



SARA DE VIDO\*

## DI AUTORITÀ, POTERI SOVRANI E *IURISDICTIO*: L'INCERTA SITUAZIONE DELLA CRIMEA NEI PROCEDIMENTI INNANZI A CORTI INTERNAZIONALI, REGIONALI E A TRIBUNALI ARBITRALI

SOMMARIO: 1. Introduzione: inquadramento della situazione crimeana e prospettiva di indagine. – 2. Di autorità, sovranità e *iurisdictio* nel diritto internazionale e dell'incertezza del potere in Crimea. – 2.1. Origine dei termini sovranità e *iurisdictio*. – 2.2. Sovranità e *iurisdictio*: riflessioni sulla non coincidenza dei termini e sull'effettività. – 2.3. Del disequilibrio tra titolo legittimo e situazione effettiva. – 2.4. Del disequilibrio causato dalla violazione di norme imperative. – 2.5. Delle origini del disequilibrio in Crimea: la violazione del divieto all'uso della forza da parte della Federazione russa. – 3. La questione della *iurisdictio* e della sovranità sulla Crimea innanzi a corti internazionali, regionali e a tribunali arbitrali. – 3.1. Dell'accertamento del rispetto della CERD in Crimea da parte della Corte internazionale di giustizia. – 3.2. Della *jurisdiction* ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. – 3.2.1. La *jurisdiction* nei territori contesi: brevi cenni. – 3.2.2. *Jurisdiction* in Crimea. – 3.3. Della sovranità sulla Crimea quale questione preliminare nel lodo del tribunale istituito ai sensi della UNCLOS. – 3.4. Del "territorio" nelle decisioni dei tribunali arbitrali su casi in materia di investimenti. – 4. Conclusioni: *Quo vadis*, Crimea?

### 1. *Introduzione: inquadramento della situazione crimeana e prospettiva di indagine*

La Crimea, penisola affacciata sul Mar Nero, è al centro di una rete di ricorsi giurisdizionali di fronte a corti domestiche, regionali, internazionali, nonché innanzi a tribunali arbitrali. Le molteplici istanze presentate davanti alle più diverse giurisdizioni interessano il giurista per le riflessioni che si aprono sia con riguardo all'ammissibilità dei ricorsi, e dunque alla competenza della corte o del tribunale adito, sia con riguardo al ragionamento seguito da giudici e arbitri nel merito. Come è noto, a seguito della dichiarazione di indipendenza del Parlamento della Crimea dell'11 marzo 2014, la maggioranza della popolazione della penisola decise, con un referendum la cui risoluzione di indizione era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale ucraina, a favore della "riunificazione" – questa la parola usata nel quesito referendario in ucraino, russo e tataro – della Crimea alla Russia. Con seduta del 13 marzo 2014, la Russia riconobbe che la

\* Professore associato di Diritto internazionale, Università Ca' Foscari di Venezia.

secessione fosse una misura dettata da circostanze eccezionali e sottolineò come fosse necessario riempire il vuoto giuridico creato dalla destituzione, illegittima secondo il governo di Putin, del presidente ucraino Yanukovich, notoriamente filo-russo. Il 18 marzo 2014, un trattato tra Crimea e Russia organizzò quella che quest'ultima ritenne una "riunificazione" della prima da parte della seconda, essendo stata la penisola parte dell'Unione sovietica fino al 1954<sup>1</sup>. Consiglio d'Europa, Unione europea, G7 e alcuni Stati condannarono l'"annessione" della Crimea, lamentando la violazione di numerose norme internazionali da parte russa<sup>2</sup>.

A distanza di sei anni, l'illiceità degli eventi che hanno portato all'incorporazione della penisola si scontra con quella che sembra una situazione di fatto in via di consolidamento<sup>3</sup>, come si argomenterà *oltre*. Nel febbraio 2020, alla conferenza sulla sicurezza a Monaco, il presidente ucraino Zelensky ha invitato l'Unione europea e la comunità internazionale a non considerare l'annessione illegale come un *fait accompli*<sup>4</sup>. All'apparente stabilità della situazione sul piano dell'esercizio russo dei poteri di governo nella penisola<sup>5</sup>, si contrappongono numerose denunce di violazioni dei diritti umani in Crimea perpetrate dalle forze russe, soprattutto ai danni della minoranza tatarica<sup>6</sup>. Nel frattempo, prosegue il conflitto nella regione del Donbass con qualche debole prospettiva di negoziato di pace tra le parti<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Si veda, per una ricostruzione dei fatti, *inter alia*, E. SCISO, *La crisi ucraina e l'intervento russo: profili di diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 4, 2014, p. 992 ss.; R. BISMUTH, *Odyssée dans le conundrum des réactions décentralisées à l'illicite*, in *Jour. dr. int.*, 3, 2014, p. 7 ss.; C. MARXSEN, *The Crimea Crisis. An International Law Perspective*, in *ZaöRV*, 74, 2014, p. 367 ss.; M. VALENTI, *The Secession of Crimea from Ukraine: Between International Legality and Realpolitik*, in A. DI GREGORIO, A. ANGELI (a cura di), *The Eurasian Economic Union and the European Union: Moving Towards a Greater Understanding*, The Hague, 2017; N. HAUPAIS, *La Russie face aux questions séparatistes*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2019, p. 53 ss.; M. MANCINI, *Statualità e non riconoscimento nel diritto internazionale*, Torino, 2020, p. 99 ss.; Sulle vicende crimeane pre-2014, si veda V. E. ARMANDON, *La Crimée entre la Russie et l'Ukraine - Un conflit qui n'a pas eu lieu*, Bruxelles, 2012.

<sup>2</sup> Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 2067 (2015), *Missing Persons During the Conflict in Ukraine*, 25 giugno 2015, par. 2: «Russian aggression in Ukraine»; Risoluzione n. 2132 (2016), *Political Consequences of the Russian Aggression in Ukraine*, 12 ottobre 2016, par. 2: «illegal annexation of Crimea by the Russian Federation». Thomas Mayr-Harting, a capo della delegazione dell'Unione europea in seno all'Assemblea Generale dell'ONU, ha parlato di "illegal annexation" nel 2014, in occasione dell'adozione della Risoluzione A/RES/68/262, *Territorial Integrity of Ukraine*, adottata il 27 marzo 2014 con 100 voti a favore, 11 contro e 58 astenuti. Si veda, altresì, tra le numerose dichiarazioni in seno all'Unione europea, la Dichiarazione dell'Alto Rappresentante Federica Mogherini del 22 marzo 2018, [https://eeas.europa.eu/delegations/council-europe/41858/declaration-high-representative-federica-mogherini-behalf-eu-autonomous-republic-crimea-and\\_en](https://eeas.europa.eu/delegations/council-europe/41858/declaration-high-representative-federica-mogherini-behalf-eu-autonomous-republic-crimea-and_en): «Since the illegal annexation by the Russian Federation, the human rights situation in the Crimean peninsula has deteriorated further». Gli Stati Uniti continuano ancora oggi a definire la situazione crimeana quale caso di "belligerent occupation": *Russia's Illegal Conscriptioin in Crimea in Violation of the Norms of International Law as delivered by Ambassador James S. Gilmore III to the Permanent Council*, Vienna, 21 maggio 2020, <https://ua.usembassy.gov/russias-illegal-conscriptioin-in-crimea/> (ultimo accesso a tutti i siti internet citati, 25 agosto 2020).

<sup>3</sup> N. RONZITTI, *Conflitti armati interni ed intervento di terzi Stati*, in I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *Conflitti armati interni e regionalizzazione delle guerre civili*, Torino, 2016, p. 64.

<sup>4</sup> <https://www.eastjournal.net/archives/103085>

<sup>5</sup> Si veda *infra*, par. 2.5.

<sup>6</sup> L'11 marzo 2020, ad esempio, agenti armati dei servizi segreti federali russi hanno fatto irruzione nelle abitazioni di famiglie appartenenti alla minoranza tatarica di Bachčysaraj, in Crimea. Negli stessi giorni, sono stati arrestati alcuni attivisti, poi accusati ai sensi dell'articolo 205.5 del codice penale russo per «Organizzazione di attività in un'associazione terroristica» <https://www.eastjournal.net/archives/103608>

<sup>7</sup> Sul Donbass, v. K. PISHCHIKOVA, *The Conflict in Donbas: Evolution and Consequences*, in A. FRANCO, O. RUMJANCEV (a cura di), *L'Ucraina alla ricerca di equilibrio*, Venezia, 2019, p. 75 ss. Il 1° ottobre 2019 l'Ucraina

I quesiti che pone l'“incorporazione”<sup>8</sup> della Crimea da parte della Federazione russa sono molteplici. In questo contributo ci concentreremo nello specifico sull'approccio seguito (o che probabilmente seguiranno) le corti – internazionali e regionali – da un lato, e dei tribunali arbitrali, dall'altro, in merito alla questione della sovranità e della *iurisdictio* nel “territorio conteso”<sup>9</sup> (*possession contestée*<sup>10</sup>) della Crimea. Si illustrerà come, mentre alcune corti e tribunali arbitrali hanno omesso la questione della sovranità, focalizzandosi sull'esercizio della *iurisdictio* da parte della Federazione russa sul territorio conteso a tutela dei diritti dei singoli, un tribunale arbitrale istituito ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, nel recente lodo sulle obiezioni preliminari al caso *Ucraina c. Federazione russa*, ha dichiarato che molte delle pretese ucraine fossero inammissibili *ratione materiae*, in quanto il loro esame avrebbe richiesto una pronuncia del tribunale sulla preliminare questione della sovranità sulla penisola.

In una prima parte, il contributo ripercorre il dibattito che ruota attorno ai concetti di sovranità e giurisdizione (*iurisdictio*). Per distinguere lo *ius dicere* delle corti dalle questioni di giurisdizione come espressione della sovranità, utilizzeremo in questa sede il termine medievale *iurisdictio* per quest'ultime, rivendicando l'origine di quella che viene identificata comunemente con la parola inglese *jurisdiction*. Alla luce della situazione crimeana, ci si concentrerà poi sulle conseguenze giuridiche determinate da una situazione creatasi, secondo quanto affermato dalla dottrina maggioritaria, a seguito della violazione del divieto di uso della forza<sup>11</sup>. Si leggerà infine la situazione della Crimea, in prospettiva dal 2014 a oggi, alla luce di quanto emerso.

In una seconda parte, analizzeremo come la corti e i tribunali abbiano trattato la questione della sovranità e della *iurisdictio* nei procedimenti pendenti relativi alla situazione crimeana. Ci occuperemo, limitatamente ai profili qui evidenziati, dei ricorsi presentati davanti alla Corte internazionale di giustizia (CIG), alla Corte europea dei diritti umani

ha accolto la c.d. formula Steinmeier come base di partenza per i negoziati sul conflitto del Donbass: elezioni regolari monitorate dall'OSCE, status speciale alla regione, riconoscimento della sovranità ucraina. <https://www.eastjournal.net/archives/99974>. Nel dicembre 2019, nella formula Normandia, è stato aperto un dialogo tra i leader di Russia, Ucraina, Germania e Francia.

<sup>8</sup> La Federazione russa parla di “riunificazione”, Europa e Stati Uniti di “annessione”. Cfr. R. HOFFMANN, *Annexation*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, last update Jan. 2020, par. 1.

<sup>9</sup> Si accoglie qui la nozione non giuridica di “contested territory” utilizzata dalla dottrina, utile per descrivere la complessità di entità territoriali su cui si scontrano diverse pretese di sovranità. In tal senso, v. M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability of the ECHR in Contested Territories*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2018, p. 779 ss.

<sup>10</sup> Il termine è utilizzato nella dottrina francese. Si veda l'opera di M. G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Genève, 1998.

<sup>11</sup> Sull'illiceità o meno dell'intervento russo in Crimea, si veda L. MÄLKSOO, *The Annexation of Crimea and Balance of Power in International Law*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 30, 2019, 303 ss. che mette a confronto due contrapposti approcci dottrinali alla questione, commentando W. CZAPLIŃSKI et al. (eds), *The Case of Crimea's Annexation under International Law*, Warsaw, 2017, e R. MÜLLERSON, *Dawn of a New Order: Geopolitics and the Clash of Ideologies*, London, 2017. L'autrice richiama altresì il pensiero di giuristi russi che hanno argomentato a favore o contro le tesi del governo russo. Si veda inoltre, *ex multis*, nel senso dell'illiceità, M. ARCARI, *Violazione del divieto di uso della forza, aggressione o attacco armato in relazione all'intervento militare della Russia in Crimea?*, in *Dir. um. dir. int.*, 2, 2014, p. 473 ss.; A. TANCREDI, *The Russian Annexation of the Crimea: Questions Relating to the Use of Force*, in *Quest. Int. Law*, zoom out I, 2014, p. 5 ss.; E. SCISO, *La crisi*, cit., p. 1002 ss.; T. GRANT, *Aggression against Ukraine: Territory, Responsibility, and International Law*, New York, 2015; ID, *Annexation of Crimea*, in *Am. Jour. Int. Law*, 109(1), 2015, p. 68 ss.; T. CHRISTAKIS, *Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea*, in *ZaöRV*, 75, 2015, p. 70 ss.

(Corte EDU), al tribunale istituito ai sensi dell'allegato VII della Convenzione ONU sul diritto del mare del 1982 ("Convenzione di Montego Bay" o UNCLOS)<sup>12</sup> e ai tribunali arbitrali in materia di investimenti<sup>13</sup>. Si argomenterà che la chiara distinzione tra questioni di sovranità e questioni di *iusdictio* è fondamentale e necessaria da parte delle corti e dei tribunali aditi, per consentire la tutela dei singoli, persone fisiche e persone giuridiche, i cui diritti non risulterebbero protetti nella situazione di *vacuum* creatasi a seguito dell'incorporazione della Crimea. Non ci occuperemo in questa sede né dei ricorsi presentati da persone fisiche e giuridiche davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>14</sup>, né del possibile procedimento innanzi alla Corte penale internazionale per crimini commessi in Crimea<sup>15</sup>, né di un ricorso promosso davanti alle corti olandesi sul "Tesoro della Crimea"<sup>16</sup>. Alla luce dei ricorsi presentati dalle parti in sede di ricorso alle

<sup>12</sup> Non ci si occuperà in questa sede dell'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare relativa alla detenzione delle navi militari ucraine. Sul punto si veda P. PUSTORINO, R. VIRZO, *La questione della qualificazione delle attività militari nell'ordinanza del tribunale internazionale del diritto del mare relativa al caso della detenzione di tre navi militari ucraine*, in questa *Rivista*, 2019, p. 720 ss.

<sup>13</sup> Un'analisi completa di tutti i ricorsi alla luce delle nozioni di sovranità e *iusdictio* non è ancora stata svolta in dottrina. Si veda la ricognizione, con riguardo in particolare al profilo della illiceità dell'incorporazione e dell'obbligo di non riconoscimento, di M. ERPELDING, *L'annexion de la Crimée devant les juges*, in *Ann. fr. dr. int.*, 2017, p. 93 ss.

<sup>14</sup> Si veda, ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e altri*, e sentenza del Tribunale del 13 settembre 2018, causa T-715/14, *PAO Rosneft Oil Company e a. c. Consiglio dell'Unione europea*. Sul punto si consenta di rinviare a S. DE VIDO, *(In)certezze giuridiche sulla situazione della Crimea: una "mappa" dei casi pendenti o decisi davanti alle corti europee*, in A. FRANCO, O. RUMJANCEV (a cura di), *L'Ucraina*, cit., in part. p. 68 ss.

<sup>15</sup> Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities* 2019, p. 66 ss. Sull'accettazione da parte dell'Ucraina della competenza della Corte ad indagare su crimini internazionali commessi nel proprio territorio anche dal 20 febbraio 2014, si veda al sito <https://www.icc-cpi.int/ukraine> e C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, V ed., Padova, 2019, p. 498.

<sup>16</sup> Si tratta del caso deciso il 14 dicembre 2016 dal *Rechtbank Amsterdam, Tarrida Central Museum et al. c. Università di Amsterdam* (ECLI:NL:RBAMS:2016:8264 - Rechtbank Amsterdam, 14-12-2016 / HA ZA 14-1179 la decisione, in olandese, è disponibile al sito <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2016:8264>), pendente davanti alla Corte d'appello alla data in cui si scrive. La controversia nasce con riguardo alla restituzione degli oggetti componenti la mostra *Crimea: Gold and Secrets of the Black Sea* del museo Allard Pierson di Amsterdam. Nel 2013, fu il ministro ucraino ad autorizzare con licenza di esportazione l'invio dei beni nei Paesi Bassi. Nell'agosto 2014, i beni del museo di Kiev furono restituiti, ma non quelli appartenenti ai musei crimeani, sui quali pendevano le rivendicazioni sia del ministro ucraino sia dei musei crimeani stessi. L'Ucraina chiedeva la restituzione dei beni costituenti la mostra nel timore che il ritorno in Crimea significasse la perdita del patrimonio culturale ucraino (la Russia aveva adottato una legge il 4 febbraio 2015 asserendo che le collezioni presenti in Crimea dovessero essere incluse nel registro nazionale dei musei russi). Benché interessante, i riferimenti a sovranità e *iusdictio* sono minimi nella sentenza del 2016: il tribunale di primo grado si limitò ad osservare che *Paansluiting* (associazione) alla Russia non era stata riconosciuta a livello internazionale. Applicando il *Dutch Heritage Act* di attuazione della Convenzione UNESCO concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali del 1970, il tribunale sostenne che solo gli Stati possono reclamare la restituzione dei beni culturali e che la questione del titolo e della proprietà deve essere decisa in un secondo momento in Ucraina. I musei di Crimea ricorsero in appello. Il ricorso è ancora oggi (agosto 2020) pendente davanti alla corte d'appello, che nel 2019 rese tuttavia una sentenza provvisoria, con cui autorizzò il Museo olandese a conservare i beni fino alla decisione del caso, negò l'applicazione del *Dutch Heritage Act* al caso di specie, richiese ulteriori informazioni sulla proprietà dello Stato ucraino e sul diritto di "management operativo" che sembra fosse stato concesso ai musei crimeani. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechthoven/Gerechtshof-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Interim-judgment-in-the-matter-of-the-Crimean-treasures.aspx> Sul caso, si veda M. ERPELDING, *L'annexion*, cit., p. 96 ss.; E.

giurisdizioni di cui si è detto e nell'economia del lavoro, il contributo non discuterà neppure del se la situazione tra Russia e Ucraina possa qualificarsi come conflitto armato internazionale<sup>17</sup>.

## 2. Di autorità, sovranità e iurisdiction nel diritto internazionale e dell'incertezza del potere in Crimea

In questa parte, ci si interrogherà sulle origini e il significato moderno dei termini sovranità e *iurisdiction* per sostenere che nei territori contesi si manifesta una inconciliabilità tra situazione *de jure* e *de facto*, tra titolo di sovranità ed esercizio effettivo del potere di imperio. La *possession*, se effettiva, fa concorrenza ai titoli giuridici di sovranità e può costituire essa stessa «source de souveraineté territoriale»<sup>18</sup>. Considerata la situazione specifica della Crimea, che ha vissuto due fasi, ovvero la secessione prima e l'incorporazione da parte della Federazione russa poi, ci si soffermerà sulle conseguenze giuridiche dell'azione russa che ha portato all'incorporazione della penisola, di cui gran parte della dottrina ha denunciato l'illiceità sul piano internazionale. Benché lo scopo del contributo non sia quello di esaurire il complesso dibattito che ha interessato gli studiosi, l'inquadramento si rivela necessario per cogliere la complessità delle questioni su cui, in modo più o meno diretto, le giurisdizioni adite potrebbero essere chiamate a pronunciarsi.

### 2.1. Origine dei termini sovranità e iurisdiction

Il termine sovranità ha dubbie origini. Riporta van Kleffens, nel suo corso di diritto internazionale dell'Aja nell'immediato secondo dopoguerra, che “sovrano” e “sovranità” hanno origine nel latino medievale “superanus” e che nel 1283 il giurista francese Philippe

---

CAMPFENS, *Whose Cultural Heritage? Crimean Treasures at the Crossroads of Politics, Law and Ethics*, in *Art Antiquity and Law*, 2017, p. 193 ss.; E. CAMPFENS, I. TARSIS, *Cri-Me-A-River! Crimean Gold in the Crosshairs of Geopolitics*, in *International Foundation for Art Research*, 2017, p. 36 ss. Più che questioni di sovranità e *iurisdiction*, il tema cruciale riguarda l'appartenenza dei beni al patrimonio culturale di uno Stato o di una comunità. Ci si potrebbe chiedere se i beni crimeani oggetto della collezione siano davvero parte del patrimonio dell'Ucraina, considerato che la Crimea fu terra degli Sciti e testimone di un grande multiculturalismo. Senza pretesa di esaustività, sul tema della restituzione e della protezione del patrimonio culturale, si veda, *ex multis*, A. LANCIOTTI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Napoli 1996; F. FRANCONI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, Milano, 2000; F. MARRELLA (a cura di), *Le opere d'arte tra cooperazione internazionale e conflitti armati*, Padova, 2006; L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO: un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, Padova, 2008; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2007; T. SCOVAZZI, *Diviser c'est Détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Property*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 341 ss.; F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale*, Napoli, 2012; T. SCOVAZZI, *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, Milano, 2014; M. VECCO, L. ZAGATO (a cura di), *Citizens of Europe. Culture and Rights*, Venezia, 2015.

<sup>17</sup> N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI. ed., Torino, 2017, p. 143 ss. Della specifica questione dell'occupazione non ci si occuperà in questa sede. Si veda a riguardo A. TANCREDI, *The Russian Annexation*, cit., p. 21 ss.; E. BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, Oxford, 2012, p. 3, secondo cui il termine occupazione identifica una «special situation [...] the result of the administration of the affairs of a country by the an entity that is not its sovereign government»; A. ANNONI, *L'occupazione “ostile” nel diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 103 ss. sulla natura giuridica dell'occupazione.

<sup>18</sup> M. KOHEN, *La possession*, cit., ch. 2.

de Beaumanoir espresse il concetto, famigliare ai giuristi internazionalisti, nel *dictum* «cascuns barons est *sovraïns* en se baronnie»<sup>19</sup>.

Nel diritto comune classico, il termine *iurisdictio* identificava il potere del giudice di accertare il diritto. La giurisdizione presenta tuttavia altri profili. Essa è invero potere coercitivo e «comprehendit potestatem legis condendae», come affermò Bartolo da Sassoferrato, considerato tra i padri del diritto internazionale privato<sup>20</sup>. Miele osservò come il giurista medievale misurasse i fenomeni giuridici con la giurisdizione, definita come ogni potestà pubblica di governo con cui si crea e si applica il diritto<sup>21</sup>. Un paio di secoli più tardi, Jean Bodin, come è noto artefice della nozione di Stato cara alla dottrina internazionalpublicistica, definì, in *Les six livres de la République*, la sovranità quale potere «assoluto e perpetuo» proprio dello Stato<sup>22</sup>. Lo stesso Montesquieu, autore della teoria della ripartizione dei poteri, parlava di «souveraine puissance», che poteva essere nelle mani del popolo o di un ristretto gruppo di persone o di un unico individuo, e quindi logicamente distingueva quello che era il possesso del titolo di sovrano dall'esercizio dei suoi poteri<sup>23</sup>. Ci si potrebbe chiedere se esista una funzione preponderante quale espressione dei poteri sovrani. Se per Bodin il potere sovrano si esprimeva infatti principalmente come il potere di emanare e abrogare “loys”, per Charles Loyseau si trattava invece della «puissance absolue sur le sujets» (la *personal jurisdiction* diremmo oggi), mentre per Thomas Hobbes era la spada<sup>24</sup>.

Alla luce di quanto detto, si preferisce in questa sede, quale scelta terminologica, utilizzare la parola *iurisdictio* al posto del diffuso anglicismo *jurisdiction*, per rimarcare che la nozione, poi articolatasi come esercizio dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, non era sconosciuta agli studiosi dei paesi di *civil law* ed anzi a questi va ricondotta la sua teorizzazione originaria<sup>25</sup>. Le considerazioni che qui si svolgono, sia sulle origini sia sul significato moderno di sovranità e di *iurisdictio*, non devono essere lette quale asserzione dell'immutabilità dei due termini<sup>26</sup>, tutt'altro. Koskenniemi ha affermato che «vocabularies that address sovereignty [...] – law, history, politics, international relations, globalization

<sup>19</sup> E. N. VAN KLEFFENS, *Sovereignty in International Law*, in *Recueil des cours*, I, 1953-I, p. 11. Il significato moderno di sovrano quale “suprema autorità” si ritrova altresì nel *Convivio* di Dante Alighieri, scritto tra il 1304 e il 1307. Cfr. C. VASOLI, *Introduzione*, in C. VASOLI (a cura di), *Dante Alighieri. Opere Minori. Il Convivio*, Treccani, 1998.

<sup>20</sup> N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 87; A. MIELE, *La comunità internazionale*, I, Torino, 1995, p. 47. Si veda altresì F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des cours*, 1964, p. 24 e p. 55 ss., il quale sottolinea come le linee guida del diritto internazionale privato vadano ricercate nel diritto internazionale pubblico, nella misura in cui quest'ultimo fonda ed ordina diverse competenze statali (v. altresì, D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Milano, 2018, p. 355).

<sup>21</sup> A. MIELE, *La comunità*, cit., p. 56.

<sup>22</sup> A. CLAPHAM, *Brierly's Law of Nations*, 7, 2012, p. 7. Nel precedente *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, del 1566, Bodin ritenne che già Aristotele ed altri autori più prossimi alla sua epoca fossero consapevoli dell'esistenza della sovranità, senza però riuscire a definirla: D. BARANGER, *The Apparition of Sovereignty*, in H. KALMO, Q. SKINNER (eds), *Sovereignty in Fragments*, Cambridge, 2010, p. 51.

<sup>23</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre II, chap. II

<sup>24</sup> D. BARANGER, *The Apparition of Sovereignty*, cit., p. 53.

<sup>25</sup> R. LUZZATTO, I. QUEIROLO, *Sovranità territoriale, jurisdiction e regole di immunità*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2, 2003, p. 188.

<sup>26</sup> M. CRAVEN, *International Law and Its Histories*, in M. CRAVEN, M. FITZMAURICE, M. VOGIATZI (eds), *Time, History and International Law*, Leiden, Boston, 2007, p. 18. Critico nei confronti dell'approccio della dottrina internazionalistica con riguardo all'immutabilità delle nozioni di sovranità e *iurisdictio* e alla lettura di queste nozioni nel passato fu D. KENNEDY, *The Disciplines of International Law*, in *Leid. Jour. Int. Law*, 12, 1999, p. 88 ss.

studies – never quite suffice fully to capture its meaning. It is as if there were some *excess* in sovereignty that resists being contained in any single technical vocabulary»<sup>27</sup>. Ed invero, la complessità delle situazioni dei territori contesi, l'emergere di attori non statali, le strategie di politica internazionale connesse alle aree di instabilità presenti al mondo devono necessariamente essere tenute in considerazione per cogliere l'attualità della nozione di sovranità: più che mito<sup>28</sup>, realtà in movimento<sup>29</sup>.

## 2.2. *Sovranità e iuridictio: riflessioni sulla non coincidenza dei termini e sull'effettività*

La sovranità è propria tradizionalmente dello Stato<sup>30</sup>. Il giudice Huber, nel lodo relativo all'isola di Palmas identificò nell'indipendenza la sua principale caratteristica:

«Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State»<sup>31</sup>.

Le funzioni dello Stato sono quelle che abbiamo definito in questa sede come *iuridictio*. Sottolinea Cassese che «la quintessenza della sovranità risiedeva nell'autorità esclusiva di imporre e far rispettare ordini su ogni individuo vivente nel territorio che apparteneva al sovrano», ricordando le parole del pubblicista italiano Vittorio Emanuele Orlando che nel 1923 applicò il brocardo cartesiano allo Stato: *inbeo, ergo sum*<sup>32</sup>. Secondo Verzijl, la sovranità va intesa come il potere dello Stato di agire secondo la propria volontà, nei limiti della *law of the nations*<sup>33</sup>. Essa presenterebbe dunque tre profili: è collegata all'esercizio del potere; costituisce un attributo della statalità; è soggetta alle norme di diritto internazionale<sup>34</sup>. Per distinguere gli ambiti di azione – le “competenze” – si possono tracciare due componenti: la sovranità interna, intesa come potere supremo dello Stato, privo di interferenze esterne, nel proprio territorio, e la sovranità esterna, che comprende «le competenze che lo Stato ha in quanto membro della comunità internazionale»<sup>35</sup>.

Espressione della sovranità è la giurisdizione, una e trina, comprendente i poteri dello Stato di promulgare leggi (*jurisdiction to prescribe*), attuarle e farle rispettare (*jurisdiction to enforce*), sottoporre le persone a procedimenti innanzi a proprie corti e tribunali (*jurisdiction to*

<sup>27</sup> M. KOSKENNIEMI, *Conclusion: Vocabularies of Sovereignty – Powers of a Paradox*, in H. KALMO, Q. SKINNER (eds), *Sovereignty*, cit., p. 222.

<sup>28</sup> Sulla sovranità, ad eccezione di quella territoriale, come mito, E. LAUTERPACHT, *Sovereignty – Myth or Reality*, in *Int. Aff.*, 73, 1997, p. 137.

<sup>29</sup> Sulla modernità della nozione, R. JENNINGS, *Sovereignty and International Law*, in G. KREIJEN ET AL. (eds), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, 2002, p. 27 ss.

<sup>30</sup> *Oppenheim's International Law* (Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts eds., 1992), vol. I, p. 120: «a State proper is in existence when a people is settled in a country under its sovereign government».

<sup>31</sup> *Isola di Palmas* (arbitro Huber) (1928) 2 *Reports of International Arbitral Awards*, p. 829 ss., p. 838. Cfr. A. PIETROBON, *Il giudizio nell'arbitrato fra Stati*, Napoli, 2016, p. 300.

<sup>32</sup> A. CASSESE, *States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community*, in B. FASSBENDER, A. PETERS (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, 2012, p. 51. Sullo Stato come «organizzazione sovrana di una comunità territoriale», R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5. ed., Napoli, 1968, p. 425.

<sup>33</sup> J.H.W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Boston, 1968, I, p. 265.

<sup>34</sup> G. KREIJEN, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, Leiden, Boston, 2004, p. 28.

<sup>35</sup> D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 334 ss.

*adjudicate*)<sup>36</sup>. Nelle parole della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI), nel caso *Eastern Greenland*, la *iurisdictio* è «one of the most obvious forms of the exercise of sovereign power»<sup>37</sup>. Mann, nella sua opera per l'Accademia dell'Aja di diritto internazionale del 1964, descrisse la *iurisdictio* nella sua funzione di regolazione e delimitazione delle rispettive competenze degli Stati<sup>38</sup>. Nella dottrina francese, la *iurisdictio* trova un equivalente nel termine *possession*, con cui si intende l'«exercice des fonctions étatiques dans les trois grands domaines, désignés traditionnellement comme étant les fonctions administrative (appelée souvent de façon impropre “executive”), législative et judiciaire»<sup>39</sup>. Ed invero l'esercizio effettivo di funzioni di governo ricorda il *possesso* nel diritto privato quale dominio di fatto sulla cosa, che nel tempo può trasformarsi nella proprietà<sup>40</sup>. Nella dottrina italiana (e tedesca)<sup>41</sup> ricorre sovente il termine “competenze”<sup>42</sup>.

I due concetti di sovranità e *iurisdictio* vanno tenuti distinti, ancorché coincidenti in situazioni fisiologicamente “normali”. Mann sostenne che la *iurisdictio* esprimeva se e come uno Stato avesse diritto, nel caso della funzione legislativa, di regolazione. Se questo diritto esiste, «esso è esercitato dallo Stato in virtù della propria sovranità»<sup>43</sup>. Mann era altresì convinto che il “problema della giurisdizione” emergesse in contesti che non fossero esclusivamente di «domestic concern»: “if [...] the case is entirely and exclusively domestic in character, there is no room for any problem of international jurisdiction»<sup>44</sup>. È infatti in uno dei più emblematici casi decisi dalla CPGI che emerge “il problema” individuato da Mann. Nel celeberrimo caso *Lotus*, relativo ad un incidente in mare tra un vapore francese e uno turco, la Corte affermò che «jurisdiction is certainly territorial, it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention» e aggiunse che da questa tesi non si doveva ricavare che il diritto internazionale proibisse ad uno Stato di esercitare la «jurisdiction in its own territory in respect of any case which relates to acts which have been taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law»<sup>45</sup>. In altri

<sup>36</sup> Restatement (Third) of *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, 1987, vol. I, par. 401. Nel 1923, lo studioso Beale definì la *iurisdictio* come il «power of a sovereign to affect the rights of persons, whether by legislation, by executive decree, or by the judgment of a court»: J.H. BEALE, *The Jurisdiction of a Sovereign State*, in *Harv. Law Rev.*, 36, 1923, p. 241.

<sup>37</sup> CPGI, *Legal Status of Eastern Greenland (Danimarca c. Norvegia)*, PCIJ Reports, Series A/B, No. 53 (1933).

<sup>38</sup> F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des cours*, 111, 1964, p. 15.

<sup>39</sup> M. KOHEN, *Possession contestée*, cit., ch. 3.

<sup>40</sup> A. MIELE, *La comunità*, cit., p. 49.

<sup>41</sup> A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienna, Berlino, 1926, pp. 163-223. Vedi altresì B. CONFORTI e le critiche al pensiero di Verdross. in B. CONFORTI, *The theory of competence in Verdross*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 5, 1994, p. 70 ss.

<sup>42</sup> Vedi, ad esempio, D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 334.

<sup>43</sup> F.A. MANN, *Jurisdiction*, cit., p. 16.

<sup>44</sup> F.A. MANN, *Jurisdiction*, cit., p. 14.

<sup>45</sup> CPGI, *SS Lotus (Francia c. Turchia)*, PCIJ Reports, Series A, No 10 (1927), pp. 18-19. Non entreremo nel dettaglio delle critiche a questa sentenza. Secondo un autore, la confusione che si è creata intorno a questa sentenza discende dall'aver confuso le funzioni statali: l'*enforcement jurisdiction* è invero essenzialmente territoriale, mentre la *prescriptive jurisdiction* non avrebbe questo limite in assenza di espressi divieti sul piano internazionale. L'autore stesso avverte, tuttavia, che questa seconda frase non può essere letta (e secondo l'autore non era nelle intenzioni della Corte) come assoluta libertà dello Stato di adottare leggi aventi applicazione extraterritoriale, ma che debba esserci, secondo la prassi internazionale, un “clear connecting factor” tra lo Stato che legifera e la condotta che egli cerca di regolare. C. STAKER, *Jurisdiction*, in M.D. EVANS, *International Law*, V, Oxford, 2018, p. 294. Si veda la dettagliata analisi in C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, 2008, p. 21 ss. Critici nei confronti della sentenza, considerata vetusta e dalle deboli

termini, «the sovereignty of States has [...] become understood to be reflected in and constrained by rules of jurisdiction which define the limits of the powers of coexisting 'sovereigns', in particular, the scope of regulatory authority of states in international law»<sup>46</sup>. A prescindere dalle critiche mosse a questa sentenza, che ha tuttavia il pregio di far riflettere sul raggio di azione della *iusdictio* statale, rileva in questa sede che la sovranità, a prescindere da come questa venga acquisita, è tutelata nel suo esercizio dal diritto internazionale<sup>47</sup>. È un diritto dello Stato esercitare il potere di governo *naturalmente* (“fisiologicamente”) sul proprio *territorio*, tanto che si parla di sovranità o competenza territoriale<sup>48</sup>. Lo disse bene la CIG, nel caso *Corfu Channel* del 1949, quando sottolineò come il rispetto della sovranità territoriale costituisca la «essential foundation of international relations»<sup>49</sup>. L'autorità dello Stato non è però confinata al territorio nel senso spaziale. Se in termini generali possiamo parlare di sovranità territoriale, in termini di situazione giuridica essa è più propriamente una *territorial jurisdiction*<sup>50</sup>, per cui la delimitazione della “puissance étatique” non è meramente spaziale, ma funzionale<sup>51</sup>.

L'esercizio della *iusdictio* viene apprezzato come elemento fattuale; si esprime nella capacità dello Stato di «s'assurer que lui seul est en mesure d'y déployer les prérogatives de la puissance publique, ainsi qu'exercer régulièrement et notoirement les fonctions étatiques qui sont matériellement possibles en fonction de la nature, de la situation géographique, des autres caractéristiques du territoire et des intérêts de l'Etat»<sup>52</sup>. In altri termini, l'effettivo potere di governo «costituisce il presupposto di fatto, base per l'attribuzione di [diritti ed obblighi] che ne garantiscono l'esercizio esclusivo ed indisturbato»<sup>53</sup>. È quanto accade nelle situazioni “normali”: un ente ha titolo legittimo ed esercita un potere di imperio, o meglio, l'esercizio del potere di imperio in modo effettivo fa sorgere il diritto all'esercizio esclusivo del potere di imperio medesimo<sup>54</sup>. Il problema si pone là dove vi siano più pretese di sovranità con un “disequilibrio” tra titolo legittimo e situazione effettiva (talvolta anch'essa in via di definizione).

---

argomentazioni, R. HIGGINS, *International Trade Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*, in *Recueil des cours*, 1991, p. 1 ss.; F.A. MANN, *Jurisdiction*, cit., p. 35; D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 345. Un revival di Lotus in A. HERTOGEN, *Letting Lotus Bloom*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 26, 2015, p. 901 ss.

<sup>46</sup> A. MILLS, *Rethinking Jurisdiction in International Law*, in *Brit. YB. Int Law*, 84, 2014, p. 194.

<sup>47</sup> Sullo Stato come “fatto primario”, G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des cours*, 1987, p. 78.

<sup>48</sup> D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 341.

<sup>49</sup> CIJ, *Canale di Corfù (Regno Unito c. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949, ICJ Reports 1949, p. 35.

<sup>50</sup> R. LUZZATTO, I. QUEIROLO, *Sovranità territoriale*, cit., p. 188.

<sup>51</sup> B. CONFORTI, *Cours general de droit international public*, in *Recueil des cours*, V, 1988, p. 152 ss.

<sup>52</sup> M. KOHEN, *Possession*, cit., ch. 3, par. 71.

<sup>53</sup> Sul complessivo esercizio dell'autorità di ogni Stato come “fatto giuridico”, M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale*, II, Milano, 1983, p. 7 ss. Si veda altresì A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 735 (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

<sup>54</sup> È uno dei modi di acquisto della sovranità territoriale. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 2010, p. 206. Sullo Stato come entità di fatto, si veda D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico e giurisprudenza amministrativa*, 1921, p. 3; G. ARANGIO-RUIZ, *La persona internazionale dello Stato*, Milano, 2008, ristampa 2014, p. 29 ss.; ID, *L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1975, p. 3 ss. e 265 ss. Inoltre, A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 38 e p. 723 ss., cui si rimanda per i molteplici riferimenti bibliografici.

### 2.3. Del disequilibrio tra titolo legittimo e situazione effettiva

Nei territori contesi, dove si scontrano pretese di sovranità, si manifesta uno iato tra quello che è – o dovrebbe essere quantomeno – il titolo legittimo e la situazione effettiva che si è prodotta. Come è stato osservato, alcuni fatti giuridici, quali l'occupazione o l'annessione, determinano non tanto lo stabilimento della sovranità territoriale, quanto l'amministrazione del territorio sotto diverse forme<sup>55</sup>. La causa scatenante della situazione di disequilibrio può individuarsi in un illecito internazionale. Come risolvere la tensione tra fatto e diritto, tra capacità di esprimere poteri sovrani e il titolo che consente di esercitare siffatti poteri? Tramite l'effettività, rispose de Visscher nel suo *Effectivités du droit international public*<sup>56</sup>. Il sostantivo "effectivités" al plurale, presente anche in alcune sentenze della CIG, dà ragione del fatto, delle "prove" a sostegno di una delle pretese, che si esprime ad esempio attraverso il dispiegarsi dell'azione amministrativa, legislativa, giudiziaria, o doganale<sup>57</sup>. Ed invero, anche nella prassi internazionale, si nota come le corti abbiano lasciato prevalere il dato fattuale, o meglio, avrebbero consentito il "ricambio delle situazioni giuridiche in base alle vicende del fatto"<sup>58</sup>. Così, l'arbitro Huber, nel già citato lodo sull'isola di Palmas, notò che «the actual continuous and peaceful display of sovereignty of state functions is in the case of dispute the sound and natural criterion of territorial sovereignty»<sup>59</sup>. Nel lodo arbitrale del 1931 relativo all'isola di Clipperton, conteso tra Francia e Messico, l'arbitro *ad hoc* Vittorio Emanuele III sottolineò che il territorio, anche se in virtù di un titolo storico poteva dirsi messicano a seguito della conquista spagnola, era rimasto completamente disabitato per decenni, tanto che la sovranità messicana non si era manifestata in alcun modo. Si doveva dunque ritenere francese, in quanto in «absolute and undisputed disposition of that State»<sup>60</sup>. Il "ricambio delle situazioni giuridiche" trovò espressione altresì nel dispositivo della sentenza sul caso dello *Statuto giuridico della Groenlandia orientale*. La CPGI affermò in quell'occasione che la Danimarca aveva, quantomeno nei dieci anni precedenti le pretese norvegesi, «displayed and exercised her sovereign rights to an extent sufficient to constitute valid title to sovereignty»<sup>61</sup>. Ecco allora che nella relazione titolo / *effectivités*, si può definire titolo l'atto, il fatto o la situazione alla quale il diritto internazionale attribuisce come conseguenza giuridica «l'établissement de la souveraineté territoriale»<sup>62</sup>.

In casi relativi alla sovranità su zone di confine o isole, va riconosciuto che la CIG abbia prima provveduto a verificare l'esistenza di un titolo giuridico certo, per poi passare, in assenza di quest'ultimo, all'esame dell'effettività. Così, ad esempio, escludendo

<sup>55</sup> M. KOHEN, *Possession*, cit., ch. 3, par. 71.

<sup>56</sup> C. DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, Paris, 1967. V. anche B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 207.

<sup>57</sup> «Les effectivités se réfèrent à des comportements qui témoignent d'une certaine maîtrise du territoire dont il est question». In M.G. KOHEN, *La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente*, in RGDPI, 3, 2004, p. 562.

<sup>58</sup> A. MIELE, *La comunità*, cit., p. 50.

<sup>59</sup> Isola di Palmas, cit., p. 840. Cfr. D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 352.

<sup>60</sup> *Caso dell'isola di Clipperton (Messico c. Francia)* 2 Reports of International Arbitral Awards (1931), p. 1105 ss., p. 1110. Sul punto, C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit., p. 50 ss.

<sup>61</sup> CPGI, *Legal Status of Eastern Greenland (Danimarca c. Norvegia)*, PCIJ ser. A/B No. 53, p. 63. V. J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, p. 225.

<sup>62</sup> M. KOHEN, *La relation*, cit., p. 562.

dall'analisi ricorsi su confini e frontiere territoriali propriamente intese<sup>63</sup>, nella sentenza della CIG *Francia c. Regno Unito*, decisa nel 1953 e concernente le concorrenti pretese di sovranità sulle isole di Ecrehos e Minquiers geograficamente localizzate tra l'isola britannica di Jersey e la Francia, la Corte tenne solo parzialmente conto dei titoli storici feudali esistenti, risalenti al Medioevo, per concentrarsi piuttosto sul soggetto che manifestava poteri sovrani sui due gruppi di isole. Con riguardo a Ecrehos, la Corte affermò che Jersey vi esercitava giurisdizione in materia penale, svolgeva tutta "l'amministrazione locale ordinaria" e vi aveva stabilito una dogana nel 1884. Il Regno Unito aveva poi adottato un atto che riconosceva Jersey, incluso Ecrehos, come porto delle Isole del Canale della Manica. La Corte notò che tale atto costituisse "manifestazione di sovranità"<sup>64</sup> e concluse che le autorità britanniche avevano esercitato per gran parte del 19. secolo e nel 20. secolo "State functions" (diremmo *iusdictio*) con riferimento a quel gruppo di isole<sup>65</sup>. A simili conclusioni i giudici giunsero, all'unanimità, riferendosi al gruppo di Minquiers. Sull'importanza dell'esercizio effettivo di funzioni dello Stato (*iusdictio*), espressione della sovranità, è interessante notare come la Corte, nel respingere le pretese francesi, ritenne che i titoli giuridici medievali invocati, tra cui una bolla papale del 1179, non fossero sufficienti e affermò che la Francia non aveva in quel modo dimostrato «the intention of that Government to act as sovereign over the islets; nor are those acts of such a character that they can be considered as involving a manifestation of State authority in respect of the islets»<sup>66</sup>. In *Sovranità su Pulau Ligitan e Pulau Sipadan*, sia l'Indonesia sia la Malaysia reclamavano un titolo di sovranità sulle isole al largo delle coste del Borneo. La vicenda è molto complessa in quanto vede il succedersi di domini coloniali fino all'indipendenza. Secondo il governo indonesiano, la sovranità era confermata da una convenzione del 1891 tra Gran Bretagna e Paesi Bassi e da una serie di atti che ne dimostravano l'effettività. Dal canto suo, la Malaysia sosteneva che la propria sovranità derivasse da una serie di titoli che si erano succeduti e dall'esercizio di «a certain number of British and Malaysian *effectivités* over the islands»<sup>67</sup>. Dopo aver concluso che dall'interpretazione dell'accordo del 1891 non si potesse ricavare una "allocation line" tale da determinare la sovranità sulle isole<sup>68</sup>, la Corte procedette con l'analisi della prassi successiva delle parti nell'applicazione dell'accordo e sulla tesi della successione, su cui in questa sede non ci soffermiamo oltre. Ciò che rileva ai nostri fini sono le *effectivités* registrate sulle isole. A riguardo, la Corte notò che:

<sup>63</sup> Si vedano, ad esempio, CIG, sentenza 20 giugno 1959, *Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgio c. Paesi Bassi)*; sentenza 26 maggio 1961, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*; sentenza del 22 dicembre 1986; sentenza dell'11 settembre 1992, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador c. Honduras)*; sentenza del 3 febbraio 1994, *Territorial Dispute (Libya c. Chad)*; sentenza 16 marzo 2001, *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar c. Bahrain)*; sentenza 11 giugno 1998, *Land and Maritime Boundary (Cameroon c. Nigeria)*.

<sup>64</sup> CIG, *Minquiers and Ecrehos (Francia c. Regno Unito)*, sentenza del 17 novembre 1953, ICJ Reports, p. 47, pp. 65-66.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 70. Da notare che il giudice Alvarez, nella sua brevissima opinione concorrente, affermò che «it is clear from the written proceedings and the oral arguments that the Parties have attributed excessive importance to historic titles and that they have not sufficiently taken into account the state of international law or its present tendencies in regard to territorial sovereignty».

<sup>67</sup> CIG, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia c. Malaysia)*, sentenza del 17 dicembre 2002, in ICJ Reports 2002, p. 625, parr. 32 e 33.

<sup>68</sup> *Ivi*, par. 52.

«the activities relied upon by Malaysia, both in its own name and as successor State of Great Britain, are modest in number but that they *are diverse in character and include legislative, administrative and quasi-judicial acts*. They cover a considerable period of time and show a pattern revealing an *intention to exercise State functions* in respect of the two islands in the context of the administration of a wider range of islands»<sup>69</sup>.

In altri termini, in un territorio conteso in termini di sovranità, ciò che rileva, assente un trattato internazionale o altro titolo<sup>70</sup>, è l'effettività dell'esercizio della *iurisdiction*, intesa appunto nelle parole della Corte come attività «legislativa, amministrativa e quasi-giudiziaria». Riconoscendo la sovranità della Malaysia sulle isole, la Corte precisò che le azioni invocate dall'Indonesia non potessero ritenersi di “legislative or regulative character” ai fini dell'esame dell'effettività, ma che certamente lo poteva essere la regolamentazione malaysiana della raccolta di uova di tartarughe e la creazione di un santuario per gli uccelli sull'isola<sup>71</sup>. Nella sentenza del caso *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks e South Ledge*, che sorse a causa delle contrapposte pretese di sovranità di Malaysia e della repubblica di Singapore, la CIG si interrogò in primo luogo sull'esistenza di un accordo, anche tacito, tra i due Stati in questione sul passaggio di sovranità dal Sultanato di Johor esercitata sin dal 1512<sup>72</sup>, sull'esistenza di comportamenti “à titre de souverain” da parte del Regno Unito prima e di Singapore poi<sup>73</sup>. La Corte fece riferimento ad una serie di azioni che avrebbero dimostrato l'esercizio di poteri sovrani da parte di Singapore: una corrispondenza tra sultano e Regno Unito in virtù della quale il sultanato non rivendicava sovranità su *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, il controllo esclusivo da parte di Singapore sulle visite al faro costruito in epoca coloniale per la sua manutenzione, le indagini condotte da Singapore su incidenti in mare e lo stabilimento di un apparato di comunicazione militare. Benché la maggioranza dei giudici abbia votato a favore di questa conclusione assertiva della sovranità di Singapore sull'isola, l'opinione dissenziente dei giudici Simma e Abraham mise in discussione l'esito del procedimento: «when there is an original sovereign, no exercise of State authority, however continuous and effective, can result in a transfer of sovereignty if it is not possible to establish that, in one way or another, the original sovereign has consented to the cession of the territory concerned or acquiesced in its transfer to the State having *de facto* exercised its authority. Without such consent — or acquiescence — original title cannot be ceded, even when confronted by a *continuous and effective exercise of authority* by a State other than the holder». Conforti ha accolto la posizione della Corte sulla prevalenza del titolo, solo ove possibile, sul fatto, nei casi esposti, purché siffatto ragionamento si mantenga circoscritto a ricorsi su frontiere e pretese di sovranità su isole peraltro scarsamente popolate<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> *Ivi*, par. 148. Emphasis added.

<sup>70</sup> B. TAYLOR, *Territorial Disputes at the International Court of Justice*, in *Duke Law Journal*, 53, 2004, p. 1779 ss.

<sup>71</sup> CIG, *Sovereignty over Pulau Ligitan*, cit., par. 137.

<sup>72</sup> *Ivi*, par. 120.

<sup>73</sup> CIG, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia c. Singapore)*, sentenza del 23 maggio 2008, ICJ Reports 2008, p. 12.

<sup>74</sup> B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 208. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2011, p. 275.

#### 2.4. *Del disequilibrio causato dalla violazione di norme imperative*

I casi descritti nel paragrafo precedente hanno riguardato per lo più territori scarsamente popolati, strascichi di processi di decolonizzazione, che furono risolti nel senso dell'effettività dopo i tentativi della Corte di ricostruire complessi passaggi di sovranità attraverso titoli antichissimi insufficienti a determinare con certezza il detentore del titolo. La situazione che si è prodotta nel corso del ventesimo secolo, dopo l'affermazione del divieto di uso della forza sul piano internazionale, è tuttavia più articolata. Ci si deve dunque chiedere quali siano le conseguenze giuridiche di un'azione che determina l'esercizio di poteri di imperio da parte di uno Stato diverso da quello titolare del titolo legittimo avvenuta in violazione di norme internazionali imperative<sup>75</sup>. Già nel 1932, con la nascita del Manciuokò per effetto dell'intervento militare giapponese, emerse una prassi internazionale nel senso di non ammettere la legalità di alcune situazioni *de facto*<sup>76</sup>, là dove queste situazioni si fossero prodotte con l'uso della forza. Il principio del non-riconoscimento venne poi incluso in strumenti di *hard* e *soft law*, incluso il Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito internazionale, al suo articolo 41<sup>77</sup>. Il disconoscimento «deroga[...] al principio di effettività, attuando in suo luogo principi di legittimità che disciplinano il procedimento di formazione degli Stati» e dando attuazione al principio *ex iniuria ius non oritur*.<sup>78</sup> La tesi che enfatizza il dato normativo, “anti-realista”, trova voce nelle parole di Sir Hersch Lauterpacht, che nella sua opera *Recognition in International Law* del 1947 argomentò come «facts, however indisputed, which are the result of conduct violative of international law cannot claim the same right to be incorporated automatically as part of the law of nations». Nel 1966, il giudice Jessup, nella sua opinione dissenziente al caso del Sud-Ovest Africano (seconda fase), affermò che «è banale dire che il diritto internazionale non riconosce un titolo fondato sulla conquista militare»<sup>79</sup>. Secondo Kohen, «l'un des corollaires les plus visibles de l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est l'impossibilité de faire valoir cette force comme fondement de l'appropriation d'un territoire appartenant à autrui» con la conseguenza che una “possession” ottenuta per il tramite dell'uso della forza non può, allo stato attuale del diritto internazionale, produrre un trasferimento di sovranità.

La tesi “realista” dà invece ragione dell'effettività<sup>80</sup>, o meglio l'effettività consente l'evoluzione delle situazioni giuridiche. Se però l'effettività si esercita come conseguenza dell'uso della forza, gli Stati possono reagire mediante forme di “isolamento giuridico” dell'ente venuto alla luce a seguito dell'illecito<sup>81</sup>. Dichiarò Jennings nel 1965 che «*ex factis ius*

<sup>75</sup> Sul caso della Crimea come esempio di “aggressione” da parte della Federazione russa, v. M. ARCARI, *Violazione*, cit., p. 476. Sulle conseguenze dell'illecito in caso di violazioni gravi del diritto internazionale, F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 454 ss.

<sup>76</sup> A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 716.

<sup>77</sup> Si veda la completa e dettagliata ricostruzione in A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 718 ss.

<sup>78</sup> A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 721. R. NICHOLSON, *Statehood and State-like in International Law*, Oxford, 2019, p. 147 ss.

<sup>79</sup> ICJ, *South West Africa, Second Phase (Etiopia c. Sud Africa, Liberia c. Sud Africa)*, sentenza del 18 luglio 1966, ICJ reports 1966, p. 6, opinione del giudice Jessup, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-03-EN.pdf>, p. 418.

<sup>80</sup> A. MIELE, *La comunità*, cit., p. 71: «nel conflitto tra legittimità e effettività, il sistema impone *uti possidetis* come valore giuridico assoluto, senza la possibilità di un giudizio di merito».

<sup>81</sup> B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 207.

*oritur* is an expression of a truth that no law can ignore save at its peril»<sup>82</sup>. L'effettività non "sana" violazioni del divieto di uso della forza, ma descrive e coglie la realtà della società internazionale. Lo studioso de Visscher, sostenitore delle *effectivités*, sostenne che un atto internazionalmente illecito non può costituire un titolo valido nel diritto internazionale, ma ciò non significa che quest'atto non sia in grado di produrre effetti. In particolare, egli sostenne che gli effetti dell'atto illecito vadano riconosciuti quando, in un tempo ragionevole, la situazione cessa di essere contestata, vuoi perché lo Stato leso accetta la nuova situazione vuoi per una tolleranza generalizzata<sup>83</sup>. Il rifiuto del riconoscimento sul piano internazionale della situazione prodottasi può contribuire a bloccare l'operare dell'effettività<sup>84</sup>. Il non riconoscimento può indebolire l'effettività delle nuove situazioni e l'affermazione del *fait accompli*, ma non può impedire la loro nascita o sopravvivenza. In altri termini, «la nascita illegittima non incide [...] sull'esistenza di un ente effettivo, ma sugli effetti giuridici che quel fatto produce»<sup>85</sup>. Sul solco del pensiero di Arangio-Ruiz, le norme di diritto internazionale che si sono sviluppate sul modo di essere degli Stati e sulle loro vicende non vanno oltre «la creazione di situazioni di diritto/obbligo nei rapporti fra gli Stati destinatari» e non operano direttamente nei riguardi degli individui e dei popoli<sup>86</sup>. Lo Stato e il governo nati in modo non conforme alle norme internazionali «restano [...] ad ogni effetto giuridico internazionale, rispettivamente uno Stato persona e il suo governo»<sup>87</sup>.

Potrebbe distinguersi dunque la dimensione internazionale e la dimensione interna del non riconoscimento. Sul piano internazionale, ha sostenuto un autore, «all international legal acts, such as treaties entered into by the occupying power, agreements or unilateral behaviours having international relevance are deprived of their legal effect»<sup>88</sup>. Sul piano interno, gli atti che si producono andrebbero trattati dall'ordinamento internazionale come "meri fatti"<sup>89</sup>: essi, in altri termini, determinerebbero la responsabilità del soggetto che li ha adottati, ma non risulterebbero invalidi sul piano interno. Ogni Stato sarebbe dunque libero

<sup>82</sup> R.Y. JENNINGS, *Nullity and Effectiveness in International Law*, in R.Y. JENNINGS (ed.), *Cambridge Essays in International Law – Essays in Honour of Lord McNair*, Cambridge, 1965, p. 74 ss.

<sup>83</sup> C. DE VISSCHER, *Les effectivités*, cit., p. 24.

<sup>84</sup> A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 749. Non ci soffermiamo sulla natura giuridica della norma del non-riconoscimento, per alcuni autori consuetudinaria. Cfr. A. LAGERWALL, *L'agresion et l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie: Quels enseignements au sujet du droit international?*, in *Quest. Int. Law, Zoom Out I*, 2014, p. 57 ss. Si veda, altresì, T. CHRISTAKIS, *L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales*, in C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Boston, 2005, p. 127 ss.; J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 2006, p. 160. Non ci soffermiamo inoltre né sulle relazioni tra norme primarie e secondarie, né sul carattere sanzionatorio del non riconoscimento. Su quest'ultimo profilo, già nel 1933, F. ARNOLD MIDDLEBUSH, *Non-Recognition as a Sanction of International Law*, in *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, 27, 1933, p. 40 ss. (sulle acquisizioni territoriali ottenute in modo illecito, pp. 41-43). Si veda poi, G. ZICCARDI CAPALDO, *Le situazioni territoriali illegittime nel diritto internazionale*, Napoli, 1977, p. 107; A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 816 ss.; S. TALMON, *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, in C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden Boston, 2005, p. 125.

<sup>85</sup> A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 753.

<sup>86</sup> Sul pensiero di Arangio-Ruiz, L. PICCHIO FORLATI, G. PALMISANO, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. xxiv.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> E. MILANO, *Unlawful Territorial Situations in International Law*, Leiden, Boston, 2006, p. 139.

<sup>89</sup> *Ivi*, p. 141.

di riconoscere o meno gli effetti giuridici prodotti da questi atti a livello domestico<sup>90</sup>. In tal modo, i principi *ex iniuria ius non oritur* e *ex factis ius oritur* non si collocherebbero in mera antitesi, ma interagirebbero tra loro nella definizione della situazione nei territori contesi<sup>91</sup>.

La distinzione tra dimensione internazionale ed interna pare emergere, con l'obiettivo specifico di tutelare i diritti dei singoli, nel parere della CIG sulle conseguenze giuridiche della continua presenza del Sud Africa in Namibia (Sud-Ovest africano)<sup>92</sup>, nonostante la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 276(1970) con cui si dichiararono tutti gli atti adottati dopo la revoca del mandato in quel territorio illeciti ed invalidi. La Corte identificò quali atti, in base alla Carta e al diritto internazionale generale, dovessero essere considerati incompatibili con la dichiarazione di illiceità e invalidità di cui alla Risoluzione n. 276<sup>93</sup>: l'applicazione di trattati bilaterali o multilaterali con il Sud Africa concernenti la Namibia, ad eccezione di quelli di carattere umanitario<sup>94</sup>; l'invio di missioni diplomatiche o speciali in Sud Africa e il ritiro degli agenti presenti<sup>95</sup>; l'avvio di forme di cooperazione economica o di altra natura con il Sud Africa per quanto concerne il territorio namibiano<sup>96</sup>. In un passaggio chiave, la Corte affermò che il non riconoscimento «should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international cooperation», distinguendo tra atti ufficiali conclusi dal governo sudafricano dopo la fine del mandato, da ritenersi illeciti ed invalidi, e atti quali registrazioni delle nascite, morti e matrimoni «the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory»<sup>97</sup>. La distinzione, definita come “eccezione namibiana”, operata dalla Corte, sarebbe stata basata su considerazioni extra-giuridiche, più di legittimità che di validità<sup>98</sup>. La CIG, in tale parere, fece emergere, mediante considerazioni extra-giuridiche al tempo – quando i Patti dovevano ancora entrare in vigore, ma oggi potremmo asserire essere pienamente giuridiche – i diritti dei singoli in una situazione prodottasi come risultato di un illecito. Ecco allora che la teoria anti-realista, benché importante sul piano delle relazioni tra gli Stati nel senso di condannare le situazioni prodottesi a seguito di aggressione, «should [not] be extended into the realm of judicial decision-making when the rights of individuals are at

<sup>90</sup> *Ibidem* Ziccardi Capaldo sosteneva la “disapplicazione” di qualsiasi atto che fosse «il risultato della partecipazione diretta o indiretta dei rappresentanti o delle istituzioni del governo illegale»: *Le situazioni*, cit., p. 107.

<sup>91</sup> A difesa dell'effettività, A. Tancredi ha presentato due considerazioni: la prima riposa sulla debole struttura dell'ordinamento internazionale, priva di organi di garanzia centralizzati, e depone a favore dell'effettività come meccanismo per far funzionare l'ordinamento; la seconda respinge le tesi che eguagliano l'effettività alla legge del più forte per considerare un governo effettivo quale «espressione più diretta della volontà popolare», anche là dove l'*allegiance* sia motivata da paura e debolezza. L'effettività servirebbe dunque all'ordinamento per funzionare. A. TANCREDI, *Lo Stato nel diritto internazionale tra effettività e legalità/legittimità*, in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011, p. 146 e p. 148.

<sup>92</sup> CIG, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Parere consultivo del 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971, p. 16.

<sup>93</sup> *Ivi*, par. 121.

<sup>94</sup> *Ivi*, par. 122.

<sup>95</sup> *Ivi*, par. 123.

<sup>96</sup> *Ivi*, par. 124.

<sup>97</sup> *Ivi*, par. 125. Quanto deciso dalla Corte era applicabile anche agli Stati non membri delle Nazioni Unite «in the sense of barring erga omnes the legality of a situation which is maintained in violation of international law» (par. 126). Da notare altresì la posizione dei giudici dissenzienti. Onyeama, ad esempio, non condivise l'ampia interpretazione data alla dottrina del non riconoscimento, incluso il rifiuto di riconoscere la validità degli atti posti in essere dal Sud Africa in Namibia. A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 767.

<sup>98</sup> E. MILANO, *Unlawful Territorial Situations*, cit., p. 138.

stake. To do so is to forget the reality of the situation facing the individual»<sup>99</sup>. Tale profilo è stato altresì colto dalla Corte EDU che, in *Cipro c. Turchia*, riconobbe come «life goes on in the territory concerned (Cipro Nord) for its inhabitants» e che gli atti della Repubblica turca di Cipro del Nord «cannot be simply ignored by third States or by international institutions, especially courts»<sup>100</sup>.

Da ultimo, va osservato che l'effettività ha altresì un ruolo da svolgere là dove il non-riconoscimento non sia a lungo termine – il gioco di parole qui è voluto – effettivo. In altri termini, se nel tempo il non-riconoscimento sul piano internazionale viene meno, se gradualmente si riallacciano i rapporti diplomatici e commerciali, se la popolazione soggetta al “nuovo” potere di imperio, ancorché usurpato, accetta la situazione prodottasi, e la stessa entità lesa dalla situazione illecita allenta le proteste, ecco che il principio di effettività consente il consolidamento della situazione *de facto* che gradualmente diventa la nuova situazione *de jure*.

## 2.5. Delle origini del disequilibrio in Crimea: la violazione del divieto all'uso della forza da parte della Federazione russa

Alla luce di quanto analizzato nei paragrafi precedenti, si propongono ora alcune considerazioni con riferimento alla specifica situazione crimeana. Non ci occuperemo in questa sede delle proteste di piazza Maiden e dei fatti che hanno anticipato la rottura dell'equilibrio tra fine febbraio e inizio marzo 2014<sup>101</sup>. L'11 marzo, il Parlamento crimeano approvò una “Dichiarazione di indipendenza”, secondo la quale, in caso di esito positivo del referendum, la Crimea si sarebbe dichiarata Stato sovrano e indipendente e in quanto tale avrebbe chiesto di riunirsi alla Federazione russa. La risoluzione di indizione del referendum era stata ritenuta illegittima dalla Corte Costituzionale ucraina. Tralasciamo in questa sede, per ragioni di economia del lavoro, le argomentazioni sull'esercizio dell'autodeterminazione del popolo crimeano e sulla possibilità di configurare la secessione come “secessione rimedio”. Entrambe le tesi, come è stato dimostrato, possono essere agevolmente respinte<sup>102</sup>. Veniamo dunque al dato fattuale, ovvero la secessione da parte della Crimea. Sottolinea Ronzitti, proprio con riferimento al caso in esame, che per il diritto internazionale non rilevano né le ragioni della secessione né il se il referendum sia valido o meno sul piano costituzionale<sup>103</sup>. La secessione integra una violazione del diritto internazionale nel momento in cui essa venga fomentata da un intervento esterno, senza il quale si può ragionevolmente ritenere che questa non sarebbe avvenuta<sup>104</sup>. Ciò pare essere

<sup>99</sup> Riferendosi all'*Anschluss* dell'Austria da parte della Germania nazista, S.L. COHN, *Ex Injuria Jus Non Oritur: A Principle Misapplied*, in *Santa Clara Lawyer*, 23, 1962, p. 23 ss., p. 41.

<sup>100</sup> Sentenza Corte EDU del 10 maggio 2001, ricorso n. 25781/94, *Cipro c. Turchia*. Si è parlato di “necessity”: cfr. A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 768.

<sup>101</sup> Sulle violazioni del divieto di ingerenza negli affari interni di altri Stati, tanto da parte Europa e Stati Uniti, quanto da parte russa, v. M. KOHEN, *L'Ukraine et le respect du droit international*, 12 marzo 2014, <https://www.letemps.ch/opinions/lukraine-respect-droit-international>.

<sup>102</sup> Vedi, sul punto, T. CHRISTAKIS, *Les conflits de sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine et le droit international*, in *Jour. dr. int.*, 2014, 3, pp. 739-742; A. TANCREDI, *Crisi in Crimea, referendum ed autodeterminazione dei popoli*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 480 ss.

<sup>103</sup> N. RONZITTI, *Conflitti armati interni*, cit., p. 63. L'autore sottolinea anche un ulteriore aspetto, trascurato dalla dottrina con riguardo alla Crimea, ovvero che gli insorti non possono disporre del territorio.

<sup>104</sup> A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 681, ha parlato dell'aspetto “procedurale” della secessione. V. CIG, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, parere consultivo del 22 luglio 2010, ICJ Reports, 2010, p. 403: una dichiarazione di secessione rileva per il diritto

quanto avvenuto in Crimea<sup>105</sup>. La dottrina è concorde nel ritenere che la Federazione abbia sostenuto le forze indipendentiste fin dall'inizio, più o meno esplicitamente (di certo chiaramente con la decisione del Parlamento russo di impiegare le forze russe in Ucraina), e che le giustificazioni del governo di Putin, secondo il quale si sarebbe trattato di un intervento su invito dell'ex presidente Yanukovitz e delle forze separatiste crimeane, volte alla tutela della minoranza russa in Crimea, avessero carattere "pretestuoso"<sup>106</sup>. La dichiarazione di secessione risulta dunque «tacciata da invalidità e [deve essere] considerata priva di effetti giuridici»<sup>107</sup>. Ne consegue che anche il trattato con cui la "riunificazione" è avvenuta debba ritenersi privo di effetti giuridici<sup>108</sup>, in quanto il soggetto (la Crimea, o meglio il gruppo di separatisti, dichiaratasi indipendente a seguito della violazione del divieto di aggressione da parte della Federazione russa) era incapace di agire come conseguenza dell'incapacità di diritto del soggetto stesso in ordine ad una data situazione giuridica soggettiva<sup>109</sup>. Si sarebbe potuto altresì argomentare, benché ciò non sia stato sostenuto a livello internazionale, che il trattato consistesse in un riconoscimento prematuro della Crimea da parte della Federazione russa, la penisola difettando chiaramente di effettività<sup>110</sup>. In risposta alla situazione prodottasi, l'AG delle Nazioni Unite, fallito per ovvie ragioni il tentativo di condanna in seno al Consiglio di Sicurezza<sup>111</sup>, adottava la risoluzione n. 68/262 sull'integrità territoriale dell'Ucraina, approvata con 100 voti a favore, 11 contro e 58 astensioni, con cui chiedeva agli Stati «to refrain from any action or dealing that might be interpreted as recognizing any such altered status»<sup>112</sup>. Ci si potrebbe chiedere se il non riconoscimento debba essere preceduto da un accertamento da parte delle Nazioni Unite (e se sia sufficiente una risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU, atto di *soft law*) dell'illiceità dell'azione che ha determinato la situazione di fatto<sup>113</sup>, ovvero se l'obbligo di non riconoscimento si imponga a tutti gli Stati in virtù del diritto internazionale generale<sup>114</sup>. In territori contesi, benché la CIG abbia riconosciuto l'autorevolezza delle statuizioni degli organi dell'ONU, ci pare che l'AG dovrebbe sollecitare l'accertamento giuridico della situazione per il tramite di un parere della Corte dell'Aja.

---

internazionale nel momento in cui vi sia stato «the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (*jus cogens*)» (par. 81).

<sup>105</sup> Secondo il rapporto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Report on the Human Rights Situation in Ukraine*, 15 aprile 2014: «The presence of paramilitary and so called self-defence groups as well as soldiers without insignia, widely believed to be from the Russian Federation, was also not conducive to an environment in which the will of the voters could be exercised freely» (par. 86).

<sup>106</sup> M. ARCARI, *Violazione*, cit., p. 473.

<sup>107</sup> *Ivi*, p. 478.

<sup>108</sup> A. LAGERWALL, *L'aggression*, cit., p. 66.

<sup>109</sup> G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, VII, Padova, 1967, p. 156, identifica nel diritto internazionale gli elementi congiunti della capacità di diritto e della capacità di agire.

<sup>110</sup> In tal senso, R. NICHOLSON, *Statehood*, cit., p. 167.

<sup>111</sup> Progetto del 15 marzo 2014: «nessuna acquisizione territoriale ottenuta con la minaccia o l'uso della forza può essere riconosciuta come lecita», che ha avuto 13 voti a favore, un veto (ovviamente Russia), una astensione (Cina).

<sup>112</sup> Risoluzione n. 68/262, cit., par. 6.

<sup>113</sup> Di questo parere A. TANCREDI, *The Russian annexation of the Crimea: questions relating to the use of force*, in *Quest. Int. Law, Zoom Out I*, 2014, p. 5 ss.; e E. MILANO, *The Non-Recognition of Russia's Annexation of Crimea: Three Different Legal Approaches and One Unanswered Question*, in *Quest. Int. Law, Zoom Out I*, 2014, p. 35 ss. Sugli atti normativi delle organizzazioni internazionali, il diritto derivato *in senso proprio*, P. PENNETTA, *Atti normativi*, in S. CAFARO et al. (eds), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2018, p. 269 ss.

<sup>114</sup> A. LAGERWALL, *L'aggression*, cit., p. 67. T. CRISTAKIS, *Les conflits*, cit., p. 756.

Il non-riconoscimento della situazione crimeana, accompagnato peraltro da sanzioni adottate unilateralmente o nel quadro di organizzazioni internazionali, quali l'Unione europea<sup>115</sup>, si è manifestato, ad esempio, nella negazione del visto ai crimeani aventi passaporto russo rilasciato dopo il 18 marzo 2014. Altro esempio recente è la dichiarazione dell'Ambasciatore del Regno Unito, a seguito del voto – anche crimeano – sull'emendamento alla Costituzione russa di luglio 2020: «the UK does not and will not recognise such voting on sovereign Ukrainian territory. We stand in solidarity with Ukraine in reminding Russia and the world that Crimea is Ukraine»<sup>116</sup>.

Fin dai mesi immediatamente successivi a marzo 2014, parve piuttosto chiaro, quantomeno sulla base delle scarse informazioni a disposizione, che la Federazione russa esercitasse *iurisdictio* sulla penisola. Le leggi russe furono estese rapidamente in Crimea e il rublo divenne la nuova moneta ufficiale il 24 marzo 2014. Tutti i cittadini ucraini o gli apolidi residenti in territorio crimeano vennero riconosciuti come cittadini della Federazione russa, ad eccezione di coloro che indicarono per iscritto – procedura non così immediata – di voler respingere la cittadinanza russa entro un mese dalla conclusione del trattato tra Crimea e Federazione russa<sup>117</sup>. I cittadini ucraini registrati nell'Ucraina continentale e presenti in Crimea assunsero immediatamente lo status di stranieri con permesso di permanenza in Crimea di massimo 90 giorni<sup>118</sup>. La naturalizzazione “di massa” solleva dei dubbi quanto alla legittimità della misura sul piano del rispetto dei diritti umani fondamentali, di cui si dirà *oltre*. Altro elemento da considerare è il supporto della popolazione locale crimeana alla Russia. Tralasciando i risultati del referendum di riunificazione, va riconosciuto, quantomeno secondo quanto dichiarato dalle autorità russe, che la penisola crimeana è stata la regione che ha dato il maggior contributo al voto sull'emendamento alla costituzione russa di luglio 2020, che ha reso il mandato di Putin a vita: in Russia ha votato il 67,9 per cento della popolazione, in Crimea l'81 per cento, di cui oltre il 90 per cento a favore dell'estensione del potere del presidente<sup>119</sup>. Siffatto fenomeno – supporto locale alla Russia contro condanna internazionale dei fatti – è stato definito “Crimean conundrum”<sup>120</sup>. I dati, tuttavia, non possono essere letti in modo semplicistico: bisognerebbe considerare la percentuale della popolazione che è stata costretta a lasciare la

<sup>115</sup> La sintesi delle sanzioni UE al sito <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/sanctions/ukraine-crisis/>

<sup>116</sup> <https://www.ukrinform.net/rubric-politics/3056301-uk-wont-recognise-voting-on-amendments-to-russian-constitution-in-occupied-crimea.html>

<sup>117</sup> According to Article 4 of Law No. 6, Legge costituzionale federale: «from the day on which the Republic of Crimea joins the Russian Federation and new constituent territories are formed within the Russian Federation, citizens of Ukraine and stateless persons who are permanently resident on this day on the territory of the ‘Crimean peninsula’ shall be recognized as citizens of the Russian Federation, with the exception of persons who, within one month after this day, declare that they wish to retain the different citizenship that they and/or their children who are minors have or to continue to be stateless persons». Si deve altresì considerare che l'Ucraina non consente la doppia nazionalità, ma la legge ucraina sul riconoscimento di diritti e libertà ai cittadini e sul regime giuridico nel territorio dell'Ucraina occupato temporaneamente, 15 Aprile 2014, no. 1207-18, art. 5(4) determina che l'acquisizione automatica della cittadinanza ucraina da parte dei residenti in Crimea non è riconosciuta e non conduce alla perdita della cittadinanza ucraina.

<sup>118</sup> Sulla complessa questione, si veda il rapporto di Open Society Justice Initiative, *Human Rights in the Context of Automatic Naturalization in Crimea*, giugno 2018, disponibile al sito <https://www.justiceinitiative.org/publications/human-rights-context-automatic-naturalization-crimea>.

<sup>119</sup> <https://www.ukrinform.net/rubric-politics/3056301-uk-wont-recognise-voting-on-amendments-to-russian-constitution-in-occupied-crimea.html>

<sup>120</sup> J. O'LOUGHLIN, G. TOAL, *The Crimea Conundrum: Legitimacy and Public Opinion after Annexation*, in *Eurasian Geography and Economics*, 60, 2019, p. 6 ss.

Crimea e, secondo un autore che ha svolto un'indagine nel 2011, tenere conto dell'identità crimeana che non si presentava, pre-2014, così polarizzata pro-Ucraina o pro-Russia ma si affermava piuttosto nel senso della multietnicità<sup>121</sup>. Come si è detto, numerose sono le denunce, da parte di individui appartenenti alla minoranza tatara, di violazione dei diritti umani in Crimea<sup>122</sup>. In Ucraina, un recente sondaggio ha sottolineato come le violazioni dei diritti dei crimeani siano di interesse solo per il 15 per cento della popolazione e come, allo stesso tempo, circa il 17 per cento degli intervistati non abbia voluto esprimersi sul proprio interesse alla situazione in Crimea. È significativo che il 7 per cento degli ucraini consideri la Crimea come territorio della Federazione russa; va altresì notato che la maggioranza dei partecipanti al sondaggio sia convinta dell'impossibilità di relazioni amichevoli tra Ucraina e Russia finché quest'ultima non restituirà la Crimea all'Ucraina e ritirerà le truppe dal Donbass<sup>123</sup>.

Alla luce della situazione attuale, possiamo ragionevolmente affermare, con i dati, ancorché limitati, a disposizione, che, nonostante le proteste sul piano internazionale, la Federazione russa eserciti poteri di governo pieni sul territorio crimeano e sulla sua popolazione e possa dunque vantare *iurisdictio* sulla penisola.

### 3. *La questione della iurisdictio e della sovranità sulla Crimea innanzi a corti internazionali, regionali e a tribunali arbitrali*

In questa parte, si esaminerà come le corti – internazionali e regionali – e i tribunali arbitrali abbiano risposto alla questione della *iurisdictio* in Crimea nel decidere di casi che interessano tanto le relazioni interstatali Federazione Russa-Ucraina, quanto le relazioni tra Stato (principalmente Federazione russa) e singoli, persone fisiche e giuridiche. Lo scopo del contributo non è tanto quello di ricostruire nel dettaglio tutti i ricorsi, quanto quello di identificare nel ragionamento delle diverse giurisdizioni adite conferme o smentite delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi. Si procederà dapprima esaminando la questione del rispetto dei diritti umani in Crimea e della definizione *sui generis* di *iurisdictio* con riguardo all'accertamento da parte della CIG del rispetto della Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (CERD) (3.1) e ai ricorsi pendenti innanzi alla Corte EDU (3.2). Il contributo si focalizzerà poi sulla questione

<sup>121</sup> A. CHARRON, *Whose is Crimea? Contested Sovereignty and Regional Identity*, in *Region*, 2016, 5, p. 225 ss. Vedi anche i dati dell'indagine di Carnegie, del 2017, <https://carnegieeurope.eu/strategieurope/74635>

<sup>122</sup> Centro di ricerche dei tatar della Crimea, rapporto sulle violazioni dei diritti umani nei primi quattro mesi del 2020, disponibile in ucraino al sito <https://ctrcenter.org/uk/news/4363-porushennya-prav-lyudini-v-okupovanomu-krimu-nosyat-sistemnij-harakter-zvit-krc-za-i-kvartal-2020-roku>. Si deve notare che il rapporto è stato scritto da Tatar che vivono a Kiev. Sorprende invece l'esito di un rapporto pubblicato dai Tatar residenti in Crimea, secondo cui non vi sarebbero gravi violazioni dei diritti umani nei loro confronti («О состоянии гражданского общества в Республике Крым в 2019 году», in russo, par. 50 ss.). Si ringrazia per la ricerca di questi documenti (v. anche nota successiva) e per la traduzione dall'ucraino e dal russo il Dott. Eduard Pashchenko.

<sup>123</sup> Sondaggio condotto da "Info Sapiens" sostenuto da Kyiv-Mohyla Academy, in ucraino al sito <https://zmina.info/articles/socziology-doslidyly-shho-ukrayinczi-dumayut-pro-okupovanyj-krym-ta-pro-stosunky-z-rosiyeyu/>. Sulle violazioni dei diritti umani in Crimea, dalla prospettiva ucraina, Ukrainian Human Rights Union, rapporto del 20 maggio 2020, in inglese al sito <https://helsinki.org.ua/en/publications/analytical-report-in-english-on-the-use-of-prohibited-methods-of-warfare-during-kremlin-s-occupation-of-crimea-in-february-march-2014-is-now-available/>

sovranità/territorio/*iurisdictio* come risolta (o non risolta) nel lodo arbitrale istituito ai sensi della Convenzione di Montego Bay (3.3) e nei lodi dei tribunali arbitrali in materia di investimenti (3.4).

### 3.1. *Dell'accertamento del rispetto della CERD in Crimea da parte della Corte internazionale di giustizia*

Il quesito sottoposto alla CIG da parte dell'Ucraina, nel suo ricorso contro la Russia istruito nel gennaio 2017, sembra (apparentemente, come si argomenterà) prescindere da questioni di sovranità e *iurisdictio*. L'Ucraina lamentava la violazione da parte dello Stato convenuto di due strumenti giuridici internazionali, ratificati da entrambe le parti della controversia: la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo del 1999 e la CERD. Il ricorrente chiedeva alla Corte di ordinare misure provvisorie in attesa di pronunciarsi nel merito. Nel ricorso, l'Ucraina affermava che la Federazione russa avesse violato la Carta delle Nazioni Unite, «seizing a part of Ukraine's sovereign territory by military force», e che la Russia «engineered an illegal “referendum”, which it rushed to implement amid a climate of violence and intimidation against non-Russian ethnic groups»<sup>124</sup>. L'Ucraina contestava alla Russia di «promuovere attivamente e sponsorizzare il terrorismo internazionale» attraverso una serie di azioni nei confronti di gruppi armati agenti soprattutto in Ucraina orientale, in contrasto con la Convenzione per la repressione del finanziamento al terrorismo e di aver attivato una campagna di annullamento culturale attraverso la discriminazione nei confronti dei Tatari di Crimea, violando così la CERD. Ci limitiamo in questa sede al quesito sulla violazione della CERD, perché relativo specificatamente al caso crimeano<sup>125</sup>. Nell'ordinanza del 19 aprile 2017<sup>126</sup>, la Corte affermò che il suo potere di adottare delle misure provvisorie ai sensi dell'articolo 41 dello Statuto potesse essere esercitato soltanto se «the rights asserted by the party requesting such measures are at least plausible»<sup>127</sup>. La Corte, ritenendo plausibile che alcune azioni compiute dalla Federazione russa potessero costituire atti di discriminazione razziale in base alla CERD, in particolare il divieto dei *Mejlis*<sup>128</sup> e le asserite restrizioni al diritto all'istruzione dell'etnia ucraina<sup>129</sup>, verificò l'esistenza del collegamento necessario tra le

<sup>124</sup> *Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures*, 17 gennaio 2017, par. 5.

<sup>125</sup> Sull'applicazione della Convenzione contro il finanziamento del terrorismo al caso di specie, in particolare per quanto concerne la responsabilità dello Stato, si veda il contributo di E. CASTRO, *State-Sponsored Terrorism: La questione della responsabilità diretta degli stati per il finanziamento del terrorismo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2020, p. 143 ss. Sulle misure provvisorie, A. PETERS, *'Vulnerability' versus 'Plausibility': Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017 in EJIL blog*. URL: <https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/> Sulla nozione di e le misure di contrasto al finanziamento del terrorismo, si consenta di rinviare a S. DE VIDO, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Padova, 2012.

<sup>126</sup> CIG, *Applicazione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo e della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (Ucraina c. Federazione russa)*, misure provvisorie, Ordinanza del 19 aprile 2017, ICJ Reports 2017, p. 104.

<sup>127</sup> *Ivi*, par. 63.

<sup>128</sup> Istituzioni rappresentative della comunità tatarica di Crimea.

<sup>129</sup> CIG, *Applicazione della Convenzione*, 2017, cit., parr. 82-83.

misure provvisorie richieste e il rischio imminente di pregiudizio irreparabile<sup>130</sup> e ordinò quindi allo Stato convenuto di astenersi, pendente la decisione finale nel caso di specie, dal mantenere o imporre limitazioni alla comunità tatara di Crimea, nonché di rendere disponibile l'istruzione in lingua ucraina. La Corte deliberò vieppiù, con voto all'unanimità, che entrambe le parti della controversia dovessero astenersi da ogni azione che potesse aggravare la situazione.

Due anni dopo, nel novembre 2019, la Corte dell'Aja si è pronunciata sulle obiezioni preliminari<sup>131</sup>. In risposta all'Ucraina, la Russia contestava il quesito posto dallo Stato ricorrente, il quale, secondo il governo Putin, avrebbe “camuffato”, utilizzando l'espedito dell'applicazione della CERD, ben altri quesiti giuridici, incluso quello sullo “status” della Crimea. La Corte ha risposto a tale obiezione sottolineando che il quesito sottoposto alla sua attenzione non riguardava la presunta “aggressione” o “occupazione illegale” della Crimea, bensì il rispetto delle norme delle due convenzioni oggetto della procedura<sup>132</sup>. Sulla competenza *ratione materiae* in base all'articolo 22 CERD, rileva in particolare l'obiezione russa secondo la quale l'Ucraina stesse cercando di mettere in discussione l'applicazione delle leggi russe in Crimea, solo apparentemente di rilievo per l'applicazione della CERD. Il ricorrente, dal canto suo, spiegava che il riferimento all'intervento russo in Crimea fosse necessario per descrivere la campagna di discriminazioni attuata e non per decidere sullo status della penisola<sup>133</sup>. La Corte, rinviando al merito la discussione del se le misure adottate dalla Russia costituissero o meno “discriminazione razziale”, si è dichiarata competente *ratione materiae*. Va brevemente menzionata anche la seconda obiezione della Russia, di natura procedurale, ovvero il mancato esaurimento dei ricorsi interni. La questione è interessante non tanto per l'esito della procedura – l'esaurimento dei ricorsi interni, ha ricordato la Corte, riguarda i casi in cui uno Stato presenti un ricorso a nome di uno o più dei propri cittadini, non il caso in cui uno Stato lamenti la violazione della Convenzione da parte di un altro Stato parte accusando quest'ultimo di aver messo in atto uno schema di discriminazione – quanto per l'affermazione della Russia nel suo memoriale, secondo cui per rimedi in base alla “domestic law” si dovevano intendere quei rimedi previsti dalla «domestic law of the Russian Federation, including [...] the law of the Republic of Crimea»<sup>134</sup>. Anche se la CIG ha ribadito che l'oggetto della controversia è la violazione della CERD da parte della Federazione russa, e non la definizione dello status della Crimea, è evidente che i giudici dovranno pronunciarsi sull'ambito di applicazione della Convenzione, con specifico riferimento ad un territorio conteso quale quello crimeano. Va ricordato che la CERD non contiene una disposizione generale relativa all'applicazione della medesima “within the jurisdiction”, prendendo in prestito la nota espressione contenuta all'articolo 1 della CEDU, di uno Stato parte. Soltanto alcuni degli obblighi previsti, incluso quello di garantire rimedi effettivi (articolo 6), sono stati formulati nel testo convenzionale esplicitamente a vantaggio degli individui «sottoposti alla giurisdizione degli Stati parte». Già nel parere consultivo sulla Namibia, la CIG aveva ritenuto che il Sud Africa fosse responsabile dei «rights of the people of Namibia» e che il fatto che lo Stato non avesse

---

<sup>130</sup> *Ivi*, parr. 86 e 98.

<sup>131</sup> CIG, *Applicazione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo e della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (Ucraina c. Federazione russa)*, sentenza dell'8 novembre 2019.

<sup>132</sup> *Ivi*, par. 30.

<sup>133</sup> *Ivi*, par. 87.

<sup>134</sup> *Preliminary objections submitted by the Russian Federation*, 12 settembre 2018, par. 466.

«any title to administer the territory» non lo liberava dagli obblighi in base al diritto internazionale «in respect of the exercise of its powers in relation to this Territory»<sup>135</sup>. In altri termini, «physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States»<sup>136</sup>. Secondo un autore, ciò dimostrò come la CIG avesse fatto propria la nozione di “applicazione extraterritoriale” del diritto internazionale dei diritti umani, anticipando i tempi, benché nel caso specifico della Namibia non si stesse riferendo ad alcuna convenzione internazionale specifica<sup>137</sup>. In un caso che coinvolse la Russia e la Georgia, pur nel diverso contesto del conflitto in Ossezia del Sud e Abkhazia, la CIG si era posta il quesito dell’applicazione territoriale della CERD. Dopo aver sottolineato che gli articoli della Convenzione invocati dalla Georgia non presentassero specifiche restrizioni territoriali, la Corte affermò che «queste disposizioni della CERD sembrano generalmente applicarsi, così come altre disposizioni di strumenti di tale natura, alle azioni di uno Stato parte quando questi agisce *beyond its territory*»<sup>138</sup>. Interessante inoltre come la Corte avesse riconosciuto «l’eccezionalità e la complessa situazione» in Ossezia del Sud e Abkhazia, nonché le continue incertezze sul «where lines of authority lie»<sup>139</sup>. Nonostante l’incertezza, la Corte decise a stretta maggioranza per l’adozione di misure provvisorie imposte ad entrambe le parti della controversia. Nella sentenza sulle obiezioni preliminari sempre del caso Ossezia del Sud e Abkhazia, la Corte accolse la seconda obiezione russa sull’assenza di tentativi di negoziato come preconditione per il ricorso, mentre non rispose alla terza obiezione russa, relativa alla competenza *ratione loci* della Corte, che la difesa russa ritirava durante la fase orale in quanto non di esclusivo carattere preliminare<sup>140</sup>. Se la Corte si fosse pronunciata nel merito, avrebbe certamente dovuto interrogarsi sia sulle implicazioni giuridiche della secessione delle due entità, Ossezia del Sud e Abkhazia, e del riconoscimento (premature) della Federazione russa, sia sull’applicazione della CERD in un territorio che, secondo la tesi georgiana, si trovava sotto il controllo effettivo della Russia<sup>141</sup>. Nel procedimento sulle obiezioni preliminari, la Corte avrebbe forse potuto utilizzare altre argomentazioni per negare la propria competenza, incluso il fatto che la violazione della CERD costituisse questione marginale rispetto alla complessità della situazione, ma si limitò ad un approccio strettamente formalistico, aderente al quesito sottoposto dal ricorrente<sup>142</sup>.

<sup>135</sup> CIG, *Legal Consequences*, cit., par. 118.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> R. WILDE, *The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights*, in S. SHEERAN, SIR N. RODLEY (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Abingdon, 2013, p. 663. Cfr. M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011.

<sup>138</sup> *Applicazione della Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (Georgia c. Federazione russa)*, misure provvisorie, ordinanza del 15 ottobre 2008, ICJ Reports 2008, p. 353, par. 109. Corsivo aggiunto. Esempi di “extraterritorial State acts”: “cross-border military operations or use of force; the occupation of foreign territories; anti-migration and anti-piracy operations; peacekeeping, policing or covert operations in foreign territories; the practice of detaining persons abroad; extraditions, rendition to justice and extraordinary rendition; and the exercise of de facto control or influence over non-State actors operating in foreign territories” (Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/70/303, 7 agosto 2015).

<sup>139</sup> *Ivi*, par. 143.

<sup>140</sup> *Applicazione della Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (Georgia c. Federazione russa)*, obiezioni preliminari, sentenza del 1° aprile 2011, ICJ Reports 2011, p. 70.

<sup>141</sup> P. OKOWA, *The International Court of Justice and the Georgia/Russia Dispute*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2011, p. 739 ss.

<sup>142</sup> *Ivi*, p. 756. Secondo l’autrice, la Corte avrebbe dovuto respingere il ricorso per abuso del processo.

Il caso Ossezia/Abkhazia offre interessanti spunti per riflettere sulla Crimea. La situazione non è del tutto comparabile dal punto di vista fattuale, anche in ragione del momento in cui la violazione della CERD veniva lamentata: durante il conflitto in Ossezia e Abkhazia, una volta avvenuta l'incorporazione nel caso crimeano. Il ricorso dell'Ucraina davanti alla CIG ha comunque superato il test delle obiezioni preliminari e attende una decisione nel merito. Va riconosciuto che sorprende l'assenza di riferimento, sia nell'ordine per le misure provvisorie sia nella decisione sulle obiezioni preliminari, alla complessità del caso crimeano sul piano internazionale, nonché alla necessità di affrontare alcune delle questioni ad esso collegate nel merito. La Corte potrebbe semplicemente by-passare le questioni di sovranità e *iusdictio* ed attenersi alla mera interpretazione della CERD (sciogliendo il nodo del suo ambito di applicazione) o potrebbe recuperare l'"eccezione namibiana" nell'applicazione della Convenzione, anche se ciò vorrebbe dire riconoscere che la Russia esercita *de facto* la *iusdictio* sulla penisola? Una risposta positiva alla seconda parte del quesito potrebbe significare che, nella tutela dei diritti dei singoli (o meglio dei diritti di due comunità, quella tatara e quella ucraina di Crimea), la responsabilità dello Stato sussiste per i territori nei quali di fatto questi esercita la *iusdictio*, a prescindere dall'accertamento di questioni di sovranità che indurrebbero a pronunciarsi sulla legittimità delle azioni di uno Stato produttive di quella situazione specifica. Resta certamente da sciogliere il nodo dell'assenza di una disposizione di carattere generale sull'applicazione territoriale della CERD. Secondo un autore, nel caso di assenza di una specifica disposizione, «the negative obligation to respect the rights in question would be territorially unlimited, while the positive obligations arising from such treaties would generally require the exercise of territorial jurisdiction, i.e. effective overall control of an area, as such control is necessary for their effective realization»<sup>143</sup>. Così, nel caso georgiano, i soldati russi che intrapresero un'azione militare su suolo georgiano avrebbero avuto l'obbligo negativo di non adottare atti o intraprendere azioni di discriminazione razziale, mentre in assenza di quello che l'autore chiama "controllo territoriale", la Russia non avrebbe avuto l'obbligo positivo di porre fine, con ogni mezzo appropriato, a forme di discriminazione razziale<sup>144</sup>. Nel caso della Crimea potrebbero dirsi sussistere sia obblighi positivi sia obblighi negativi in capo alla Russia. Ci sembra dunque arduo per la CIG, direttamente o indirettamente, non pronunciarsi nel merito anche su questioni di *iusdictio*<sup>145</sup> con riferimento all'applicazione "beyond the territory" di uno Stato di disposizioni contenute in convenzioni sui diritti umani fondamentali<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> M. MILANOVIC, *Extraterritorial*, cit., p. 228.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> Del resto, anche nel parere della CIG sull'arcipelago di Chagos, benché la Corte abbia qualificato il quesito come un quesito sulla "decolonizzazione" e non sulla sovranità, «its finding on the illegality of the decolonization process inevitably impacts on the British sovereignty over Chagos – either the UK really has no sovereignty over the islands at all, or it is the sovereign but is obliged to relinquish that sovereignty to Mauritius as soon as practicable» (M. MILANOVIC, *ICJ Delivers Chagos Advisory Opinion, UK Loses Badly*, in *Eur. Jour. Int. Law Talk!*, 2019, <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-chagos-advisory-opinion-uk-loses-badly/>. Si veda inoltre Z. CRESPI RENGHIZZI, *Giurisdizione consultiva e principio consensuale: il parere della Corte internazionale di giustizia sulle Isole Chagos*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 807 ss.; V. KATTAN, *The Chagos Advisory Opinion and the Law of Self-Determination*, in *Asian Journal of International Law*, 10, 2020, p. 12 ss.

<sup>146</sup> I diritti contenuti nel Patto internazionale sui diritti civili e politici devono essere garantiti a «anyone within the power or effective control of that State party, even if not situated within the territory of the State party» (Human Rights Committee, *General comment No. 31*, 29 marzo 2004, para. 10). Con riferimento al divieto di tortura, «jurisdiction clauses in human rights treaties are best understood as referring to the extent of a State's factual authority or control over territory or persons. A State is responsible for violations of human rights

### 3.2. Della jurisdiction ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali

La *vexata quaestio* della *jurisdiction* sul territorio della Crimea sarà oggetto di ampia analisi da parte della Corte EDU, che dovrà pronunciarsi su migliaia di ricorsi presentati con riferimento ad asserite violazioni dei diritti umani garantiti dalla Convenzione europea sulla penisola. Sono cinque i ricorsi interstatali pendenti, due dei quali davanti alla Grande Camera: *Ucraina c. Russia (re Crimea)*, n. 20958/14), e *Ucraina c. Russia (re Ucraina orientale)*, n. 8019/16)<sup>147</sup>; tre davanti ad una camera di sette giudici: *Ucraina c. Russia* (II, n. 43800/14) sul rapimento di un gruppo di bambini in Ucraina orientale tra giugno e agosto 2014; *Ucraina c. Russia* (VII, n. 38334/18) sulla detenzione di cittadini ucraini; *Ucraina c. Russia* (VIII, n. 55855/18) sull'incidente sullo Stretto di Kerch. L'ultimo, III, n. 49527/14, è stato stralciato dal ruolo. Sul piano dei ricorsi individuali legati alla situazione della Crimea e alle ostilità in Ucraina orientale, la Corte riporta che, a febbraio 2020, sono oltre 6.500 quelli pendenti. La problematicità di questi ricorsi riposa tanto nella complessità del quesito giuridico inerente la "giurisdizione" (*within their jurisdiction; relevant de leur juridiction*) ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, quanto nella relazione della Federazione russa nei confronti del Consiglio d'Europa, una relazione che è andata deteriorandosi progressivamente e che potrebbe portare alla mancata attuazione di eventuali sentenze di condanna al pagamento di un'equa soddisfazione per le vittime<sup>148</sup>. Del caso *Ucraina c. Russia (re Crimea)* si è svolta la prima udienza, dopo un rinvio di sei mesi, l'11 settembre 2019<sup>149</sup>. In questa sede ci limiteremo ad alcune osservazioni su quest'ultimo ricorso. Il governo ucraino sosteneva che dal 27 febbraio 2014 (la data qui è rilevante) la Federazione russa avrebbe esercitato il controllo effettivo sulla Repubblica autonoma di Crimea e violato numerosi articoli della Convenzione: 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 e 14, oltre all'articolo 1 del Protocollo 1 e all'articolo 2 del Protocollo 4 alla Convenzione. Il ricorrente lamentava, nel periodo da marzo a settembre 2014, l'uccisione di centinaia di persone, tra civili, militari e forze dell'ordine come conseguenza dell'annessione illegale della Crimea, l'utilizzo di tortura e altri trattamenti disumani o degradanti, l'arbitraria limitazione della libertà, la discriminazione nei confronti dei Tatars di Crimea, l'automatica naturalizzazione di cittadini ucraini e la restrizione all'ingresso di cittadini ucraini in Crimea. La questione giuridica cardine non è nuova e ruota attorno al termine "giurisdizione" (*jurisdiction; juridiction*) di cui all'articolo 1 della Convenzione europea dei diritti umani. Nel caso di specie, la Crimea era sottoposta alla *jurisdiction* russa? La risposta, come si è visto nella prima parte del contributo, sembrerebbe piuttosto ovvia. Il quesito ad essa collegato è però più complesso: se la Corte, come è ragionevole, non è competente a pronunciarsi sulla sovranità sulla penisola, e dunque della asserita illecità delle azioni che hanno determinato l'incorporazione della penisola da parte della Federazione russa, che destino attende i quesiti del ricorso che richiedono presumibilmente, come si vedrà, la soluzione del nodo sovranità?

---

when, in respect of the conduct alleged, the victim was brought under the effective control of, or affected by those acting on behalf of, the State». A/70/303, Interim Report dello Special Rapporteur contro la tortura, 2015, par. 17.

<sup>147</sup> Originariamente si trattava di un unico ricorso, che la Corte EDU ha diviso geograficamente.

<sup>148</sup> I diritti di voto della Russia in seno al Consiglio d'Europa sono stati sospesi nel 2014 e ripristinati nel giugno 2019, con votazione dell'Assemblea parlamentare dell'organizzazione. La Russia si è rifiutata da giugno 2017 a giugno 2019 di contribuire al budget del Consiglio d'Europa.

<sup>149</sup> L'udienza è disponibile qui [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2095814\\_11092019&language=en&c=&py=2019](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2095814_11092019&language=en&c=&py=2019).

### 3.2.1. *La jurisdiction nei territori contesi: brevi cenni*

Ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, «le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione»<sup>150</sup>. In questo paragrafo, manterremo il termine *jurisdiction/jurisdiction* per segnalare la specificità della nozione prevista dalla Convenzione europea. La presunzione di partenza è che lo Stato eserciti la *jurisdiction* sul proprio territorio<sup>151</sup>. La presunzione viene confutata con riguardo all'estensione della giurisdizione ad ipotesi di esercizio extraterritoriale del potere di governo da parte degli Stati parte della Convenzione<sup>152</sup>. Come rilevato, nei territori non soggetti alla propria sovranità, gli Stati sono tenuti al rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione «nella misura in cui l'esercizio di tali forme di potere sia atto ad incidere sul godimento degli stessi diritti da essi sanciti, di volta in volta fatti valere in giudizio»<sup>153</sup>. In altri termini, non vi sarebbe coincidenza tra la *iurisdiction* che è stata identificata nella prima parte e la *jurisdiction* ai sensi della Convenzione europea. Fin dalla sentenza del 2001 *Cipro c. Turchia*<sup>154</sup>, la Corte europea sostenne che non fosse tanto il controllo territoriale delle truppe turche a Cipro Nord a far propendere a favore dell'esercizio della *jurisdiction* turca, quanto «l'idoneità dei poteri in tal modo esercitati ad incidere sui beni e sugli individui ivi stanziati, e, dunque, sull'effettivo godimento, da parte di questi ultimi, dei diritti sanciti dalla Convenzione di cui si lamentava la violazione»<sup>155</sup>. Alla luce della giurisprudenza della Corte europea, la nozione di *jurisdiction* sembra dunque presentare dei profili di autonomia a garanzia dei diritti umani fondamentali. Nel ricorso individuale *Loizidou c. Turchia*, la Corte argomentò che la responsabilità di uno Stato parte della Convenzione poteva emergere se, quale conseguenza di una azione militare – sia essa legittima o illegittima – lo Stato

<sup>150</sup> Si veda Articolo 1, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (eds), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012. Sulla Convenzione, *ex multis*, D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C. BUCKLEY (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, 3, Oxford, 2014; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015; A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, 2016, p. 3 ss.

<sup>151</sup> Si veda l'evoluzione con la sentenza Corte EDU del 7 luglio 2011, ricorso n. 55721/07, *Al-Skeini et al. c. Regno Unito*, par. 133: «as an exception to the principle of territoriality, a Contracting State's jurisdiction under Article 1 may extend to acts of its authorities which produce effects outside its own territory».

<sup>152</sup> *Al-Skeini*, cit., par. 138: «when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory» (par. 138). Sul punto, P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, p. 166. Si veda altresì, *inter alia*, M. O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and extraterritorial jurisdiction: a comment on "life after Banković"*, in F. COOMANS, M.T. KAMMINGA (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Oxford, 2004; P. DE SENA, *Jurisdiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme: Quelques observations*, in D. ALLAND, O. DE FROUVILLE, J. VINUALES (eds), *Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law*, Leiden, 2014, p. 785 ss. Non ci si soffermerà in questa sede sulla distinzione tra giurisdizione esercitata sulla persona del ricorrente e giurisdizione nel senso di esercizio del potere in un determinato territorio quali eccezioni al principio di territorialità, su cui si veda la guida, recentemente aggiornata, del Consiglio d'Europa: *Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights. Obligations to respect human rights – concepts of jurisdiction and imputability*, Strasburgo, 31 dicembre 2019, p. 12 ss.

<sup>153</sup> P. DE SENA, *La nozione*, cit., p. 166.

<sup>154</sup> Sentenza Corte EDU del 10 maggio 2001, ricorso n. 25781/94, *Cipro c. Turchia*.

<sup>155</sup> P. DE SENA, *La nozione*, cit., p. 75. I casi ciprioti sono iniziati negli anni Settanta (ricorsi n. 6780/74 e 6950/75) e sono proseguiti negli anni Novanta.

esercitava «effective control of an area outside its national territory»<sup>156</sup>. Il test dell'«effective overall control of an area» venne elaborato dalla Corte quale «notion of jurisdiction – not the jurisdiction to prescribe rules of domestic law and to enforce them, but control over a territory and persons within it – that pervades international human rights treaties»<sup>157</sup>. Parzialmente diverso fu il ragionamento nel territorio conteso della Transnistria. Nella sentenza *Ilascu e al. c. Moldavia e Federazione russa*, relativa al ricorso di quattro cittadini moldavi i cui diritti umani erano stati violati in Transnistria, la Corte ritenne che la Federazione russa fosse responsabile per le violazioni dei diritti fondamentali commesse dai separatisti in Transnistria, in quanto questi ultimi restavano «under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation»<sup>158</sup>. Essa inoltre enfatizzò il «continuous and uninterrupted link of responsibility on the part of the Russian Federation for the applicants' fate», in particolare considerando il supporto dato dalla Russia al regime esistente in Transnistria<sup>159</sup>. La Corte tuttavia non si limitò a siffatta constatazione e individuò ulteriori profili di responsabilità, descritti in termini di mancato rispetto di obblighi positivi, anche in capo alla Moldavia. I giudici di Strasburgo si espressero infatti in questi termini:

«where a Contracting State is prevented from exercising its authority over the whole of its territory by a constraining de facto situation, such as obtains when a separatist regime is set up, whether or not this is accompanied by military occupation by another State, it does not thereby cease to have jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention over that part of its territory temporarily subject to a local authority sustained by rebel forces or by another State»<sup>160</sup>.

Detto altrimenti, pur non avendo il controllo, la Moldavia non era esente dal rispetto di alcuni obblighi positivi nei confronti dei ricorrenti. Siffatti obblighi positivi consistono da un lato nell'adozione di misure per ristabilire il controllo sul territorio della Transnistria, e dall'altro lato nel rispetto dei diritti dei ricorrenti, incluso i tentativi di assicurare il loro pronto rilascio<sup>161</sup>. Se nei casi ciprioti la *jurisdiction* era un concetto “all-or-nothing”, nei casi relativi alla Transnistria «jurisdiction becomes a relative concept, a matter of degree determining the scope of obligations of the State concerned»<sup>162</sup>.

Nei casi più recenti sul Nagorno-Karabakh, la Grande Camera si pronunciò, nella medesima composizione, con riguardo a due ricorsi presentati dai ricorrenti contro l'Armenia (*Chiragov*)<sup>163</sup> e contro l'Azerbaijan (*Sargsyan*)<sup>164</sup>. In entrambi i ricorsi, Armenia e Azerbaijan intervenivano reciprocamente come Stato convenuto oppure come Stato interveniente, contraddicendo le affermazioni sulla *jurisdiction* dell'altro Stato. Come Stato convenuto, sia Armenia sia Azerbaijan negavano di avere controllo effettivo sui territori nei quali si erano consumate le violazioni oggetto del ricorso. Così, in *Chiragov*, i sei ricorrenti lamentavano la violazione, tra gli altri, del diritto al rispetto della vita privata e familiare e

<sup>156</sup> Sentenza Corte EDU del 18 dicembre 1996, ricorso n. 15318/89, *Loizidou c. Turchia*, par. 52.

<sup>157</sup> M. MILANOVIC, *Extraterritorial*, cit., p. 32.

<sup>158</sup> Sentenza Corte EDU dell'8 luglio 2004, ricorso n. 48787/99, *Ilascu and Others c. Moldova e Russia*, par. 392.

<sup>159</sup> Ivi, par. 393.

<sup>160</sup> Ivi, par. 333.

<sup>161</sup> Ivi, par. 339.

<sup>162</sup> O. DE SCHUTTER, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, p. 220.

<sup>163</sup> Sentenza Corte EDU del 16 giugno 2015, ricorso n. 13216/05, *Chiragov c. Armenia*.

<sup>164</sup> Sentenza Corte EDU del 16 giugno 2015, ricorso n. 40167/06, *Sargsyan c. Azerbaijan*.

del diritto di proprietà, in quanto era stato loro impedito di fare ritorno al distretto di Lachin. Il governo armeno si difendeva affermando che le forze di difesa erano in mano al Nagorno e a gruppi di volontari. La Corte, accogliendo i ricorsi, sottolineò che l'Armenia esercitava, all'epoca dei fatti, controllo effettivo in termini di «substantial military support» alle forze del Nagorno-Karabakh<sup>165</sup>, di dipendenza politica di quest'ultima dall'Armenia, dimostrata dallo scambio di prominenti politici, ma anche dal fatto che i residenti acquisissero il passaporto armeno per viaggiare all'estero non essendo il Nagorno-Karabakh riconosciuto, di adozione di leggi modellate sulla legislazione armena e di supporto finanziario<sup>166</sup>. La Corte riconobbe, richiamando la giurisprudenza precedente, che l'esercizio della *extraterritorial jurisdiction* si manifesta quando uno Stato «attraverso il controllo effettivo del territorio» oggetto della controversia, controllo in qualsiasi modo ottenuto, «esercita *tutti o alcuni* dei poteri pubblici normalmente esercitati» dal governo<sup>167</sup>. La Corte accertò quindi i fatti e riscontrò la violazione dei diritti di proprietà, ad un ricorso giurisdizionale effettivo, al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti da parte dell'Armenia. Similmente, in *Sargsyan c. Azerbaijan*, relativo all'allontanamento forzato del ricorrente da Gulistan, villaggio azero sulla *front line* del Nagorno-Karabakh, la Corte rispose al quesito del se l'Azerbaijan avesse controllo effettivo sul Gulistan<sup>168</sup>. L'Azerbaijan invocava la limitata responsabilità come elaborata nella sentenza del caso *Ilascu*. La Corte tuttavia avvicinò idealmente il ricorso a *Assanidze c. Georgia*, non essendo stato stabilito in alcun modo che il Gulistan fosse occupato da forze armate di un altro Stato o fosse sotto il controllo di un regime separatista<sup>169</sup>. Ne consegue che, da un punto di vista giuridico, l'Azerbaijan aveva giurisdizione in quanto «stato territoriale» avente «piena responsabilità» ai sensi della Convenzione. La Corte si disse consapevole delle difficoltà pratiche nell'esercizio dei poteri dello Stato e che tali difficoltà sarebbero state prese in considerazione nel momento in cui fosse stato necessario accertare la proporzionalità delle misure o l'entità delle omissioni lamentate dai ricorrenti. Pare dunque che la Corte abbia voluto evitare nel caso del Gulistan «black holes» nella protezione dei diritti umani fondamentali. Secondo Milanović e Papić, in queste sentenze il ragionamento della Corte non è stato uniforme e non ha approfondito le distinzioni tra questioni di giurisdizione e questioni di attribuzione della condotta allo Stato<sup>170</sup>. Come è stato argomentato con riferimento alla situazione di Cipro Nord, *mutatis mutandis* estendibile ai casi qui citati, l'accertamento dell'imputabilità delle violazioni non era volto ad un'indagine puntuale sulla «riferibilità dei comportamenti produttivi di queste ultime alla Turchia», ma «tende [va] a tradursi, in realtà, in una più generica verifica della loro riconducibilità agli ambiti spaziali o ai settori materiali in cui tale Stato esercitava effettivamente potere di governo in relazione a[quell] territorio»<sup>171</sup>. La giurisprudenza *Ilascu*, secondo Milanović e Papić, presenta tre

<sup>165</sup> *Chiragov*, cit., par. 174.

<sup>166</sup> *Ivi*, par. 183-183.

<sup>167</sup> *Ivi*, par. 168.

<sup>168</sup> *Sargsyan*, cit., par. 142.

<sup>169</sup> *Ivi*, par. 148.

<sup>170</sup> M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability*, cit., p. 789. Secondo M. MILANOVIĆ, *Extraterritorial*, cit., p. 51, la questione dell'attribuzione del comportamento allo Stato è prerequisito della *jurisdiction*. Secondo P. DE SENA, *La giurisdizione*, cit., p. 150, nei casi ciprioti, più che «un'indagine puntuale sulla riferibilità dei comportamenti produttivi delle [violazioni lamentate] alla Turchia», l'accertamento tende a tradursi «in una più generica verifica della loro riconducibilità agli ambiti spaziali o ai settori materiali in cui tale Stato esercita effettivamente poteri di governo in relazione al territorio di Cipro del Nord».

<sup>171</sup> P. DE SENA, *La giurisdizione*, cit., p. 150.

ordini di problemi: il primo consiste nel fatto che questo approccio non ha basi nella Convenzione e mina la definizione di giurisdizione ai sensi dell'articolo 1 della stessa; il secondo riguarda la debolezza pratica degli obblighi positivi residuali dello Stato territoriali, soprattutto nei casi in cui un'entità che controlla un'area è antagonista alle autorità centrali; il terzo si fonda sull'accertamento della violazione dell'obbligo "residuale", che presuppone la verifica del detentore del titolo di sovranità prima del sopraggiungere della situazione di conflitto o destabilizzazione<sup>172</sup>. Così, in *Azemi*<sup>173</sup>, relativo al Kosovo, la Corte – inevitabilmente – oscillò tra il trattare la Serbia quale Stato territoriale o quale Stato estero con riferimento all'area dove si erano prodotte le violazioni, finendo per eludere la questione della sovranità, «by implicitly saying that even if Serbia was the sovereign, and hence had Ilascu-type residual positive obligations, such obligations were not relevant or were discharged on the facts of the case»<sup>174</sup>. Ragionando in termini di obblighi residuali, la Corte si espresse inevitabilmente ma indirettamente sulla sovranità nel territorio oggetto della controversia, in quanto si riferiva ad uno Stato che, pur non esercitando poteri di governo al momento delle violazioni, li avrebbe dovuti esercitare in virtù di un titolo di sovranità. Il ricorso è stato ritenuto inammissibile in quanto esistevano «objective limitations which prevented Serbia from securing the rights and freedoms in Kosovo»<sup>175</sup>.

### 3.2.2. Jurisdiction in Crimea

Con riguardo alla Crimea, si deve innanzitutto osservare che la situazione è diversa dai territori contesi di cui si è discusso fino a questo momento. Anche se la Crimea ha reclamato la secessione grazie al sostegno russo, essa è poi stata formalmente incorporata dalla Federazione russa in base ad un trattato il cui presupposto giuridico è, come si è detto, la violazione del divieto di uso della forza da parte del Cremlino. Rispetto al Kosovo, il cui referendum non fu ritenuto in contrasto al diritto internazionale da parte della CIG<sup>176</sup>, il referendum crimeano era stato dichiarato contrario al diritto costituzionale ucraino – elemento, questo, non rilevante sul piano internazionale – e si era svolto con evidente influenza russa. Nella prima udienza dell'11 settembre 2019 alla Corte EDU, sono emerse le posizioni nettamente contrapposte delle parti della controversia<sup>177</sup>. La Russia ha apertamente dichiarato che «Russian forces in Crimea did almost nothing», e che la presenza di forze russe è stata un "deterrente" alla violenza, senza che ciò comportasse esercizio di controllo o giurisdizione. Alla domanda della Corte sul se la Russia esercitasse

<sup>172</sup> M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability*, cit., pp. 795-796.

<sup>173</sup> Sentenza Corte EDU del 5 novembre 2013, ricorso n. 11209/09, *Azemi v. Serbia*.

<sup>174</sup> M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability*, cit., p. 793.

<sup>175</sup> *Azemi*, cit., par. 46.

<sup>176</sup> Sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo e il parere della CIG, si veda, senza pretesa di esaustività, A. GIOIA, *Statehood and the Role of Recognition*, in *It. YB Int. Law*, 2008, p. 3 ss.; E. CIRKOVIC, *An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence*, in *Germ. Law jour.*, 2010, p. 896 ss.; T. CHRISTAKIS, *The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?*, in *Leid. Jour. Int. Law*, 2011, p. 73 ss.; A. TANCREDI, *Some Remarks on the Relationship between Secession and General International Law in the Light of the ICJ's Kosovo Advisory Opinion*, in P. HILPOLD (ed.), *Kosovo and International Law*, Leiden, 2012, p. 79 ss.; L. GRADONI, E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, Padova, 2011; M. ARCARI, L. BALMOND (a cura di), *Questions de droit international autour de l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur le Kosovo*, Milano, 2011.

<sup>177</sup> Hearing dell'11 settembre 2019, disponibile al sito [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearing&w=2095814\\_11092019&language=en&c=&py=2019](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearing&w=2095814_11092019&language=en&c=&py=2019).

*jurisdiction* prima del 18 marzo 2014 sulla Crimea, la difesa del Cremlino ha risposto negativamente, dichiarando che una “full territorial jurisdiction” poteva dirsi esercitata *dopo* quella data e non prima. Come era prevedibile, dunque, la Federazione russa ha riconosciuto la sua *jurisdiction* (o meglio, *iurisdiction*, come in queste pagine intesa) sulla penisola, ma ha respinto le argomentazioni ucraine, sottolineando che il ricorrente non avesse “reliable evidence” sui fatti lamentati, che il ricorso fosse di natura marcatamente politica e non in buona fede. L’Ucraina, dal canto suo, ha invitato la Corte a dichiarare la Crimea quale parte del territorio ucraino, adducendo da un lato che questa è la posizione espressa dalla comunità internazionale, dall’altro che la Corte dovrà necessariamente pronunciarsi sulla sovranità nel momento in cui sarà chiamata a definire la natura giuridica dell’azione russa, se territoriale o extraterritoriale. Tuttavia, come è stato osservato, la *jurisdiction* in base all’articolo 1 CEDU «should be regarded as being of the same, factual nature –based in the *exercise* of control over territory, rather than in the *right* to exercise such control»<sup>178</sup>. Secondo Milanović, la Corte potrebbe ragionevolmente affermare che la Russia ha controllo, e dunque *jurisdiction*, sulla Crimea, a prescindere dal fatto che abbia ottenuto o meno il controllo in modo lecito o illecito. Sulla possibilità di prevedere degli obblighi residuali in capo all’Ucraina, in base alla giurisprudenza *Ilascu*, la Corte potrebbe adottare un approccio funzionale, nel senso di considerare non il titolo di sovranità, ma la capacità di rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione *de facto*. In altri termini, non è nel titolo giuridico ma nella capacità di fatto di rispettare questi obblighi che il ragionamento della Corte dovrebbe basarsi<sup>179</sup>. Inoltre, va altresì notato che, se può essere facilmente sostenuto che la Crimea sia sottoposta alla *jurisdiction* russa dal 14 marzo 2014, più complesso è accertare la situazione da febbraio a marzo 2014, in quel passaggio temporale che ha determinato il ricambio della (qui sì) *iurisdiction* sul territorio conteso. Restano inoltre due profili per i quali la Corte potrebbe essere chiamata a prendere una posizione in merito alla sovranità sulla penisola: il primo è la naturalizzazione di massa degli ucraini presenti in Crimea, pur con possibili ancorché difficilmente praticabili forme di *opt-out*<sup>180</sup>, e il secondo consiste nella violazione del diritto di ritornare nello Stato di cui si è cittadini e nell’espulsione di cittadini ucraini dalla Crimea. In particolare, con riguardo al secondo profilo, la Russia risulterebbe responsabile di eventuali violazioni della Convenzione (protocollo n. 4) *soltanto se* la Crimea fosse dichiarata parte del territorio sovrano ucraino. Per superare l’*impasse*, la Corte potrebbe semplicemente parlare di *patterns of discrimination* per definire la politica della Russia in Crimea e della sistematicità dello schema di discriminazione. Una corte regionale dei diritti umani non può evidentemente pronunciarsi su questioni di sovranità, ma deve garantire allo stesso tempo i diritti dei singoli presenti nello spazio europeo in cui si applica la Convenzione<sup>181</sup>.

### 3.3. *Della sovranità sulla Crimea quale questione preliminare nel lodo del tribunale istituito ai sensi della UNCLOS*

Un tribunale istituito ai sensi dell’allegato VII della Convenzione di Montego Bay si è dichiarato parzialmente incompetente a pronunciarsi su un ricorso presentato dall’Ucraina

<sup>178</sup> <https://www.ejiltalk.org/does-the-european-court-of-human-rights-have-to-decide-on-sovereignty-over-crimea-part-i-jurisdiction-in-article-1-echr/>

<sup>179</sup> M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability*, cit., p. 798.

<sup>180</sup> Si veda *supra*, par. 2.5. Sulle questioni di diritto internazionale in materia di naturalizzazione “forzata”, riferite al Donbass, A. BUFALINI, *Cittadinanza russa offresi nel Donbass: quali limiti dal diritto internazionale?*, in questa *Rivista*, 2019, p. 550 ss.

<sup>181</sup> <https://www.ejiltalk.org/does-the-european-court-of-human-rights-have-to-decide-on-sovereignty-over-crimea-part-i-jurisdiction-in-article-1-echr/> Si condivide la posizione di Milanovic a riguardo.

contro la Federazione russa nel settembre 2016 relativo ai diritti dello Stato costiero nel Mar Nero, Mare di Azov e stretto di Kerch, nel lodo sulle obiezioni preliminari del 20 febbraio 2020<sup>182</sup>. Il Tribunale ha accolto l'obiezione russa relativamente alle attività nelle zone marine della Crimea, in quanto la soluzione della controversia avrebbe richiesto l'accertamento della questione della sovranità sulla Crimea, ha deciso di pronunciarsi nel merito con riguardo alla natura di "acque interne" (così come rivendicate dalla Russia) o meno del Mare di Azov e dello stretto di Kerch e ha respinto le rimanenti obiezioni preliminari. Geograficamente parlando, la Crimea è circondata dal Mar Nero a Ovest e Sud, e dal Mare di Azov a Nordest; lo stretto di Kerch unisce queste due zone. Il caso rileva particolarmente ai nostri fini, in quanto il Tribunale ha concluso di non potersi esprimere sulla controversia senza prima definire la questione della sovranità sulla Crimea, questione sulla quale questi si è dichiarato incompetente. Il modo in cui le argomentazioni venivano formulate dalle parti nel ricorso e in sede di udienza rivelava invero il riferimento alla situazione della penisola quale elemento *imprescindibile* per la soluzione controversia. L'Ucraina, infatti, condannava l'invasione e l'occupazione della penisola da parte della Russia nel suo memoriale del 2018, mentre la Federazione russa dichiarava di aver assunto nel marzo 2014 tutti i diritti e gli obblighi di Stato costiero in relazione alle acque adiacenti la penisola<sup>183</sup>. Il Tribunale ha osservato come, a meno di ammettere la premessa che la Crimea appartiene all'Ucraina, le argomentazioni dell'Ucraina non potevano essere esaminate prima di «accertare e, se necessario, prendere una decisione sulla questione della sovranità sulla Crimea»<sup>184</sup>. Il Tribunale ha richiamato la prassi precedente in virtù della quale una giurisdizione adita ai sensi di UNCLOS non può rispondere ad un quesito in materia di sovranità, a meno che la questione non sia meramente accessoria (*ancillary*) alla principale questione dell'interpretazione o dell'applicazione della Convenzione. In *Chagos*, ad esempio, il tribunale affermò chiaramente che la giurisdizione poteva estendersi a quei «findings of fact or *ancillary* determinations of law *as are necessary* to resolve the dispute presented»<sup>185</sup>, incluse «questioni *minori* di sovranità territoriale»<sup>186</sup>. La maggioranza degli arbitri non ha tuttavia definito cosa si dovesse intendere esattamente per questione accessoria e per "questioni minori"<sup>187</sup>. Spostandosi al caso di specie, appurato, molto brevemente, che esisteva una controversia tra Ucraina e Russia sulla sovranità della Crimea,

<sup>182</sup> Lodo sulle obiezioni preliminari del 20 febbraio 2020, PCA, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation)*, 2017-06, lodo sulle obiezioni preliminari del 20 febbraio 2020.

<sup>183</sup> La storia processuale del caso è disponibile al sito della Corte permanente di arbitrato <https://pca-cpa.org/en/cases/149/>.

<sup>184</sup> PCA, *Ukraine v. the Russian Federation*, cit., par. 152.

<sup>185</sup> Lodo del 18 marzo 2015, PCA, *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, 2011-03, par. 220.

<sup>186</sup> *Ivi*, par. 221. Su questioni di sovranità e *jurisdiction* si veda altresì il lodo sulle obiezioni preliminari del 29 ottobre 2015 e lodo del 12 luglio 2016, *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2013-19. Il tribunale in quel caso ha sostenuto che la controversia non riguardasse la sovranità territoriale cinese, ma, come ben rileva un autore, «the history of the disputes in the South China Sea shows, however, that the real dispute is about territorial sovereignty over the various island groups in the South China Sea»: S. TALMON, *The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility*, in *Chinese Journal of International Law*, 2016, p. 331.

<sup>187</sup> Sulla vaghezza del termine "ancillary", S. TALMON, *The Chagos Marine Protected Area Arbitration: Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Part XV Courts and Tribunals*, in *Int. Comp Law Quart.*, 65, 2016, p. 935. A. BIAD, E. EDYNAK, *L'arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni) du 18 mars 2015: une décision prudente pour un litige complexe*, in *Revue Québécoise de droit international*, 29-1, 2016, p. 64, hanno tradotto "ancillary" come "accessoire".

il Tribunale ha risposto alle due contro-obiezioni ucraine, secondo cui le rivendicazioni sovrane della Russia sulla Crimea fossero inammissibili, in virtù dei principi di buona fede e *estoppel*, e non plausibili<sup>188</sup>. Il Tribunale, nell'analizzare le contro-argomentazioni ucraine, si è soffermato sulla natura giuridica delle risoluzioni dell'AG dell'ONU che condannavano le azioni russe, accentuandone il tono esortativo e la loro adozione non all'unanimità<sup>189</sup>. Fare affidamento sulle risoluzioni dell'AG – ha precisato il Tribunale – equivarrebbe a riconoscere *ipso facto* la Crimea come parte del territorio ucraino, senza tuttavia avere giurisdizione per siffatto accertamento<sup>190</sup>. Inoltre, una risoluzione dell'AG non è parsa al Tribunale sufficiente per impedire ad una giurisdizione di accertare se una controversia sullo status territoriale della Crimea esistesse o meno<sup>191</sup>. Allo stesso modo, l'accertamento della mera esistenza di una controversia “in no way amounts to recognising any alteration of the status of Crimea from the territory of one Party to the other”<sup>192</sup>. Le pretese ucraine sull'inammissibilità delle rivendicazioni sovrane della Federazione russa sulla Crimea, in contrasto con impegni presi precedentemente dalla Russia nei confronti della Crimea, non sono state accolte dal Tribunale, il quale non ha ritenuto che il comportamento della Russia fosse contrario ai principi di buona fede e *estoppel*<sup>193</sup>. La Federazione russa, invero, ha osservato il Tribunale, ha sempre sostenuto che la situazione è cambiata radicalmente nel marzo 2014 e che le sue rivendicazioni sovrane erano nate in risposta a siffatto cambiamento. Il Tribunale ha respinto altresì la tesi di non plausibilità delle rivendicazioni russe, in quanto queste non sembravano essere state prodotte solo in ragione della necessità di mettere in discussione la propria giurisdizione. Infine, sul “peso” della questione della sovranità nella controversia, il Tribunale ha ritenuto che, lungi dall'essere una mera questione subordinata al quesito principale, essa doveva ritenersi “prerequisito” per decidere delle istanze ucraine in base alla Convenzione<sup>194</sup>. Il Tribunale ha dunque concluso di non essere competente a decidere, espressamente o implicitamente, della sovranità dell'una o dell'altra parte sulla Crimea, in quanto tale questione risulta preliminare e fondante per la soluzione della controversia tra le parti<sup>195</sup>. Il lodo è stato reso all'unanimità.

Benché una comparazione del caso crimeano con quello di *Chagos* non sia lo scopo di questo contributo, qualche considerazione su quest'ultimo pare utile per sottolineare come questioni di sovranità e *iusdictio* inevitabilmente emergano innanzi alle giurisdizioni adite. Nel caso *Mauritius c. Regno Unito*, il Tribunale, pur non essendosi pronunciato su questioni di sovranità – pronuncia che poteva rilevare nell'interpretazione del termine “Stato costiero” ai sensi della UNCLOS per i territori contesi – ritenne tuttavia che lo Stato convenuto, dichiarando un'area marina protetta nelle acque adiacenti Chagos, non avesse rispettato gli impegni assunti nel 1965 con il c.d. “Lancaster House Undertakings”, con il quale si riconoscevano alle Mauritius diritti di pesca, e avesse quindi violato l'articolo 56(2) UNCLOS. Due arbitri dissenzienti si erano pronunciati nel senso dell'affermazione della giurisdizione del tribunale anche allo scopo di determinare il se la separazione

---

<sup>188</sup> PCA, *Ukraine v. the Russian Federation*, cit., par. 166.

<sup>189</sup> *Ivi*, par. 176.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> *Ivi*, par. 177.

<sup>192</sup> *Ivi*, par. 178.

<sup>193</sup> *Ivi*, par. 180.

<sup>194</sup> *Ivi*, par. 195.

<sup>195</sup> *Ivi*, par. 197.

dell'arcipelago di Chagos fosse contraria al principio di autodeterminazione<sup>196</sup>. Benché quest'ultima posizione non possa essere condivisa, se non altro perché «this may result in a 'competency gap' between the arbitrators' actual competency level and that required to decide complex and complicated questions of general international law»<sup>197</sup>, è interessante notare che rispondendo al quesito sull'area marina protetta, il Tribunale si era espresso non tanto sul titolo di sovranità su Chagos, quanto, come è stato argomentato, sul modo in cui «the UK should administer the archipelago as long as it has de facto control over the islands, without prejudice to the question of whether the UK's possession is *de jure* as well, since that latter question was outside the tribunal's jurisdiction»<sup>198</sup>. In altri termini, il tribunale avrebbe accertato gli obblighi del Regno Unito in quanto esercente *de facto* controllo sull'arcipelago, senza pronunciarsi sulla sua legittimità, confermando come lo Stato non si sia opposto all'esercizio di diritti di pesca, in conformità agli *Undertakings*, da parte di navi battenti bandiera di Mauritius<sup>199</sup>. Il ragionamento del Tribunale si è basato sia sugli *Undertakings*<sup>200</sup>, sia sull'articolo 56(2) UNCLOS, secondo cui «nella zona economica esclusiva lo Stato costiero tiene nella *dovuta considerazione* i diritti e i doveri degli altri Stati e agisce in modo coerente» alla Convenzione<sup>201</sup>.

Con il caso chagossiano, il caso crimeano ha in comune l'asserita illegittimità della situazione che ha portato all'esercizio di poteri di imperio sulla penisola. Avrebbe potuto il Tribunale istituito tra Ucraina e Russia ritenersi competente senza pronunciarsi sulla questione della sovranità sulla penisola? L'Ucraina ha invocato la violazione degli articoli 2, 21, 33, 56, 58, 60, 73, 77, 92 UNCLOS, con riferimento a tutti i regimi giuridici esistenti per le diverse zone marine. Nel ricorso, il ricorrente ha sottolineato più volte come l'esercizio della sua sovranità sulla penisola fosse da ritenersi un dato di fatto. Ci sembra che, strutturato in questi termini, il ricorso non potesse che essere respinto<sup>202</sup>. Diverso esito, probabilmente, alla luce del lodo *Chagos*, avrebbe potuto avere l'invocazione della violazione da parte della Federazione russa di obblighi di buona fede o di cooperazione ai sensi della Convenzione di Montego Bay. Del resto, come è stato osservato da Boyle, «everything turns in practice not on what each case involves but on how the issues are formulated»<sup>203</sup>. Considerando in senso funzionale<sup>204</sup>, la *jurisdiction* sulla zona economica esclusiva che, come è noto, è dichiarata dallo Stato e non costituisce attributo automatico

<sup>196</sup> *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, PCA, Dissenting and Concurring Opinion of Judges Kateka and Wolfrum of 18 March 2015, para 70.

<sup>197</sup> S. TALMON, *The Chagos*, cit., p. 950.

<sup>198</sup> J. HENDRIK FAHNER, *Déjà Vu in The Hague – the relevance of the Chagos arbitral award to the proceedings before the ICJ*, in *Quest. Int. Law*, Zoom-out, 2018, p. 107 ss.

<sup>199</sup> PCA, *Mauritius v. United Kingdom*, cit., par. 432.

<sup>200</sup> Pronunciandosi quindi sull'interpretazione di strumenti giuridici «altri» rispetto a UNCLOS. S. TALMON, *The Chagos*, cit., p. 948.

<sup>201</sup> PCA, *Mauritius v. United Kingdom*, cit., par. 520 ss. Su «la coesistenza et le conflits entre activités comprises au nombre des droits souverains ou dans la jurisdiction de l'Etat côtier et les activités comprises parmi les libertés reconnues aux autres Etats», si veda T. TREVES, *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *Recueil des cours*, 1990, p. 198. Con specifico riguardo al caso Chagos, T. SCOVAZZI, 'Due Regard' *Obligations, with Particular Emphasis on Fisheries in the Exclusive Economic Zone*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2019, p. 56 ss.

<sup>202</sup> Così anche W. QU, *The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond*, in *Ocean Development and International Law*, 47, 2016, p. 40 ss.

<sup>203</sup> A.E. BOYLE, *Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 46, 1997, p. 44.

<sup>204</sup> Sul punto, M. GAVOUNELI, *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*, Leiden, 2007.

della sovranità, l'Ucraina avrebbe potuto invocare l'articolo 56(2) UNCLOS, sottolineando come l'esercizio *de facto* di poteri di imperio nelle acque adiacenti la Crimea non abbia tenuto in *due regard* i diritti ucraini<sup>205</sup>. L'articolo 56 distingue inoltre tra “diritti sovrani” e “giurisdizione”, rilievo che avrebbe potuto giocare a favore di una argomentazione nel senso della distinzione tra titoli di sovranità e controllo *de facto*. Tale argomentazione non avrebbe determinato il riconoscimento della sovranità russa sulla penisola, ma avrebbe confermato quanto l'Ucraina ha invero dichiarato anche innanzi alla Corte europea dei diritti umani: di non avere controllo effettivo sulla penisola e, conseguentemente, sui porti crimeani e sulle sue acque adiacenti<sup>206</sup>. Le considerazioni proposte, tuttavia, sono mere speculazioni, in quanto il ricorso è stato ritenuto inammissibile per questa parte. Con riferimento allo status del mare di Azov e dello stretto di Kerch – se acque interne o meno – e della legittimità delle attività ivi compiute (inclusa la costruzione del ponte sullo stretto che garantisce la fornitura di beni alla penisola) si deve invece attendere il lodo nel merito. Si può ipotizzare, anche se probabilmente non lo affermerà apertamente<sup>207</sup>, che il Tribunale non potrà prescindere da questioni di sovranità e *jurisdiction* in tale sede, in particolare nell'interpretazione del termine “Stato costiero”, là dove dovesse negare a queste porzioni di mare lo status di acque interne così definito prima della dissoluzione dell'Unione sovietica<sup>208</sup>.

#### 3.4. *Del “territorio” nelle decisioni dei tribunali arbitrali su casi in materia di investimenti*

Infine, di *jurisdiction* e territorio si sono occupati negli ultimi anni alcuni tribunali arbitrali in materia di investimenti, con esiti iniziali decisamente sfavorevoli alla Federazione russa, che si è rifiutata, quantomeno fino a maggio 2019, di comparire in giudizio<sup>209</sup>. La base giuridica della maggior parte dei procedimenti consiste nell'*Accordo tra Governo della Federazione russa e il gabinetto dei Ministri di Ucraina sulla promozione e la reciproca protezione degli investimenti* (BIT Russia-Ucraina) del novembre 1998<sup>210</sup>. La maggior parte dei casi crimeani è stata amministrata dalla Corte permanente di arbitrato in base alle regole UNCITRAL 1976<sup>211</sup>, benché recentemente alcune controversie siano state sottoposte all'esame dell'Istituto dell'Arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma e di tribunali

<sup>205</sup> Sugli obblighi di *due regard*, v. il numero dedicato della rivista *The International Journal of Marine and Coastal Law*, intitolato *Peaceful and Military Uses of the EEZ: Exploring the ‘Due Regard’ Obligation*, C. BEAUCILLON, Y. KERBRAT (a cura di), 2019.

<sup>206</sup> *Ukraine Informs IMO Member-States on Inability to Assure Required Level of Maritime Security at the Crimean Sea Ports*, 16 maggio 2014, [mfa.gov.ua/en/press-center/news/23515-ukraine-informs-imo-member-states-on-inability-to-assure-required-level-of-maritime-security-at-the-crimean-sea-ports](http://mfa.gov.ua/en/press-center/news/23515-ukraine-informs-imo-member-states-on-inability-to-assure-required-level-of-maritime-security-at-the-crimean-sea-ports).

<sup>207</sup> Così fu nell'arbitrato sul mare cinese meridionale. Cfr. S. TALMON, *The South China*, cit., pp. 338-339.

<sup>208</sup> <https://www.ejiltalk.org/the-award-concerning-preliminary-objections-in-ukraine-v-russia-observations-regarding-the-implicated-status-of-crimea-and-the-sea-of-azov/> Si veda altresì V. SCHATZ, D. KOVAL, *Russia's Annexation of Crimea and the Passage of Ships Through Kerch Strait: A Law of the Sea Perspective*, in *Ocean Development & International Law*, 2019, p. 275 ss.

<sup>209</sup> La materia degli investimenti è evidentemente molto ampia e non è possibile renderne conto, neppure limitatamente, in questa sede. Cfr. F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2020, p. 732 ss.

<sup>210</sup> <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=4075>.

<sup>211</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, 1976, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>.

ICSID<sup>212</sup>. La Federazione russa, assente nei procedimenti fino al 2019, dopo una serie di lodi a suo sfavore, ha, da un lato, modificato la propria strategia processuale chiedendo la partecipazione al procedimento, e dall'altro lato, presentato innanzi a corti nazionali istanza di sospensione dell'esecuzione e di annullamento dei lodi pronunciati. Una corte olandese, ad esempio, nel caso *Everest*, ha rifiutato nel giugno 2019 di sospendere l'esecuzione della decisione di un tribunale arbitrale, ma sta ancora considerando la richiesta russa di annullamento del lodo<sup>213</sup>. Al di là delle questioni di dettaglio sui singoli lodi, su cui si è già detto altrove<sup>214</sup>, ai fini dell'analisi ci si sofferma in questa sede su due profili: la nozione di territorio e la connessa questione della sovranità sulla Crimea quale questione preliminare; la definizione di investitore "straniero". Con riferimento al primo profilo, un autore ha osservato come un tribunale in materia di investimenti mancherebbe dell'*expertise* e della competenza di risolvere controversie in materia di sovranità territoriale; poiché «the determination of sovereignty over the territory in question would be a necessary prerequisite to the determination of whether the investment on such territory is protected», un tribunale non dovrebbe ritenersi competente<sup>215</sup>. L'autore ha altresì osservato, tuttavia, proprio sul caso crimeano, che sia possibile invocare alcuni espedienti giuridici, inclusa un'interpretazione di "territorio" che sia intesa come "effective control" o "jurisdiction and/or control" da parte della Russia<sup>216</sup>. Secondo un altro autore, è il trattato Ucraina-Russia a richiedere ad un tribunale arbitrale di assumere la giurisdizione in materia di investimenti esteri; per fare ciò deve valutare l'esistenza di un investimento ai sensi del trattato e per accertare questo aspetto deve pronunciarsi sul se esso sia localizzato nel "territorio" dello Stato convenuto<sup>217</sup>. Si tratterebbe dunque di una "classica questione preliminare", la soluzione della quale non deve ragionevolmente ritenersi esclusa a priori dalla competenza di un tribunale arbitrale<sup>218</sup>. Il ragionamento si sposta allora alla nozione di territorio come inclusa nel BIT. Ai sensi dell'articolo 1(4) del BIT Russia-Ucraina: «The term "territory" means the territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine, and also their corresponding exclusive economic zone and the continental shelf determined according to international law». È proprio il termine "territory" a richiedere l'interpretazione da parte dei tribunali arbitrali poiché non è chiaro se l'espressione «in base al diritto internazionale» si riferisca solo alla zona economica esclusiva e alla piattaforma

<sup>212</sup> Si veda sul punto la ricognizione dei casi svolta da N. PEACOCK, O. DEMENTYIEVA, D. CHOUNG, *Crimean Investment Treaty Arbitration Claims: Recent Developments*, in *Inside Arbitration* 9, 2020, p. 6 ss. *Aeroporto Belbek and Mr. Kolomoisky v. Russia* (PCA Case No. 2015-07, lodo parziale a febbraio 2019), *JSC CB PrivatBank v. Russia* (PCA case No. 2015-21, lodo parziale a febbraio 2019), *PJSC Ukrnafta v. Russia* (PCA Case No. 2015-34, lodo aprile 2019), *Stabil LLC et al. v. Russia* (PCA Case No. 2015-35), *Everest Estate LLC et al. v. Russia* (PCA Case No. 2015-36, lodo maggio 2019), *LLC Lugzor et al. v. Russia* (PCA Case No. 2015-29, lodo parziale febbraio 2019), *Oschadbank v. Russia* (PCA Case No. 2016-14, lodo novembre 2018), *NJSC Naftogaz of Ukraine et al. v. Russia* (PCA Case No. 2017-16, deciso a marzo 2019); *PJSC Gazprom v Ukraine* (PCA Case No. 2019-10, settled). ICSID: *Emergofin BV and Velbay Holdings Ltd v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/16/35). Camera di Commercio di Stoccolma: *Vnesheconombank v. Ukraine* (SCC Case No. Non conosciuto, iniziato nel 2019).

<sup>213</sup> <https://www.iareporter.com/articles/dutch-court-weighs-with-decision-on-stay-of-enforcement-request-in-russia-ukraine-bit-case/>

<sup>214</sup> S. DE VIDO, *La situazione della Crimea tra diritti degli investitori e questioni di jurisdiction*, in questa *Rivista*, 3, 2019, p. 666 ss.

<sup>215</sup> P. TZENG, *Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues*, in *Brazilian Journal of International Law*, 14(2), 2017, pp. 131-132.

<sup>216</sup> *Ivi*, p. 133.

<sup>217</sup> G. ZARRA, *L'applicabilità dei trattati a protezione degli investimenti al caso della Crimea*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 463.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

continentale o anche ai territori di Federazione russa e Ucraina. Zarra ritiene che la definizione di territorio non debba essere interpretata restrittivamente, in quanto «in un trattato o statuto il termine territorio può identificare la *jurisdiction*»<sup>219</sup>. È del tutto evidente che i tribunali arbitrali non sono competenti a pronunciarsi sulla sovranità di Ucraina o Russia in Crimea, ma questi potrebbero considerare «la situazione di fatto come mero presupposto per l'applicazione di norme [...] poste a tutela degli investitori»<sup>220</sup>. Sarebbe dunque la tutela dei diritti dei singoli, persone fisiche e giuridiche, a determinare la flessibilità dell'interpretazione del termine «territorio» ai sensi del BIT. Come è stato sostenuto, e ci pare condivisibile, «one needs to consider whether “in the territory” presupposes the exercise of sovereignty or whether effective control over territory suffices. The rule in *dubio pro investore* derived from the BIT's object and purpose of maximising investor protection [...] would counsel in favour of an extensive reading that includes disputed territories»<sup>221</sup>. Nei casi *Stabil* e *Ukrnafta*, l'oggetto dell'espropriazione erano gli investimenti dei ricorrenti in distributori di benzina e in altri beni. Il tribunale si è espresso (lodi del 26 giugno 2017 sulla giurisdizione<sup>222</sup>), nel senso che gli investitori ucraini sarebbero rimasti senza alcuna protezione nel caso in cui venisse negata la giurisdizione del collegio arbitrale e che il BIT si doveva ritenere «applicabile anche agli investimenti che si trovavano nel territorio di uno Stato contraente (Russia), a seguito dello spostamento delle frontiere, al momento della violazione del BIT sotto forma di espropriazione»<sup>223</sup>.

Il secondo profilo riguarda la definizione di «investitore estero». Originariamente, gli investimenti in Crimea risultavano *ucraini* in territorio *ucraino* e, solo a seguito dell'incorporazione, investimenti *ucraini* in un territorio «di fatto occupato dalla Federazione Russa», dunque «stranieri»<sup>224</sup>. In assenza di giurisprudenza in merito, un autore ha suggerito di estendere la giurisprudenza in materia di cambio di nazionalità al caso di specie, con la conseguenza che il BIT è applicabile ai casi in cui l'investitore veda il proprio status mutato da nazionale a straniero per motivi indipendenti dalla propria volontà e prima del sorgere della controversia<sup>225</sup>. Si potrebbe altresì ritenere che un investimento inizialmente ucraino in territorio ucraino *diventi* un investimento ucraino in territorio russo per effetto del mutamento del territorio *de facto*. È stato affermato che, in caso di trasferimento di territori, «unless [persone fisiche o giuridiche] have or forthwith acquire a domicile in the transferred territory, they do not acquire the nationality of the successor State»<sup>226</sup>, quindi gli investimenti restano ucraini ma in un territorio «trasferito» alla Russia, quindi «esteri» per lo Stato cui è stato trasferito il territorio<sup>227</sup>. Le argomentazioni dei tribunali arbitrali

<sup>219</sup> *Ivi*, p. 477, citando *Brownlie's Principles of Public International Law*.

<sup>220</sup> G. ZARRA, *L'applicabilità*, cit., p. 478.

<sup>221</sup> M. WAIBEL, *International Investment Law and Treaty Interpretation*, in R. HOFMANN, C. TAMS (eds.), *From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Baden-Baden, 2011, p. 29 ss., p. 51.

<sup>222</sup> <https://pcacases.com/web/sendAttach/2186>

<sup>223</sup> C. DE STEFANO, F.A. CABONA, *L'occupazione russa della Crimea innanzi al Tribunale federale svizzero*, in *Dir. comm. int.*, 32(4), 2018, pp. 1056-1057.

<sup>224</sup> F.A. CABONA, *Un collegio arbitrale UNCITRAL condanna la Russia al risarcimento per l'espropriazione di immobili in Crimea*, in *Dir. comm. int.*, 32(2), 2018, p. 582.

<sup>225</sup> G. ZARRA, *L'applicabilità*, cit., p. 483.

<sup>226</sup> J. CRAWFORD, *Brownlie*, cit., p. 435.

<sup>227</sup> A riguardo, vi è una questione non risolta e neppure emersa (per quel che ci è dato sapere): immaginiamo una piccola società ucraina di cui è titolare una persona di cittadinanza ucraina, che si è vista naturalizzata a seguito delle politiche russe e successivamente discriminata. La legge ucraina sostiene che la cittadinanza ucraina sarà comunque mantenuta. Ma risulterebbe questo un investimento estero avendo formalmente il soggetto due cittadinanze, una delle quali non riconosciuta?

potrebbero segnare l'avvio di una prassi che, se confermata in altri casi di territori contesi, potrebbe evolvere nel senso di considerare il “territorio” nelle aree contese in senso funzionale con lo scopo di tutelare i diritti dei singoli che rimarrebbero altrimenti privi di tutela.

#### 4. Conclusioni: Quo vadis, *Crimea*?

Il contributo ha dimostrato come la pluralità di significati associabili al termine “giurisdizione”<sup>228</sup> rilevi particolarmente nei casi di territori contesi, la cui analisi giuridica apre molteplici prospettive di indagine. Il caso crimeano è stato utilizzato come occasione per riflettere compiutamente su nozioni antiche, ma di grande modernità. Se sovranità e *iurisdictio* si sovrappongono in situazioni fisiologicamente normali, quando una malattia (la violazione di una norma imperativa del diritto internazionale quale il divieto di aggressione) porta ad uno squilibrio del sistema, ci si deve chiedere se e come possa avvenire il ricambio delle situazioni giuridiche. Proseguendo con la metafora medica, che ci pare aderente alla dottrina che configura lo Stato come ente di fatto, se la malattia prevale sulla situazione di stabilità precedente, diventa in altri termini “cronica”, la situazione che si è prodotta diventa la nuova realtà, la nuova “identità” della persona, senza che ciò faccia venire meno la radice della stessa (ovvero lo squilibrio del sistema). Considerando l'esercizio della *iurisdictio* russa sulla Crimea, considerata a tutti gli effetti parte del territorio russo dalla Federazione russa e territorio occupato illegalmente dall'Ucraina, potremmo asserire, utilizzando il pensiero di de Visscher, che la tensione – insostenibile in un sistema, malattia che porta ad un disequilibrio persistente – si sia risolta a beneficio dell'effettività.<sup>229</sup> Al momento ci pare che il ricambio delle situazioni giuridiche sia ancora bloccato dall'operare del non-riconoscimento e dalle proteste sul piano internazionale. Il sostegno della popolazione attualmente residente in Crimea è elemento importante per definire l'ottenimento della “media obbedienza” sulla penisola, ma non determinante, in quanto non tiene conto dell'opposizione della minoranza tatarica e dei cittadini ucraini costretti a lasciare la penisola a seguito dei fatti del marzo 2014.

L'incerta situazione crimeana è stata oggetto di numerosi ricorsi tanto sul piano internazionale, tanto sul piano regionale. Non è del tutto pretestuoso ritenere che l'Ucraina stia cercando di ottenere, direttamente o indirettamente, un riconoscimento della propria sovranità sulla penisola per il tramite di ricorsi che invocano la responsabilità internazionale della Russia a vario titolo. Dall'analisi è emerso che la nozione di *jurisdiction/jurisdiction* si è affrancata da quella tradizionale di *iurisdictio* nel campo del rispetto dei diritti umani fondamentali, con lo scopo di rendere possibile l'accertamento, in capo allo Stato responsabile delle asserite violazioni, di poteri idonei ad incidere sul godimento dei diritti fatti valere in giudizio<sup>230</sup>. Davanti alla Corte EDU, dunque, la *jurisdiction* non sarebbe altro che «a purely factual notion of territorial control» che determina la responsabilità dello Stato che questo controllo esercita<sup>231</sup>. Più complesso, e forse “pericoloso”, si presenta lo scenario sul solco della sentenza *Ilascu*, in quanto, nell'identificare “obblighi residuali” in

<sup>228</sup> M. MILANOVIC, *Extraterritoriality*, cit., p. 30.

<sup>229</sup> C. DE VISSCHER, *Effectivités*, cit., pp. 37-38.

<sup>230</sup> P. DE SENA, *La giurisdizione*, cit., par. 110.

<sup>231</sup> M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability*, cit., p. 797.

capo ad uno Stato diverso da quello che esercita il controllo effettivo, la Corte dovrebbe altresì affermare che l'Ucraina rimane sovrana in Crimea<sup>232</sup>. I ricorsi davanti alla Corte EDU sembrano prevedibili quanto all'esito – affermazione della *jurisdiction* russa – ma non nel ragionamento.

Sempre di diritti umani fondamentali, nello specifico del rispetto della CERD, dovrà occuparsi la CIG nel ricorso pendente nel merito. La Corte dell'Aja presumibilmente eviterà ogni riferimento a questioni di sovranità, ma non potrà che pronunciarsi sul campo di applicazione della Convenzione e, probabilmente, potrà riprendere la “eccezione namibiana” attualizzandola nel contesto del divieto di discriminazioni razziali. In questo caso, pur non trattandosi di ricorsi individuali, il quesito ruoterà attorno agli schemi di discriminazione operati dalla Federazione russa a seguito dell'incorporazione della Crimea nel marzo 2014. Rispetto ai tribunali arbitrali il cui mandato è definito rigorosamente dalle parti, la CIG “ha dimostrato di non attenersi necessariamente in modo rigoroso al mandato ricevuto, quando dalla trattazione della controversia emerge l'opportunità di un chiarimento che possa essere utile in generale”<sup>233</sup>. Ci si potrebbe attendere dunque dalla CIG delle considerazioni che vanno oltre la stretta interpretazione della CERD al caso di specie.

Territorio e sovranità sono stati altresì oggetto di interpretazione davanti a tribunali arbitrali. Il Tribunale UNCLOS si pronuncerà nel merito solo limitatamente alle situazioni prodottesi nel Mare di Azov e dello Stretto di Kerch, mentre ha respinto il ricorso per la parte relativa alle asserite violazioni russe compiute nel Mar Nero in quanto ciò avrebbe richiesto la preliminare soluzione della questione della sovranità sulla penisola. Come è stato argomentato nei paragrafi precedenti, il problema è il come il quesito sia stato sottoposto al Tribunale, chiaramente improntato sul desiderio di affermazione della sovranità ucraina, quindi irricevibile. Tuttavia, similmente al caso *Chagos*, ci sarebbero stati margini per sfruttare alcune disposizioni della Convenzione di Montego Bay che puntano all'aspetto “funzionale” della *iurisdiction*, più che al titolo sovrano. In tal senso, l'Ucraina avrebbe potuto presentare le sue tesi con riferimento all'articolo 56(2) e ad un più generale obbligo di cooperazione ai sensi della UNCLOS. La sovranità potrebbe costituire questione preliminare anche nei ricorsi in materia di investimenti, con la conseguente dichiarazione di incompetenza *ratione materiae* dei tribunali arbitrali. Ad oggi, tuttavia – in attesa di leggere i lodi pronunciati a seguito della partecipazione russa ai procedimenti – i tribunali istituiti hanno bypassato la spinosa questione della sovranità interpretando il “territorio” di cui al BIT Ucraina-Russia in termini di *iurisdiction*.

Direttamente o indirettamente, la questione della sovranità e della *iurisdiction* emerge sempre, perché sempre essa è la ragione dell'azione di uno Stato e dunque della conseguente possibile violazione di una norma internazionale. Ne consegue che la distinzione tra sovranità e *iurisdiction* (nelle sue molteplici sfaccettature) ci pare essenziale per consentire, fondando il ragionamento giuridico sulla seconda, da un lato di proteggere i diritti dei singoli – dai diritti umani fondamentali ai diritti di pesca, dai diritti delle minoranze a quelli degli investitori stranieri – e dall'altro di evitare la questione del *titolo* di sovranità, su cui solo la CIG, richiesta di un parere consultivo, ci pare potrebbe decidere in modo definitivo. È stato osservato, e condividiamo, che «we personally do not have a problem with the Court antagonizing Russia or any other powerful State», ma il profilo di interesse per il giurista è un altro: «is this really worth doing if it has no meaningful impact on improving the human rights of any affected individuals, and if the Court's

---

<sup>232</sup> *Ibidem*.

<sup>233</sup> A. PIETROBON, *L'arbitrato*, cit., p. 357.

pronouncements are used only instrumentally in a sovereignty dispute?»<sup>234</sup>. La “battaglia” davanti alle corti e ai tribunali arbitrali si spiega, e rileva, in quanto strumento per portare avanti le istanze dei singoli. Da ultimo, per rispondere alla domanda «dove andrà la Crimea», si dovrà attendere il graduale consolidamento di una situazione che, al momento, *de facto*, anche se basata giuridicamente su gravi violazioni del diritto internazionale, pare guardare in direzione del Cremlino.

---

<sup>234</sup> M. MILANOVIĆ, T. PAPIĆ, *The Applicability*, cit., p. 797.