Consiglio di Sicurezza affinché una risoluzione su una questione "importante" venisse validamente adottata, la Corte ritenne che l'*astensione* di uno di loro non costituisse veto. Per arrivare a questa conclusione, la Corte precisò che una *norma consuetudinaria* (qualificata nella fattispecie come *prassi generale dell'Organizzazione*), aveva così modificato quella disposizione chiave della Carta ONU. L'analisi della CIG conferma che una norma consuetudinaria successiva è in grado di modificare una norma pattizia, anche laddove fosse una delle norme dell'*instrumentum* più importante, la Carta ONU, dell'ordinamento giuridico internazionale del nostro tempo.

## 2. — La consuetudine "rivoluzionaria"

**69. Fattori esplicativi.** — La funzione rivoluzionaria o "selvaggia" della norma consuetudinaria risulta dalla combinazione di tre fattori d'ordine politico, giuridico-sociale e tecnico.

In primo luogo, sul piano *politico*, i Paesi del c.d. Sud del mondo hanno ben compreso l'interesse alla rapida creazione di norme consuetudinarie allo scopo di promuovere un nuovo ordine giuridico internazionale che sia a loro più favorevole.

In secondo luogo, sul *piano giuridico e sociale*, va sottolineato che il fattore temporale, necessario alla formazione della consuetudine, tende comunque a ridursi in virtù di una vera e propria **accelerazione della storia**.

In terzo luogo, sul piano *tecnico*, gli atti unilaterali delle organizzazioni internazionali hanno contribuito a dinamizzare e velocizzare il tradizionale processo di formazione delle norme consuetudinarie.

**70. Esempi.** — Oltre agli esempi già citati di consuetudine "selvaggia" o "rivoluzionaria", come le regole sulla non reciprocità e sulle preferenze commerciali nelle relazioni Nord-Sud o, ancora, quelle della "zona economica esclusiva", basti menzionare un ulteriore esempio tratto dal diritto del mare, ossia l'*estensione del mare territoriale*. Tradizionalmente fissata a 3 miglia nautiche dalla fine del XVIII secolo — la famosa norma della "gittata dei cannoni" —, essa fu aspramente criticata per poi essere fissata a 12 miglia dalla UNCLOS. Ma ancor prima dell'entrata in vigore dell'UNCLOS, molti Stati ritennero che fosse quella la nuova norma consuetudinaria sull'estensione del mare territoriale.

**71. Le Dichiarazioni di principi dell'A.G. dell'ONU come mera *opinio juris sive necessitatis*** — In dottrina, si è sostenuto che una **Dichiarazione di principi approvata all'unanimità dall'Assemblea Generale dell'ONU** possa costituire se non una "consuetudine istantanea", almeno una manifestazione fragrante ed istantanea di *opinio juris* <sup>(53)</sup>, che per sé non basta senza la prassi a creare una consuetudine. Ma, a parte la ineludibile contraddizione tra consuetudine e fatto normativo istantaneo, occorre considerare che, nella prassi, il linguaggio delle dichiarazioni di principi dell'ONU finora conosciute è assai vago (e forse per quello gli Stati in passato lo hanno votato senza remore, il Diavolo infatti sta sempre nei dettagli!) e comunque, considerando il numero degli Stati che *oggi* fanno parte dell'Assemblea Generale dell'ONU — a

<sup>(53)</sup> In senso critico v. anche B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 12 ed., cit., p. 509 ss. ove riferimenti.

differenza dei primi anni dell'ONU quando gli Stati erano solo una cinquantina — l'unanimità pare comunque praticamente non realizzabile. In conclusione le Dichiarazioni di principi contribuiscono a certe condizioni una manifestazione dell'*opinio juris* e, in ogni caso, svolgono una funzione esortativa al rispetto di determinate regole.

**72. Ruolo centrale — e controverso — del giudice o dell'arbitro.** — Infine, va notato che, proprio a causa delle difficoltà di rilevazione della consuetudine (e in generale di ogni norma non scritta), l'arbitro o il giudice svolgono un ruolo fondamentale. Infatti, in caso di contenzioso, una delle parti sarà spesso tentata di accusare l'arbitro o il giudice di aver “creato” di sana pianta una nuova norma o, al contrario, di non aver saputo “rilevare” una norma consuetudinaria di cui si allega l'esistenza.

#### § 4. — *La consuetudine, elemento fondamentale del diritto dei rapporti transnazionali*

**73.** — La norma consuetudinaria si presta ad essere applicata anche nei rapporti commerciali internazionali <sup>(54)</sup> ed in quelli tra gli Stati e i privati stranieri.

**74. Esempi in ambito economico e finanziario.** — Per illustrare tale questione, basti riferirsi all'ambito delle relazioni economiche e finanziarie internazionali. Qui, dall'inizio degli anni '60, si è affermato un vero e proprio *ordine internazionale economico privato* basato sul mercato delle *eurovalute* e quello delle *euro-obbligazioni*; il primo possiede una natura monetaria, il secondo una natura finanziaria. Si tratta di mercati “completamente liberi” nel senso che non sono regolati sul piano internazionale né dagli Stati né dalle organizzazioni internazionali. Tuttavia, gli Stati sono degli *stakeholders* essenziali: più spesso in qualità di debitori, o, talvolta, come creditori (per esempio i Paesi esportatori di petrolio). Orbene, le relazioni tra gli Stati e ciò che viene chiamato “il potere bancario privato internazionale” vanno inquadrati secondo lo schema dei rapporti tra creditore e debitore, rapporti che sono regolati da prassi ed usi commerciali transnazionali. In tal caso, la consuetudine intesa in senso lato — o i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili — si rivela essere l'unica fonte di produzione giuridica possibile per regolare tali rapporti a causa delle rigidità ben note del diritto pattizio interstatale. Basti ricordare la complessità e il tempo necessario per la conclusione di un trattato internazionale (soprattutto a carattere universale) e le difficoltà di determinare norme giuridiche generalmente accettate in questa materia.

**75. Flessibilità del diritto internazionale non scritto.** — In poche parole, la *consuetudine* e i *principi generali di diritto* in virtù del loro informalismo, appaiono in tali particolari ambiti del diritto internazionale come un'efficace fonte di regolazione. Lungi dallo scomparire nell'ordinamento internazionale, il ruolo del diritto internazionale non scritto non fa che aumentare, quantomeno in alcuni settori, come quelli economici e finanziari. Ciò che è sufficiente ad assicurargli un bell'avvenire.

---

<sup>(54)</sup> V. M. GIULIANO, « Le Nazioni Unite e il diritto commerciale internazionale », in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 63 ss.; G. SACERDOTI, « La codificazione degli usi del commercio internazionale a cura degli organismi governativi internazionali », in AA.VV., *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991, p. 151 s.

## Capitolo XI

### I PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

**Bibliografia sommaria:** M. VIRALLY, *Le rôle des “principes” dans le développement du droit international*, in *Mélanges Guggenheim*, cit., p. 531; Sir H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law*, London, Longmans, 1927; BALLADORE PALLIERI, *I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nell’art. 38 dello Statuto della CPGI*, Torino, 1931; K. WOLFF “Des principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux”, in *RCADI*, 1931, v. 36, pp. 479-553; M. SCERNI, *I Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili nella giurisprudenza della CPGI*, Padova, Cedam, 1932; G. RIPERT, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, in *RCADI*, 1933-II, vol. 44, p. 565; A. VERDROSS, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, in *RCADI*, 1935-II, t. 52, p. 195 così come “Les principes généraux de droit dans le système des sources de droit international public”, in *Mélanges P. Guggenheim*, 1968, p. 531; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953 (ried., Cambridge, 2005); A.P. SERENI, *Principi generali di diritto e processo internazionale*, Milano, Giuffrè, 1955; R. SCHLESINGER, “Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: Outline of a New Project”, *AJIL*, 1957, pp. 734-53; Sir A. MCNAIR, “The general Principles of Law Recognized by Civilised Nations”, *BYIL*, 1957, p. 1; F. A. MANN, “Reflexions on a Commercial Law of Nations”, *BYIL*, 1957, p. 20; M. WALDOCK, “General Course on Public International Law”, in *RCADI*, 1962, v. 106, p. 54 ss; W. FRIEDMANN, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, *AJIL*, 1963, pp. 279-99; P. REUTER, “Les recours de la C.J.C.E. À des principes généraux de droit”, in *Mélanges Rolin*, 1964, p. 263; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, cit., 1967, p. 43 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., 1968, p. 122; A. BLONDEL, “Les principes généraux du droit devant la C.P.J.I. et la C.I.J”, in *Mélanges Guggenheim*, 1968, 201; B. VITANYI, “Les Positions Doctrinales Concernant le Sens de la Notion de “Principes Généraux de Droit Reconnus par les Nations Civilisées””, in *RGDIP*, 1982, pp. 48-116; P. WEIL, “Principes généraux du droit et contrats d’Etat”, in *Mélanges B. Goldman*, 1982, p. 387 e ss.; G. GAJA, “Principi generali del diritto (diritto internazionale)”, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986, p. 553 ss. ed in *MPEPIL*; J. SALMON, “Les principes généraux du droit: une insaisissable source du droit applicable aux contrats d’Etat”, in *Mélanges R. Van der Elst*, 1986, II, p. 717; O. SCHACHTER, *International Law in Theory and in Practice, Dordrecht*, M. Nijhoff, 1991, p. 54 ss.; F. SALERNO, “Principi generali del diritto (diritto internazionale)”, in *Dig.*, XI, 1996, p. 534 e ss.; A. CASSESE, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations”, in *Mélanges Li Haopei*, 2001, p. 43; P. BENVENUTI, “Principi generali del diritto, giurisdizioni internazionali e mutazioni sociali nella vita di relazione internazionale”, in *Mélanges Arangio-Ruiz*, t. I, 2004, p. 295; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 248 ss.; A. PELLET, “Art. 38”, in A. ZIMMERMAN, C. TOMUSCHAT & K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, OUP, 2012, p. 868 ss.; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9 ed., cit., p. 31 ss.; M. SHAW, *International Law*, 9ª ed., cit., p. 83 ss.; R. LUZZATTO, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 6ª ed., cit., p. 69 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 5 ed., cit., p. 132 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 4 ed., cit., p. 252 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7ª ed. cit., p. 200 ss. V. anche i lavori della CDI che, dal 2018, sta sviluppando appositi studi in materia: [https://legal.un.org/ilc/summaries/1\\_15.shtml](https://legal.un.org/ilc/summaries/1_15.shtml).

#### 1. — Il contesto storico

**1. L’inserimento dei principi generali di diritto nello Statuto della CIG.** — L’art. 38 dello Statuto della CIG fa riferimento a “i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili” tra le fonti del diritto internazionale. Questa disposizione fu inserita dal Comitato di giuristi della Società delle Nazioni nello statuto della CPGI



del 1920. Vi furono all'epoca numerose discussioni tra gli eminenti giusinternazionalisti che componevano quel Comitato ma, alla fine, tale formula venne adottata all'unanimità. L'espressione, che ancor oggi figura all'art. 38 dello Statuto della CIG, fu suggerita dal delegato statunitense ROOT, in seguito ad una proposta iniziale del Barone belga DESCAMPS. Questo riferimento doveva costituire la manifestazione concreta, nel diritto internazionale contemporaneo, dell'idea di "diritto naturale", il quale è sempre stato presente — con un'intensità variabile — in tutta la storia del diritto internazionale, dalla sua origine fino ai giorni nostri (v. *supra*, Cap. I).

**2. Un'espressione anacronistica.** — Innanzitutto, va notato che la formula "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" appare quantomeno *inopportuna*, in quanto è legata ad un preciso periodo storico, quello delle "Nazioni civili". Al momento dell'elaborazione dello statuto della CPGI (nel 1920), il significato di quest'espressione era chiaro: si trattava dei principi riconosciuti dai "popoli che godevano della civilizzazione europea", per riprendere un'espressione di Frédéric De Martens. Si ritrova qui un'antica idea dei padri fondatori del diritto internazionale e dei glossatori ossia che il diritto internazionale si applica solo a certe collettività statali, le collettività "cristiane" o "occidentali" o "europeizzate" ("*Jus publicum europaeum*"), dato che i rapporti tra questi "Paesi civili" e gli altri, i "non civili", i "barbari", non sono regolati dal diritto, ma semplicemente dalla forza. Va altresì notato che, durante i lavori preparatori che condussero all'adozione della Carta dell'ONU ed allo Statuto della CIG, nessuno chiese la soppressione di tale espressione.

Senonché, detta espressione continua ad essere vivamente criticata, per il riferimento alle "Nazioni civili", così come evidenziato, per esempio, nell'opinione del giudice libanese AMMOUN nel caso, più volte citato, della *piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969 <sup>(1)</sup>.

**3. Evoluzione.** — Nel nostro tempo, il significato di questa formula va diversamente inteso. Per "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili", infatti, si intende oggi un riferimento ai "principi" riconosciuti dagli Stati in quanto tali, senza alcuna connotazione particolare, dato che l'organizzazione in forma di "Stato" — ai sensi del diritto internazionale — di una determinata collettività stanziata su un dato territorio costituisce il segno inconfondibile della "civiltà giuridica". In altre parole, ogni Stato, per il fatto stesso di esistere, appartiene alla categoria delle "Nazioni civili".

Infine, nel 2018, la CDI ha incluso lo studio dei "principi generali di diritto" nel proprio programma di lavoro, nominando quale Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez <sup>(2)</sup>.

## 2. — Un'espressione dai molteplici significati

**4.** — L'espressione "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" (*General principles of Law recognised by civilised Nations*) è suscettibile di rivestire significati diversi e forma oggetto di un non sopito dibattito dottrinale.

<sup>(1)</sup> In *Rec.*, pp. 133-136.

<sup>(2)</sup> V. il sito [https://legal.un.org/ilc/summaries/1\\_15.shtml](https://legal.un.org/ilc/summaries/1_15.shtml), nonché M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, A. CROSATO, "General Principles of Law: The First Debate within the International Law Commission and the Sixth Committee", in *Chinese J. of Int. L.*, 2020, p. 157-172.

**5. La tesi dell'assimilazione dei principi generali di diritto ai principi generali del diritto internazionale consuetudinario.** — Innanzitutto, per “principi generali di diritto”, si può intendere l'insieme delle norme giuridiche che regolano i rapporti internazionali, ossia *tutto il diritto internazionale generale*. La CPGI, nella celebre sentenza pronunciata nel **caso del vapore Lotus** sembra confermare siffatta concezione.

Per la CPGI: “[i]l significato delle parole ‘principi del diritto internazionale’ non può, secondo il loro uso generale, significare altro che il diritto internazionale in vigore tra tutte le Nazioni facenti parte della comunità internazionale”. Non è possibile, aggiunge la Corte, interpretare il termine “principi del diritto internazionale diversamente senza riferirsi ai principi in vigore tra tutte le Nazioni indipendenti e che, pertanto, si applicano allo stesso modo a tutte le parti contraenti”<sup>(3)</sup>. Tale impostazione si ritrova anche nel parere consultivo della CPGI del 4 febbraio 1932 nel caso del *Trattamento nazionale dei cittadini polacchi nel territorio di Danzica*<sup>(4)</sup>.

Anche la CIG, talvolta, sembra riferirsi ai *principi generali dell'ordinamento giuridico internazionale*, principi però che *si ricavano per astrazione da norme dell'ordinamento internazionale* e dunque si confondono con le norme consuetudinarie. Per questa via, però, si finirebbe per considerare tali anche alcune *Dichiarazioni di principi dell'ONU (in primis, la Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli tra Stati* del 24 ottobre 1970) senza attribuire una specifica rilevanza all'art. 38, par. 1., lett. c).

V. ad esempio, il **caso dello Stretto di Corfù**<sup>(5)</sup> ove la Corte ha indicato che la mancata notifica al Regno Unito dell'esistenza di mine nelle acque territoriali albanesi comporta la responsabilità dell'Albania che si fonda “su alcuni principi generali e ben riconosciuti come le considerazioni elementari di umanità, ancora più assolute in tempo di pace che in tempo di guerra, il principio di libertà delle comunicazioni marittime e l'obbligo, per ogni Stato di non lasciar utilizzare il suo territorio per atti contrari ai diritti di altri Stati”. Nello stesso senso v. il *caso dei test nucleari*<sup>(6)</sup> e quello delle *cartiere sul fiume Uruguay*<sup>(7)</sup>, a proposito di principi generali di diritto internazionale dell'ambiente.

**6.** — Alla luce delle suddette premesse, una parte della dottrina nega l'esistenza dei principi generali di diritto in quanto fonte formale ed autonoma di diritto internazionale. Secondo tale impostazione, i principi generali di diritto andrebbero assimilati alle *consuetudini internazionali*. Muovendo da tale premessa ne segue che, per esplicitare i loro effetti sul piano del diritto internazionale, i principi generali di diritto necessitano della prova degli stessi elementi costitutivi della consuetudine internazionale: un elemento materiale — la prassi — e un elemento psicologico — il riconoscimento del carattere obbligatorio di dette regole all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati. Pertanto, secondo questa dottrina, per noi palesemente errata, la distinzione formale tra consuetudini e principi generali di diritto appare priva di senso<sup>(8)</sup>.

<sup>(3)</sup> Ser. A, n. 10, pp. 16-17.

<sup>(4)</sup> Ser. A/B, n. 44, pp. 23-24.

<sup>(5)</sup> CIG, 9 aprile 1949, *Albania c. Regno Unito*, in *Rec.*, 1949, p. 4.

<sup>(6)</sup> CIG, 20 dicembre 1974, *Australia c. Francia*, in *Rec.*, 1974, p. 457.

<sup>(7)</sup> CIG, 20 aprile 2010, *Argentina c. Uruguay*, in *Rec.* 2010, p. 14.

<sup>(8)</sup> Questa era, ad esempio, la posizione in Francia di G. SCHELLE, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 400 ed in Italia v. una rassegna delle varie posizioni dottrinali offerta

**7. La tesi dell'assimilazione dei principi generali di diritto a una "norma fondamentale" del diritto internazionale.** — Secondo altra parte della dottrina, per "principio generale di diritto" bisogna intendere una *norma fondamentale del diritto internazionale* che non deriva necessariamente né da una fonte consuetudinaria, né da una fonte pattizia. I principi generali di diritto sarebbero così gli "*usi stabiliti tra le Nazioni civili, dalle leggi di umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica*", per riprendere il preambolo della Convenzione riguardante le leggi e gli usi della guerra terrestre firmata all'Aja il 18 ottobre 1907. A ben vedere, tuttavia, si tratta di una variante dell'impostazione precedente.

Un principio generale di diritto sarebbe solo un modo di qualificare una norma particolare del diritto internazionale al fine di insistere sulla sua *generalità e la sua importanza*. La CPGI ha impiegato l'espressione "principio generale di diritto" in tal senso nel caso della *Officina di Chorzow* constatando che "è un principio del diritto internazionale che la violazione di un impegno giuridico ha per conseguenza l'obbligo di riparare in forma adeguata" <sup>(9)</sup>. Nemmeno questa impostazione è però convincente giacché non trova riscontro né letterale, né formale, all'art. 38 dello Statuto della CIG.

**8. I principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili come fonte formale del diritto internazionale** — Altra parte della dottrina, in cui noi da sempre ci collochiamo, muove rigorosamente dal *tenore letterale* dell'art. 38, par. 1, lett. c, dello Statuto della CIG ove, secondo il senso ordinario e normale delle parole, vengono indicati, *expressis verbis*, i "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" alla stregua di una *fonte formale autonoma di diritto internazionale che è distinta dalla consuetudine internazionale*.

A tale riguardo, la dottrina dell'epoca della redazione dell'art. 38 dello Statuto della CIG (ed ancor prima di quello della CPGI), aveva bene illustrato le necessarie ragioni di questa interpretazione. Basti ricordare, a tale riguardo, le limpide parole di Prospero FEDOZZI:

"Se gli autori dello Statuto [della CPGI, n.d.r.] avessero voluto riferirsi a questi ultimi [i principi generali del diritto internazionale e non i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, n.d.r.] lo avrebbero espresso chiaramente, usando la terminologia tradizionale. Essi invece vollero quello che precisamente suonano le parole cioè che la Corte, in mancanza di convenzioni e di consuetudini, seguisse per le sue decisioni i principii generali risultanti dai sistemi vigenti nei Paesi civili... In questo ordine di ragioni sembra debba trovarsi l'ispirazione di una norma che assume come fonte di diritto internazionale dei principii di diritto interno. Né questo trapasso dall'ordine interno all'internazionale può parere strano quando si pensi che i principii generali di diritto riconosciuti dagli Stati civili... in realtà vi sono state numerose volte

---

da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, p. 122 ss. e R. MONACO, C. CURTI-GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, III ed., Torino, 2009, p. 273 e ss. In Italia i maggiori esponenti di tale dottrina sono A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, I, 1966, p. 158 e B. CONFORTI, nelle varie edizioni ed oggi, in modo più sfumato, in CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., p. 54, oltre a, così ci pare, G. GAJA e F. SALERNO (v. la bibliografia cit. in premessa). Si tratta però di un'impostazione dottrinale in chiaro contrasto con i risultati acquisiti dalla prassi precedente e persino dalla dottrina giusinternazionalistica italiana (v. i rilievi di P. FEDOZZI alla nota successiva) presente al tempo della redazione della norma dello Statuto della CPGI — poi ricopiata in quello della CIG —; una visione distorsiva della realtà, influenzata da una certa esperienza giurisprudenziale della sola CIG, che si rivela, una volta di più, manifestamente infondata rispetto alla prassi internazionale e transnazionale contemporanea.

<sup>(9)</sup> CPGI, 16 dicembre 1927, *Ser. A*, n. 17, p. 29.

applicati ad opera di tribunali arbitrali precedenti all'istituzione della Corte permanente di giustizia internazionale" <sup>(10)</sup>.

Orbene, se lo sviluppo storico dell'applicazione dei "principi generali di diritto" nell'ordinamento internazionale e la codificazione operata dall'art. 38, par. 1, lett. c, dello Statuto della CIG non lasciano dubbi sulla loro natura e la loro funzione, non stupisce nemmeno che, nel nostro tempo, tale categoria di fonti normative si sia ulteriormente sviluppata, *inter alia*, grazie ai *Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali* i quali, oltre ad essere stati enunciati da una OIG, sono divenuti di largo impiego nell'arbitrato internazionale <sup>(11)</sup>.

Alla luce di queste premesse, va notato altresì che la fonte originaria ed immediata dei "principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili" si colloca nell'ordinamento interno dei singoli Stati (*in foro domestico*) e solo in un momento successivo detti "principi" vengono sussunti dall'ordinamento internazionale come fonte formale ai propri fini. Tale fenomeno di "presa a prestito", o se si preferisce di "trapianto" di norme da un ordinamento giuridico all'altro — i comparatisti parlano *aliunde* e suggestivamente di "*legal transplant*" —, non deve stupire nella misura in cui l'ordinamento interno degli Stati è spesso più "sviluppato", ossia ha già risolto, in molti casi, alcuni dei problemi che si pongono nell'ordinamento internazionale: in tali condizioni, l'ordinamento giuridico interno — *rectius* gli ordinamenti giuridici interni — oltre a costituire un modello utile, è sicuramente un quadro di riferimento normale ed insostituibile per l'ordinamento internazionale.

Insomma, per principi generali di diritto bisogna intendere *l'insieme dei principi comuni ai grandi sistemi giuridici (interni) contemporanei, principi idonei ad una trasposizione nell'ordinamento giuridico internazionale*. Si tratta della concezione dei principi generali di diritto che, a nostro avviso, è la più rigorosa rispetto al dettato dell'art. 38 par. 1, lett. c, dello Statuto della CIG e che ha la maggior rilevanza pratica.

In coerenza con quanto appena illustrato, non stupisce pertanto che, l'art. 21, par. 1, lettera c) dello Statuto della **Corte penale internazionale** si riferisca ai "*principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo*".

Non stupisce nemmeno che la CDI stia adottando questo approccio — e non quello confusorio con la consuetudine internazionale — nei propri lavori di "codificazione progressiva" del diritto internazionale.

Un'ultima osservazione si impone ed è un'osservazione a carattere pratico. Potrebbe sembrare eccessivo, a prima vista, pretendere che un tribunale internazionale — a partire dalla CIG — possa condurre seriamente un'analisi comparatistica approfondita considerando gli ordinamenti interni dei principali Stati del mondo. Ma, a ben vedere, sembra incredibile proprio l'opposto: i giudici internazionali hanno, per definizione, le più alte qualifiche ed una vasta esperienza e, a dispetto di quanto accade per i giudici interni (in costante crisi di organico e sommersi da migliaia di cause), i giudici internazionali nelle Corti permanenti dispongono di molto tempo, come evidenziano le statistiche giudiziarie le quali evidenziano alti costi ed una produttività di una...manciata di sentenze all'anno. Inoltre, va osservato che nelle

<sup>(10)</sup> Così P. FEDOZZI, nella II ed. della sua *Introduzione al Trattato di diritto internazionale* a cura di P. FEDOZZI e SANTI ROMANO, Padova, Cedam, 1933, p. 57 s. Nello stesso senso v. BALLADORE PALLIERI, VERDROSS, M SCERNI e MORELLI, citati sopra.

<sup>(11)</sup> V. il database UNILEX al sito <http://www.unilex.info/>.

cancellerie dei tribunali internazionali (a differenza di quanto accade per i tribunali arbitrali) esiste una pleora di assistenti e burocrati — molto meglio pagati dei loro omologhi nazionali — i quali possono senz'altro essere utilizzati per ricerche a largo raggio. Lungi dal dover “reinventare la ruota”, spesso si potranno attingere molti dei dati necessari dai numerosi lavori scientifici di diritto comparato (unitamente alla giurisprudenza dei tribunali che hanno già condotto simili analisi), esaminando l'atteggiamento degli Stati più rappresentativi di ciascuna famiglia giuridica. Oggi, a differenza di un secolo fa, oltre al fiorire di cattedre di diritto comparato in quasi tutte le Università del mondo e della *International Academy of Comparative Law* <sup>(12)</sup>, esistono apposite enciclopedie, riviste ed un'intera letteratura in materia.

### 3. — Dei principi frequentemente invocati ma diversamente riconosciuti dalla giurisprudenza internazionale

9. — I principi generali di diritto vengono frequentemente invocati nei contenziosi internazionali. Gli agenti degli Stati o delle OIG vi fanno spesso riferimento nei loro atti processuali dinanzi ai tribunali internazionali. Inoltre, altri riferimenti ai principi generali di diritto si ritrovano nelle opinioni individuali o dissenzienti dei giudici della CPGI e della CIG.

Tuttavia, la giurisprudenza internazionale delle Corti permanenti li ha finora utilizzati con estrema cautela.

#### a) *La prassi arbitrale*

10. **Un impiego frequente dei principi generali di diritto prima dell'istituzione della CPGI.** — Prima del 1920, cioè prima del riconoscimento ufficiale dei principi generali di diritto quale fonte formale di diritto internazionale ai sensi dell'art. 38 dello Statuto CPGI, i principi generali di diritto venivano applicati assai frequentemente nella prassi arbitrale internazionale <sup>(13)</sup>. Gli arbitri internazionali, infatti, li applicavano alla stregua di *principi comuni del diritto interno degli Stati civili che potevano essere trasposti nell'ordinamento internazionale*. All'epoca, tale riferimento sembrava imporsi logicamente giacché il diritto internazionale era assai lacunoso, mentre il diritto interno si presentava alla stregua di un ordinamento giuridico autonomo, perfetto e completo. Era dunque normale che i sistemi giuridici nazionali dei “Paesi civili” — e ve ne erano pochi a quell'epoca— influenzassero fortemente il diritto internazionale.

Negli anni 1920-1930, ai principi generali di diritto hanno fatto spesso riferimento i *Tribunali Arbitrali Misti* (TAM). Senonché, a partire dal 1945, i riferimenti ai principi generali di diritto nella prassi arbitrale internazionale si fecero sempre più rarefatti nonostante fosse ragionevole prevedere il contrario.

Nel contempo se ne rinviene un largo uso nelle sentenze arbitrali risultanti dagli arbitrati tra Stati e privati stranieri o ancora nell'arbitrato commerciale internazionale (v. *supra*, Cap. V).

<sup>(12)</sup> V. il sito: <https://aidc-iacl.org/>.

<sup>(13)</sup> V. i riferimenti nella bibliografia sommaria ad inizio capitolo.

**b) La prassi delle Corti internazionali dell'Aja**

**11. Una sicura reticenza circa l'impiego dei principi generali di diritto.** — La CPGI e la CIG hanno raramente fatto ricorso, perlomeno in modo chiaro e non ambiguo, ai principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili di cui all'art. 38 del loro Statuto. Va notato, innanzitutto, che sia la CPGI che la CIG citano i principi generali di diritto a titolo dell'art. 38 in modo "negativo" cioè ne hanno fatto menzione, ragionando per ipotesi, ma pervenendo alla conclusione di escluderne l'applicazione al caso di specie.

Così, ad es., la CIG ha fatto esplicito riferimento ai principi generali di diritto, invocati dalle parti nell'esposizione delle loro argomentazioni e negli atti processuali, nel caso del *Diritto di passaggio sul territorio indiano* del 1960 (*Rec.*, p. 43) o ancora nel caso della *Piattaforma continentale del Mare del Nord* (*Rec.*, p. 21). Addirittura, nel caso del *Sud-Ovest africano* (sentenza sul merito del 1966), si trova il riferimento più chiaro ed approfondito ai principi generali di diritto di tutta la giurisprudenza della CIG relativa all'applicazione dell'art. 38, par. 1, *lett. c*), del suo Statuto. Tuttavia, il risultato finale del ragionamento della Corte è stato quello di confutare l'esistenza di siffatti principi nel caso di specie (*Rec.* p. 47).

**c) La prassi della Corte di giustizia UE**

**12. Un impiego frequente dei principi generali di diritto.** — A differenza della CIG, la Corte di giustizia UE, ha fatto un uso molto frequente e sistematico dei principi generali di diritto evidenziandone tutte le potenzialità applicative. Certo, il compito dei giudici della Corte di giustizia appare più facile nella misura in cui gli Stati membri dell'Unione europea presentano dei sistemi giuridici assai omogenei tra loro e quindi risulta più facile individuare delle regole di diritto sostanziale o processuale appartenenti ad una sorta di "patrimonio giuridico comune europeo", a cominciare con i diritti umani <sup>(14)</sup>.

**13. Piano espositivo.** — Una volta esaurite le considerazioni generali di cui sopra, esamineremo ora il problema della individuazione dei principi generali di diritto (sezione I), del loro ambito di applicazione (sezione II) ed infine vedremo quali funzioni quei principi svolgono o possono ancora svolgere nel diritto internazionale contemporaneo (sezione III).

**Sezione I****L'INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO**

**14. Un metodo di indagine simile a quello adottato per le norme consuetudinarie.** — L'identificazione di un principio generale di diritto è frutto di un procedimento abbastanza simile a — ma rigorosamente distinto da — quello utilizzato per determinare l'esistenza di una norma consuetudinaria, ferma restando la diversità formale e sostanziale di tali fonti. Anche qui, in effetti, gioca un ruolo fondamentale — e

<sup>(14)</sup> In arg. v. per tutti R. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire: origines et concrétisation*, Bruxelles-Atene, Bruylant-Sakkoulas, 1996; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 8 ed., Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2022, p. 191 ss.

controverso — il giudice o l'arbitro internazionale. Spetta al giudice o all'arbitro riconoscere o meno l'esistenza di un principio generale di diritto e quindi attribuirgli carattere giuridico e vincolante; di qui la critica ricorrente di conferire, *ipso facto*, al giudice e all'arbitro una peculiare **funzione creativa** del diritto internazionale non scritto (*judge made law*); un problema che ricorda molto quello di sapere “se sia nato prima l'uovo o la gallina”. Orbene, secondo alcuni, il giudice o l'arbitro non fanno che “riconoscere” una norma preesistente; secondo altri, invece, il giudice o l'arbitro la creano dal nulla.

**15. Piano espositivo.** — A prescindere dagli esiti di quel dibattito, è un fatto che l'interprete si trovi in presenza di principi giuridici comuni ai diversi ordinamenti di diritto interno (§ 1) e che, proprio in quanto tali, questi principi — o almeno alcuni tra essi — possono essere utilmente trasposti nell'ordinamento internazionale (§ 2).

### § 1. — *Dei principi di diritto interno*

**16. Elementi costitutivi.** — I principi generali di diritto possiedono un *elemento materiale*, ossia vivono all'interno dei diversi sistemi giuridici nazionali contemporanei, ed un *elemento psicologico*, ossia il riconoscimento del loro carattere obbligatorio da parte di quegli stessi ordinamenti giuridici interni.

#### 1. — Il riconoscimento dei principi generali di diritto

**17. La prova della loro esistenza nell'ordinamento giuridico interno degli Stati.** — Per individuare una norma giuridica suscettibile di rivestire la qualità di “principio generale di diritto”, occorre prendere in considerazione l'intero ordinamento giuridico interno, ossia il complesso delle regole costituzionali e legislative, quelle emanate dal potere esecutivo, nonché la giurisprudenza che di quelle regole fa applicazione.

**18. Principi di “diritto privato” e di “diritto pubblico” interno.** — I “principi generali di diritto” possono essere individuati in tutti i settori dell'ordinamento giuridico interno, tanto in materia di *diritto privato* quanto in materia di *diritto pubblico*. Non v'è dubbio che i principi generali di diritto a cui si è fatto più spesso allusione trovano origine prevalentemente nel diritto privato interno, come hanno dimostrato, a suo tempo, GEORGES RIPERT o Sir HERSCH LAUTERPACHT. E non deve sorprendere il fatto che il primo punto di riferimento del diritto internazionale sia stato storicamente proprio il *diritto privato interno* nella misura in cui quest'ultimo ha preceduto il diritto internazionale, così come oggi lo concepiamo oggi. In molti Paesi d'Europa, infatti, il *diritto comune* era lo *jus civile* ereditato dal diritto romano<sup>(15)</sup>.

A ciò si sono aggiunti, successivamente, alcuni principi di *diritto pubblico*, i quali si riferiscono al funzionamento dello Stato moderno e, come tali, vengono impiegati in particolari settori del diritto internazionale (ad es. per le organizzazioni internazionali, o la funzione pubblica internazionale).

<sup>(15)</sup> In arg. v. per tutti R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi*, cit. p. 27 ss. Significativa è pure l'osservazione di A. P. SERENI (*Diritto internazionale*, cit., p. 158 citando da SCHWARTZENBERGER), il quale ricorda che, in Inghilterra, Francesco Bacone esortò il Duca di Buckingham, a “promuovere gli studi di diritto civile sebbene non fosse diritto inglese, affinché l'Inghilterra non si trovasse in una posizione d'inferiorità nella trattazione delle questioni di diritto internazionale”.

Infine, va sottolineato che nel novero dei principi generali di diritto rientrano anche le norme *in materia processuale civile, penale ed amministrativo*.

## 2. — Il carattere “generale” dei principi

**19.** — Analogamente a quanto si osserva per le consuetudini internazionali, è possibile affermare che, mentre alcuni principi generali di diritto hanno carattere universale, altri principi generali di diritto assumono una rilevanza internazionale-regionale o addirittura solo locale.

### a) *Dei principi universali*

**20. Presenza dei principi in una maggioranza rappresentativa degli Stati.** — Perché si possa parlare di principi a carattere universale, occorre che questi si ritrovino nel diritto positivo degli Stati appartenenti alla comunità internazionale; per lo meno, nell'ordinamento giuridico degli Stati più rappresentativi. A tal proposito va ricordato che, analogamente a quanto accade in materia consuetudinaria, nel nostro tempo è impossibile dimostrare che un principio generale di diritto sia riconosciuto da *tutti gli Stati del mondo* (e sono quasi 200). In effetti, basta in teoria che una *vasta maggioranza di Stati* abbia adottato una data regola nel proprio diritto interno affinché divenga possibile trasporla quale “principio generale di diritto” e, soprattutto, invocarne a tale titolo la sua opponibilità internazionale. Pertanto, i risultati raggiunti dai giuscomparatisti in materia di sistemi giuridici comparati acquistano particolare senso pratico in diritto internazionale avendo già raggruppato gli ordinamenti giuridici del mondo in grandi sistemi o “famiglie giuridiche”: la famiglia romano-germanica, quella dei Paesi di Common Law, quella — ora assai poco numerosa — dei Paesi di diritto socialista, quella dei regimi giuridici a forte connotazione religiosa (Paesi islamici o buddisti) dell'estremo oriente e dell'Africa sub sahariana <sup>(16)</sup>.

Occorre ovviamente che tali regole e principi di procedura o di diritto materiale, comuni a tutti i grandi sistemi giuridici contemporanei, siano suscettibili di trasposizione nell'ordinamento giuridico internazionale e siano pure suscettibili di ricevere forza obbligatoria. Vanno pertanto esclusi dal novero dei principi generali di diritto le regole di cortesia, *comitas gentium*, o ancora di morale.

Peraltro, la presenza formale di una data regola nel diritto positivo di uno Stato impedisce a quest'ultimo di contestarne l'applicazione a livello internazionale a titolo di principio generale di diritto.

### b) *I principi generali di diritto a carattere regionale o locale*

**21. Il silenzio dello statuto della CIG.** — L'art. 38 dello statuto della CIG non allude né a consuetudini internazionali “regionali” o “locali”, né lo fa quando indica come fonte i “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili”. Ciò, tuttavia, non ha impedito alla CIG di occuparsi di consuetudini regionali o locali, attraverso

<sup>(16)</sup> V., con vari accenti: R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4<sup>a</sup> ed. it. a cura di R. SACCO, *op. cit.*, nonché: K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto comparato*, I, ed. it. a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, Giuffrè, 1998; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, UTET, 2008; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021.



un'interpretazione estensiva del proprio Statuto che, come abbiamo già detto, costituisce un'elencazione *non esaustiva* delle fonti del diritto internazionale.

Non ci sembra che, fino ad oggi, la CIG si sia pronunciata sul tema dei principi generali del diritto a carattere regionale o locale.

**22. Il caso dell'Unione Europea.** — L'esistenza di *principi generali di diritto a carattere regionale* o anche locale è stata ammessa dalla dottrina, riconosciuta dalla giurisprudenza arbitrale e, a volte, persino dal diritto pattizio. Così, ad esempio, il Trattato di Roma del 1957 si riferiva espressamente ai “*principi generali comuni ai diritti degli Stati Membri*” in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione (e v. oggi l'art. 340 TFUE). A propria volta, la Corte di Giustizia si è riferita molte volte a principi generali di diritto a carattere “regionale” comuni agli Stati Membri della UE ed anche gli Avvocati Generali della Corte, nelle proprie “conclusioni”, vi fanno spesso riferimento. Basti ricordare la giurisprudenza della Corte di Giustizia precedente all'entrata in vigore della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (v. oggi l'art. 6 TUE) in materia, appunto, di diritti umani, o ancora, quella tuttora in evoluzione circa il principio di proporzionalità, quello della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto<sup>(17)</sup>.

Anche qui, perché una data regola assurga a livello di principio generale di diritto e quindi sia opponibile agli altri Stati della “regione europea”, occorre che sia presente nell'ordinamento giuridico interno di tutti o almeno in quello di una maggioranza significativa degli Stati membri.

### 3. — Come reperire i principi generali di diritto nei grandi sistemi giuridici contemporanei

**23. Utilità del metodo del diritto comparato.** — Affinché dei principi di diritto siano “generalisti” occorre che si possano reperire nei “grandi sistemi giuridici contemporanei” entro i quali si collocano gli Stati moderni. Concretamente, per determinare se una determinata norma materiale o processuale sia ascrivibile alla categoria dei principi generali di diritto, occorre esaminare il diritto positivo vigente nelle grandi famiglie giuridiche (sistema romano-germanico, Paesi di *Common Law*, sistema di diritto socialista — oggi una categoria storica residuale — sistemi a forte connotazione religiosa — diritto islamico o indù —, dell'estremo oriente e dell'Africa sub sahariana). In caso positivo, quella norma potrà essere trasposta nell'ordinamento internazionale. Viceversa, non è vero che qualunque norma comune ai diversi ordinamenti giuridici nazionali possa, *ipso facto*, accedere al rango di norma internazionale a titolo di principio generale di diritto. Il processo di trasposizione dagli ordinamenti interni all'ordinamento internazionale non è infatti né “meccanico” né automatico, ma deve tener conto delle caratteristiche proprie della comunità internazionale.

**24. Un metodo di indagine consacrato dallo Statuto della CIG.** — Va infine notato che il metodo di rilevazione dei principi generali di diritto di cui si è detto sopra, basato sulla loro rilevazione nei grandi sistemi giuridici contemporanei, è conforme allo spirito e alla lettera delle altre norme dello statuto della CIG. Basti

<sup>(17)</sup> In arg. v. ad es. J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 9<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2018, p. 530 ss., nonché R. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire: origines et concrétisation*, op. cit.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 7 ed., cit.

ricordare che, in base all'art. 9 dello Statuto della CIG, i giudici della Corte sono eletti in modo tale che “nel collegio nel suo complesso sia assicurata la rappresentanza delle principali forme di civiltà e dei principali sistemi giuridici del mondo”. Orbene, se i giudici debbono “rappresentare” tali grandi forme di civiltà giuridica ed i principali sistemi giuridici, è altrettanto evidente che tutto ciò sia finalizzato alla comprensione ed all'impiego dei principi generali di diritto a livello internazionale. Anche la nomina dei giudici *ad hoc* in seno alla CIG risponde a tale necessità (v. *infra* Cap. XXIV).

## § 2. — *La trasposizione dei principi generali di diritto nell'ordinamento internazionale*

**25. Dei principi di diritto interno.** — Nel già citato caso del *Sud ovest africano* del 1966, il giudice giapponese della CIG, TANAKA, ha osservato che: “*all'origine, i principi generali sono dei principi di diritto privato estrapolati grazie al metodo del diritto comparato e resi applicabili per analogia a delle questioni di diritto internazionale*” (18). Orbene, tralasciando l'osservazione, parzialmente inesatta, secondo la quale i principi generali di diritto appartenerebbero solo alla sfera del “diritto privato” — abbiamo già visto che i principi generali di diritto possono anche derivare dal “diritto pubblico” degli Stati — resta il fatto che l'osservazione del giudice Tanaka presenta un'ottima indicazione circa il metodo di indagine da utilizzare.

### 1. — Il ragionamento per analogia

**26. Il caso delle indennità russe.** — La Corte Permanente di Arbitrato, nel caso delle indennità russe, offre un'illustrazione particolarmente interessante di quel metodo. La CPA, infatti, osservava che: “*dal momento che il Tribunale ha riconosciuto che, secondo i principi generali e la consuetudine in diritto internazionale pubblico, esiste una similitudine di fattispecie fra uno Stato e l'individuo debitore di una somma di denaro liquida ed esigibile, è legittimo ed equo applicare per analogia le regole di diritto privato comune*” (19).

**27. Comunanza della regola giuridica.** — Un principio generale di diritto, per essere tale, deve esprimere un *concetto comune ai grandi sistemi giuridici contemporanei*. Se, ad esempio, consideriamo l'istituto dell'*estoppel* (20), appare evidente che, pur se caratteristico del diritto processuale britannico, quello stesso istituto altro non è se non l'espressione del principio di non contraddizione ben conosciuto dai sistemi giuridici della famiglia romano-germanica tramite il brocardo *nemo venire contra factum proprium potest*. Ecco perché applicare la regola dell'*estoppel* a titolo di principio generale di diritto non significa fare riferimento alle specifiche norme di un dato ordinamento giuridico (ad es. quello inglese), bensì significa riferirsi alla *ratio* di un istituto che si ritrova nell'insieme dei grandi sistemi giuridici contemporanei.

(18) *Rec.*, pp. 295-296.

(19) CPA, 11 novembre 1912, *RSA*, vol. XI, p. 446

(20) Ossia il divieto di far valere un diritto o un'eccezione che siano in contrasto con la precedente condotta della parte.

## 2. — L'importante ruolo del giudice o dell'arbitro

**28. Una costruzione giurisprudenziale.** — Il meccanismo intellettuale di trasposizione dall'ordinamento interno all'ordinamento internazionale dev'essere impiegato dal giudice o dall'arbitro con grande ponderazione. Anche qui, infatti, — al pari di quanto si verifica in materia di diritto consuetudinario — sussiste una certa dose di incertezza e di soggettività. In realtà, il processo di trasposizione di principi dal diritto interno al diritto internazionale si trova limitato in ragione della specificità del contesto internazionale.

**29. I limiti oggettivi.** — Al fine di evidenziare la specificità della comunità internazionale e quindi i limiti oggettivi imposti da quel contesto, basti citare la sentenza della CIG del 1966 del precitato *caso dell'Africa del sud-ovest*. In questa controversia, le parti attrici — l'Etiopia e la Liberia — sostenevano che, nell'ordinamento internazionale, esiste una sorta di *azione popolare (actio popularis) per la difesa degli interessi collettivi*, sul modello di quanto già esiste nel diritto interno ove, peraltro, vi è un Pubblico Ministero con il compito di difendere gli interessi della società nel suo insieme. La CIG, tuttavia, rigettò questa tesi indicando che, “benché un diritto di questo genere possa essere noto in certi sistemi di diritto interno, esso è sconosciuto al diritto internazionale attuale: né la Corte può considerarlo come importato dai ‘principi generali di diritto’ di cui all’art. 38, par. 1, lett. c, dello Statuto” <sup>(21)</sup>.

**30. I giudici della Corte penale internazionale e i principi generali di diritto.** — Lo Statuto della CPI enuncia, all’art. 21 che “La Corte applica: — a) in primo luogo, il presente Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova; — b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili cd *i principi e le regole di diritto internazionale*, ivi compresi i *principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati*; — c) in mancanza, i *principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo*, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti”.

Risulta pertanto evidente che il ruolo dei giudici della CPI appare delicatissimo giacché si dovrà distinguere e precisare le varie categorie di principi, trattandosi di: i principi generali del diritto internazionale; i “principi consolidati” del diritto internazionale umanitario e i principi generali di diritto tratti dagli ordinamenti giuridici degli Stati. In quest’ultima categoria possiamo fare rientrare i principi *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, di irretroattività della norma penale e di *ne bis in idem*. Ed un particolare valore acquistano due peculiari principi di origine internazionale: **l'irrilevanza della qualifica ufficiale del reo** (ad es. quella di Capo di Stato o di Governo, di parlamentare o comunque di agente dello Stato) che significa *non invocabilità del privilegio dell'immunità* (art. 27, Statuto della CPI) e la **imprescrittibilità dei crimini internazionali contemplati dallo Statuto** (art. 29, Statuto della CPI).

**31. Un esempio legato alla natura del territorio.** — Talvolta, risulta impossibile trasporre una regola dall'ordinamento interno all'ordinamento internazionale a causa

<sup>(21)</sup> *Rec.*, p. 47, al § 88.

della specificità di quest'ultimo ordinamento. Così, ad es., la natura particolare del *territorio* in diritto internazionale che risulta intimamente legato alla sovranità dello Stato, rende inapplicabili molte delle regole di diritto privato — molto spesso di origine romanistica — relative alla *proprietà privata*. Proprio in virtù di simili considerazioni, Georges Ripert, il celebre civilista, nel suo Corso all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, aveva correttamente rilevato che l'usucapione non costituisce un modo di acquisto del territorio a titolo originario in diritto internazionale <sup>(22)</sup>.

**32. Un esempio legato alla natura della giurisdizione internazionale.** — I tribunali o i collegi arbitrali internazionali presentano delle forti specificità rispetto ai loro omologhi nell'ordinamento interno dei singoli Stati — a cominciare dalla questione della loro giurisdizione che, di regola, non è mai obbligatoria bensì *facoltativa*. Del pari, le regole di procedura applicabili ai tribunali interni non sono trasponibili, *sic et simpliciter*, ai tribunali internazionali. Pertanto se, ad esempio, alcune regole in materia di prova in uso nel diritto interno sono suscettibili di trasposizione *internazionale*, opposte considerazioni valgono, sia in materia di competenza giurisdizionale, che in quella del processo esecutivo.

**33. Le formule della giurisprudenza.** — Per trasporre una regola di diritto dall'ordinamento interno all'ordinamento internazionale, il giudice o l'arbitro devono usare grande prudenza. Nella prassi, i giudici e gli arbitri internazionali si accontentano, molto spesso, di affermare o di negare l'esistenza di un principio generale di diritto senza sforzarsi di esplicitare il loro percorso argomentativo. Le espressioni che vengono utilizzate più frequentemente sono di questo tipo: “è certo che...”, “la regola è espressione di un più generale principio secondo il quale...”, “il ben noto principio secondo il quale...”, “la regola generale... ecc.”.

Tali formule, tuttavia, dispensano il giudice o l'arbitro dall'onere di spiegare il proprio *iter* logico-argomentativo. Il ché non contribuisce alla certezza del diritto giacché *affermare* non significa *dimostrare* l'esistenza di un principio generale di diritto. A tale proposito, la Corte di Giustizia UE riesce a sfuggire a quest'*impasse* utilizzando, in modo enfatico, l'espressione di “*diritti fondamentali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*” <sup>(23)</sup>.

## Sezione II

### L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

**34. Piano espositivo.** — Alcuni principi appartengono ai settori più tradizionali del diritto internazionale (§1), mentre altri si evidenziano in nuove materie del diritto internazionale (§2).

<sup>(22)</sup> G. RIPERT, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, in *RCADI*, 1933-II, vol. 44, p. 591 e ss.

<sup>(23)</sup> V. ad es. Corte di giustizia, 12 luglio 1957, Causa n. 7/56 e 3 à 7/57, *Rec.*, 81. In argomento v. ad es., P. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2011 e F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario: il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

### § 1. — *Materie tradizionali di applicazione dei principi generali di diritto*

35. — I principi generali di diritto hanno trovato pratica applicazione in tre materie particolari: quella dell'interpretazione degli atti giuridici (1), la responsabilità internazionale (2) e l'amministrazione della giustizia (3).

#### 1. — Principi d'interpretazione

36. — I principi generali che abbiamo in precedenza evidenziato in materia di diritto dei trattati (*supra* Cap. IV) trovano applicazione per tutti gli atti internazionali in quanto si collocano al centro del diritto internazionale delle obbligazioni. In questo modo, nel *caso dei carichi devianti*, l'arbitro RENÉ CASSIN non poté fare a meno di osservare nel lodo del 10 giugno 1955 (riferendosi ad un'osservazione effettuata da GEORGES RIPERT nel proprio corso all'Accademia di diritto internazionale dell'Aia (p. 648 e ss.), "la stretta corrispondenza tra le regole di interpretazione del trattato e quelle applicabili ai contratti" (24).

#### 2. — Principi relativi alla responsabilità internazionale

37. — Qui ancora, dottrina e prassi giudiziaria (e arbitrale) convergono e indicano che i principi generali in materia di responsabilità, vevoli nell'ordinamento interno, presentano forti analogie con il regime di responsabilità dei soggetti dell'ordinamento internazionale. Pertanto, possono essere trasposti, *mutatis mutandis*, dal primo ordinamento al secondo.

38. — In tal modo, nel caso precitato delle *indennità russe*, la CPA osservava che "non si vedono differenze essenziali tra le diverse responsabilità" (responsabilità interna e internazionale). La Corte osservava altresì che "identiche nella loro origine, la colpa, esse appaiono uguali dal punto di vista della loro conseguenza, la riparazione in denaro" (25).

39. — Ed è pacifico che il principio generale secondo il quale, qualunque danno implica per il suo autore un obbligo di riparazione, è presente nell'ordinamento interno come nell'ordinamento internazionale; ed allo stesso modo, il pregiudizio subito deve essere risarcito in base alle sue due componenti: la perdita effettivamente subita (*damnum emergens-danno emergente*) e il guadagno che il soggetto colpito dall'illecito avrebbe potuto conseguire e che ha perso a causa dell'illecito (*lucrum cessans-lucro cessante*).

#### 3. — Principi relativi all'amministrazione della giustizia

40. — Il fenomeno di migrazione di regole di diritto interno verso l'ordinamento internazionale si verifica anche in materia di amministrazione della giustizia. Senza pretesa di esaustività, sia consentito citare alcuni esempi. Così, il giudice internazionale o l'arbitro possiedono la cosiddetta "competenza della competenza", ovvero spetta a ciascuno di loro decidere sui limiti della propria competenza. Allo stesso modo, il giudice

(24) *RSANU*, XII, p. 70.

(25) Lodo dell'11 novembre 1912, in *RSANU*, XI, p. 440.

internazionale o arbitro non può statuire *ultra petita* (*ne eat iudex ultra petita partium*), ossia al di là di quanto richiesto dalle parti. Ancora: nessuno può essere giudice e parte nello stesso processo (*nemo iudex in re sua*); una sentenza possiede l'autorità della cosa giudicata (*res iudicata*), ed ha un'efficacia normalmente "relativa", ossia limitata alle parti in causa. In materia d'amministrazione della prova, quest'ultima incombe all'attore (*actori incumbit probatio*). I giudizi o le sentenze devono essere motivati. I giudici o gli arbitri devono essere indipendenti dalle parti in causa.

Si tratta di esempi di principi generali di diritto che presiedono al funzionamento dei tribunali internazionali e che trovano la propria origine nei principi di diritto processuale sviluppatasi negli ordinamenti interni.

## § 2. — *Settori di applicazione nel diritto contemporaneo*

**41.** — Come abbiamo già osservato, il diritto internazionale contemporaneo si è ampliato sia *ratione personae* che *ratione materiae*.

Nel nostro tempo, è agevole osservare che i "principi generali di diritto" si stanno sviluppando in due grandi settori della vita di relazione internazionale: quello delle organizzazioni internazionali e quello dei rapporti tra Stati (o organizzazioni internazionali) e soggetti privati stranieri.

### 1. — **Principi generali di diritto ed organizzazioni internazionali**

**42. Analogie strutturali con lo Stato.** — La ragione principale della presenza di principi generali di diritto in questo ambito è dovuta ad alcune analogie tra la struttura dello Stato e quella delle organizzazioni internazionali. Infatti, queste ultime hanno una struttura interna che per certi versi ricalca quella degli Stati: le OIG si basano su una "Carta costitutiva" (il trattato tramite il quale esse sono state costituite, il loro "DNA" per usare un'analogia con la biologia) che regola — seguendo l'esempio di una Costituzione statale — le loro competenze, il mandato dei loro organi, i loro rapporti reciproci. Al pari dello Stato, le OIG dispongono di un personale composto da funzionari internazionali.

**43.** — Quindi, non è sorprendente che, *mutatis mutandis*, certe soluzioni di diritto costituzionale o di diritto amministrativo o di diritto del lavoro sviluppate dagli Stati si ritrovino all'interno delle organizzazioni internazionali a titolo di principi generali di diritto. Ed è chiaro che più l'OIG in questione sarà "integrata", più saranno maggiori le similitudini con il modello statale. Questo spiega, tra le altre cose, perché l'Unione europea, la quale ha istituito un ordinamento giuridico proprio, a metà strada tra il diritto interno e il diritto internazionale classico, faccia un ampio uso dei "principi generali di diritto". Come esempio possiamo citare il *caso Algera* <sup>(26)</sup> dove la Corte di Giustizia Ue ha ammesso che, in virtù di un "principio generale di diritto", un atto amministrativo illegale emanato da un organo comunitario è un atto *revocabile* entro un periodo ragionevole.

<sup>(26)</sup> Cause riunite 7-56 e 3-57 a 7-57, in *Rec.* 1957, p. 81, con conclusioni di LAGRANGE. In argomento, v. U. DRAËTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, 4 ed., Milano, Giuffrè-FLV, 2020, p. 192 ss.

**a) Principi generali di diritto e funzionamento interno delle organizzazioni internazionali**

**44. Il modello parlamentare.** — Esiste anche una forte analogia tra le OIG e la “diplomazia parlamentare” praticata nell’ordinamento interno, come ha notato la CIG nel caso del *Sud-Ovest africano* del 1962. In queste condizioni, il funzionamento interno delle organizzazioni internazionali “prende a prestito” numerose regole del “diritto parlamentare” degli Stati.

**45.** — Gli esempi abbondano nelle più svariate materie. Così ciascuna OIG dispone di un potere direttivo e di un’autorità esclusiva sul proprio personale amministrativo. Così ancora, i verbali delle riunioni devono essere pubblicati integralmente e non per estratto. Ancora: gli atti delle OIG non possiedono efficacia retroattiva. Così ancora, le OIG possono creare tribunali propri, come ha riconosciuto la CIG nel parere consultivo del 1954 sugli *effetti delle sentenze del Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite che concedono delle indennità*, in cui ha dichiarato che: “è prassi costante per i legislatori nazionali creare tribunali con la capacità di adottare decisioni vincolanti per il legislatore che li ha creati” (27); a seguito di una tale constatazione, la Corte ha ammesso che l’ONU aveva il potere di creare un tribunale amministrativo dotato di poteri vincolanti.

**b) Principi generali di diritto e rapporti tra le OIG e gli Stati (o il funzionamento esterno delle organizzazioni internazionali)**

**46.** — Ci sono ancora molti casi in cui i rapporti tra le OIG e i loro Stati membri sono regolati da principi generali di diritto.

Un primo esempio si ha in materia di responsabilità internazionale delle OIG (v. *infra* Cap. XVI). Infatti, tutti gli atti delle organizzazioni internazionali suscettibili di danneggiare gli Stati membri o i loro cittadini possono essere fonte di responsabilità internazionale dell’ente in questione. Ciò è stato formalmente riconosciuto quando la condotta dei caschi blu dell’ONU in Congo ha causato dei danni a dei cittadini belgi ed allo stesso Stato belga. L’ONU ha risarcito il danno, riconoscendo la propria responsabilità (28).

Va notato altresì che se le OIG sono responsabili per i danni causati dalle loro azioni, lo stesso vale per gli Stati nei confronti delle OIG: gli Stati possono essere responsabili nei confronti delle OIG per i danni arrecati alle stesse tramite la propria condotta.

Allo stesso modo, i trattati conclusi tra gli Stati e le organizzazioni internazionali (e tra queste ultime) vengono governati, tra l’altro, da principi generali di diritto (per esempio in materia di interpretazione), fino a quando la Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986, non sarà entrata in vigore (29).

**c) Principi generali di diritto e rapporti delle OIG con il proprio personale**

**47. Utilizzo dei principi generali da parte dei Tribunali amministrativi internazionali.** — Non è esagerato dire che, il regime giuridico della funzione pubblica

(27) *Rec.*, 1954, p. 61.

(28) V. gli accordi Spaak-U Thant del 20 febbraio 1965 e l’analisi di J.A. SALMON, in *AFDI*, 1965, p. 468.

(29) PH. MANIN, in *AFDI*, 1986, p. 454 e ss.

internazionale è dominato da principi generali di diritto. Tale diritto è stato sviluppato dai *Tribunali amministrativi internazionali* che hanno attinto a piene mani dal diritto processuale, dal diritto amministrativo e dal diritto del lavoro, in vigore nei diversi Stati.

**48.** — Anzitutto, la presenza quasi generale di *Tribunali amministrativi internazionali* (o di commissioni di ricorso) prova l'esistenza di un principio generale secondo il quale i funzionari internazionali devono potere beneficiare di una certa tutela giurisdizionale nei confronti delle OIG da cui dipendono. Per tali motivi, un'organizzazione che non possedeva inizialmente alcuna competenza di questo tipo, la Banca Mondiale, ha dovuto istituire un proprio "Tribunale amministrativo" <sup>(30)</sup>.

**49.** — Inoltre, le norme che disciplinano il funzionamento di detti "Tribunali amministrativi internazionali" sono quelle comunemente accettate negli ordinamenti interni. È possibile dunque che si verifichi un diniego di giustizia? Può un tribunale internazionale amministrativo cavarsela con un *non liquet* adducendo la presenza di lacune del diritto? La questione rimane controversa ed è stata parzialmente trattata dal tribunale amministrativo dell'OIL nel caso *Micheline Desgranges* <sup>(31)</sup>.

**50.** — Infine, esistono delle regole fondamentali che tutti i tribunali devono rispettare perché sono considerate come inerenti alla buona amministrazione della giustizia (per esempio il diritto ad un equo processo). Infine, per i tribunali di tipo "amministrativo", altri esempi di "presa a prestito" di regole nazionali si verificano ogniqualvolta si discute di invalidità degli atti, o ancora di "potere gerarchico": tutti elementi del diritto del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche statali.

## **2. — Principi generali di diritto e rapporti tra gli Stati o le OIG e privati stranieri**

**51.** — I principi generali di diritto sono al centro del diritto transnazionale contemporaneo e risultano frequentemente utilizzati in materia di *contratti internazionali*. Per questo, tali principi vengono spesso invocati nei contenziosi transnazionali alla stregua del diritto applicabile a tali rapporti.

### **a) Principi generali di diritto e contratti internazionali**

**52. L'esempio delle concessioni.** — Molti contratti internazionali, specialmente i *contratti di concessione*, fanno ampio riferimento ai principi generali di diritto, affiancandoli al diritto nazionale. Talvolta i riferimenti riguardano alcune clausole generali (buona fede o forza maggiore, per esempio), talaltra i contratti si riferiscono ai principi generali di diritto nel loro insieme, in quanto oggetto di scelta della legge applicabile al contratto (lasciando un gran margine di manovra al giudice o all'arbitro). Così, per esempio, l'art. 46 dell'accordo relativo al consorzio petrolifero in Iran nel 1954 prevedeva espressamente che il diritto applicabile era il diritto comune all'Iran ed agli Stati in cui le società petrolifere avevano sede e, "in loro assenza, i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili". Analogamente, l'art. 35

<sup>(30)</sup> V. *ILM*, 1980 p. 958.

<sup>(31)</sup> Sentenza n. 11 nel caso *Micheline Desgranges*.



del contratto tra l'ERAP francese e l'INOC iracheno del 1968 faceva un doppio riferimento al diritto nazionale e ai principi generali di diritto.

Siffatto ricorso ai principi generali di diritto nei contratti internazionali conclusi tra uno Stato (o un'OIG) e una società straniera oggi costituisce una prassi diffusa. Senonché, permangono alcune difficoltà di coordinamento gerarchico tra fonti giacché, a volte i principi generali di diritto devono operare in modo *cumulativo* — se non sovraordinato — con il diritto nazionale (ed è il caso più frequente per i contratti tra Stati ed imprese straniere o “State contracts”); altre volte quei principi sono indicati alla stregua del diritto applicabile *tout court* (è il caso anche di alcuni contratti conclusi con organizzazioni internazionali).

### **b) I principi generali di diritto e la loro applicazione ad opera degli arbitri**

**53. La soluzione dell'art. 42 della Convenzione ICSID.** — Talvolta l'arbitro viene espressamente invitato a decidere una controversia anche sulla base di “principi generali di diritto”. È il caso, ad esempio, dell'art. 42 par. 1, della Convenzione ICSID del 1965 il quale prevede che:

“Il Tribunale statuisce sulla controversia secondo le regole di diritto che le parti abbiano convenuto. In difetto di accordo tra le parti, il Tribunale applica la legge dello Stato contraente parte della controversia — ivi comprese le sue norme di diritto internazionale privato — come pure i *principi di diritto internazionale in materia*”<sup>(32)</sup>.

Qui, peraltro, la versione inglese fa riferimento alle “rules of International Law”, mentre in quella francese — anch'essa ufficiale — si utilizza l'espressione “principi di diritto internazionale, come fonte del diritto applicabile”.

**54. La prassi arbitrale e i Principi Unidroit sui contratti internazionali.** — Nella prassi arbitrale si reperiscono numerosi esempi in cui gli arbitri hanno fatto riferimento ai “principi generali di diritto”<sup>(33)</sup>. Così nel *caso Lena Goldfields*, gli arbitri riconobbero che l'adempimento secondo buona fede era un principio generale di diritto applicabile, come tale, ai contratti internazionali<sup>(34)</sup>. Nel *caso Sapphire* (lodo Cavin), l'arbitro applicava delle “regole di diritto fondate sulla ragione comune delle Nazioni civili” per definire il concetto di forza maggiore nei contratti internazionali<sup>(35)</sup>. Nel *caso Aramco* del 1958, gli arbitri applicarono il diritto dello Stato in causa, vale a dire dell'Arabia Saudita, ma lo interpretavano e lo completavano attraverso i “principi generali di diritto” e “gli usi dell'industria”. Così facendo, gli arbitri dedussero il divieto, per chi abbia emesso una data dichiarazione o tenuto un dato comportamento, di opporre l'invalidità della dichiarazione emessa o l'inefficacia

<sup>(32)</sup> Corsivo aggiunto. Si tratta di una traduzione non ufficiale tratta dal testo pubblicato da P. BERNARDINI, in appendice a *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 455. La versione italiana predisposta dal governo federale svizzero fa ugualmente riferimento a “principi di diritto internazionale”. La versione spagnola, egualmente ufficiale, indica però “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. In argomento cfr. E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, in *ICSID Rev.*, 2003, p. 375-411.

<sup>(33)</sup> Cfr. ad es. PH. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », in *JDI*, 1989, p. 305.

<sup>(34)</sup> *Cornell Law Quarterly*, 1950 p. 50.

<sup>(35)</sup> *ILR*, 1953, p. 534 et s.

del comportamento tenuto da colui che sull'una o sull'altra abbia fatto legittimo affidamento (principio dell'*estoppel*); ciò che corrisponde a una "massima giuridica di portata universale" <sup>(36)</sup>. In un'altra controversia, l'*arbitrato di Abu Dhabi* del 1951, l'arbitro inglese LORD ASQUITH OF BISHOPSTONE, escludendo l'applicazione del diritto nazionale (*sub specie*, quello di Abu Dhabi) che pur era stato designato dalle parti in contratto in quanto ritenuto praticamente inesistente, ha ritenuto opportuno applicare "i principi radicati nel buon senso e nella prassi comune della generalità delle Nazioni civili" una sorta di diritto internazionale moderno ("modern law of nature") <sup>(37)</sup>. Successivamente, il lodo precitato di R.J. DUPUY nel *caso Texaco/Calasiatic* ha evidenziato il ruolo centrale dei principi generali di diritto quali *indici di internazionalizzazione* di tali contratti; pertanto l'arbitro stimava giustamente che tali principi giocano un ruolo importante *nell'equilibrio contrattuale delle parti* (vedere paragrafi 41, 42 e 51, 52). E così ancora, nel lodo ICSID *Amco v. Indonesia*, gli arbitri giunsero alla conclusione secondo la quale:

"the full compensation of prejudice, by awarding to the injured party the *damnum emergens* and the *lucrum cessans* is a principle common to the main systems of municipal law, and therefore, a general principle of law which may be considered as a source of international law" <sup>(38)</sup>

In tale contesto, nel nostro tempo, si coglie chiaramente l'importanza dei **Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali**. I Principi Unidroit — come abbiamo già segnalato — costituiscono una risposta adeguata alla necessità di una codificazione dei principi generali del diritto internazionale dei contratti. Non stupisce quindi che sia il Consiglio di direzione d'Unidroit, che l'UNCITRAL, ne abbiano raccomandato la più vasta applicazione <sup>(39)</sup>. Lo sviluppo progressivo del diritto internazionale dei contratti, grazie ai principi Unidroit, consente oggi agli arbitri internazionali di risolvere controversie transnazionali facendo riferimento ad uno strumento internazionale che è il frutto del lavoro congiunto, per oltre trent'anni, di giuscomparatisti e giusinternazionalisti di tutto il mondo. Pertanto, la formale adozione dei principi Unidroit da parte dell'UNCITRAL e, ovviamente, di Unidroit, ha conferito a detti principi una legittimità internazionale che va ben al di là della loro mera autorevolezza dottrinale <sup>(40)</sup>.

Così, ad esempio, nel **lodo CCI/ICC n. 7375**, relativo a un contratto tra l'Iran e la società statunitense Westinghouse, gli arbitri, decisero che, data l'assenza di scelta del diritto applicabile:

"the tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations, which qualifies as rules of law and which a wide acceptance of international consensus in the international business community, including notions which are

<sup>(36)</sup> *RGDIP*, 1963, p. 315.

<sup>(37)</sup> *ICLQ*, 1952, p. 247.

<sup>(38)</sup> Lodo ICSID, 20 novembre 1984, *Amco Asia Co v Republic of Indonesia*, punto 267.

<sup>(39)</sup> <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html>

<sup>(40)</sup> Per consultare le applicazioni dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali v., <http://www.unilex.info> in cui sono state repertoriate dal 1994 centinaia di lodi arbitrali — e nel database si trovano anche sentenze dei giudici nazionali e internazionali. In argomento v. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., oltre che M.J. BONELL, *An international Restatement of Contract Law: the Unidroit Principles for International Commercial Contracts*, 3 éd., Ardsley N.Y., Transnat. Pub., 2005.

said to form part of the *lex mercatoria*, also taking into account any relevant trade usages as well as the Unidroit principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules” (41).

Ed ancora, i Principi Unidroit trovano crescente applicazione negli arbitrati sugli investimenti (42). Così, gli arbitri del lodo *Jean Charles Lemire v. Ukraine* non hanno esitato ad affermare che:

“It is impossible to place the UNIDROIT Principles — a private codification of civil law, approved by an intergovernmental institution — within the traditional sources of law. The UNIDROIT Principles are neither treaty, nor compilation of usages, nor standard terms of contract. They are in fact a manifestation of transnational law” (43).

### Sezione III

#### LE FUNZIONI DEI PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO

**55. Piano espositivo.** — Una diversa questione in fase di non sopito dibattito attiene al ruolo che svolgono i principi generali di diritto. Alcuni autori come MAC NAIR o PIERRE LALIVE attribuiscono ai principi generali di diritto un *ruolo centrale* tra le fonti del diritto internazionale e ne affermano la loro “autonomia” valorizzandone il loro impiego nel “diritto transnazionale” contemporaneo, con particolare riferimento alla materia dei contratti internazionali, come abbiamo anche noi più volte osservato in questa ed altre sedi.

Altra parte della dottrina, al contrario, attribuisce ai principi generali di diritto un ruolo meramente marginale e transitorio.

Tale dibattito, in realtà, può essere superato in favore della prima impostazione, alla luce dei dati della prassi. Pertanto, valuteremo dapprima il ruolo fondamentale dei principi generali di diritto in seno al diritto internazionale-transnazionale del nostro tempo (1), per comprendere in che misura i medesimi principi siano rimasti, di fatto, una “fonte sussidiaria” nel contesto, più limitato, del diritto internazionale “pubblico” (2).

#### § 1. — I principi generali di diritto

##### *come fonte centrale del diritto della società transnazionale contemporanea*

**56. Trattati e lacune del diritto internazionale.** — Fonte tradizionale del diritto internazionale, i trattati non riescono a soddisfare le necessità di tutti gli attori della società internazionale. Inoltre, i trattati internazionali, quando sono in vigore, presentano spesso un contenuto normativo parziale ed incompleto. In tale contesto, i principi generali di diritto giocano — assieme alla consuetudine — un ruolo insostituibile. Si assiste dunque ad una bella rivincita del diritto non scritto sul diritto scritto dell’ordinamento internazionale.

(41) *Mealey’s International Arbitration Report*, 1996, Dec., A-1 et ss., p. 123.

(42) V. ora M. MALAGUTI, E. FINAZZI AGRÒ, “L’utilizzo dei Principi UNIDROIT nell’arbitrato internazionale di investimento”, in *Studi in onore di G. Bernini*, a cura di F. MARRELLA e N. SOLDATI, cit., p. 489 ss.

(43) *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, lodo parziale, ICSID Case No. ARB/06/18 in <https://www.italaw.com/cases/614>.

**57. I principi generali come *stock* di norme applicabili all'ordinamento internazionale.** — I principi generali di diritto costituiscono una sorta di *stock* di regole giuridiche, un serbatoio di norme applicabili soprattutto a nuovi settori del diritto internazionale come pure a rapporti giuridici delicati e complessi come quelli esistenti tra soggetti aventi diverso statuto giuridico.

Così, questi principi svolgono un ruolo essenziale nel diritto delle OIG, con riferimento al loro diritto interno o a quello delle loro relazioni esterne. *A fortiori*, i principi generali di diritto costituiscono il *corpus juridicum* essenziale del diritto internazionale dei contratti del nostro tempo (v. *supra* Cap. V).

Infine, va sottolineata la crescente importanza dei principi generali di diritto nei nuovi settori del diritto internazionale materiale quali ad esempio quello della tutela dell'ambiente e quindi del pianeta nel suo insieme o quello delle attività spaziali (anche dei privati).

## § 2. — *I principi generali di diritto, come fonte formale (ancora poco sviluppata) del diritto della società interstatale*

**58. Diffidenza sui principi generali di diritto.** — Vi è una certa diffidenza per quanto riguarda i principi generali di diritto, dal momento che essi sono imprecisi e dato che la loro "individuazione" non è frutto di un procedimento interamente "oggettivo" ma dipende, in larga misura, da una valutazione "soggettiva" del giudice o dell'arbitro. Inoltre, alcune categorie di Paesi (gli Stati socialisti di ieri o quelli in via di sviluppo oggi) manifestano una certa *reticenza* perché temono che i principi generali di diritto siano troppo "orientati" e che valorizzino più i sistemi giuridici dei Paesi sviluppati (spesso le ex Potenze coloniali) che i propri sistemi giuridici. E se i principi generali di diritto fossero una sofisticata "macchina da guerra" da utilizzare contro i loro interessi? Siamo sicuri di non essere in presenza di una manifestazione insidiosa di imperialismo giuridico?

Nonostante questi timori e perplessità, i principi generali di diritto permangono per regolare le relazioni tra Stati, pur avendo un ruolo sussidiario e talvolta marginale.

### 1. — *I principi generali di diritto, quali strumenti per colmare le lacune del diritto internazionale*

**59. Ragioni dell'inserzione dei principi generali di diritto nello Statuto della CPGI nel 1920.** — Nell'ordinamento interno, il ricorso ai principi generali di diritto serve a colmare le lacune del diritto scritto e ad adattarlo "en souplesse" ai cambiamenti della società. Lo stesso discorso vale anche nell'ordinamento internazionale e questo è probabilmente il motivo per cui i principi generali di diritto vennero inseriti nell'art. 38 dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia internazionale nel 1920.

**60. Reticenza della Corte Internationale di Giustizia.** — La CIG, senza dichiararlo ufficialmente, è ben cosciente del ruolo dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. In effetti, in luogo di dire che in una particolare materia trovava applicazione un dato principio generale di diritto, la CIG, in un caso ne ha negato l'applicazione (è il caso dell'*Africa del Sud-Ovest* del 1966) e in un altro caso, pur riconoscendone l'applicazione, ha affermato che la norma in questione esisteva già come norma convenzionale per esempio, nel caso del "*Wimbledon*" del 1923, a

proposito di “servitù”, (n. 1, p. 24) o consuetudinaria nel *caso di diritto di passaggio* del 1960 tra l’India e Portogallo (pp. 43-44). In entrambe le fattispecie, la CIG si è ben guardata dall’affermare l’esistenza di per sé di un principio generale di diritto e ha manifestato un atteggiamento reticente rispetto ad una specifica e formale fonte di diritto internazionale di cui all’art. 38 Statuto CIG.

**61. L’utilizzo dei principi generali di diritto da parte di singoli giudici.** — È altrettanto curioso notare che, in parallelo alla posizione ufficiale della CIG espressa nelle sentenze sopra richiamate, numerosi giudici di quella stessa Corte abbiano invece spesso insistito, nelle loro opinioni individuali o dissenzienti, sul ruolo dei principi generali di diritto al fine di colmare le lacune del diritto internazionale. Si possono citare, a titolo di esempio, l’opinione dissenziente del giudice Quintana nel *caso del diritto di passaggio sul territorio indiano* nel 1960 (pp. 89-90), l’opinione individuale del giudice Ammoun nel *caso della piattaforma continentale del Mare del Nord* nel 1969 (pp. 132-135), oppure nel *caso Barcelona Traction* del 1970 <sup>(44)</sup>, o anche l’opinione dissenziente del giudice Tanaka nel *caso del Sud Ovest Africano* del 1966 (p. 299).

**62. Utilizzo dei principi generali di diritto da parte della Corte di giustizia UE e da parte dei tribunali penali internazionali.** — Nel già citato *caso Algera*, la Corte di Giustizia dell’Unione europea aveva notato l’assenza di regole contenute nel Trattato CECA per la soluzione del caso di specie, e quindi aveva fatto applicazione di principi generali di diritto <sup>(45)</sup>. Ciò non ha destato alcuna protesta. Né ha destato scalpore il fatto che il Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia si sia riferito ad essi per definire il reato di violenza sessuale nel *caso Furundžija*:

“The Trial Chamber therefore considers that, to arrive at an accurate definition of rape based on the criminal law principle of specificity (*Bestimmtheitsgrundsatz*, also referred to by the maxim “*nullum crimen sine lege stricta*”), it is necessary to look for principles of criminal law common to the major legal systems of the world. These principles may be derived, with all due caution, from national laws.

178. Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions:

(i) unless indicated by an international rule, reference should not be made to one national legal system only, say that of common-law or that of civil-law States. Rather, international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world. This presupposes a process of identification of the common denominators in these legal systems so as to pinpoint the basic notions they share” <sup>(46)</sup>.

**63. Utilizzo dei principi generali di diritto da parte degli arbitri.** — Infine, va ricordato che nei grandi arbitrati tra Stati e imprese straniere precedentemente citati gli arbitri hanno spesso giustificato l’utilizzo dei principi generali di diritto al fine di precisare o di colmare le lacune del diritto applicabile. Ed oggi il database di UNILEX evidenzia centinaia di applicazioni nella prassi contemporanea dei Principi Unidroit sui contratti internazionali.

<sup>(44)</sup> *Rec.*, cit., pp. 332-333.

<sup>(45)</sup> *Rec.*, cit., p. 115.

<sup>(46)</sup> International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Anto Furundžija* (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Dicembre 1998, al sito: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40276a8a4.html> [accessed 6 May 2023], punti 177-178.

**64. Il problema del *non liquet*.** — Se è vero che i principi generali di diritto servono a colmare le lacune del diritto internazionale, è altrettanto vero che non appaiono in grado di colmarle tutte. In altre parole, non è impossibile che il giudice o l'arbitro internazionale si trovino in una situazione di *non liquet*. In effetti, fino ad oggi, solo il **Tribunale amministrativo dell'OIL** nella sentenza n. 11, *Micheline Desgranges*, del 1953, ha rilevato che “in base ad una norma fondamentale sottostante a qualunque tecnica giuridica, nessun tribunale può astenersi dal giudizio a causa del silenzio o di una pretesa oscurità della legge”. La questione, tuttavia, rimane attualmente oggetto di dibattito. Pertanto, la Convenzione ICSID del 1965 relativa alle controversie in materia di investimenti tra Stati e privati stranieri, ha precisato, all'art. 42 comma 2 par. 2 che “il tribunale non può rifiutarsi di giudicare facendo valere il silenzio o l'oscurità della legge”.

## 2. — I principi generali di diritto: il loro ruolo sussidiario tra le fonti di diritto

**65.** — *Un principio generale di diritto può servire a precisare un trattato oppure una regola di diritto consuetudinario. Viceversa, un principio generale di diritto non può derogare ad una norma di diritto pattizio o consuetudinario.* In breve, dalla prassi finora conosciuta si evince che tali principi operano tipicamente *praeter legem* ma non *contra legem*. Muovendo da tale valutazione empirica, è possibile formulare il seguente teorema: *poiché la consuetudine e i trattati possiedono un'origine puramente internazionale ed i principi generali di diritto derivano dal diritto interno, ne segue che nella gerarchia delle fonti del diritto internazionale, questi ultimi risultano subordinati alle altre due fonti.*

La ragione di tale posizione implicitamente subordinata sulla scala delle fonti del diritto internazionale discende dal *primato* dell'ordinamento internazionale sull'ordinamento interno (*infra*, Cap. III): i principi generali di diritto, infatti, nascono dall'esperienza giuridica complessiva degli ordinamenti giuridici statali e solo in un secondo momento vengono sussunti dall'ordinamento internazionale ai propri fini.

Infine, la pronuncia del giudice o dell'arbitro che fa ricorso ad essi costituisce una decisione *secondo diritto* e non una decisione secondo equità in assenza di esplicita autorizzazione delle Parti (v. Cap. XIV).

## 3. — Il carattere “transitorio” dei principi generali di diritto

**66.** — I principi generali di diritto possono avere carattere transitorio nella misura in cui possono divenire anche delle consuetudini internazionali o delle regole di diritto pattizio. In un caso come nell'altro, l'assorbimento dei principi generali di diritto in una fonte di diversa natura fa acquisire loro i caratteri di quest'ultima.

I principi generali di diritto hanno dato vita a particolari regole consuetudinarie, come, per esempio, l'obbligo di versamento di un indennizzo in caso di nazionalizzazione o espropriazione di beni stranieri; o la regola in base alla quale un tribunale internazionale è sempre giudice della propria competenza; o ancora le regole di interpretazione degli atti giuridici. Inoltre,

i principi generali di diritto possono anche essere assorbiti in *norme di carattere pattizio*. È il caso delle condizioni di validità o dei metodi di interpretazione dei trattati successivamente codificate dalla CVT. Allo stesso modo, lo Statuto e il regolamento di procedura della CIG “codifica” un certo numero di principi generali di diritto, quali

ad esempio l'indipendenza dei giudici, l'uguaglianza delle parti nel processo o la *res judicata*.

Infine, i principi generali di diritto possono formare oggetto di codificazioni di *soft law*: è il caso dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali o, su scala regionale, dei Principi di diritto europeo dei contratti (PECL). Anche in questa materia si nota la recente tendenza della Comunità internazionale verso delle forme di codificazione *light* del diritto internazionale <sup>(47)</sup> con grande predilezione per la *soft law* (*supra* Cap. VI)

In breve, i “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili” costituiscono una “base” fondamentale del diritto internazionale. Essi consentono, se è necessario, di adattare il diritto internazionale alle nuove necessità della società internazionale, e, a volte, di colmarne le lacune.

---

<sup>(47)</sup> V. S. VILLALPANDO, “Codification Light: A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations”, in *Brazilian Yearbook of International Law*, 2013, p. 177 ss.; ID., “Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell’età della codificazione *light*”, in SIDI, *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea*, Napoli, ES, 2019, p. 259-278.

**Titolo IV**  
**I MEZZI SUSSIDIARI PER L'ACCERTAMENTO**  
**DELLE NORME GIURIDICHE INTERNAZIONALI**

**Capitolo XII**  
**LA DOTTRINA**

*Bibliografia sommaria:* G. SCHWARZENBERGER, “The Province of the Doctrine of International Law”, in *Current Legal Problems*, 1956, p. 235; P. GUGGENHEIM, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, in *RCADI*, 1958, v. 94, pp. 5-84; G. FITZMAURICE, “The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law”, in *RCADI*, 1973-I, t. 138, p. 203; MAC DONALD, “The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs”, in *RCADI*, 1977-III, t. 156, p. 377; R. CHARVIN, “Le droit international tel qu’il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traités et manuels (1850-1950)”, in *Mélanges Ch. Chaumont*, 1984, p. 135; ORAISON, “Réflexions sur la “doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations””, *RBDI*, 1991/2, p. 507-580; R. JENNINGS, “Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law”, in *Studi Arangio-Ruiz*, 2004, t. I., p. 319 ss.; G. GAJA, “La doctrine et la pratique de droit international”, in *AFDI*, 2005, p. 11; A. PELLET, “Art. 38”, in A. ZIMMERMAN, C. TOMUSCHAT & K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, Oxford, OUP, 2012, p. 853 ss.; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014; M. WOOD, voce “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, in *MPEPIL*, 2017; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 6 ed., cit., p. 251 ss.; A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, a cura di M. FRULLI, Bologna, Il Mulino, 2021; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 202 ss.

**1. La dottrina e lo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.** — Parlando della dottrina, l’art. 38, par. 1, lett. *d*, dello Statuto della CIG utilizza un’espressione che è al tempo stesso lusinghiera — per non dire pomposa — per gli accademici e prudente nel riconoscere l’apporto della **“dottrina degli autori più qualificati delle varie Nazioni, come mezzo sussidiario per la determinazione delle norme giuridiche che la Corte deve applicare”** <sup>(1)</sup>. Senonché, la dottrina non è una *fonte formale* del diritto internazionale al pari dei trattati, delle consuetudini e dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili.

Certo, lo Statuto della CIG riconosce un ruolo importante all’*interpretazione dottrinale* del diritto internazionale ma tale ruolo si esaurisce nel fornire un “*mezzo sussidiario*” di accertamento delle norme che sorgono in base alle fonti formali del diritto internazionale. Ed in effetti, per secoli, la dottrina ha fornito un prezioso sussidio agli Stati ed agli interpreti della nostra materia, soprattutto per quanto riguarda il diritto internazionale non scritto. Occorre però leggere tutta la formula impiegata nello Statuto della CIG. Non si fa affatto riferimento ad un singolo articolo

---

<sup>(1)</sup> Sottolineatura aggiunta. Testualmente: “The teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law” o secondo la versione francese “la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”.



o ad una monografia qualsiasi di uno specialista di diritto internazionale. Un po' come ai tempi del *diritto comune*, qui il valore della dottrina (la sua "autorevolezza") si costruisce per sommatoria iniziando dalla serietà, l'approfondimento ed il vigore delle indagini scientifiche; dalla coerenza e dal contributo scientifico di tali indagini specialistiche con la materia generale, dall'acquisita autorevolezza di tali scritti nel settore scientifico disciplinare per poi accrescersi tramite un pari apprezzamento ed il consenso circa i risultati acquisiti da parte degli specialisti di diritto internazionale degli altri Stati. È facile comprendere dunque che la soglia fissata all'art. 38 dello Statuto CIG è particolarmente elevata.

Alla luce di tali premesse, ci limiteremo a presentare due osservazioni di carattere generale sul ruolo e della dottrina nell'ordinamento giuridico internazionale (1) e sul potere di formulare alcune norme di diritto internazionale (2).

### 1. — La dottrina ha maggiore importanza nel diritto internazionale che nel diritto interno

**2. La codificazione dottrinale del diritto internazionale.** — Il diritto internazionale, come abbiamo già segnalato, è meno preciso del diritto interno a causa dei suoi caratteri strutturali (quasi 200 Stati, OIG ed altri soggetti etc. v. Cap. I). A tal proposito, non stupisce che nell'epoca formativa del diritto internazionale moderno, anche a causa della scarsità delle norme dell'ordinamento internazionale o comunque della loro scarsa conoscibilità, la dottrina dei giusinternazionalisti più famosi abbia avuto un ruolo di prim'ordine — se non di "fonte effettiva" — nel presentare e nel formulare le norme che hanno regolato il diritto internazionale per secoli. Basti pensare a quegli autori che possono essere considerati i *codificatori del diritto internazionale positivo* della loro epoca, come GROZIO nel XVII secolo o VATEL nel XVIII secolo.

In seguito, il ruolo della dottrina si è in parte ridotto in virtù di un più generale accesso alle fonti di cognizione del diritto internazionale positivo tramite la diffusione di raccolte sistematiche di trattati pubblicati — oggi anche via internet — sotto l'egida della Società delle Nazioni e, poi dell'ONU, ovvero di repertori della prassi degli Stati e delle OIG; per non parlare delle convenzioni internazionali di codificazione di molte norme del diritto internazionale non scritto. Tale "ridimensionamento" della dottrina è stato altresì bilanciato dal progressivo sviluppo della giurisprudenza internazionale (oggi copiosa grazie ai sempre più numerosi tribunali internazionali).

**3. La reticenza dei giudici nazionali.** — Nell'ordinamento interno, l'apporto della dottrina è lungi dall'essere valutato allo stesso modo. Senza dubbio la dottrina è più influente nei Paesi della famiglia romano-germanica che nei Paesi di Common Law (2), sebbene siano necessarie alcune puntualizzazioni. Per esempio, i *giudici inglesi* sono sempre stati molto reticenti ad affidarsi alla dottrina. Nel **caso del Franconia**, il *Chief Justice* dovette valutare la competenza dei tribunali inglesi nel giudicare uno straniero per omicidio colposo in una collisione tra un'imbarcazione britannica e una nave battente bandiera di un altro Stato. L'urto si era verificato *al di*

(2) In argomento, v. per tutti R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ª ed., traduz. it. a cura di R. SACCO, Padova, Cedam, 2004; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021, *passim*.

*fuori del mare territoriale* inglese che corrispondeva, all'epoca, a 3 miglia nautiche. Qui, la Corte indicò che il diritto internazionale non le conferiva la giurisdizione nel caso di specie ed esaminando il ruolo della dottrina, non poté non notare il disaccordo tra i principali autori riguardo all'estensione del mare territoriale, questione da cui dipendeva l'esito del dibattito. La Corte osservò, in particolare, che “*la opinione generale dei giuristi, di per sé sola, non vincola certamente i tribunali, ma attesta l'esistenza di un comune consenso degli Stati su questioni di ordine internazionale*”<sup>(3)</sup>.

4. — I giudici statunitensi, al contrario, si sono dimostrati più propensi a riconoscere valore persuasivo alla dottrina. Così, nel **caso *The Paquete Habana***, la Corte Suprema decise di fare riferimento alla dottrina per dimostrare l'esistenza di una consuetudine. Si trattava di valutare l'esistenza di una norma consuetudinaria relativa al diritto di preda di pescherecci stranieri in caso di conflitto armato con lo Stato della bandiera. Per giungere alla conclusione negativa la Corte Suprema fondò il proprio giudizio, tra l'altro, sul lavoro di giuristi e di commentatori specializzati giacché i giusinternazionalisti “*dopo anni di lavoro, di ricerche e di esperienze, avevano acquisito una conoscenza della materia tale da costituire la prova dell'esistenza di una norma giuridica*”<sup>(4)</sup>.

## 2. — Il ruolo della dottrina nella formulazione di alcune norme di diritto internazionale

**5. Dottrina e codificazione del diritto internazionale.** — In primo luogo, come abbiamo visto (Cap. X), la dottrina può contribuire ad *individuare e a precisare l'ambito di applicazione delle norme non scritte* del diritto internazionale, siano esse delle consuetudini ovvero dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. In tale prospettiva, la dottrina può essere utilizzata come elemento di prova: essa, in altre parole, non crea nuove norme ma ne conferma l'esistenza. Analogamente, la dottrina può svolgere una funzione — oggi più limitata che in passato — di *codificazione* di alcune norme non scritte del diritto internazionale. Per questa ragione, e per la *natura collettiva* dei risultati, occorre prestare particolare attenzione alle “risoluzioni” dell'***Institut du Droit International*** o dell'***International Law Association***, associazioni scientifiche private di specialisti del diritto internazionale composte di membri e associati mediante cooptazione (come in un *club*) create rispettivamente nel 1873 e nel 1876. Vale infatti quanto è stato recentemente ribadito da M. Woods:

“Teachings may take many forms, including ‘digests, treatises, textbooks, monographs, commentaries, journal articles and blog posts’. If one turns from individual writers to institutions such as the *Institut de Droit International*, the *International Law Association* (ILA), and ‘expert groups’, the position looks rather different. The collective product of such learned bodies should be seen as part of the teachings for the purposes of Art. 38 (1) (d) ICJ Statute, and may — depending on all the circumstances — carry special weight. Among other considerations, their product does tend to represent the views of publicists of the various nations, especially in recent times. And even national-based collective works may have high authority,

<sup>(3)</sup> *Queen v. Keyn*, 2 Ex. Div. 63, 202, (1876).

<sup>(4)</sup> 175 US 677, 1900.

e.g. the Harvard Research. Commentaries on major treaties are a particularly influential form of collective work” (5).

Ciò vale, dunque, anche per i contributi accademici pubblicati nella collana *Recueil des cours* dell’**Accademia di diritto internazionale dell’Aja**, a cui abbiamo fatto spesso riferimento. Detta Accademia è infatti un Centro di alti studi di diritto internazionale di importanza mondiale creato per facilitare l’esame approfondito ed imparziale delle principali questioni relative ai rapporti giuridici internazionali. È attiva dal 1923.

Possono costituire altresì un utile punto di riferimento, *mutatis mutandis* e fatte le dovute proporzioni, anche i **Restatements of Foreign Relations Law of the United States** effettuati periodicamente dall’*American Law Institute* negli Stati Uniti come, in passato, ebbe grande autorevolezza la codificazione scientifica proposta dall’Università di Harvard nel 1932.

**6. La codificazione soft del diritto internazionale ad opera della CDI.** — Recentemente, anche la CDI, a causa dei tempi molto lunghi della trasformazione dei propri progetti di convenzione — a cominciare dai lavori sulla responsabilità dello Stato del 2001 — in trattati in buona e dovuta forma da parte degli Stati, ha adottato una strategia per la codificazione *soft* del diritto internazionale (6). Non v’è dubbio che i “progetti” di codificazione del diritto internazionale della CDI, una volta ultimati, lungi dal rimanere “lettera morta”, possiedono grande autorevolezza e dunque un’innegabile influenza sia sulla prassi degli Stati che in sede di controversie internazionali, ad esempio nel settore degli investimenti diretti esteri (7). In tale prospettiva, parte dell’attività della CDI può essere assimilata alla “dottrina degli internazionalisti più qualificata” ai sensi dell’art. 38 dello Statuto della CIG.

**7. Il Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations e gli Oxford Statements** — Minore peso ma grande interesse presenta il Manuale di Tallinn (8), che abbiamo più volte citato. Qui, si tratta del prodotto del lavoro di una équipe di giusinternazionalisti di “varie Nazioni” (ma non tutti gli Stati, in quanto si tratta di esperti riunitisi su invito personale del coordinatore, il prof. Schmitt) esperti di diritto internazionale umanitario, *cyber-warfare* e *cyber-operations*. Tali lavori di codificazione dottrinale della *lex lata* in materia (non, ovviamente, della *lex ferenda*) sono iniziati nel 2007 a seguito di un attacco informatico sferrato presumibilmente dalla Russia a danno di siti internet del Governo e di banche ed organismi di informazione estoni. Il testo che ne è risultato, il *Manuale di Tallinn* appunto, si presenta oggi in forma di “codice” ove ad ogni regola segue un commento operativo per spiegare, in modo strutturato e sistematico, il diritto internazionale applicabile alle operazioni cibernetiche. La sua autorevolezza rimane quella del gruppo dei suoi

(5) V. M. WOOD, voce “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, *MPEPIL*, 2017. V. altresì S. SIVAKUMARAN, “The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law”, in *ICLQ*, 2017, pp. 1-37.

(6) V. S. VILLALPANDO, “Codification Light: A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations”, in *Brazilian Yearbook of International Law*, 2013, p. 177 ss.

(7) V. J. CRAWFORD, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », in *ICSID Review*, 2010, pp. 127-199.

(8) *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, a cura di M. SCHMITT, Cambridge, CUP, 2017.

autori, ma tale pubblicazione è già diventata un riferimento importante per gli Stati, le autorità militari, e gli accademici.

Allo stesso livello si collocano i recenti *Oxford Statements on International Law* che costituiscono delle prese di posizione di numerosi giusinternazionalisti di vari Paesi in ordine a problemi giuridici di scottante attualità e su questioni ove il diritto internazionale appare incerto quali ad es. le interferenze cibernetiche durante le elezioni politiche, lo spionaggio medico cibernetico sulle ricerche del vaccino anti Covid-19 o ancora sugli attacchi cibernetici a strutture medico-sanitarie <sup>(9)</sup>.

**8. Dottrina e sviluppo del diritto internazionale.** — La dottrina può, infine, contribuire alla formulazione di regole in *settori nuovi* del diritto internazionale, o comunque in rapido mutamento. A tal proposito, si può citare, oltre al diritto dello spazio digitale, il *diritto cosmico*, nel quale gran parte delle norme giuridiche hanno un fondamento puramente “dottrinale”, come in passato è avvenuto circa il diritto del mare, (si pensi allo sviluppo di concetti come quello di “piattaforma continentale”, “zona contigua”, “zona economica esclusiva”), o ancora per quanto riguarda il *diritto internazionale dell’ambiente e del cambiamento climatico*.

---

<sup>(9)</sup> *The Oxford Statement on the International Law Protections Against Cyber Operations Targeting the Health Care Sector*, del 21 maggio 2020; *The Second Oxford Statement on International Law Protections of the Healthcare Sector During COVID-19: Safeguarding Vaccine Research*, del 11 agosto 2020; *The Oxford Statement on International Law Protections Against Foreign Electoral Interference through Digital Means*, del 28 ottobre 2020.

### Capitolo XIII

## LA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

**Bibliografia sommaria:** DE VISCHER CH., “La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye”, *RBDI*, 1965, p. 5; E. GRISEL, “Res judicata: l’autorité de la chose jugée en droit international”, in *Mélanges G. Perrin*, 1984, p. 139; L. CONDORELLI, “L’autorité de la décision des juridictions internationales permanentes”, *SFDI*, in *La jurisdiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1986, p. 277; J. SALMON, “L’autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice”, in *Arguments d’autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 21; G. ABI-SAAB, “La Jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international”, in *Estudios en homenaje al pr. M. Díez de Velasco*, 1993, p. 19; JENNINGS, “The Judiciary, International and National and the Development of International Law”, *ICLQ*, 1996, p. 1; PH. CAHIER, “Le rôle du juge dans l’élaboration du droit international”, in J. MAKERCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 1996, p. 353 ss; THIRLWAY, “Judicial Activism and the International Court of Justice”, in *Mélanges S. Oda*, t. I, 2002, p. 75; C. McLACHLAN, “*Lis pendens* in international litigation”, in *RCADI*, v. 336, 2008, pp. 199-553; G. GUILLAUME, « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators », *J. of Int. Disp. Settlement*, 2011, p. 7 ss.; K. HOBER, “*Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration”, in *RCADI*, v. 366, 2013, pp. 99-405; A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, 2 ed., Bari, Cacucci, 2015; DE BRABANDERE E., “The Use of Precedent and External Case-Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2016, pp. 24-55; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, Oxford, OUP, Ch. 2; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 497 ss.; G. ASTA, *La funzione consultiva delle Corti regionali dei diritti umani*, Napoli, ES, 2019; THIRLWAY, *The Sources of International Law*, 2 ed., Oxford, O.U.P., 2019; M. NINO, “La competenza consultiva della Corte europea dei diritti umani alla luce dei pareri adottati in base al Protocollo n. 16 della CEDU: bilanci e prospettive”, in *OIDU*, 2021, pp. 322-348; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 202 ss..

**1. Un mezzo sussidiario per la determinazione del diritto internazionale.** — Al pari della dottrina, in diritto internazionale, tanto le sentenze dei giudici internazionali, quanto *a fortiori* quelle dei giudici dei singoli Stati, non rientrano tra le *fonti formali* del diritto internazionale. In questo senso dispone l’art. 38, par. 1, lett. *d*, dello Statuto della CIG il quale indica che “*per decidere in base al diritto internazionale*” una controversia, oltre ad applicare trattati, consuetudini e principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, possono essere utilizzati come *mezzi sussidiari* “*le decisioni giudiziarie...come mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche*”.

Per quanto tale norma si riferisca genericamente alle “decisioni giudiziarie” senza distinguere tra le sentenze di *corti internazionali* e quelle di *organi giudiziari dei singoli Stati*, sappiamo già (Cap. X) che le sentenze nazionali costituiscono dei *mezzi di prova della prassi di un singolo Stato* nell’ambito del cui ordinamento la decisione giudiziale è stata pronunciata, prova utile al fine della rilevazione di norme consuetudinarie o di principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. La prova così fornita ovviamente non esclude l’ammissibilità della prova contraria.

Resta però da dire quale sia il ruolo e l’efficacia delle sentenze pronunciate da

*corti internazionali* dal punto di vista dell'ordinamento internazionale <sup>(1)</sup>. È pacifico che la difficoltà di provare le norme di diritto non scritto ed anche di *interpretare* certi trattati internazionali, unitamente al prestigio e dunque all'autorevolezza di cui godono i tribunali internazionali (oggi sempre più numerosi), fanno sì che i precedenti giurisprudenziali abbiano *di fatto* un'importanza notevole e largamente superiore a quella delle sentenze dei giudici interni.

2. — Ci limiteremo pertanto a presentare qualche osservazione di carattere generale, in un primo tempo circa le sentenze ed i pareri delle Corti internazionali dell'Aja data la "centralità" della CPGI e della CIG (1); e successivamente, sui lodi arbitrali internazionali (2). Come vedremo a suo luogo (*infra* Cap. XXIV) oggi la giurisprudenza internazionale cresce grazie alle pronunce sempre più numerose dei tribunali internazionali permanenti di recente istituzione (3).

### 1. — Il ruolo delle sentenze e dei pareri delle Corti internazionali dell'Aja (CPGI e CIG)

3. — È necessario sottolineare due aspetti importanti. Innanzitutto, le sentenze della CIG (come in passato della CPGI) possiedono un'*efficacia relativa*, come del resto i pareri consultivi (a). Inoltre, vi è una certa *coerenza giudiziaria* (b) che ha un'influenza decisiva sullo *sviluppo del diritto internazionale* (c).

#### a) L'efficacia relativa delle sentenze e dei pareri della CIG

4. **Dei precedenti persuasivi ma non vincolanti.** — Cominciamo con i *pareri consultivi*. Non vincolano né le istituzioni che li hanno richiesti, né, a maggior ragione, gli Stati. Tuttavia hanno un grande peso morale, giuridico e politico.

Le *sentenze*, frutto dell'attività della CIG nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, hanno invece **carattere vincolante per le sole Parti in causa** (art. 59 dello Statuto della CIG). Ciò significa che il principio dello *stare decisis* dei sistemi di *Common law*, secondo il quale le Corti di grado inferiore sono vincolate dalle "sentenze di principio" delle Corti di grado superiore (seppure tale principio sia applicato in modo meno rigido negli Stati Uniti che nel Regno Unito) o ancora della eventuale circolazione dei precedenti in direzione orizzontale <sup>(2)</sup>, non presiede affatto al funzionamento della CIG. *Essa, inoltre, non è nemmeno vincolata dalle proprie sentenze.*

Va tuttavia osservato che pur se i precedenti giudiziari internazionali non sono vincolanti, hanno un notevole valore *persuasivo*, giacché i giudici internazionali, in

(1) È utile ricordare che, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, la sentenza del giudice di un dato Stato costituisce un atto giuridico imputabile allo Stato da cui emana.

(2) In arg. cfr. G. GORLA, voce: "Giurisprudenza", in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 489, nonché voce: "Precedente giudiziale", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990 e F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5<sup>a</sup> ed, Bologna, Zanichelli, 2011. V. pure J. MERRYMAN, voce "Common law (paesi di)", III, *Diritto degli Stati Uniti d'America*", in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1990, il quale osserva che « Lo *stare decisis* può essere inteso sia come una regola giuridica vera e propria in virtù della quale i giudici sono tenuti a seguire i precedenti giudiziari, sia come un principio di *policy* (dettato, cioè, da ragioni di giustizia e di convenienza, epperò privo di uno specifico rilievo normativo), per cui casi simili dovrebbero essere decisi nello stesso modo ».

maniera particolare quelli dell’Aja, sono sempre stati attenti alla continuità della loro giurisprudenza.

### **b) Coerenza e prevedibilità giudiziaria**

5. — Come aveva giustamente notato HERSCH LAUTERPACHT, “la prassi di fare riferimento a decisioni adottate in precedenza è divenuta una delle caratteristiche più importanti delle sentenze e dei pareri della Corte” (3).

Fin dall’inizio, la CPGI fece riferimento in maniera sistematica alle decisioni precedentemente adottate: si basò sulle proprie pronunce per sostenere la propria tesi in un determinato caso. Lo dimostra la formula classica “Come la Corte ha avuto occasione di precisare nelle sue sentenze e nei suoi pareri precedenti”, utilizzata prima dalla CPGI e successivamente dalla CIG per illustrare questa sorta di “continuità” giudiziaria. Talvolta, la Corte può essere ancora più precisa nel riferirsi ad una delle sue decisioni precedenti: così, nell’*affare concernente interessi tedeschi nell’Alta Slesia polacca*, la CPGI ritenne di dover affermare che “nel presente procedimento non era stato dichiarato nulla che potesse compromettere il parere della Corte al riguardo” (negli stessi termini in cui era stata formulata nel precedente parere consultivo n. 6) (4).

Tale prassi continuò anche attraverso la CIG. Quest’ultima si è spesso riferita alla propria giurisprudenza.

Basti pensare al parere consultivo del 1954 sugli *effetti delle sentenze del tribunale amministrativo delle Nazioni Unite*, nel quale la Corte fece riferimento esplicito ad un suo parere consultivo risalente al 1949 (Caso *Bernadotte*) (5); sia alle pronunce della CPGI. Per esempio, nel parere consultivo del 1948 sui requisiti di ammissione, la CIG fece riferimento alla prassi consolidata della CPGI, dalla quale, a suo giudizio, non conveniva allontanarsi in materia di lavori preparatori. Mentre, nella sentenza del 1969 relativa al *caso della piattaforma continentale del Mare del Nord*, la CIG doveva citare le parole esatte usate dalla CPGI nel caso “*Lotus*” per definire la consuetudine internazionale (6).

### **c) Un importante contributo allo sviluppo del diritto internazionale**

6. — Le Corti internazionali dell’Aja hanno contribuito allo sviluppo del diritto internazionale, riconoscendo l’esistenza di varie norme non scritte (consuetudini), che sono state in questo modo “ufficializzate” dalla più importante autorità giudiziaria internazionale.

Le Corti internazionali dell’Aja hanno altresì costituito, e costituiscono tutt’ora, una importante *fonte di ispirazione* per i redattori dei trattati internazionali di codificazione, e per la CDI dell’ONU.

Così, nel parere consultivo relativo alle *riserve alla Convenzione sul genocidio del 1951*, la Corte ha utilizzato le formule lessicali che poi si ritrovano nella CVT. Nel 1951, nel *caso delle peschiere* a seguito di una controversia tra il Regno Unito e la Norvegia, la CIG fece uso di

(3) H. LAUTERPACHT, *Development of International Law by the International Court of Justice*, London, Stevens, 1958, p. 9.

(4) Ser. A, n. 7, 1926, p. 31.

(5) Rec. 1954, p. 56.

(6) N. 78.

espressioni che vennero successivamente riprodotte nella Convenzione di Ginevra del 1958, a proposito della delimitazione degli spazi marittimi (7).

## 2. — La giurisprudenza di altri Tribunali

7. — *Le sentenze ed i pareri consultivi della CIG possiedono grande autorevolezza rispetto agli altri tribunali internazionali (infra, Cap. XXIV), inclusi i tribunali amministrativi delle varie OIG. Nel nostro tempo, pur in assenza di un obbligo internazionale di stare decisis, ossia di conformazione al precedente, vi è un'innegabile influenza del precedente autorevole ed una sua circolazione al livello orizzontale tra i sempre più numerosi tribunali internazionali.*

Sul piano del merito delle decisioni delle Corti internazionali, si osserva che “esiste una reciproca considerazione della giurisprudenza dei diversi tribunali, che talvolta può costituire un incentivo ad assumere posizioni innovative e talvolta può rappresentare un motivo valido per adottare un atteggiamento di maggior prudenza. Ciò varrebbe ad istituire quella che alcuni autori hanno definito una *community of Courts*” (8). Non si escludono, tuttavia, dei possibili conflitti fra giudicati (9), com'è avvenuto a proposito della nozione di “controllo” di uno Stato circa i propri agenti ai fini dell'attribuzione di responsabilità internazionale. Su tale questione ritorneremo nella sede appropriata (Cap. XVI).

Va poi sottolineato che le esigenze di coerenza, stabilità e prevedibilità dell'ordinamento giuridico internazionale — esigenze che sono connaturate a qualsiasi ordinamento giuridico — si riverberano anche sul piano delle stesse regole di procedura, tant'è che nel nostro tempo sta progressivamente maturando una vera e propria teoria del processo internazionale che, a partire dalla CIG, influenza i procedimenti presso gli altri tribunali internazionali (10).

L'autorevolezza delle pronunce delle Corti internazionali può influenzare anche i *collegi arbitrali internazionali* e, viceversa, le assai più numerose pronunce arbitrali dovrebbero avere un ruolo (anche qui in base all'autorevolezza degli arbitri) nel processo decisionale delle Corti, oltre che nelle memorie degli Avvocati delle parti avverse. Ma, a ben vedere, il “dialogo” tra tali diversi meccanismi di soluzione delle controversie (v. *infra* Cap. XXIII e XXIV) è ancora poco evidente, per lo meno se ci si riferisce alle citazioni formali di lodi arbitrali nelle sentenze delle Corti.

## 3. — Il ruolo degli arbitri internazionali

### a) *Il loro scarso impatto sulle pronunce della Corte dell'Aja*

8. — Raramente le Corti internazionali dell'Aja (CPGI, CIG) hanno fatto riferimento a specifici lodi arbitrali. Sir Hersch Lauterpacht, nel libro precedente-

(7) V. ad es. la nozione di “linea generale della costa”.

(8) A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, 2 ed., Bari, Cacucci, 2015, p. 338 ss. ove riferimenti. Cfr. J. CHARNEY, “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, in *RCADI*, v. 271, 1998, p. 101 ss.

(9) V. ad es. C. McLACHLAN, “*Lis pendens* in international litigation”, in *RCADI*, v. 336, 2008, pp. 199-553; K. HOBER, “*Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration”, in *RCADI*, v. 366, 2013, pp. 99-405.

(10) V. ad es. S. NEGRI, *I principi generali del processo internazionale nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*, 2 ed., Napoli, ES, 2020.



mente citato, menziona solo tre casi. Va osservato, per esempio, che nel *caso Nottebohm*, la CIG ha fatto riferimento al famoso arbitrato dell'“Alabama”<sup>(11)</sup>, per poi riferirsi di nuovo nel parere consultivo del 26 aprile 1988 a proposito della *chiusura dell'ufficio dell'O.L.P.*<sup>(12)</sup>. Successivamente, nel caso *Jan Mayen*, che vide contrapposte Danimarca e Norvegia, la Corte si riferì spesso all'arbitrato franco-britannico del 1777 a proposito del *mare d'Iroise*<sup>(13)</sup>.

Più spesso, la CPGI ha citato la “giurisprudenza dei collegi arbitrali” in via generale ed indifferenziata. È ciò che accadde, per esempio, nel *caso relativo all'officina di Chorzow*<sup>(14)</sup>, o nel caso “*Lotus*”, nel quale la Corte accennò, in maniera sempre più vaga, alle decisioni dei “tribunali internazionali”<sup>(15)</sup>. La CIG ha seguito lo stesso approccio e si limita a fare riferimenti d'insieme alla giurisprudenza arbitrale, senza ulteriori precisazioni.

Infine, va notato che la Corte dell'Aja ha impiegato la giurisprudenza arbitrale in modo assai “orientato”: la Corte, infatti, se ne è servita per sostenere il proprio punto di vista con lo scopo di affermare l'esistenza — o l'inesistenza — di una norma non scritta di diritto internazionale.

#### **b) Il contributo della “giurisprudenza arbitrale” allo sviluppo del diritto internazionale**

**9.** — I lodi pronunciati dai collegi arbitrali hanno contribuito alla determinazione di molte regole non scritte del diritto internazionale, le consuetudini e, soprattutto, i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. Tuttavia, va sottolineato che i lodi arbitrali vengono pronunciati da collegi arbitrali diversi; pertanto le loro pronunce non presentano la coerenza e l'uniformità che si rinviene invece nella giurisprudenza delle corti internazionali permanenti. Per convincersene basti leggere i lodi arbitrali ICSID relativi allo “stato di necessità” nel contesto della crisi economica argentina dell'inizio del 2000<sup>(16)</sup>. Questo ineluttabile fenomeno di *discordanza sistemica* dimostra come i lodi arbitrali godano, in generale, di minore autorevolezza rispetto alle sentenze o ai pareri consultivi della CIG. In una parola, non esiste una vera e propria *giurisprudenza arbitrale*, perché ogni collegio arbitrale fa storia a sé ed esaurisce la propria funzione nel momento della pronuncia del lodo finale (*functus officio*) per cui è stato costituito.

**10.** — Malgrado quest'ultima ed evidente debolezza, non si può fare a meno di notare la “rinascita” dell'arbitrato<sup>(17)</sup> e di conseguenza il *ruolo crescente dei collegi arbitrali*, un ruolo direttamente proporzionale al *declino della CIG*<sup>(18)</sup>. L'arbitrato è diventato il metodo preferito di risoluzione delle controversie di natura economica o tecnica. Inoltre, è il solo meccanismo che garantisce la flessibilità necessaria per dirimere i conflitti tra quegli attori della società internazionale che possiedono statuti giuridici diversi (Stati, OIG e soggetti privati).

<sup>(11)</sup> Eccezioni preliminari, *Rec.*, 1953, p. 119.

<sup>(12)</sup> *Rec.* p. 34 e § 57.

<sup>(13)</sup> V. § 46, 51, 55-56 e 66 della sentenza del 14 giugno 1993.

<sup>(14)</sup> Serie A, n. 17, 1928, p. 31.

<sup>(15)</sup> Serie A, n. 9, 1927, p. 28.

<sup>(16)</sup> V. *infra* Cap. XVI.

<sup>(17)</sup> V. *infra* Cap. XXIII.

<sup>(18)</sup> V. *infra* Cap. XXIV.

## Capitolo XIV L'EQUITÀ

**Bibliografia sommaria:** K. STRUPP, “Le droit du juge international de statuer selon l'équité”, *RCADI*, 1930, v. 33, pp. 351-481; HABICHT, “Le pouvoir du juge international de statuer ‘ex aequo et bono’”, in *RCADI*, 1934-III, t. 49, p. 277; G. BERLIA, *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens*, Parigi, Sirey, 1937; V. DEGAN, *L'équité et le droit international*, La Haye, Nijhoff, 1970; DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Parigi, Pedone, 1972; M. AKEHURST, “Equity and General Principles of Law”, *ICLQ*, 1976, p. 801 ss.; P. REUTER, “Quelques réflexions sur l'équité en droit international”, *RBDI*, 1980-165; D. BARDONNET, “Equité et frontières terrestres”, in *Mélanges Reuter*, 1981, p. 35; M. VIRALLY, “L'équité dans le droit. A propos de problèmes de delimitation maritime”, in *Studi R. Ago*, 1987, II, p. 523; S. ROSENNE, “The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law” in A. BLOED & P. VAN DIJK (eds), *Forty Years of the International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, Europa Instituut Utrecht, 1988, pp. 85-108; P. WEIL, “L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice”, in LOWE and FITZMAURICE (EDS.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, CUP, 1996, p. 121 ss.; WEILLSON, “L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?” in *Mélanges R. Jennings*, 1996, p. 121; G. BATTAGLINI, “L'equità “infra legem” nei giudizi internazionali”, in *Studi Arangio-Ruiz*, 2004, p. 269 ss.; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 284 s.; A. PELLET, “Art. 38”, in A. ZIMMERMAN, C. TOMUSCHAT & K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, Oxford, OUP, 2012, p. 868 ss. F. FRANCONI, “Equity in International Law”, *MPEPIL; Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>a</sup> ed., cit., p. 41 ss.; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII, cit., p. 59 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, 7 ed., cit., p. 204 ss.

**1. Significato dell'equità.** — Il secondo comma dell'art. 38 dello Statuto della CIG dispone che, resta fermo “*il potere della Corte di decidere una controversia ex aequo et bono qualora le parti siano d'accordo*”. Il principio è quello della prevalenza delle decisioni *secondo diritto* rispetto a quelle *secondo equità* (*ex aequo et bono*): questa è utilizzabile dalla CIG, come modello decisorio, solo se le Parti l'abbiano concordemente voluta. Per capire la reale portata operativa di detta formula — di cui spesso la dottrina tace —, occorre soffermarsi brevemente in questo capitolo.

Molti secoli or sono, ARISTOTELE trattava dell'equità sia nell'*Etica nicomachea*, sia nella *Retorica*, indicando che a tale virtù si può fare riferimento, sia intendendola come **giustizia del caso concreto**, sia alla stregua di un **criterio interpretativo**.

Secondo la prima accezione l'equità è una virtù che interviene a *correggere la legge* laddove presenti carenze, in quanto regola universale, nell'applicarsi a un caso particolare.

Nella seconda accezione, invece, l'equità è un *criterio interpretativo* che consente di volgere l'attenzione allo *spirito* piuttosto che alla *lettera* della legge da applicare; un criterio che serve a temperare il rigore della norma vigente, adeguandone l'applicazione pratica alle esigenze di ordine etico messe in evidenza dal caso concreto.

L'“*aequitas*” romanistica (*ex aequo et bono*) non si discostò da tale modello <sup>(1)</sup>. Ma nei secoli successivi, perlomeno in Occidente, a differenza di quanto avveniva nel

---

<sup>(1)</sup> E, in diritto romano, all'equità s'ispirano le norme dello *ius honorarium* e dello *ius gentium*, in contrapposto allo *ius civile*, rigido, severo, formalistico. Così, l'equità serve *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*.

continente europeo ove prevaleva la concezione romano-germanica del diritto, nei Paesi Anglo-sassoni la dicotomia tra Common law ed *equity* finì con l'indicare delle *corti separate* e quindi diverse giurisdizioni che facevano capo a giudici diversi ed avevano una propria "giurisprudenza" potendo decidere diversamente sui medesimi fatti <sup>(2)</sup>.

In **diritto internazionale** si è seguito il tradizionale modello greco-romano <sup>(3)</sup>. In questo senso, "giudicando secondo equità", il giudice perviene ad una decisione non tramite l'applicazione sillogistica di una norma preesistente ma, piuttosto, mediante la *creazione di una nuova regola applicabile al caso concreto*. Ciò accade quando, in luogo di applicare in modo *deduttivo* la norma internazionale generale ed astratta di diritto positivo ad un caso concreto, il giudice viene abilitato a decidere una controversia alla luce di un *proprio sentimento di giustizia* (che può dipendere da valutazioni di ordine etico-morale) circa un singolo caso di specie. Si tratta dunque della "*giustizia del caso concreto*" e dell'applicazione di regole tratte da una fonte autonoma di diritto oggettivo (l'equità, appunto) che possono essere anche diverse da quelle formalmente operanti in caso di decisione "secondo diritto".

In una seconda accezione (c.d. **equità infra legem**), di più vasta applicazione pratica, l'equità si traduce generalmente in un *metodo di interpretazione delle norme giuridiche* da applicare — e possiamo associarlo a vocaboli diversi: equo, ragionevole, onesto, *in fairness* — concetti presenti in tutti i sistemi giuridici nazionali. Qui, l'equità non è una fonte di diritto oggettivo ma è uno strumento interpretativo finalizzato a temperare il rigore della norma positiva, adeguandone l'applicazione pratica alle esigenze di ordine etico messe in evidenza dal caso concreto.

In conclusione, nell'ordinamento internazionale l'equità vive giuridicamente quale tecnica decisoria *alternativa* a quella "secondo diritto" (1), nonché come *metodo di interpretazione* delle norme giuridiche vigenti (2).

A differenza di quanto accade nel diritto interno, a livello internazionale non opera, né l'equità per colmare lacune normative (equità *praetem legem*), né, *a fortiori*, per abrogare norme vigenti (equità *contra legem*).

<sup>(2)</sup> Raguagli in R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. a cura di R. SACCO, cit., p. 250 ss.; U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di Common Law*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 16 ss. e V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 7 ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 250 ss. Per quanto riguarda il *sistema giuridico italiano*, si ricorderà che l'equità, per sé, non è fonte di diritto ma talvolta viene richiamata dalla legge con efficacia *interpretativa* oppure, più raramente, *integrativa* (v. ad es. gli artt. 1371 cod. civ. in materia di interpretazione del contratto; art. 1374 cod. civ., in materia di integrazione del contratto; art. 1384 cod. civ., equità con funzione correttiva per la riduzione della penale; artt. 1226 e 2056 cod. civ. in materia di valutazione del danno da liquidare).

<sup>(3)</sup> Cfr. ad es. M. JANIS, *An Introduction to International Law*, Boston, L&B, 1988, p. 55: "It is convenient to divide the theory and practice of equity in International Law into two general areas, one mostly procedural and the other substantive, i.e. equity as a form of judicial discretion and equity as a form of distributive justice". Cfr. *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit., p. 43: "Equity refers to considerations of fairness and reasonableness often necessary for the application of settled rules of law". Nel lodo PCA circa i *Reclami delle navi norvegesi* del 1921 (lodo del 13 October 1922, n. 1921-01), gli arbitri, premesso che l'accordo del 30 giugno 1921 sottoponeva la controversia tra gli Stati Uniti e la Norvegia ad arbitrato "in conformità ai principi di diritto e dell'equità", conclusero che tali espressioni non dovevano essere intese nel senso tradizionale Anglo-americano bensì individuavano invece principi generali di giustizia, distinti da un particolare sistema giuridico o del diritto interno dei vari Stati: "The words "law and equity" used in the special agreement of 1921 can not be understood here in the traditional sense in which these words are used in Anglo-Saxon jurisprudence. The majority of international lawyers seem to agree that these words are to be understood to mean general principles of justice as distinguished from any particular system of jurisprudence or the municipal law of any State" (p. 25).

**1. — L'equità come fonte formale di produzione giuridica nel diritto internazionale: il giudizio *ex aequo et bono***

2. — Come si è visto, l'art. 38, par. 2, dello Statuto della CIG affida, allorchando ne ricorrono i presupposti, al giudice o all'arbitro internazionale un potere discrezionale ed un margine di manovra davvero considerevoli. La norma che conferisce al giudice (o all'arbitro) poteri equitativi su autorizzazione esplicita delle parti è quindi una **norma di produzione giuridica**, giacché qui è il giudice (o l'arbitro) stesso che enuncia direttamente, in base alla propria coscienza, le regole che dovranno essere applicate al caso di specie.

Pertanto, potrà escludere l'applicazione tra le parti di determinate norme di diritto internazionale positivo; norme la cui applicazione risulti, nel caso di specie, "iniqua", cioè contraria al proprio sentimento di equità<sup>(4)</sup>. Oppure, il giudice o l'arbitro potrà decidere in qualità di **amichevole compositore**, in altre parole, potrà decidere solo in base ai fatti piuttosto che utilizzando norme di diritto al fine di conseguire un risultato *equo* tenendo conto degli interessi delle parti in causa.

**3. Un potere mai conferito nella pratica delle Corti internazionali dell'Aja.** — In ragione degli enormi poteri discrezionali del giudice o dell'arbitro che si pronuncia *ex aequo et bono*, ben si comprende la *necessità del previo consenso esplicito degli Stati* nell'affidargli tale missione. E, non ci si stupisce se, nella prassi, non si conoscono casi in cui i giudici o gli arbitri sono stati chiamati a pronunciarsi *ex aequo et bono*. Per esempio, nella giurisprudenza contenziosa della CIG o della CPGI, i giudici internazionali dell'Aja non sono mai stati chiamati a decidere *ex aequo et bono*. Già nell'ordinanza della CPGI del 6 dicembre 1930 riguardo al *caso delle Zone franche*, la Corte sottolineava come questa possibilità fosse di carattere "assolutamente eccezionale" e dovesse fondarsi su una manifestazione di volontà "chiara ed esplicita" delle parti<sup>(5)</sup>.

**4. Un potere talvolta riconosciuto agli arbitri.** — Il potere di decidere *ex aequo et bono* è stato talvolta attribuito ad alcuni collegi arbitrali (su cui v. *amplius* Cap. XXIII) al fine di risolvere determinati conflitti (spesso di natura politica).

A tal proposito, basti ricordare l'arbitrato inerente la "**guerra del Chaco**" tra Bolivia e Paraguay, disciplinato da un Trattato speciale firmato il 21 giugno 1938. Qui si prevedeva che il confine tra i due Paesi sarebbe stato determinato dai Presidenti di Stati Uniti, Argentina, Brasile, Perù, Uruguay, i quali, in quanto arbitri, avrebbero dovuto emettere un lodo pronunciandosi *ex aequo et bono*. Il lodo venne pronunciato qualche mese più tardi dai Presidenti di quegli Stati senza

(4) Cfr. F. GALGANO, "Diritto ed equità nel giudizio arbitrale", in *Contratto e impresa*, 1991, p. 467 e ss. anche per l'evoluzione del concetto di equità. Il criterio equitativo di giudizio consente al giudice di modellare il contenuto della decisione tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, che una decisione secondo diritto non avrebbe potuto salvaguardare adeguatamente. Tuttavia, è altrettanto vero che il giudice resta libero di ritenere la regola di equità coincidente con quella di diritto: l'esito del giudizio di equità *può*, non necessariamente *deve*, divergere da quello al quale avrebbe condotto la rigida applicazione della norma giuridica. Da un punto di vista pratico, osserva G. BERNINI, (*L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, CLUEB, 1992, p. 135) che: "i principi equitativi devono ritenersi eminentemente soggettivi. Essi, infatti, non vengono tratti da un ordine preesistente, esterno al giudice o all'arbitro, ma piuttosto, creati e modellati, nel corso del processo decisionale, quale espressione di un giudizio di valore che il giudice o l'arbitro traggono dalla loro coscienza individuale".

(5) Serie A, n. 24, p. 10.

il minimo riferimento a considerazioni di natura giuridica circa il diritto applicabile, cosa che non impedì al lodo di essere accettato ed eseguito dalle due Parti in lite <sup>(6)</sup>. Ulteriori esempi si rinvennero nei casi delle *Peschiere dell'Atlantico del Nord* <sup>(7)</sup> e *I'm Alone* <sup>(8)</sup>.

**5. L'equità integrativa: l'arbitrato della fonderia di Trail.** — Il potere di decidere *ex aequo et bono* è stato, qualche volta, affidato agli arbitri per decidere dei casi in cui esistevano delle *lacune del diritto internazionale*. Ne abbiamo un esempio importante nel famoso arbitrato della *fonderia di Trail del 1941* <sup>(9)</sup> relativo ad un reclamo degli Stati Uniti nei confronti del Canada per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla immissione nel territorio degli Stati Uniti — e nelle acque di un fiume di confine — di sostanze nocive prodotte da una fonderia situata in territorio canadese. Gli arbitri conclusero che il Canada era responsabile per i danni causati dal fumo nocivo proveniente dal suo territorio, nonostante la sua diffusione fosse dovuta a fattori climatici che non poteva controllare. Il Canada venne anche sollecitato ad adottare tutte le misure necessarie per fare cessare tale illecito.

Qui, l'accordo arbitrale disponeva che gli arbitri avrebbero applicato il diritto e la giurisprudenza internazionale nonché quelli degli Stati Uniti relativi a “materie affini”. Senonché, il Collegio arbitrale ammise che, sul punto in decisione, non esisteva una norma di diritto internazionale positivo in materia di *inquinamento atmosferico* e sottolineò che non vi fosse un precedente internazionale nonostante esistesse nel diritto interno un regime relativo all'inquinamento idrico. Pertanto, gli arbitri pervennero alla loro decisione finale ragionando per *analogia* con riferimento ai grandi orientamenti della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di obblighi reciproci degli Stati federati di non contaminare i corsi d'acqua di confine. Così, in questo arbitrato che viene oggi considerato *il punto di partenza del diritto internazionale dell'ambiente* (*infra* Cap. XV), gli arbitri furono indotti a giudicare “in equità”. E una soluzione analoga venne adottata anche nel precedente caso delle *Peschiere del Mare di Bering* del 1893, oggetto di un contenzioso tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, ove il compromesso arbitrale conferiva agli arbitri il compito di pervenire ad una “regolamentazione di interessi” con l'obiettivo di proteggere e permettere la conservazione delle foche a rischio di estinzione a causa delle troppe catture <sup>(10)</sup>.

## 2. — L'equità come *criterio interpretativo* delle norme vigenti di diritto internazionale

**6. L'equità *infra legem*.** — Il secondo tipo di applicazione dell'equità, quello più frequente, è quello della c.d. *equità infra legem*, ossia quando viene utilizzata *come criterio interpretativo di norme già vigenti di diritto internazionale*, in particolare per l'interpretazione dei trattati. Così intesa, alcuni hanno ritenuto che l'“equità” costi-

<sup>(6)</sup> *AJIL*, 1939, 180; *RSA* vol. III, p. 1817.

<sup>(7)</sup> *RSA*, vol. XI, p. 167.

<sup>(8)</sup> *RSA*, vol. III, p. 1612.

<sup>(9)</sup> *RSANU*, III, p. 1905 ss., al sito internet [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf).

<sup>(10)</sup> MOORE, *International Arbitration*, cit., p. 4761; in *Clunet*, 1893, p. 1259.

tuisse persino un *principio generale di diritto internazionale* al pari della buona fede <sup>(11)</sup>.

Diversi collegi arbitrali hanno impiegato tale concetto di “equità” per risolvere delle controversie (a). Le Corti internazionali dell’Aja si sono invece dimostrate più prudenti in materia (b).

**a) La giurisprudenza arbitrale: il lodo relativo agli “Indiani Cayuga” del 1926**

7. — Nel caso degli Indiani Cayuga, una Commissione mista anglo-americana per i reclami venne adita dalla Gran Bretagna per conto degli indiani Cayuga, rifugiati in Canada, al fine di ottenere un indennizzo dagli Stati Uniti in virtù dei trattati bilaterali conclusi in passato tra quella tribù indiana e lo Stato di New York <sup>(12)</sup>. All’epoca della Rivoluzione Americana, infatti, gli indiani Cayuga vivevano nella regione di New York e pertanto lo Stato di New York aveva stipulato alcuni trattati con questi ultimi fissando un indennizzo annuale per l’abbandono delle loro terre che non aveva limiti di durata. A causa della guerra di indipendenza tra Stati Uniti e Gran Bretagna, quella tribù indiana era emigrata in Canada. Si poneva dunque il seguente quesito: avevano ancora gli indiani Cayuga il diritto di ricevere una quota dell’indennizzo annuale pagato dallo Stato di New York?

Il collegio arbitrale, nel caso di specie, fece riferimento ai *principi del diritto internazionale e dell’equità*. Considerò che la richiesta degli indiani Cayuga del Canada presentata dalla Gran Bretagna in qualità di sovrano territoriale era particolarmente *rilevante in equità*. In compenso, notò anche che, da un punto di vista strettamente giuridico, solo gli Indiani Cayuga rimasti a New York potevano essere considerati ancora la “Nazione Cayuga”, ai sensi del Trattato del 1795 tra lo Stato di New York e la Nazione Cayuga. Tuttavia, gli arbitri notarono che un tale risultato sarebbe stato *iniquo* per quella parte degli Indiani Cayuga che erano stati costretti a emigrare in Canada. Dunque, ragionando *secondo equità*, il collegio arbitrale decise che gli Indiani avevano diritto ad una parte dell’indennizzo versato dallo Stato di New York alla Nazione Cayuga *nel suo insieme*. Il collegio arbitrale fece appello “ai principi di giustizia e di buona fede universalmente riconosciuti... la richiesta degli Indiani Cayuga è fondata su un principio elementare di giustizia che obbliga a considerare la sostanza e a non fermarsi al formalismo del diritto” (p. 180).

In questo caso, l’equità servì a temperare il rigore del diritto, ossia del trattato internazionale applicabile al caso di specie.

**b) L’equità nella giurisprudenza della CIG**

8. — In passato, il riferimento all’equità nella giurisprudenza della CIG fu molto raro. Poi, in alcune decisioni della fine degli anni ’60 e l’inizio degli anni ’70, la CIG ha fatto ricorso all’equità interpretativa.

<sup>(11)</sup> Questa fu, ad es., la posizione del giudice americano Hudson nel parere emesso a proposito del caso relativo alla *diversione delle acque della Mosa*, a seguito di una controversia tra il Belgio e i Paesi Bassi davanti alla CPGI nel 1937 (Serie A/B, n. 70, pp. 76-78).

<sup>(12)</sup> *RSANU*, vol. VI, 173. Disponibile al sito internet [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/173-190\\_Cayuga.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/173-190_Cayuga.pdf).

### **i. Il caso della piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969**

**9. I “principi di equità” *infra legem* in materia di delimitazione marittima.** — Nel celebre caso della piattaforma continentale del Mare del Nord, la CIG indicò che la delimitazione delle piattaforme continentali contigue tra gli Stati del Mare del Nord doveva essere effettuata sulla base di “principi di equità”, che occorreva tener conto delle “circostanze speciali” e che non esisteva un metodo di delimitazione uniforme e automatico. Tutto ciò appariva in stretta coerenza con i *lavori preparatori* della Convenzione di Ginevra del 1958.

Nel caso di specie, la CIG precisò ciò che intendeva per “principi di equità”:

“[s]i tratta di vere e proprie regole di diritto, sulla base di precetti molto generali di giustizia e di buona fede, in materia di delimitazione delle piattaforme continentali limitrofe, ovvero regole obbligatorie per gli Stati per qualsiasi delimitazione”. Ancora: “[i]n altre parole non si tratta di applicare l'equità semplicemente come una rappresentazione della giustizia astratta, ma di applicare una regola di diritto che prescriva l'uso di principi equi conformemente alle idee che hanno sempre ispirato lo sviluppo del regime giuridico della piattaforma continentale” (punto 85).

In altre parole, secondo la Corte si tratta di *principii molto generali* che, quantunque siano principi di diritto, non sono la rappresentazione di una giustizia astratta, ovvero *non costituiscono una sorta di diritto naturale*. Le “decisioni del giudice”, spiega la CIG, devono, per definizione, essere *giuste* e quindi, in questo senso, *eque* <sup>(13)</sup>.

Pertanto, si tratta di una figura diversa da quella ove il giudice è chiamato, *in toto*, a decidere *ex aequo et bono*. Qui, “è proprio una norma giuridica che richiede l'applicazione di principi di equità” (punto 88).

In seguito, la Corte rilevò che l'applicazione della regola dell'equidistanza in materia di utilizzo delle piattaforme continentali limitrofe può causare un'"incontestabile iniquità" in alcuni contesti geografici <sup>(14)</sup>. La Corte, pertanto, indicò che: "l'equità non implica necessariamente l'uguaglianza" <sup>(15)</sup>. In questo caso, infatti, si creerebbe iniquità tra i diversi Stati costieri se si applicasse lo stesso metodo realizzando un'uguaglianza che sarebbe puramente teorica, dal punto di vista formale.

Per arrivare a quella che la Corte considerava “l'equità”, vennero presi in considerazione diversi fattori che andavano considerati in modo cumulativo: l'aspetto geografico, l'aspetto geologico e l'unità del giacimento <sup>(16)</sup>.

### **ii. Il caso della competenza in materia di peschiere tra Islanda e Regno Unito (25 luglio 1974)**

**10. Una soluzione “giuridicamente equa”.** — Nel caso della *competenza in materia di peschiere* tra l'Islanda e il Regno Unito, la CIG ha spesso insistito sulla necessità di regolare “in modo equo” i rispettivi diritti delle parti in causa <sup>(17)</sup>. La Corte, negando che esistesse un diritto assoluto <sup>(18)</sup>, ha indicato che occorreva

<sup>(13)</sup> Punto 88.

<sup>(14)</sup> Punti 89-90.

<sup>(15)</sup> Punto 91.

<sup>(16)</sup> Punti da 92 a 99.

<sup>(17)</sup> Punto 73.

<sup>(18)</sup> Punto 71.

conciliare i “diritti preferenziali” dello Stato costiero, i diritti degli Stati terzi e le “necessità della conservazione” delle risorse marine.

Pertanto, la Corte invitò le Parti a negoziare una “ripartizione equa delle risorse ittiche” basata sui dati locali e gli interessi degli Stati terzi che hanno dei “diritti di pesca ben definiti” (19). “Non si tratta semplicemente di giungere a una soluzione equa, ma di giungere a una soluzione equa che si fondi sul diritto applicabile”, affermava la Corte (20). E, facendo qui riferimento alla sua stessa sentenza sulla piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969, la Corte aggiungeva: “[n]on si tratta semplicemente di applicare l’equità come una rappresentazione della giustizia astratta, ma di applicare una regola di diritto che prescriva il ricorso a dei principi equi” (21).

### **iii. Il caso della delimitazione della piattaforma continentale tra la Libia e la Tunisia (sentenza del 24 febbraio 1982)**

**Bibliografia sommaria:** J.P. QUENEUDEC, “Note sur l’arrêt de la C.I.J. relatif à la délimitation du plateau continental entre la Tunisie et la Libye”, in *AFDI*, 1981, p. 203; E. DECAUX, “L’arrêt de la C.I.J. dans l’affaire du plateau continental (arrêt du 24 fév. 1982)”, in *AFDI*, 1982, p. 357; U. LEANZA, « La piattaforma continentale del mare Mediterraneo e la sua delimitazione », in *Studi A. Panzera*, I, Bari, Cacucci, 1995, pp. 451-485.

**11. Il labile confine tra equità *infra legem* e decisione *ex aequo et bono*.** — Nel caso della delimitazione della piattaforma continentale tra la Libia e la Tunisia, la Corte venne adita in base ad un accordo compromissorio finalizzato a regolare la delimitazione della piattaforma continentale tra i due Paesi. Nella sentenza, la CIG impiegò prevalentemente *principi di equità* (di cui l’accordo compromissorio chiedeva di tener conto senza però conferirle il diritto di statuire *ex aequo et bono*), rimanendo, però, imprecisa sulla definizione di questi principi, riguardo ai quali semplicemente affermò:

“[L]’equità di un principio dev’essere valutata in base all’utilità che presenta per giungere ad un risultato equo. Non tutti i principi sono in sé equi: è l’equità della soluzione che conferisce loro tale qualità” (22). La CIG ebbe, però, grande difficoltà ad esprimere concretamente ciò che prescrivevano i principi equi e decise che “ogni controversia relativa alla piattaforma continentale dev’essere risolta in funzione dei criteri che le sono propri; dunque, non è il caso di elaborare una costruzione astratta relativa all’applicazione dei principi e delle regole relative alla piattaforma continentale” (23).

Le incertezze e le difficoltà della Corte vennero criticate. Il giudice Evensen dichiarò, nella sua opinione dissenziente, che le conclusioni della Corte si erano sviluppate in un “vuoto giuridico” (24); il giudice Gros, invece, fu dell’avviso che “nel corso dell’elaborazione di questa sentenza non era apparso che si trattasse di equità” (25).

La sentenza in esame presta il fianco a diverse critiche giacché la Corte ha adottato una concezione lassista dell’equità e il confine con la composizione amichevole (un ulteriore significato del vocabolo *ex aequo et bono*) appare sempre più sottile.

(19) Punto 78.

(20) *Ibid.*

(21) Punto 78.

(22) In *Rec.*, p. 59, punto 70.

(23) In *Rec.*, p. 91, punto 132.

(24) In *Rec.*, p. 294.

(25) In *Rec.*, p. 153, punto 19.



Una norma internazionale, oggetto di interpretazione secondo equità, ha così ricevuto un significato incerto e fluttuante che ha finito per disorientare le Parti in causa.

**12. Conclusione.** — In breve, esistono due principali concezioni di equità. Da un lato, solo se specificamente concordato tra le parti, l'equità consente al giudice di *decidere ex aequo et bono* ed eventualmente di disapplicare una regola di diritto positivo "iniqua". Si parla, dunque, di una funzione "correttiva" dell'equità.

Dall'altro lato, l'equità è solo un *metodo di interpretazione* di preesistenti norme di diritto internazionale che sono già applicabili ad una certa situazione di fatto: è dunque interpretando una data norma giuridica in modo "equitativo" che si intende raggiungere una "soluzione giusta ed equa" per le parti in causa.

