Appunti di

DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO

Scienze Internazionali e Diplomatiche
Università degli Studi di Trieste



Realizzata da un impavido gruppo di amici, doniamo ai posteri questa dispensa, nella speranza che posa essere utile alla stessa maniera di come lo è stata per noi.

Lo scopo di questi appunti è quelo di riassumere e semplificare le informazioni di maggior interesse per il professore, nel tentativo di fornire un piccolo aiuto per la comprensione dell'immenso mondo del diritto internazionale e per il superamento dell'esame.
In ogni caso, questi appunti non sostituiscono in alcun modo lo studio dal Manuale e la frequentazione delle lezioni.

Dedicato a tutti i Siddini passati, presenti e futuri.
Quando diventerete Ambasciatori e Presidenti,
ricordatevi di noi.

Appunti presi da:

Beatrice Lanci
Corinna Paron
Gabriele Urso
Gaia Montanari
Giulia Viel
Lisa Duso
Lorenzo Laveggetti
Luca Mozzi
Martina Saglimbeni
Samuele Criscuolo
Sophia Koching

Riordinati e schematizzati da:
Samuele Criscuolo

"È facile essere buoni.
Difficile è essere giusti"

Victor Hugo

Introduzione

Diritto internazionale (DI): Insieme delle norme che regolano la comunità internazionale. È il diritto che regola i rapporti tra gli stati per sillogismo.

Comunità internazionale (CI): La comunità internazionale è l'insieme di soggetti del diritto internazionale, in primis gli Stati

Chi sono i soggetti del diritto internazionale? Il soggetto "primordiale" del diritto internazionale è lo Stato. Nel corso degli anni, sono comparsi altri soggetti del diritto internazionale

Fino a 50-60 anni fa si riteneva che gli stati fossero gli unici soggetti del diritto internazionale, e in effetti lo erano, poi sono comparse le organizzazioni e poi altri soggetti, alcuni ora dicono che anche le persone sono dei soggetti (ma secondo il professore non lo sono).

Ci sono due nozioni di stato, una rilevante per il diritto interno e una rilevante per il diritto internazionale: per il diritto internazionale lo stato è *ente superiorem non recognoscentes*. Gli stati sono enti che non riconoscono altri enti al di sopra di essi.
Il diritto internazionale si rivolge a una comunità formata da stati profondamente diversa dalla comunità sociale in cui noi siamo abituati a vivere, l'ordinamento italiano è un ordinamento statale di cui noi siamo i soggetti, i soggetti dell'ordinamento italiano sono le persone fisiche, come noi, e giuridiche, come le imprese. Queste persone fisiche e giuridiche hanno degli enti superiori come il sindaco, l'amministrazione pubblica, il parlamento e il governo, è una struttura piramidale in cui i soggetti hanno degli enti superiori che governano, fanno le leggi e amministrano la giustizia. L'ordinamento internazionale non presenta ciò, è molto diverso da quello statale. Gli stati sono *legibus solutus,* quando gli stati nascono sono privi di norme e sono gli stessi stati a darsi le norme.
Il fatto peculiare nel diritto internazionale è che sono gli stessi stati, a cui le norme si rivolgono, che creano le norme. Gli stati sono al tempo stesso legislatori e soggetti delle norme. La comunità internazionale è anorganica: composta da soggetti senza organi di governo. Nel diritto internazionale, che è anorganico, non esistono poteri paragonabili a quelli del diritto interno, non un potere giudiziario, legislativo o esecutivo paragonabile a quello interno.

Dire che la comunità intenzionale è anorganica significa dire che è anche anarchica? No, perché in realtà l'organo di governo del mondo sono gli stati nella loro interezza. Il diritto internazionale è sì anorganico ma non è anarchico perché l'anarchia la si ha quando non si hanno delle norme o regole, mentre nel diritto internazionale ci sono regole anche molto dettagliate. Nel diritto internazionale vige una sorta di autogoverno, gli stati si governano da soli. Nel diritto internazionale i governanti e i governati coincidono.

Quale è l'efficacia del diritto internazionale se non è obbligatorio? Il diritto internazionale è obbligatorio, altrimenti molti aspetti della vita quotidiana non li potremmo vivere. Allora perché, se ci sono delle norme che vietano l'aggressione, uno stato come la Russia ha invaso un altro stato sovrano come l'Ucraina, nonostante esistano delle norme che vietano l'uso della forza armata e dell'aggressione? Bisogna chiedersi se sono più le volte in cui il diritto internazionale è rispettato o violato per risolvere una controversia, o più volte vengono usati i mezzi diplomatici: la maggior parte si rispetta. Il diritto internazionale è obbligatorio, le eccezioni non mettono ciò in discussione.

Noi percepiamo il diritto internazionale nell'ordinamento interno perché nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale si verifica il fenomeno dell'adattamento: gli ordinamenti interni si adattano alle norme internazionali, le norme internazionali vengono incorporate, recepite e immesse negli ordinamenti interni che vincolano gli stati, diventando norme interne. Il diritto internazionale, quindi, è doppiamente obbligatorio: direttamente sul piano internazionale, nei rapporti tra gli stati, ma anche sul piano interno nel momento in cui

gli stati si adattano alle norme internazionali perché le immettono nell'ordinamento interno, facendole diventare norme interne.
Dal punto di vista strutturale e non per il contenuto delle norme, il diritto internazionale si divide in 4 ambiti:

1. Soggettività
2. Fonti
3. Responsabilità
4. Controversie

Le funzioni del diritto internazionale sono 3: **produzione, accertamento e attuazione** delle norme:

1. Produzione: il diritto internazionale produce le norme internazionali, che sono principalmente di due tipi:

   - **Diritto internazionale generale**, costituito principalmente dalle consuetudini e dai principi, ed è il diritto non scritto;
   - **Diritto internazionale particolare**, costituito principalmente dai trattati, è soprattutto scritto.

   La differenza tra il diritto internazionale generale e particolare è duplice: uno è scritto e l'altro no. Il diritto internazionale generale vincola tutti, mentre invece, quello particolare vincola solo chi vuole essere vincolato. La missione del diritto internazionale è quella di produrre le norme, sennò non potrebbe esistere.

2. Accertamento: verificare il contenuto delle norme, verificare se una norma esiste e se la norma è stata violata o rispettata. Se la norma è stata violata si incorre in responsabilità internazionale. Come viene svolto l'accentramento? Attraverso **mezzi diplomatici**, oppure può essere demandato da un'**autorità terza**, un arbitro/giudice, ma solo nella misura in cui gli stati lo vogliono perché la giustizia nel diritto internazionale è volontaria, si dice che la giustizia internazionale ha **carattere arbitrale**, ossia è amministrata non da giudici veri e propri ma da arbitri solo se gli stati lo vogliono.

3. Attuazione delle norme: Nel diritto internazionale è sbagliato dire che non esiste un organo che controlli l'attuazione del diritto internazionale perché **sono gli stati stessi che si controllano reciprocamente** o a volte possono istituire degli **appositi organi di controllo**, corti e tribunali, che controllano l'attuazione del diritto internazionale e che possono stabilire se una norma è stata rispettata o violata.

Le origini e l'evoluzione del diritto internazionale

In realtà, il diritto internazionale è sempre esistito ma si è evoluto nel tempo, si è trasformato, e il diritto internazionale così come lo conosciamo oggi è venuto a formarsi, in stato embrionale, con la **pace di Westfalia** del **1648**: è quello il momento in cui il diritto internazionale è diventato in realtà diritto interstatale.

Qual è la differenza tra stato e nazione?
La nazione è sostanzialmente un insieme di individui, quelli che i latini chiamavano *gens*, *gentes*, tant'è che il diritto internazionale in latino è lo *ius gentium*.

Nazione/popolo = insieme di individui accomunati da determinate caratteristiche linguistiche, religiose, culturali ma anche etniche. Nazione e stato non sono quindi la stessa cosa. Il diritto internazionale precedente a Westfalia, del 1648, regolava i rapporti tra le nazioni.

Dopo Westfalia, il DI diventa diritto interstatale, ossia tra gli stati. Dalla prima guerra mondiale in poi gli stati continuano ad essere i soggetti principali del diritto internazionale ma accanto agli stati si sono affermati altri soggetti del diritto internazionale come organizzazioni internazionali, gli insorti, poi ci sono dei soggetti particolari come la Santa Sede.

Cosa accade nel 1648?

Nel 1648 finisce la guerra dei 30 anni, una classica guerra di religione tra protestanti e cattolici, dove le parti erano molte. C'erano sicuramente il Sacro Romano Impero e Spagna, Francia, la Repubblica delle Province Unite (oggi Paesi Bassi e Belgio), la Svezia. La guerra si risolse dopo un trentennio con la mediazione del papa e della Repubblica di Venezia che fecero da mediatori: papa, mediatore dei cattolici e la Repubblica di Venezia, mediatore dei protestanti. La pace di Westfalia si chiama pace e non trattato proprio perché è un insieme di trattati, 4 trattati: i due trattati di Münster, il trattato di Osnabrück, e poi il trattato stipulato nel 1659 dei Pirenei. La pace di Westfalia pose fine alla guerra dei trent'anni tranne che per i rapporti tra Spagna e Francia. I due trattati di Münster, il trattato di Osnabrück misero fine alla guerra dei 30 anni in generale vennero stipulati in queste due città che si trovano nella regione della Westfalia, poi il trattato dei Pirenei mise fine alle ostilità tra Francia e Spagna.

Cosa ha sancito questa pace così importante da diventare addirittura la data di nascita del diritto internazionale contemporaneo?

Lo stato moderno nasce già prima ma si emancipa dalle autorità del papato e dell'impero. I primi 3 stati moderni sono Francia, Inghilterra e Spagna. Lo stato moderno nasce prima, già alla fine del '400 con la Spagna e poi si afferma nel corso del '500 con la Francia di Francesco I e l'Inghilterra dei Tudor, Enrico VIII delle 6 moglie e soprattutto di Elisabetta I Tudor, però fino alla pace di Westfalia questi stati non sono indipendenti ma sono sottoposti a due autorità superiori; gli stati non erano enti *superiorem non recognoscentes* perché quei pochissimi stati moderni che già esistevano riconoscevano due autorità superiori: il papa con sede a Roma e l'imperatore del Sacro Romano Impero, tedesco, spesso membro famiglia Asburgo.

Nel 1648 lo stato moderno si afferma come *superiorem non recognoscentes*: la pace di Westfalia poneva fine all'autorità dell'imperatore e all'autorità temporale del papa. Gli stati diventano *superiorem non recognoscentes*.

Questi sono stati solo europei, quindi il diritto internazionale diventa interstatale ma ancora in stato embrionale perché i soggetti di questo nuovo diritto sono solo stati, che rimarranno fino al XX secolo: solo stati europei e solo cristiani: il primo diritto internazionale, che nasce con Westfalia nel 1648, è un diritto eurocristiano, un diritto composto solo di stati europei e cristiani. Solo molto lentamente con il passare del tempo nella società internazionale vengono ammessi stati non europei e non cristiani. Il primo è l'impero ottomano, poi Giappone, Cina, Egitto (gli stati uniti possono essere considerati come stato europeo e occidentale con radici e fondamenta cristiane, quindi lui non considera né gli Stati Uniti né il Canada).

Questa apertura avviene nel corso dell'800. È nel corso del 900 che il diritto internazionale diventa effettivamente come lo conosciamo oggi, quando appare quel fenomeno dell'organizzazione internazionale.

Linea del tempo del diritto internazionale:

Prima cesura grande nel 1648. Prima del 1648 diritto internazionale, nel senso stretto del termine, poi interstatale. Dopo Westfalia ci sono 3 periodi (periodizzazione di Friedman):

- Diritto internazionale della coesistenza: vige dal 1648 al 1919, data storica importante perché segna la fine della 1WW con il trattato di Versailles e segna la nascita delle prime due organizzazioni internazionali (Società delle Nazioni e l'Organizzazione internazionale del lavoro). Coesistenza perché le regole che esistono in questo periodo servono a garantire soltanto la coesistenza pacifica tra gli stati, (non è necessaria la cooperazione) l'obiettivo principale è evitare la guerra. Gli **obblighi internazionali** che scaturiscono dalle norme di questo periodo sono obblighi relativi, ovvero obblighi di ***non facere***, **negativi** (es. obbligo di non fare guerra). Si affermano norme riguardanti le relazioni diplomatiche (es. legazione attiva: invio di diplomatici; legazione passiva: obbligo di accogliere i diplomatici altrui.)
  È vero che nel corso dell'800 prendono piede le unioni tecniche e le commissioni fluviali, ma non sono vere e proprie organizzazioni perché le attività di quegli organi erano imputabili agli stati e non all'organizzazione come soggetto terzo.

- Diritto della cooperazione: dal 1919 (anno in cui nascono le prime due organizzazione internazionali: Società delle nazioni e Organizzazione del lavoro) fino al 1989 (Crollo del muro di Berlino). Le norme non solo mirate a garantire la pace, ma anche a stimolare la cooperazione tra stati. In questo periodo vengono stipulati i primi grandi trattati commerciali multilaterali. Nascono e si affermano sempre di più le organizzazioni internazionali. È un periodo in cui le norme internazionali iniziano a prevedere **obblighi positivi,** obblighi *di facere* (es. norme di tutelare certi lavoratori). Si affermano, nella fase di avvio della cooperazione, anche le norme contro la schiavitù (divieto di tratta si afferma un po' prima ma non quello di schiavitù), fino a quel momento ogni stato aveva potuto nel proprio ordinamento stabilire di consentire o vietare la schiavitù. Inizia la stagione del multilateralismo.

- diritto internazionale dell'interdipendenza: dal 1989 in poi. Gli Stati non cooperano più liberamente, ma sono costretti a cooperare per fronteggiare nuove tipologie di problemi di portata continentale o globale (es. clima, migrazioni, ambiente ecc.).

Diritto internazionale pubblico: regola i rapporti tra gli stati. Diritto interstatale, di cui abbiamo parlato. Il diritto che regola i rapporti tra gli stati, il diritto su cui si regge la comunità internazionale.

Diritto privato: non regola i rapporti tra gli stati ma regola i rapporti transnazionali tra individui (*Individui* = in diritto, si intendono le persone fisiche e giuridiche).

Transnazionale: il diritto internazionale regola i rapporti tra individui che appartengono a due o più ordinamenti.

Gli ambiti in cui si divide il diritto internazionale privato sono tre:

- La giurisdizione: il diritto internazionale privato definisce chi è il giudice competente per una controversia tra individui di carattere transnazionale di due stati. Stabilire quale giudice è competente sulla base dei titoli di giurisdizione, se quello italiano o quello di un altro stato.
- Il diritto applicabile: stabilire quale diritto è applicabile su una questione di rilevanza transnazionale, si deve capire se è applicabile il diritto del foro, italiano o quello straniero.
- Il riconoscimento degli atti e delle sentenze straniere: bisogna capire se, nello stato del foro, anche banalmente un atto di nascita o di matrimonio straniero possono essere riconosciuti e quindi trascritti oppure no.

A partire dal 1997, quelle che all'epoca si chiamavano "comunità europee" hanno acquisito competenze in materia di diritto internazionale privato. Nel 1997 quindi con il Trattato di Amsterdam il diritto internazionale privato è stato **europeizzato** ed è per questo che oggi esistono diversi regolamenti del Diritto dell'Unione Europea che almeno per gli stati membri dell'Unione Europea regolano le questioni di diritto internazionale privato, quindi questioni di giurisdizione, di diritto applicabile e di riconoscimento delle sentenze. Addirittura, il riconoscimento delle sentenze straniere tra gli stati membri dell'Unione Europea è diventato automatico.

Quindi nel diritto internazionale pubblico ci troviamo in un ordinamento unico, quello internazionale, composto di tutte quelle norme che regolano i rapporti tra gli stati; quando invece parliamo di diritto internazionale privato, non ci troviamo in un ordinamento unico, ma in due o più ordinamenti statali che sono connessi alla fattispecie. Ci troviamo all'interno di due o più ordinamenti interni agli stati.

Dire "ordinamento del Friuli Venezia Giulia", o "dello Stato del Texas" è errato, per il diritto internazionale l'ordinamento è quello italiano o statunitense.

Quindi il diritto internazionale è il ***diritto che regola i rapporti tra gli stati****, il diritto della cosiddetta comunità internazionale della quale oggi fanno parte gli stati ma non solo gli stati. Noi d'ora in poi ci collocheremo in un ordinamento unico, quello internazionale, abbandonando gli ordinamenti statali e interni di ciascuno stato.*

Soggettività

Soggettività: Titolarità di una situazione giuridica soggettiva, ovvero essere titolari di obblighi o diritti/facoltà.

Situazione giuridica soggettiva: **l'obbligo di fare qualcosa** oppure il **diritto/facoltà di fare qualcosa**

n.b. È dotato di soggettività chi è titolare (ovvero chi gode) di una situazione giuridica soggettiva, non chi ne è beneficiario. Essere beneficiario significa invece godere di un diritto di cui però non sono titolare.

Es. Nell'ordinamento italiano, ognuno di noi ha diritto a non subire tortura, ne è titolare e questo significa che se uno di noi venisse torturato potrebbe andare davanti ad un giudice. Ma gli animali domestici non sono titolari di diritti, noi abbiamo leggi che impongono di non torturare cani e gatti, però il titolare dell'obbligo e del corrispondente diritto non è l'animale ma siamo noi. Il cane e il gatto sono beneficiari del diritto a non essere torturati, se io sono padrone di un cane che viene torturato, io posso andare davanti al giudice, al tempo stesso sono io ad avere l'obbligo di non bastonare il cane.

Nel diritto internazionale gli stati e gli altri soggetti del diritto internazionale (come organizzazioni e insorti) sono titolari di diritti e obblighi/facoltà, mentre noi siamo meri beneficiari. Gli individui sono beneficiari e non titolari, i titolari sono appunto i soggetti del diritto internazionale.

Quali sono le norme nel diritto internazionale che definiscono chi è soggetto e chi non lo è? Quali definiscono il concetto stesso di soggettività?
Non esistono norme nel diritto internazionale che stabiliscono la soggettività, e nemmeno chi è e chi non è soggetto (grande differenza con gli ordinamenti interni). Nell'ordinamento italiano abbiamo delle norme che stabiliscono chi è soggetto (art. 1 del Codice civile). Negli ordinamenti statali si distingue anche la **capacità giuridica** dalla **capacità di agire**. Questa differenza non esiste nel diritto internazionale, perché non ci sono norme che definiscono la soggettività e che stabiliscono chi è e chi non è soggetto del diritto internazionale. **La soggettività giuridica internazionale si ricava in via induttiva, in via di fatto**; quindi, come diceva Arangio Ruiz "il fatto viene prima del diritto", in quanto *il diritto è una serie di norme per regolare una fattispecie concreta*; perciò, se non esistesse una fattispecie concreta non avrebbe senso il diritto, se non esistessero socialità e società regnerebbe l'anarchia. Quindi prima viene a definirsi la situazione di fatto, sociale, e poi il diritto.

Il soggetto primario e primordiale è lo **Stato**, oggi ne esistono ufficialmente 192, quasi tutti gli stati del mondo fanno parte delle Nazioni Unite tranne alcuni. Poi altri soggetti sono le **organizzazioni internazionali**, gli **insorti** (ribelli che controllano una comunità territoriale, da non confondersi con i movimenti di liberazione internazionale), la **Santa Sede** (che probabilmente è un soggetto del diritto internazionale diverso da Città del

Vaticano), e poi qualcuno dice che anche gli individui, le imprese multinazionali, l'Ordine di Malta sono soggetti anch'essi (questi ultimi 3, secondo il professore, non sono soggetti del diritto internazionale).

Lo Stato

Lo Stato è sia soggetto del diritto interno, che del diritto internazionale (l'Italia è un soggetto del diritto italiano in quanto stato tant'è che si può ricorrere davanti al giudice contro lo Stato). Come diceva Arangio Ruiz, a noi interessa quella persona reale che si trova in via di fatto nel diritto internazionale. Il diritto segue lo stato e non viceversa: prima si forma lo Stato e poi si forma il diritto. Quindi, dal punto di vista del diritto internazionale, secondo Arangio Ruiz, **lo Stato è una persona reale che si impone in via di fatto** (che si viene a formare in maniera naturale senza che ci siano delle regole e/o norme) **nel sistema internazionale**. Gli elementi costitutivi della statualità si trovano nell'articolo 1 della Convenzione di Montevideo del 1933 sui diritti e i doveri degli Stati. L'articolo 1 che definisce lo Stato come un *insieme di* ***popolazione, territorio*** *e* ***governo*** *e* ***capacità di intrattenere relazioni internazionali*** (cioè rapporti con altri stati).
Un'altra definizione di Stato è stata data da un altro importante nazionalista che è Antonio Cassese, il quale definisce lo Stato come un *apparato centralizzato che esercita a titolo* ***originario*** *un controllo* ***effettivo*** *su una determinata* ***comunità territoriale***. Cassese individua 3 elementi (e non 4 come nella Convenzione di Montevideo), perché la comunità territoriale raggruppa due elementi della Convenzione di Montevideo, la popolazione e il territorio. L'altro elemento è l'effettività, cioè il fatto di governare in quanto si governa, il potere di governo. L'originarietà è invece l'indipendenza, quella che nella Convenzione di Montevideo è la capacità di intrattenere rapporti con altri stati (se uno stato non è indipendente, non può intrattenere rapporti con altri stati).

Abbiamo individuato una definizione di stato ai sensi del diritto internazionale nell'art 1 della convenzione di Montevideo del 1933, e poi abbiamo visto una definizione più precisa di stato basata sempre sull'art. 1 di Montevideo ma un po' riformulata nel manuale di Antonio Cassese: "lo stato è un apparato centralizzato che esercita a titolo originario un controllo effettivo su una determinata comunità territoriale". Da questa definizione estrapoliamo i tre elementi costitutivi della statualità: *effettività, originarietà* e *comunità territoriale:*

- EFFETTIVITÀ: con effettività si intende l'esercizio del potere d'imperio; detto in altri termini se uno stato riesce a governare e in quanto governa; quindi, non occorre soltanto un apparato di governo formale, per essere oggetto internazionale deve *effettivamente* esercitare il suo potere d'imperio, non basta che lo abbia formalmente.
  Lo stato esercita il suo potere d'imperio attraverso tutti i suoi organi: nella misura in cui lo stato attraverso tutte le sue autorità pubbliche riesce a governare effettivamente una comunità territoriale, allora si può dire che quello stato è un soggetto del diritto internazionale.
  Al diritto internazionale non importa come lo stato governa, si disinteressa alle articolazioni interne dello stato: se un atto è compiuto da un poliziotto o dal presidente della repubblica, ecco questa differenziazione al diritto internazionale, non interessa, perché si tratta sempre di atti imputabili allo stato. Attraverso l'azione di questi organi lo stato riesce ad essere effettivo, ovvero a esercitare effettivamente il suo potere d'imperio, facendolo ricorre in uno degli elementi della statualità, ovvero l'effettività.

  Alcuni enti internazionali difettano di questo requisito, quindi non possono essere considerati stati nello specifico né più in generale soggetti del diritto internazionale:

- Gli stati falliti: esempio di stato fallito è la Somalia, di ente che non può considerarsi stato nel senso del diritto internazionale, essendo sprovvisto di ente che riesce effettivamente a governare la comunità territoriale, essendo la comunità territoriale o almeno essendo stata fino a qualche anno fa, a partire dagli anni '90, sottoposta al controllo dei vari signori della guerra. Manca l'elemento dell'effettività però si impone il principio della continuità dei confini, perché si vuole evitare che altri stati riescano ad accaparrarsi i territori che dovrebbero essere governati da un governo che non riesce a governare. *In questi casi chi garantisce l'integrità territoriale degli stati falliti?* dovrebbe essere la comunità internazionale.

- I movimenti di liberazione nazionale, ovvero un gruppo di individui che si propone di lottare per l'autodeterminazione di un popolo ma che non riesce a controllare effettivamente alcuna porzione della comunità territoriale dello stato; quindi, non può essere considerato un gruppo insurrezionale né un soggetto nel diritto internazionale (es. OLP, Organizzazione di Liberazione per la Palestina…)

- I governi in esilio, esempio è la seconda guerra mondiale, quando la Germania di Hitler è riuscita a controllare vari stati europei come la Norvegia, la Danimarca, i Paesi Bassi, il Belgio, tutti questi governi andarono in esilio a Londra, comunque all'estero. In quei casi il riconoscimento del governo era basato su una *fictio iuris,* ovvero una finzione giuridica basata su motivazioni politiche, cioè non si voleva riconoscere l'occupazione di stati sovrani da parte della Germania nazista; quindi, si continuava a riconoscere i legittimi governi, che però non governavano, cioè non esercitano più il potere d'imperio.

- ORIGINARIETÀ O INDIPENDENZA: può essere definita anche come indipendenza, ovvero la capacità di uno stato di determinarsi autonomamente sul piano giuridico, cioè di avere una costituzione propria che non trae la sua forza giuridica/trova fondamento da alcun'altra costituzione di altri stati. Dobbiamo stare attenti: quando Il professore parla di indipendenza non si riferisce alla capacità assoluta di determinarsi da sé ma all'indipendenza di solo tipo giuridico, non di tipo economico o politico:

  Quali sono gli enti che non possono definirsi soggetti per il diritto internazionale, perché difettano del requisito dell'indipendenza?

  - I puppet states, gli stati fantoccio: non sono soggetti del diritto internazionale, perché anche se hanno il requisito dell'effettività mancano di quello dell'indipendenza (es. La Repubblica Turca di Cipro del Nord, la cui costituzione richiama la costituzione turca; la Manciuria, nata negli anni '30…)

  - Le confederazioni, un'unione/alleanza di stati che avviene per lo più ragioni economiche o doganali: non possono essere considerati soggetti del diritto internazionale perché da un lato non c'è uno stato perché ogni membro mantiene la sua indipendenza e il suo potere d'imperio, dall'altro lato non sono nemmeno organizzazioni internazionali, perché non hanno un apparato organico né tanto meno gli atti che mettono in essere possono essere imputabili alla confederazione. Quest'elemento distingue una confederazione da un'organizzazione internazionale: in entrambi i casi c'è un trattato istitutivo, però l'organizzazione ha delle strutture e gli atti che pone in essere non sono imputabili agli stati membri ma all'organizzazione stessa e infatti è un soggetto del diritto internazionale. La confederazione non lo è, in quanto non ha un apparato strutturale e gli atti posti in essere vengono imputati a ogni singolo stato, che è indipendente dal punto di vista giuridico.

(*Es.* Unione doganale del Reno (internet la chiama "Zollverein"); CSI, la Comunità degli Stati Indipendenti nata dopo la dissoluzione dell'URSS)

- Gli stati federati, ovvero una delle unità che compone uno stato federale. È soggetto del diritto internazionale non lo stato federato ma lo stato federale (es. non è soggetto il Missouri, il Maine ma gli USA; non è la Catalogna, i Paesi Baschi ma la Spagna; non è la Baviera, il Luxemburg ma la Germania…). Il soggetto del diritto internazionale è lo stato federale, non lo stato federato. Ogni stato federato ha i propri organi di governo, le proprie norme però manca di una costituzione propria, di un ordinamento giuridico proprio: il suo ordinamento, se esiste, dipende in ogni caso da quello dello stato centrale.

Come sono considerati i microstati?

I microstati, quali Monaco, Città del Vaticano, Andorra, Lussemburgo etc. sono soggetti del diritto internazionale. Nel passato si dubitava della loro soggettività giuridica internazionale, proprio perché sono molto dipendenti da altri dal punto di vista politico-economico: San Marino, il principato di Monaco, Andorra e il Vaticano utilizzano l'euro, quindi la moneta dello "stato" da cui dipendono per la loro politica monetaria; addirittura, Monaco dipende per la politica estera e di difesa dalla Francia, ciò non toglie che abbia una costituzione propria, del tutto autonoma in cui non ci sono riferimenti a quella francese. Avendo una forza giuridica propria, i microstati sono a tutti gli effetti soggetti del diritto internazionale.

- COMUNITA' TERRITORIALE

Conforti vs Cassese e Focarelli: la comunità territoriale come elemento della soggettività

Secondo alcuni autori gli elementi della soggettività sono soltanto due, effettività e indipendenza: per loro è sufficiente che uno stato sia indipendente ed effettivo perché si possa parlare di soggettività giuridica internazionale. Questo è il pensiero che ha ad esempio Benedetto Conforti, secondo il quale i mutamenti territoriali sono irrilevanti ai fini della definizione di uno stato, perché uno stato rimane tale anche se perde una porzione di comunità territoriale o anche se aumenta dal punto di vista della popolazione e del territorio. Se uno stato riesce ad acquisire una nuova regione, sempre quello stato rimane (es. nel 2011 il Sudan ha perso la sua parte meridionale a seguito di un referendum che portò alla nascita del Sudan del sud, in ogni caso il Sudan sempre quello è rimasto, non è cambiato nonostante la sua diminuzione in popolazione e territorio).

Quindi Conforti ritiene che la comunità territoriale non concorra alla definizione della soggettività giuridica internazionale di uno stato, anche perché dice che affinché uno stato cambi e diventi un soggetto del diritto internazionale diverso, si deve verificare un mutamento extra-costituzionale di governo, se quindi si verifica una rivoluzione che porta al governo degli insorti che si sostituiscono allo stato originario e impongono una nuova costituzione e un nuovo governo. In questi casi abbiamo un sovvertimento dell'ordine costituito, un mutamento estero costituzionale-rivoluzionario che incide sia sull'indipendenza giuridica, sulla costituzione dello stato sia sul governo che esercita il potere d'imperio effettivo. Però la comunità territoriale, fa notare Conforti, rimane invariata e allora non rileva per la definizione della statualità.

Cassese e Focarelli (allievo di Conforti) non sono d'accordo, loro danno importanza alla comunità territoriale, se è vero che uno stato è tale se è indipendente ed esercita un potere d'imperio effettivo, questo potere d'imperio effettivo lo dovrà esercitare sul qualcuno, se manca una comunità territoriale su chi governa? Partendo da questo presupposto si dà rilievo alla comunità territoriale.

Come anche diceva l'art. 1 della convenzione di Montevideo si ritiene che la comunità territoriale sia il terzo e ultimo elemento costitutivo.

Che cosa s'intende per comunità territoriale?
Con comunità territoriale si intende l'insieme del territorio e della popolazione

Con *popolazione* si intende l'insieme di tutti gli individui che si trovano nel territorio di uno stato e che sono sottoposti al potere d'imperio dello stato in questione (deve rispettare le leggi dello stato, rispondere all'autorità giudiziaria dello stato...). Quindi la popolazione include sia cittadini che stranieri, mentre sono esclusi dalla definizione di popolazione i cittadini che vivono all'estero, perché quest'ultimi sono sottoposti al potere d'imperio di un altro stato.

Con *territorio* si intende la terraferma, il suolo su cui uno stato esercita il suo potere d'imperio. Il territorio di uno stato è delimitato da confini. In altre parole, è il suolo delimitato da confini su cui uno stato può esercitare il suo potere d'imperio.

Riconoscimento degli stati

Riconoscimento: quell'atto formale, diplomatico con cui uno stato riconosce un altro stato; quindi, riconosce l'altro soggetto del diritto internazionale come stato, come suo pari. Si sostanzia in una lettera che il Presidente della Repubblica o il sovrano invia ad un altro stato, oppure con un omaggio alla bandiera dell'altro stato e così via.

Nel passato si pensava che il riconoscimento fosse ***costitutivo***, cioè che senza il riconoscimento uno stato non potesse essere soggetto del diritto internazionale. Nel passato erano solo gli stati europei che potevano ammettere alla società internazionale altri stati, tant'è che in un primo momento stati come la Cina, il Giappone (entrato nel corso dell'800) e l'Impero Ottomano non facevano parte della comunità internazionale.

Secondo un'altra teoria del riconoscimento ***dichiarativo***, il riconoscimento sarebbe un atto politico oltre che diplomatico, che non incide sulla soggettività giuridica internazionale di uno stato. Quindi il riconoscimento degli altri stati non è necessario, anche se non è riconosciuto dalla maggior parte degli stati è comunque uno stato, un soggetto del diritto internazionale nella misura in cui sono presenti i tre elementi: effettività, indipendenza e comunità territoriale.
Questo dissidio costitutivo-dichiarativo oggi non si pone più: la dottrina contemporanea nel 2023 è definitivamente convinta che il riconoscimento sia politico; quindi, segue la teoria dichiarativa (il cambiamento è avvenuto per prassi dalla fine della WW1), mentre la dottrina del diritto costitutivo è stata sconfessata.

Quali sono i motivi?

1. Perché non si può far dipendere da un atto diplomatico una situazione che di fatto esiste già *("il diritto nasce dal fatto"),* prima esiste uno stato in via di fatto poi viene il diritto.

2. Secondo la dottrina del diritto costitutivo si richiedono allo stato alcune condizioni per essere riconosciuto internazionalmente (es. il rispetto dei diritti umani, assetto democratico, il rispetto della pace, il rispetto della rule of law…). Questa è una contraddizione: per garantire il rispetto di tutte queste cose prima deve esserci uno stato. Peraltro, l'esigenza di questi requisiti è smentita dalla prassi, oggi nella comunità internazionale la maggior parte degli stati che non è democratico e non rispetta i diritti umani.

3. Se il riconoscimento fosse costitutivo ci sarebbe un'asimmetria, si determinerebbe una sorta di "razzismo" nella comunità internazionale, perché alcuni stati si arrogherebbero il potere di determinare se altri stati sono tali.

4. La soggettività deve essere necessariamente *erga omnes*

Riconoscimento dichiarativo: per essere riconosciuto come stato ai sensi del diritto internazionale, è sufficiente che lo stato abbia i requisiti dell'effettività, indipendenza e della comunità territoriale.

Nella prassi esistono due forme di riconoscimento:

- riconoscimento ***de iure***: se uno stato riconosce formalmente un altro stato con un atto diplomatico (invia propri diplomatici, apre proprie sedi diplomatiche).
- riconoscimento ***de facto***: si ha quando uno stato riconosce un altro non formalmente, quindi senza un atto diplomatico, ma per il fatto stesso che intrattiene relazioni con quello stato, ci coopera (es. se uno stato commercia con un altro senza averlo mai riconosciuto). Alcuni esempi sono Spagna e Kosovo o USA-Taiwan

Quindi quali sono le differenze?
Nel caso di riconoscimento *de facto* si può "tornare indietro": uno stato può cessare a propria discrezione di intrattenere rapporti politici ed economici con un altro stato, mentre per il riconoscimento *de iure* vale il principio dell'***estoppel***, ovvero non si può tornare indietro dopo aver riconosciuto *de iure* un altro stato. Si può tuttavia procedere col disconoscimento.

Il disconoscimento
In italiano il disconoscimento può sembrare l'opposto del riconoscimento: in realtà il disconoscimento è una sorta di sanzione che si può decidere di applicare nei confronti di uno stato quando ad esempio non si vogliono riconoscere i suoi atti, ma non per disconoscere l'esistenza stessa dello stato.
Il disconoscimento consiste nel negare all'interno di un ordinamento statale effettività all'atto compiuto da un altro stato, perché si ritiene che quell'altro stato non avrebbe potuto compierlo (es. quanto avviene con i territori occupati). Il disconoscimento non è il contrario del riconoscimento.

Il riconoscimento prematuro
Per prassi si è fermato il divieto al riconoscimento prematuro, ovvero fino a quando uno stato non si è formato completamente in via di fatto, allora un altro stato non lo può riconoscere, almeno *de iure*. Se lo facesse si implicherebbe la violazione di una delle regole strutturali, fondamentali del diritto internazionale, che è il divieto di ingerenza negli altrui affari interni.

La soggettività della Santa Sede e dell'Ordine di Malta

La Santa Sede e l'Ordine di Malta sono due enti che hanno uno status particolare nel diritto internazionale; la Santa Sede può essere ritenuta soggetto del diritto internazionale (l'unico sprovvisto di una comunità territoriale). Invece l'Ordine di Malta secondo alcuni è un soggetto ma secondo il professore non è un soggetto del diritto internazionale.

La Santa Sede è stata uno stato a tutti gli effetti fino al 1870, cioè fino alla Breccia di Porta Pia. Fino al 1870 la Santa Sede era al tempo stesso organo di governo dei cristiani del mondo ma anche vero e proprio stato, che governava sull'Italia centrale, sulla Toscana, l'Abruzzo, il Lazio, l'Umbria, le Marche e una parte dell'Emilia-Romagna, la Romagna più che altro. Dopo il 20 settembre del 1870 la Santa Sede ha cessato di esistere come comunità territoriale ma ha continuato a esistere come organo di governo della cristianità mondiale. Dobbiamo aspettare i patti lateranensi del 1929 per la nascita della Città del Vaticano, che è nata grazie a una concessione dello stato italiano.
Quindi dal 1929 esiste la Città del Vaticano (stato vero e proprio, assolutamente indipendente ed effettivo) che non va confuso con la Santa Sede (organo di governo dei cristiani nel mondo):

La Santa Sede in realtà, al pari della Città del Vaticano e degli altri stati, risponde ai requisiti di effettività e originarietà: ha un proprio diritto (canonico), ha una propria costituzione, è una monarchia assoluta e pone in essere degli atti che vengono recepiti come obbligatori dalla cristianità;
tuttavia, la Santa Sede manca di una comunità territoriale, non ha un vero proprio territorio né dei veri propri cittadini. *Su chi esercita allora il suo imperio?* Sull'insieme dei fedeli, dei cristiani nella misura che questi vogliano o meno.

Come si fa a dimostrare a maggior ragione che la santa sede è un soggetto del diritto internazionale?

- Stipula trattati internazionali
- Esercita il diritto di legazione attivo e passivo (invia e riceve rappresentanti diplomatici)
- Gode dell'immunità dalla giurisdizione civile degli stati stranieri

Questa divisione potrebbe portare a trattare in maniera diversa con l'una e con l'altra?
Certo, ci si relaziona in modo diverso: sono due enti distinti dal punto di vista internazionale che hanno al vertice lo stesso sovrano, che è appunto il Papa. Dunque, non si possono seguire due linee politiche differenti, però la Santa Sede può essere parte di trattati o è osservatore in alcune organizzazioni internazionali, mentre non lo è la Città del Vaticano.

Si può dire che lo stesso valga per l'Ordine di Malta?
La soggettività dell'ordine di Malta è ancora dibattuta. L'Ordine di Malta nasce all'epoca delle crociate in Terrasanta e sempre qui è riuscito a formare un proprio stato. Poi viene scacciato dagli ottomani e si ritira nell'isola di Cipro, poi a Rodi e infine a Malta, per rimanerci come governo fino al 1803, anno in cui l'Ordine di Malta venne scacciata da Malta da Napoleone. Da allora l'ordine ha perso la propria comunità territoriale, ovvero l'isola di Malta. D'allora i cavalieri di Malta hanno cominciato a vagare in Europa, fin quando si sono stabiliti a Roma, dove hanno due sedi, la villa sull'Aventino e la sede ufficiale in via Condotti.
Non è un soggetto internazionale per un motivo principale: è vero che ha un certo grado di effettività, (nel senso che riesce a governare i cavalieri e le dame che ne fanno parte), ma non si può proprio parlare di indipendenza, perché la costituzione melitense (maltese è quella dello stato di Malta) riconosce la superiorità del papa e fa riferimento al diritto canonico; quindi, sostanzialmente sottomette l'Ordine di Malta alla Santa Sede. Manca, quindi, quell'indipendenza giuridica che invece dovrebbe esistere per poter parlare di soggettività dell'Ordine di Malta.

Si potrebbe dire che l'Ordine di Malta, come la Santa Sede, stipula trattati, esercita la legazione attiva e passiva, pone l'immunità. In realtà non è così: queste attività sono limitate (l'Ordine di Malta non ha mai stipulato alcun trattato multilaterale) e solo bilaterali in forma semplificata. Anche quando viene riconosciuta la sua immunità avviene sulla base di un retaggio storico, di una sorta di "cortesia" e non perché effettivamente è al pari di uno stato e goda l'immunità di fronte ai giudici di uno stato straniero.

Gli insorti

Insorti: Gruppo insurrezionale in lotta contro lo stato che nel corso di una **guerra civile** riesce ad acquisire il controllo di una determinata **comunità territoriale** insediandovi una forma di governo indipendente ed effettivo.

Quindi affinché si venga a creare un gruppo insurrezionale e affinché si possa parlare di insorti come soggetti del diritto internazionale occorre trovarsi in un contesto specifico (guerra civile), ossia una cornice in cui si applica il diritto internazionale umanitario.

Diritto internazionale umanitario: insieme di regole che disciplinano la conduzione delle ostilità nel corso di una guerra interna o internazionale.

I conflitti armati internazionali sono oggi regolati principalmente dal diritto internazionale consuetudinario (codificato all'interno delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949). È quindi nel corso di una guerra civile che un gruppo insurrezionale può acquisire la soggettività giuridica internazionale. Per acquisire quest'ultima gli insorti devono avere quei tre elementi che noi abbiamo già studiato parlando dello stato:

1. Effettività
2. Originarietà
3. Comunità territoriale

Di questi tre elementi, quando abbiamo parlato dello stato, abbiamo visto che i due elementi preponderanti che nessuno mette in discussione sono effettività e originarietà. Abbiamo visto anche che nella tesi di Conforti, che nega il rilievo della comunità territoriale, i primi due elementi di effettività e originarietà persistono, e invece, per quello che riguarda gli insorti, l'elemento preponderante è il terzo, la comunità territoriale.

Affinché gli insorti acquisiscano la soggettività giuridica internazionale occorre che essi controllino una comunità territoriale. Quindi i ribelli che insorgono contro lo stato, fino a quando non controllano una comunità territoriale (un territorio e degli individui) non sono dei soggetti del diritto internazionale ma sono dei soggetti di diritto interno contro i quali lo stato può agire come crede.

E quindi nel caso delle Repubbliche del Donbass? Il professore non sa se si possa parlare di gruppo insurrezionale, essendo una guerra internazionale e non civile. E non sa se il Donbass si sia dato la propria carta costituzionale o sia governato (come dovrebbe esserlo la parte di Donbass occupato dalla Russia) secondo il diritto russo.

Quando finisce il diritto internazionale e inizia il diritto internazionale umanitario? A rigore la risposta è mai, perché il diritto internazionale umanitario è una parte del diritto internazionale: il diritto internazionale umanitario è il diritto che si applica soltanto nei contesti di guerra (IUS IN BELLO), ma fino a quando non scoppia la guerra, che può essere internazionale o interna, vige lo IUS AD BELLUM, che è il diritto che si applica prima che scoppino le ostilità e che in passato era molto più articolato mentre oggi è molto più semplice, nel senso che oggi vige il divieto di uso della forza, anche perché il potere di usare la forza è completamente accentrato nelle mani del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (secondo il diritto internazionale di oggi). Un punto importante da fissare: il diritto internazionale umanitario NON è il diritto dei diritti umani, che è invece la tutela internazionale dei diritti umani.

La soggettività giuridica internazionale degli insorti si basa - grosso modo - sugli stessi elementi che definiscono la soggettività dello stato anche se con un diverso rilievo e una diversa distribuzione del rilievo di questi tre elementi. Però la soggettività giuridica internazionale degli insorti è provvisoria e parziale; quindi, si differenzia da quella degli stati, che hanno una soggettività piena.

- PROVVISORIA, perché se il movimento insurrezionale fallisce viene meno la soggettività, quindi gli insorti non possono rimanere tali per sempre. L'insurrezione può avere due esiti: o l'insurrezione viene repressa oppure gli insorti si sostituiscono al governo dello stato e quindi riescono a controllare l'intera comunità territoriale dello stato e quindi diventano governo. Però in entrambi i casi la soggettività degli insorti si estingue:

- Nel primo caso perché se gli insorti vengono repressi e non riescono più a controllare la comunità territoriale di cui in precedenza avevano assunto il controllo, allora tutto torna nell'ordine delle cose e lo stato riesce nuovamente a riportare il suo controllo su tutta la comunità territoriale e gli insorti che avevano operato come soggetto del diritto internazionale per un mese si estinguono;

- Nel secondo caso invece gli insorti si estinguono perché diventano stato: gli insorti riescono ad ottenere il loro obiettivo, ad avere la meglio contro il governo legittimo al quale si sostituiscono e quindi diventano stato. Ciò significa che gli insorti in quanto tali perdono la soggettività perché sono diventati stato, ecco perché in ogni caso la soggettività internazionale degli insorti è provvisoria mentre quella dello stato è infinita: uno stato potrebbe esistere per sempre.

- PARZIALE: la soggettività degli insorti oltre ad essere provvisoria è anche parziale, dal momento che agli insorti non si applicano tutte le regole del diritto internazionale ma soltanto alcune di esse (regole del diritto internazionale umanitario, regole relative alla stipulazione di alcuni trattati legati al loro status di insorti, ricevere agenti diplomatici entro certi limiti, regole sul trattamento degli stranieri…). Il punto è che lo stato è un soggetto pieno del diritto internazionale, gli insorti essendo dei soggetti provvisori sono di conseguenza anche parziali; di conseguenza è la loro provvisorietà che ne determina anche la parzialità.

Responsabilità degli insorti

Il problema principale che si è posto ed è stato studiato dalla dottrina - proprio in connessione con il carattere provvisorio e parziale della soggettività degli insorti – è il problema della responsabilità. La responsabilità si ha quando un soggetto del diritto internazionale viola una norma internazionale. Dunque, perché si possa parlare di responsabilità occorrono due elementi:

- il primo è che sia violata una norma internazionale
- il secondo è che questa violazione sia stata posta in essere da un soggetto del diritto internazionale.

Per gli insorti c'è un problema a sé stante, perché la soggettività degli insorti è provvisoria e parziale, ma se la soggettività degli insorti ad un certo punto si estinguerà, a chi devono essere quotati gli atti illeciti e le violazioni che gli insorti nel corso della loro vita possono commettere? A questa domanda ci sono due risposte a seconda dell'esito dell'insurrezione:

1. Se L'INSURREZIONE FALLISCE allora gli insorti sono considerati alla stregua di privati e non ingenerano la responsabilità dello stato.

2. Se L'INSURREZIONE HA SUCCESSO gli insorti, che ora governano lo stato, diventano responsabili sia degli atti illeciti compiuti dagli stessi insorti, sia dal precedente governo, "come l'eredità con i debiti". C'è logica giuridica in tutto ciò, perché gli insorti che diventano stato sono sostanzialmente la continuazione del gruppo insurrezionale, è come se ci fosse una continuazione. Ad esempio l'Unione Sovietica dopo l'insurrezione del 1917 non voleva rispondere sul piano internazionale di eventuali illeciti commessi dalla Russia Zarista anche nel corso della Prima Guerra Mondiale, ma l'*opinio* generale degli altri stati fu unanime, ossia che l'Unione Sovietica (gruppo di ribelli che aveva preso il potere sconfiggendo lo stato legittimo degli zar) avrebbe dovuto rispondere sia degli atti illeciti commessi nel corso della guerra civile contro la Russia zarista (perché era la continuazione del gruppo insurrezionale

solo che ora aveva preso il potere) sia degli atti illeciti commessi dalla Russia Zarista nelle sue relazioni con gli altri Stati, perché adesso era quello il Governo dello Stato.

Questa regola di "successione con debiti" ha una logica giuridica che si trova nell'ART. 10 DARSIWA, una regola codificata (DARSIWA = Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts → Progetto di Articoli sulla responsabilità degli stati per atti internazionalmente illeciti, comunemente chiamato progetto sulla responsabilità).

Aiuto da parte di stati terzi.

Se gli terzi stati aiutassero gli insorti e stipulassero un accordo, questi accordi sarebbero illeciti dal punto di vista del diritto internazionale: ciò che i terzi stati possono fare è giungere in soccorso dello stato legittimo. Gli stati terzi hanno il divieto di sostenere gli insorti perché violerebbe il divieto di ingerenza negli affari interni di un altro stato ma può sostenere invece il governo legittimo che lotta contro i ribelli, perché è il governo legittimamente sovrano che chiede aiuto (e dunque non c'è alcun illecito).

L'unico caso in cui gli stati terzi possono sostenere gli insorti senza violare il divieto di ingerenza negli affari interni di un altro stato è il caso in cui questi insorti lottino per l'autodeterminazione. Non bisogna confondere gli insorti con i movimenti di liberazione nazionale, che però ad un certo punto possono coincidere.

- I movimenti di liberazione nazionale sono movimenti che nascono come movimenti politici che lottano contro un governo per l'autodeterminazione: questi movimenti rimangono tali (non sono soggetti del diritto internazionale) fino a quando, dopo aver imbracciato le armi, non riescono ad imbracciare in maniera effettiva e indipendente una data comunità territoriale. A quel punto il movimento di liberazione nazionale coincide con gli insorti.

- Ma gli insorti non sempre lottano per l'autodeterminazione, non sempre nascono come movimenti di liberazione nazionale. Movimenti di liberazione nazionale e insorti sono due cose distinte, ma potrebbe esserci ad un certo punto una coincidenza.

L'autodeterminazione dei popoli

Autodeterminazione: Diritto del popolo di determinare da sé la propria condizione attraverso l'indipendenza, associazione/integrazione con un altro stato o autonomia all'interno dello stato originario.

Questa autodeterminazione può realizzarsi in tre modi diversi:

1. Attraverso l'acquisizione dell'indipendenza di chi lotta per l'autodeterminazione (il caso di un movimento di liberazione nazionale che lotta per l'autodeterminazione, riesce a controllare una certa porzione di territorio e creare lì un territorio indipendente, e non gli importa di sostituirsi allo stato originario e gli importa invece che quella regione sia indipendente);

2. Staccandosi da uno stato per attaccarsi ad un altro (trasferimento di comunità territoriale);

3. Può realizzarsi anche all'interno dello stesso stato dentro al quale il movimento di liberazione nazionale lotta.

Il punto centrale dell'autodeterminazione è "il diritto del popolo di determinare da sé la propria condizione giuridica nel diritto internazionale".

Ma cos'è il popolo che lotta per questa autodeterminazione? Il popolo coincide un po' con la nazione: insieme di individui che hanno certe caratteristiche in comune, linguistiche, culturali, religiose (etc.) e nel momento in cui questo popolo viene maltrattato dallo stato sovrano, esso può lottare per la sua autodeterminazione e pretendere di autodeterminarsi.

I popoli sono beneficiari del diritto all'autodeterminazione ma non ne sono i titolari, perché i titolari del diritto soggettivo all'autodeterminazione sono tutti gli stati. Si tratta di rapporti soggettivi intercorrenti in maniera esclusiva tra gli stati: quindi la logica conseguenza è che non esiste un rapporto giuridico internazionale tra il popolo che lotta per l'autodeterminazione e lo stato che lo opprime.

Ciò che è importante cogliere è che l'AUTODETERMINAZIONE non è solo un diritto del popolo che lotta, ma è un diritto di tutti gli stati e di conseguenza **è un obbligo che ciascuno stato ha nei confronti di tutti gli altri stati.** Questo perché l'autodeterminazione dei popoli appartiene alla categoria degli obblighi ERGA OMNES (obbligo che ciascuno stato ha nei confronti di tutti gli altri stati del mondo e alla cui violazione potranno reagire tutti gli stati anche se non sono lesi direttamente) e di IUS COGENS, ossia un diritto cogente, inderogabile, **una norma a cui non si può derogare**.

Se l'obbligo è invece SINALLAGMATICO, l'obbligo si basa su un *do ut des* (come succede nei contratti del diritto interno) allora a reagire a quella eventuale violazione può essere soltanto il beneficiario del diritto corrispondente all'obbligo.

Quando si parla per la prima volta di autodeterminazione dei popoli per la prima volta nella storia delle relazioni internazionali? Con Wilson. Possiamo dire che l'autodeterminazione dei popoli si imposta come norma cogente e obbligo *erga omnes* del diritto internazionale orientativamente subito dopo la Prima Guerra Mondiale: quindi negli anni '20.

Il principio di autodeterminazione dei popoli è irretroattivo, significa cioè che l'autodeterminazione dei popoli non può applicarsi a quelle situazioni territoriali che si sono cristallizzate prima che la stessa autodeterminazione dei popoli venisse ad esistenza come norma del diritto internazionale.

Per applicare il principio dell'autodeterminazione dei popoli, dobbiamo fare una distinzione tra autodeterminazione esterna ed autodeterminazione interna:

- Autodeterminazione esterna: significa la possibilità che il popolo che lotta per l'autodeterminazione si separi del tutto dallo stato contro cui lotta, per costituire uno stato indipendente oppure per integrarsi con un altro stato; può essere legittimamente invocata in uno dei tre casi seguenti:
    - Si deve trattare di un popolo sottoposto a dominazione coloniale (es. isole Chagos)
    - Un popolo o territorio conquistato e occupato con la forza bellica (es. Qwait)
    - Un territorio o un popolo in cui vige un regime di apartheid o di segregazione razziale (es. Sudafrica)

- Autodeterminazione interna: se l'obiettivo del popolo che lotta per l'autodeterminazione è ottenere maggiore autonomia all'interno dello stato in cui già si trova, decidere liberamente e dare legittimità democratica al proprio governo. Autodeterminazione interna vuol dire autonomia all'interno dello stato centrale ma non vuol dire secessione e indipendenza. Anzi, come ha chiarito la Corte Suprema del Canada nel caso del Québec, con il famoso parere del 20 agosto del 1998, la secessione non può essere un rimedio all'autodeterminazione interna. Quando un popolo non si trova in una delle tre condizioni descritte prima, quando dunque non si trova sotto dominazione coloniale, occupazione straniera o regime di apartheid, non può lottare per l'indipendenza (per fare la secessione dal proprio stato) ma può lottare soltanto per avere forme di autodeterminazione nello stato in cui si trova.

Il principio di autodeterminazione dei popoli è una norma non scritta che però ha trovato accoglimento in diverse norme scritte:

- Art.1 par 2 e Art.55 Carta delle Nazioni Unite;
- Art.1 Patto sui Diritti Civili e Politici e Art.1 Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Comune ai due patti Onu sui Diritti Umani 1966;
- Art.20 e 21 della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli;

Le organizzazioni internazionali

L'unico soggetto che gode di soggettività piena è lo stato. La Santa Sede è un soggetto *sui generis*, gli insorti godono di una soggettività provvisoria e parziale mentre le organizzazioni internazionali godono di una soggettività funzionale.

Le organizzazioni internazionali come noi le intendiamo oggi nascono nel XX secolo ma già nel 19° secolo si erano venuti ad affermare enti simili alle organizzazioni internazionalmente che, però, non potevano essere definite come organizzazioni: le unioni tecniche.

Nel 1839 si cercò di regolare la questione della navigazione lungo il fiume Danubio, e venne creata una vera e propria unione tecnica, la commissione per il Danubio, che si occupava di regolare la navigazione da parte delle imbarcazioni battenti bandiera di uno stato che non si affacciava sul Danubio. Queste commissioni hanno avuto molto successo, funzionavano molto bene e svolgevano attività che altrimenti il singolo stato non avrebbe potuto svolgere. Alcune di queste unioni esistono ancora oggi, altre si sono evolute e sono oggi delle vere e proprie organizzazioni internazionali (es. l'Istituto internazionale per l'agricoltura oggi si è evoluto nella FAO; l'Istituto di igiene pubblica si è evoluto nell'OMS…). Queste unioni tecniche non possono essere definite, tuttavia, come organizzazioni internazionali poiché non dotate di soggettività internazionale: gli atti, infatti, erano simultaneamente attribuibili ai suoi stati membri e non all'unione tecnica in sé. Anche sul piano della responsabilità vigeva la stessa regola, qualsiasi atto immesso dall'unione tecniche non era imputabile all'unione tecnica ma contemporaneamente a tutti i suoi stati membri.

Questa è la differenza principale: l'unione tecnica non era un soggetto internazionale perché a essa non erano imputabili le situazioni giuridiche soggettive, ossia i diritti e obblighi, e di conseguenza non poteva neanche violare diritti e obblighi. Le situazioni giuridiche soggettive e gli illeciti erano imputati in contemporanea ai membri dell'unione tecnica.

Nel 1919 nascono le prime due organizzazioni internazionali: la Società Delle Nazioni e la Società Internazionale Del Lavoro. Che le organizzazioni internazionali fossero soggetti del diritto internazionale, ad ogni modo, è stato chiarito solo dagli anni 50, anzi nel 1949, quando la Corte Internazionale di giustizia ha emesso il famosissimo parere Bernadotte. Solo allora le organizzazioni internazionali sono state riconosciute come soggetti internazionali.

Possiamo distinguere tra:

- Organizzazioni universali: si pongono come obiettivo quello di avere come propri membri tutti gli stati del mondo (es. ONU, OMS, FAO, UNESCO, OIL, OMS...)

- Organizzazioni regionali: aperte solo alla membership degli stati appartenenti a una certa regione geografica del mondo (es. il Consiglio di europeo, l'UE, l'Unione degli stati africani…)

Oppure

- Organizzazioni sub-regionali (es. la REX, regional economic communities…)

- Organizzazioni interregionali: aperte soltanto a stati appartenenti a due regioni del mondo (es. NATO, aperta agli stati europei e dell'America, ai due stati atlantici)

O anche in base alle competenze che hanno:

- Organizzazioni internazionali a competenze settoriali, che hanno vocazione internazionale ma con competenza soltanto in un certo ambito (es. OMC, è un'organizzazione internazionale ma con competenza settoriale: il commercio, l'Unesco, OMS...)

- Organizzazioni internazionali a competenze generali (es. ONU)

Le organizzazioni possono anche essere distinte tra organizzazioni di cooperazione e di integrazione

- Organizzazione di integrazione: hanno come obiettivo di lungo periodo l'integrazione degli stati membri, la creazione di una federazione di (es. l'unione europea è di integrazione economica perché ha competenze soprattutto in materia economica, di integrazione perché ha un obiettivo federalista di lunghissimo periodo, di creare un unico stato federale)

- Organizzazioni di cooperazione: create dagli stati con la volontà di perseguire un certo obiettivo, senza aspettarsi che l'obiettivo si evolva

Soggettività delle organizzazioni internazionali

A differenza degli stati (che vengono in via di fatto prima del diritto), le organizzazioni internazionali hanno una base giuridica, sono ordinamenti derivati perché l'esistenza di un'organizzazione internazionale ha come presupposto l'esistenza di stati: sono gli stati (soggetti primari) che tramite un trattato creano l'organizzazione internazionale (soggetto derivato).

L'unico soggetto che gode di soggettività piena è lo stato. La Santa Sede è un soggetto *sui generis*, gli insorti godono di una soggettività provvisoria e parziale mentre le organizzazioni internazionali godono di una soggettività funzionale (soggetti limitatamente alle competenze a esse attribuite nel trattato costitutivo e a patto che esercitino effettivamente quelle competenze).

Gli elementi costitutivi della soggettività delle organizzazioni internazionali sono due: il trattato istitutivo e l'effettività.

- TRATTATO ISTITUTIVO: è l'atto di nascita di un'organizzazione internazionale. Si tratta di trattati normalissimi, regolati dalle regole del diritto internazionale sui trattati. Non è solo importante perché gli stati stabiliscono la nascita dell'organizzazione internazionale, ma è importante anche perché all'interno del trattato istitutivo sono previste le competenze che gli stati intendono attribuire all' organizzazione internazionale.

- EFFETTIVITÀ: è necessario il requisito dell'effettività, occorre che le organizzazioni internazionali esercitino effettivamente le competenze a lei attribuite all'interno del trattato costitutivo, perché se a lei vengono attribuite ma lei non le esercita allora non può essere ritenuta soggetta del diritto internazionale.

La soggettività internazionale delle organizzazioni internazionali è emersa anche via via nella giurisprudenza internazionale.

Per esempio, è molto famosa una sentenza resa dalla Corte di Cassazione dal regno d'Italia nel 1931: *sentenza del caso Profili*. Profili contro l'istituto internazionale di agricoltura, sede a Roma. La corte di cassazione spiega perché deve riconoscere l'immunità dell'istituto internazionale di agricoltura. Profili era un impiegato dell'istituto internazionale di agricoltura e lamentava di essere stato licenziato ingiustamente; quindi, ha fatto causa contro l'istituto davanti al giudice di Roma (nell'ordinamento italiano esistono 3 gradi di giudizio: primo grado è il tribunale, secondo grado è la corte d'appello e terzo grado è la Corte di Cassazione). Il signore Profili va al tribunale civile di Roma, ma il giudice del lavoro riconosce l'immunità dell'Istituto Internazionale di agricoltura; va davanti alla corte d'appello di Roma che riconosce sempre l'immunità dell'istituto; il signor Profili va davanti alla cassazione dell'allora Regno d'Italia e ancora una volta l'istituto internazionale di agricoltura invoca la sua immunità, immunità che viene nuovamente riconosciuta dalla Corte di Cassazione che però spiega perché ha questo difetto di giurisdizione→ perché deve riconoscere l'immunità dell'Istituto internazionale di agricoltura? Perché "lo ritiene un soggetto del diritto internazionale dal momento che gli stati lo hanno costituito come organizzazione internazionale chiusa alla penetrazione del potere di qualsiasi stato". Probabilmente la Corte di Cassazione dell'epoca sbaglio, quasi sicuramente l'istituto internazionale di agricoltura non era un'organizzazione internazionale ma un'unione tecnica, però è interessante il ragionamento, il fatto riconoscere l'immunità a un ente diverso da uno stato perché costituito dagli stati in maniera tale da impedire la penetrazione di qualsiasi potere pubblico all'interno di quell'ente. Era come se la Corte di Cassazione del Regno d'Italia stesse anticipando in maniera involontariamente e inconsapevolmente il fenomeno dell'organizzazione internazionale.

Al di là di questo, i passi della giurisprudenza internazionale con cui la soggettività dell'organizzazione internazionale è stata riconosciuta e si è affermata sono 3: si tratta di tre pareri resi dalla Corte internazionale di Giustizia (la Corte Internazionale di Giustizia ha due funzioni: una contenziosa e una consultiva. In sede contenziosa la Corte può essere adita solo dagli stati, e quindi può conoscere ed occuparsi solo di controversie interstatali; In sede consultiva si possono chiedere pareri alla Corte che non sono vincolanti. Questi pareri possono essere chiesti da un organo delle nazioni unite oppure da un istituto specializzato, ossia un'organizzazione internazionale completamente a sé stanti ma collegate con un accordo di collegamento alle nazioni unite)

Di seguito parliamo di tre pareri richiesti alla Corte Internazionale di Giustizia che costituiscono le tre tappe fondamentali che hanno portato allo sviluppo e all'affermazione della tesi sulla soggettività funzionale delle organizzazioni internazionali, che è oggi la tesi preponderante e più accetta in dottrina:

- Caso Bernardotte (1949): Conte svedese, fratello del re di Svezia, funzionario delle Nazioni Unite che, insieme al suo segretario francese, fu inviato in Israele nel momento della nascita di Israele. In quel contesto entrambi vennero uccisi. Chi poteva rispondere in protezione diplomatica dei due funzionari? La Svezia o le Nazioni Unite? In tal senso, l'assemblea dell'ONU richiese un parere formale alla Corte Internazionale di Giustizia, che si trovò nella situazione di dover determinare se l'ONU fosse o meno un'organizzazione internazionale (solo i soggetti del diritto internazionale possono intervenire in protezione diplomatica). Il responso fu che l'ONU venne dichiarato soggetto funzionale del diritto internazionale.

- Accordo OMS – Egitto (1980): Per individuare la propria sede fisica, un'organizzazione internazionale deve stipulare con uno stato un accordo di sede. L'OMS originariamente aveva la propria sede in Egitto. Da qui nacque una controversia circa l'applicazione dell'accordo di sede. Non potendo la Corte Internazionale di Giustizia intervenire in via preliminare, fu utilizzato l'escamotage di chiedere un parere, che nonostante non fosse vincolante l'Egitto si impegnò a rispettare. Questo parere

sentenziò che l'OMS era un'organizzazione internazionale e godeva di soggettività internazionale. Non solo: la corte riconobbe la soggettività di tutte le organizzazioni internazionali, confermando che le organizzazioni internazionali da un lato non sono stati ma nemmeno unità tecniche, sono degli enti autonomi ai quali possono essere imputate delle situazioni critiche soggettive, sono indipendenti dagli stati costituiti però per volontà degli stati e in base al principio delle competenze e attribuzioni hanno voluto attribuire delle competenze alle organizzazioni con il trattato istitutivo, e le organizzazioni quindi sono soggetti nella misura in cui esercitino effettivamente quelle competenze.

- Parere sulle armi nucleari (1996): L'OMS richiese un parere sull'uso o sulla minaccia dell'uso di armi nucleari. La Corte Internazionale di Giustizia si rifiutò di dare il parere, appellandosi al fatto che le organizzazioni internazionali sono soggetti funzionali del diritto internazionale, cioè le organizzazioni sono soggetti limitatamente alle funzioni che vengono ad esse attribuite e la corte dice che l'OMS non aveva competenze in materia di armi nucleari.

I trattati possono essere modificati con emendamenti o revisioni. Gli emendamenti sono modifiche di piccola importanza, mentre le revisioni sono di maggiore importanza. Quindi, quando si vogliono attribuire nuove competenze o togliere alcune competenze all'organizzazione internazionale si possono revisionare i trattati istitutivi ampliando ad esempio le competenze dell'organizzazione.

Similitudini tra la soggettività dello Stato e la soggettività delle Organizzazioni Internazionali:

- L'effettività
- L'efficacia *erga omnes* della soggettività, cioè se uno stato o un'organizzazione sono soggetti del diritto internazionale tutti devono riconoscerli come tali e quindi il riconoscimento della soggettività dell'organizzazione internazionale ha valore dichiarativo, così come ha valore dichiarativo il riconoscimento dello stato; mentre il riconoscimento non ha valore costitutivo per nessuno dei due.
- L'indivisibilità. Così come al diritto internazionale non interessa l'articolazione interna dello Stato, allo stesso modo al diritto internazionale non interessa l'articolazione interna dell'organizzazione internazionale.

Esistono poi delle differenze tra Stato e Organizzazione Internazionale.

1) Lo stato ha una capacità giuridica piena, è titolare di tutte le situazioni giuridiche soggettive, mentre invece l'organizzazione internazionale soltanto di quelle inerenti alle proprie competenze (soggettività funzionale)
2) L'organizzazione internazionale è un ordinamento derivato mentre invece lo stato è un ente che viene ad esistere in via di fatto, in via storico-politica;
3) La comunità territoriale, l'organizzazione internazionale non governa una comunità territoriale, invece lo stato sì.

Come si manifesta la soggettività delle organizzazioni internazionali? In molti modi:

- Lo *ius contraendi*, ovvero il diritto/capacità di stipulare trattati soltanto nell'ambito di loro competenza.
- L'esercizio della legazione attiva e passiva
- Generazione di responsabilità internazionale.
- Possibilità di entrare in controversia con gli stati (es. OMS – Egitto)
- Possibilità di godere di immunità (improcedibilità di fronte ad un giudice interno) e privilegi
- Agire in protezione diplomatica dei propri funzionari

La soggettività sopradescritta è una soggettività di diritto internazionale, ma le organizzazioni internazionali possono essere soggetti di diritto interno e quindi godere di soggettività interna. A cosa serve riconoscere in un ordinamento interno un'organizzazione internazionale? Per questioni "quotidiane": l'organizzazione

internazionale ha così la possibilità di intervenire o agire all'interno di quell'ordinamento (anche banalmente per poter organizzare un evento, un buffet, fare contratti di compra-vendita ecc.).

Anche nel caso delle organizzazioni internazionali esistono enti che sono riconosciuti giornalisticamente come organizzazioni internazionali, ma che nei fatti non lo sono. Ad esempio, l'OSCE, non avendo un trattato istitutivo, non è un'organizzazione internazionale; idem il G8, G20, le ONG (organizzazioni costituite secondo il diritto interno di uno stato e finanziate privatamente, agiscono in più stati ma a differenza delle multinazionali non hanno scopo di lucro), la Croce Rossa, le unioni tecniche. Non sono organizzazioni internazionali, inoltre, federazioni e confederazioni.

Soggettività internazionale degli individui

Secondo il professore, l'individuo non è soggetto del diritto internazionale. Fino ad un po' di tempo fa era una certezza, ma adesso molti studiosi non credono sia così e la maggior parte dei professori sono convinti della soggettività dell'individuo al diritto internazionale.

Tesi a favore della soggettività internazionale dell'individuo

1) Norme convenzionali e consuetudinarie in materia di diritti umani e gli investimenti internazionali.

Sostanzialmente si dice che queste norme pongono degli obblighi in capo agli stati a cui corrispondono dei diritti di cui gli individui sono direttamente titolari. I fautori della soggettività dell'individuo sostanzialmente scindono la situazione giuridica soggettiva, separando il diritto dall'obbligo, sostenendo che il titolare dell'obbligo è lo stato, mentre il titolare del corrispondente diritto è l'individuo.

> *Per esempio, l'obbligo di non tortura sarebbe composto dall'obbligo di non torturare (che sarebbe in capo agli stati) e il diritto di non essere torturato (di cui gli individui sarebbero titolari).*

Secondo questi autori gli individui detengono un potere di azione, per far valere i loro diritti nel caso in cui questi fossero violati; sostenendo che gli individui che vedono violati i loro diritti umani o di investimento etc. si possano rivolgere a corti internazionali o simili.

In materia di diritti umani esistono poche norme consuetudinarie (es. divieto di tortura, di schiavitù, tutela della vita…), mentre sono molti i diritti umani previsti a livello convenzionale, quindi a livello di trattati. La dottrina alla quale stiamo facendo si chiama dottrina del Drittwirkung, una dottrina tedesca che sostiene che i trattati devono essere applicati anche nei rapporti interindividuali. Secondo questa dottrina gli individui sono obbligati a rispettare i diritti umani anche di altri individui. Questo può essere applicato anche alle norme sugli investimenti esteri. In materia di investimento sono molto più le norme convenzionali di quelle consuetudinarie. Qui i fautori della soggettività internazionale dell'individuo sostengono quello che vi ho spiegato in relazione ai diritti umani, cioè che le norme in materia di investimento etc. prevedano che ci siano dei diritti in capo all'individuo (in questo caso l'imprenditore), diritti a cui corrisponde un obbligo dello stato.

Se credo che i miei diritti siano stati violati mi rivolgo ad esempio alla corte istituita dalla CEDU. Allo stesso tempo, se io sono un imprenditore e sostengo che i miei diritti di investire in argentina siano stati violati dall'Argentina, posso rivolgermi ad una serie di meccanismi di risoluzione di controversie che esistono

2) Diritto internazionale penale e tribunali internazionali

Si sostiene anche che l'individuo sia soggetto ad obblighi internazionali corrispondenti al divieto di commettere i cosiddetti crimini internazionali. Qualora l'individuo commetta crimini internazionali allora il comportamento dell'individuo potrebbe essere anche direttamente sanzionato ad opera della giustizia internazionale. I Crimini internazionali dell'individuo sono 3: crimini contro la pace (che si sostiene abbia commesso Putin), contro l'umanità (es. crimine di genocidio) e quelli di guerra.

Questi criminali internazionali possano essere portati a tribunali internazionali, che si occupano di crimini internazionali degli individui, come la corte penale Internazionale (istituita con lo Statuto di Roma, 1998. Chi può attivare la Corte Penale Internazionale?

- Qualsiasi stato membro, sia per crimini commessi nel suo territorio (self repellal), sia nel caso di crimini commessi altrove, nel territorio o da cittadini di un altro stato.
- *Motu proprio* dal procuratore, se il procuratore riceve una notizia di reato
- Dal consiglio di sicurezza dell'ONU

Esistono tribunali internazionali misti, composti da giudici interni ed internazionali, poi ci sono tribunali costruiti ad hoc nel '93-'94 per perseguire i crimini jugoslavi (Tribunale penale internazionale per i crimini in ex Jugoslavia) e per i crimini commessi in Ruanda.

3) Rapporto di impiego con le organizzazioni internazionali

Si dice che l'individuo sarebbe titolare di diritti ed obblighi discendenti dal rapporto di impiego con l'organizzazione internazionale. Ad esempio, se un funzionario di un'organizzazione internazionale viene licenziato, lui può fare ricorso davanti a un tribunale internazionale. Ad esempio, nell'ambito delle nazioni unite esiste il TANU, acronimo per Tribunale Amministrativo UN e dice che l'individuo che fosse licenziato dalle nazioni unite per ingiusta causa avrebbe il diritto di presentare ricorso davanti al TANU. Esistono comunque tribunali amministrativi anche per altre organizzazioni internazionali, come quello dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, che funziona anche per altre organizzazioni internazionali.

Tesi contrarie alla soggettività internazionale dell'individuo (sostenute dal professor Pascale)

1) Norme convenzionali e consuetudinarie in materia di diritti umani e gli investimenti internazionali.

Dalle norme internazionali consuetudinarie e convenzionali sugli investimenti dipendono diritti e obblighi di cui i titolari sono soltanto gli stati. Si tratta di obblighi (sia le consuetudini che i trattati) che uno stato ha nei confronti di altri stati (es. La convenzione europea per i diritti umani è stata ad esempio stipulata tra stati, non tra stati ed individui). ***Quindi come può essere che un trattato stipulato da stati preveda diritti di cui gli individui sono titolari?*** Non può essere: titolari di quei diritti sono gli stessi stati, mentre gli individui sono beneficiari dei diritti umani sanciti nei trattati e dalle norme consuetudinarie

Rimanendo sul piano sostanziale si aggiunge anche un altro tassello: gli individui non diventano beneficiari delle norme sui diritti umani perché nell'ordinamento internazionale l'individuo non ha una posizione. L'individuo diventa beneficiario di queste norme sui diritti umani e sugli investimenti dopo che gli stati si adattano a queste norme.

2) Diritto internazionale penale e tribunali internazionali

Non esistono solo corti o tribunali, esistono anche organi di controllo. La differenza è che le corti o tribunali emettono sentenze che sono vincolanti, mentre altri organi di controllo come il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, può emettere soltanto osservazioni, che non sono vincolanti ma che hanno comunque un impatto politico, sociale e mediatico. Le corti e tribunali sono istituiti per decisione degli stati, perché esiste un trattato che li istituisce. La giustizia internazionale, quindi, ha natura arbitrale, volontaristica. I tribunali permettono agli individui di ricorrere semplicemente perché gli stati lo vogliono.

- Gli organi giurisdizionali di controllo e i tribunali internazionali, anche quelli di tutela dei diritti umani, sono istituiti attraverso dei trattati; quindi, esistono in quanto gli stati lo vogliono

- I tribunali hanno valore volontaristico, anche se uno stato lo istituisce non è obbligato a sottoporsi al giudizio del tribunale. Può essere obbligato solo se accetta la competenza del tribunale, e anche se accetta la competenza del tribunale potrebbe accettarla solo per certe categorie di ricorsi, escludendo, ad esempio, quelli individuali per i quali spesso occorrono delle dichiarazioni ad hoc. Ma soprattutto lo stato può anche non attuare la sentenza internazionale perché la sentenza viene emessa in un ordinamento (quello internazionale), che è diverso da quello interno in cui si trova l'individuo.

- Gli individui non dispongono dei mezzi per pretendere l'eventuale esecuzione delle sentenze emesse da questi organi, a maggior ragione se gli organi di controllo emettono solo pareri, non sanzioni vincolanti. Nel diritto interno l'individuo può pretendere l'esecuzione della sentenza, nel diritto internazionale no.

L'obbligo di non commettere crimini internazionali ricade, di fatto, solo su una certa categoria di individui: un uomo comune non può materialmente commettere un genocidio, solo un alto rappresentante di uno Stato può farlo. Nei fatti la responsabilità dello stato e quella dell'individuo coincidono perché l'individuo che può potenzialmente commettere un crimine internazionale è quasi sempre necessariamente un organo dello stato. Il confine tra responsabilità di stato e della persona è sottile: in teoria esiste, ma nei fatti c'è una coincidenza.

4) Rapporto di impiego con le organizzazioni internazionali

Si sosteneva prima che gli individui abbiano diritti che derivano dalle organizzazioni internazionali. Ad esempio, i dipendenti delle organizzazioni internazionali hanno il diritto di non essere licenziati per ingiusta causa (diritti attinenti alla sfera lavoristica). Si risponde che l'organizzazione internazionale, nel momento in cui diviene soggetto del diritto internazionale, ha un proprio ordinamento interno. Così come ogni stato ha il suo ordinamento interno, anche l'organizzazione internazionale ha il suo ordinamento e l'individuo può essere soggetto solo all'interno dell'ordinamento dell'organizzazione internazionale e non nell'ordinamento internazionale.

Fonti del diritto internazionale

Per parlare delle varie fonti del diritto internazionale si può fare riferimento all'articolo 38 dello ***Statuto della Corte Internazionale di Giustizia***. Lo ***Statuto della Corte Internazionale di Giustizia*** è del 1945 perché è legato a una carta delle Nazioni Unite e ricalca in maniera pedissequa quello che era lo Statuto della *Corte permanente di giustizia internazionale*, all'interno del quale era presente un articolo analogo all'articolo 38.

Articolo 38

L'articolo 38 non riguarda in sé le fonti del diritto internazionale, ma riguarda il diritto applicabile (il diritto che la CIG può applicare per risolvere tutte le controversie che vengono ad essa sottoposte nell'esercizio della sua funzione contenziosa in materia di controversie interstatali). Ciò nonostante, l'articolo 38 viene comunque utilizzato a scopi didattici per riassumere le fonti del diritto internazionale.

Testo dell'Articolo 38

Parte 1
La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica:

- *Le **convenzioni internazionali**, generali o speciali (o particolari), che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite;*
- *La **consuetudine internazionale** che attesta una pratica generale accettata come diritto;*
- *I **principi generali** di diritto riconosciuti dalle nazioni civili;*
- *Con riserva della disposizione dell'articolo 59, le **decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori** più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.*

Parte 2
La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire ex aequo et bono (decidere non applicando il diritto/le norme positive, ma secondo un senso di giustizia che dovrebbe essere proprio di ogni persona "adulta") se le parti vi consentono. Mai applicato.

Parte 1 dell'Art. 38

Lettera A

Vengono menzionate le Convenzioni internazionali, sia le "*Convenzioni generali*", sia le "*Convenzioni particolari*", che stabiliscono norme espressamente riconosciute per gli Stati in lite.

Viene fatto qui riferimento ai trattati che sono vincolanti soltanto per gli stati che li hanno stipulati (per questo si dice "norme espressamente riconosciute per gli Stati in lite").

Non si sa bene cosa si intendesse con la distinzione tra *Convenzioni generali e particolari*.

- Secondo la maggior parte della dottrina si intendeva riferirsi alla distinzione tra *trattati multilaterali / bilaterali*.
- Secondo parte della dottrina, invece, la distinzione di Convenzioni è un rigurgito della vecchia teoria secondo cui esisterebbero nel diritto internazionale i traités-contrats (trattati vincolanti solo per le

parti, trattati riguardanti questioni tecniche. Corrisponderebbero a quelli che nel diritto interno sono i **contratti**) e **traités-loi** (trattati vincolanti anche stati diversi da quelli che li hanno stipulati, equivarrebbero alle leggi nell'ordinamento interno).

I trattati costituiscono il **diritto internazionale particolare**; "particolare" perché si tratta di un insieme di norme internazionali che vincolano solo gli stati soggetti del diritto internazionale che li accettano intenzionalmente.

Il diritto internazionale particolare si oppone al **diritto internazionale generale**, ovvero il diritto non scritto che vincola tutti i soggetti del diritto internazionale. Questo racchiude sia le **consuetudini (**Lettera B**)**, sia i **principi generali (**Lettera C**)**.

Lettera B
Parla della consuetudine internazionale come prova di una pratica generale accettata come diritto, quindi un comportamento percepito come vincolante. Quindi, essendo la consuetudine parte del diritto internazionale generale, essa vincola tutti i soggetti del diritto internazionale.

Lettera C
Parla dei principi generali che vengono riconosciuti dalle nazioni civili. Sono principi presi dagli ordinamenti interni degli stati per colmare le lacune dell'ordinamento internazionale, un ordinamento ancora primitivo e poco raffinato.

Lettera D
Parla delle sentenze, giurisprudenze, la dottrina degli attori più qualificati. Non sono fonti del diritto internazionale, ma semplicemente strumenti di cui la **CIG** può disporre per meglio risolvere le controversie sottoposte alla sua attenzione.

Altre fonti del diritto internazionale

Quelle contenute nell'Articolo 38 non sono tutte le fonti del diritto internazionale. Questo articolo, infatti, è stato copiato dall'Art. 38 dello Statuto della vecchia *Corte permanente di giustizia internazionale* del 1919, un'epoca in cui i trattati, le consuetudini e i principi erano effettivamente le fonti del diritto internazionale ma a cui si sono aggiunte altre fonti, che molto probabilmente esistevano già all'epoca della creazione dello Statuto (1919), ma non erano state prese in considerazione.

Altre fonti del diritto internazionale non citate dall'Art. 38:

- **Atti bilaterali degli stati**: atti che lo stato pone in essere senza che sia necessario la sussistenza di un rapporto con un altro stato. Sono atti ascrivibili ad un unico stato, però hanno la forza giuridica sufficiente a vincolare lo stato che lo emette. Esempio. la promessa del Regno Unito di restituire Hong Kong alla Cina nel 1999. Questi atti pongono obblighi per lo Stato che li pone in essere, diritti per gli stati terzi rispetto a questo atto. Gli atti bilaterali esistevano già nel 1919.
- **Fonti di terzo grado** (che non esistevano ancora nel 1919), sono principalmente gli atti delle organizzazioni internazionali. Gli atti delle organizzazioni internazionali sono fonti di terzo grado perché si considerano fonti di primo grado le consuetudini, di secondo grado i trattati e quelli derivanti dai trattati, di terzo grado.
- ***IUS COGENS***: è il diritto consuetudinario, il diritto non scritto al quale non si può derogare. Sono norme consuetudinarie imperative.

Gerarchia delle fonti diritto internazionale

Nel diritto interno di ciascuno Stato c'è una gerarchia delle fonti. Ad esempio, si parla di una gerarchia delle fonti interne italiana **rigida**. Questa rigidità dell'ordinamento italiano non si ritrova nel diritto internazionale, dove il sistema delle fonti ha una **gerarchia flessibile**, dove non esiste una gerarchia delle fonti propriamente detta.

In realtà possiamo trovare dei **punti certi del diritto internazionale**:

- Inderogabilità dello *IUS COGENS*, che è l'insieme di norme internazionali che sfuggono alla flessibilità che contraddistingue la gerarchia "flessibile" del diritto internazionale. Lo *IUS COGENS* prevale su qualsiasi altra norma, è inderogabile.

- Subordinazione delle fonti di terzo grado ai trattati. Un atto di un'organizzazione internazionale non potrebbe mai esistere se non esistesse il Trattato istitutivo di quell'organizzazione internazionale.
  Esempio: il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite può emettere una risoluzione solo perché esiste la Carta delle Nazioni Unite (trattato internazionale) che prevede che il Consiglio emetta delle risoluzioni. Esempio: UE può adottare direttive e regolamenti perché esistono il TUE e il TFUE (che insieme formano il Trattato di Lisbona) che lo prevedono.

- Funzione ausiliaria dei principi: servono a colmare le eventuali lacune dell'ordinamento internazionale, un ordinamento anorganico e primitivo.

A parte questi tre punti si parla di norme internazionali flessibili e vale la **derogabilità tra le fonti del diritto internazionale**.

Rapporto tra fonti dello stesso tipo (tra un trattato e un altro/tra una fonte e un'altra)

Si fa riferimento a dei **principi strutturali di derivazione dal diritto romano**:

- *LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI*: la norma successiva prevale rispetto a quella precedente, a patto che siano coinvolte le stesse parti e sulla stessa materia.

  Esempio: se nel 1970 Francia e Italia stipulano un trattato A sulle mele che vengono vendute a 50 centesimi al chilo e poi nel 2000 stipulano il trattato B che prevede che le mele vengano vendute a 1 euro al chilo, allora prevale il trattato B su quello A, perché la materia e le parti coinvolte sono le stesse. Lo stesso vale per le consuetudini.

- *LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALI:* la norma più dettagliata prevale sulla norma più generale. Se viene stipulato tra le stesse parti e sulla stessa materia un trattato più specifico rispetto a quello precedente, prevale quello più specifico (anche se quello più specifico era stato stipulato prima nel tempo).

  Esempio: India e Pakistan hanno stipulato un trattato che riguarda i rapporti consolari e che disciplina questi rapporti in maniera dettagliata. Però, poi, India e Pakistan decidono di aderire alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che è più generale. Comunque, nei rapporti tra India e Pakistan, rimarrà sempre il trattato bilaterale più specifico (ovvero quello che era stato stipulato prima della Convenzione di Vienna).

Rapporto tra fonti di diverso tipo (tra un trattato e una consuetudine e viceversa)

Tendenzialmente le **consuetudini** vengono intese come **fonti di primo grado** e i **trattati** di **secondo grado**. Questo perché le norme che riguardano la nascita dei trattati, le riserve, l'interpretazione, la successione degli Stati, l'estinzione del trattato… sono norme consuetudinarie, che poi sono state scritte e inserite nei trattati.

Per spiegare meglio perché le consuetudini sono fonti di primo grado mentre i trattati di secondo grado:
Secondo **Kelsen** (uno dei più importanti giuristi austriaco del 20esimo secolo) ***PACTA SUNT SERVANDA*** (ovvero: i trattati devono essere rispettati) è la norma consuetudinaria principale (Grundnorm) del Diritto Internazionale. Quindi i trattati traggono la loro forza giuridica dalle norme consuetudinarie. Se gli Stati non dovessero per forza rispettare i trattati, i trattati stessi non avrebbero senso.

Questo ragionamento è corretto **PERÒ** ci si deve ricordare che la gerarchia delle fonti nel diritto internazionale è **flessibile**: un trattato potrebbe comunque derogare ad una consuetudine perché il trattato contiene norme più dettagliate perché sono scritte (*LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALI)*, oppure perché un trattato viene dopo le norme consuetudinarie (*LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI)*.

Le fonti nel dettaglio

Consuetudini

Nel diritto interno la consuetudine ha valore **residuale**: vi si fa ricorso solo se non esistono norme scritte. Nel diritto internazionale, invece, è la fonte per eccellenza, perché manca un'organizzazione strutturale come quella del diritto interno e manca un legislatore che monopolizzi la produzione delle norme internazionali. Si può dire che la consuetudine è un comportamento che ciascuno si sente obbligato a tenere perché gli altri consociati si aspettano che quello si comporti come loro si stanno comportando. Nasce dall'aspettativa sociale.

Consuetudine: Diritto **non scritto** vincolante **tutti gli Stati,** la cui formazione avviene in maniera **spontanea** (la spontaneità riassume la socialità intrinseca alla consuetudine e al diritto in generale) in base a un comportamento costante *(DIUTURNITAS)* e uniforme *(USUS)* tenuto dalla **maggior parte degli stati**, accompagnato dalla convinzione dell'obbligatorietà giuridica **(*OPINIO IURIS)*** o della **doverosità sociale** del comportamento stesso **(OPINIO NECESSITATIS)**.

Elementi costitutivi della consuetudine:

- Elemento oggettivo o prassi: definito o dall'*USUS* (uniformità del comportamento) o dalla *DIUTURNITAS* (ripetizione costante del comportamento nel tempo, la costanza).

- Elemento soggettivo o psicologico: *OPINIO IURIS AC NECESSITATIS*, convinzione dell'obbligatorietà giuridica di un certo comportamento o della sua doverosità sociale. L'elemento soggettivo va rintracciato nella "psicologia" di certi stati. Affinché si formi una consuetudine non basta la prassi, ma occorre anche che la maggior parte degli stati siano convinti della obbligatorietà o della necessità sociale di un determinato comportamento.

Critiche alla concezione dualista della consuetudine

Ci sono alcuni autori che sostengono che la consuetudine sia formata da un solo elemento:

- Cheng: la consuetudine si basa sul secondo elemento (quello soggettivo/psicologico): è sufficiente che gli Stati siano convinti dell'obbligatorietà giuridica o della necessità di una norma consuetudinaria affinché la norma si formi.
  Lui faceva l'esempio delle norme a regolazione dell'attività nello spazio degli anni '60: si era sviluppata una convinzione circa la necessità di regolare la corsa alle attività spaziali tali da portare a dichiarazioni delle Nazioni Unite non vincolanti. Cheng dice che si era sviluppata una convinzione da parte degli stati circa la necessità di una regolazione tale per cui quelle dichiarazioni erano diventate vincolanti.
  Critica: non è possibile che una consuetudine sia formata solo su una convinzione psicologica proprio perché è solo una convinzione, non è la realtà e quindi potrebbe venire a crearsi una prassi divergente rispetto a questa convinzione. Potrebbe accadere che i comportamenti degli stati siano diversi.
  Esempio: Tutti gli stati dicono che non bisogna commettere tortura e fare la tratta degli schiavi. Ma se gli stati ricominciassero a torturare o a fare la tratta degli schiavi, ci sarebbe difformità con quello che gli stati fanno e questa convinzione psicologica.
  Questo per dire che non è sufficiente che gli stati si sentono psicologicamente vincolati da una norma, se poi fanno l'opposto.

- Kelsen: la consuetudine è fondata su un unico elemento: la prassi. Non importa che gli stati si sentano obbligati o sentano la necessità sociale di una norma. È sufficiente che, anche in maniera incosciente, si comportino in un certo modo in maniera costante e uniforme affinché si formi una norma consuetudinaria. Secondo Kelsen, l'elemento soggettivo è frutto di un errore, perché gli stati sono convinti dell'obbligatorietà di una certa norma, ma in realtà questa norma non esiste, è solo frutto della loro psicologia.
  Critica: questo ragionamento è limitato solo all'*OPINIO IURIS* (convinzione dell'obbligatorietà giuridica). Esiste anche l'*OPINIO NECESSITATIS* (opinione che è necessario fare qualcosa).
  Il ragionamento di Kelsen vale solo per l'*OPINIO IURIS*. Gli stati, infatti, possono sentirsi in dovere di comportarsi in un certo modo anche se non esiste una norma giuridica, ma solo per convenzioni sociali. Si può rispondere a Kelsen dicendo che l'*OPINIO NECESSITATIS* viene prima di quella *IURIS*: prima si pensa che un comportamento sia necessario e poi lo si ritiene obbligatorio. Quindi affinché una norma si formi non basta l'elemento oggettivo, serve anche quello soggettivo/psicologico, che magari non sarà in origine determinato dall'*OPINIO IURIS*, ma dall'*OPINIO NECESSITATIS*.
  Esempio: Le norme sull'immunità degli agenti diplomatici sono nate sulla base di una prassi sostenuta all'origine non da un'*OPINIO IURIS*, ma da un'*OPINIO NECESSITATIS*: gli stati avevano bisogno di comunicare attraverso gli ambasciatori ed era necessario che gli ambasciatori non fossero toccati/uccisi/lesi. Per ragioni di necessità sociale era necessario salvaguardare l'incolumità degli agenti diplomatici. Poi è derivata la convinzione che esistesse una norma obbligatoria che imponesse di tutelare l'incolumità degli agenti diplomatici e quindi tutti gli stati hanno cominciato a farlo. E quindi è arrivata anche la prassi. Quindi: la consuetudine non può essere, come dice Kelsen, solo sulla prassi, serve anche l'elemento psicologico ed esattamente l'OPINIO NECESSITATIS.

Come si forma la consuetudine? A quali atti degli stati bisogna guardare per ricavare l'elemento oggettivo (prassi) e l'elemento soggettivo (OPINIO)?

La consuetudine è un comportamento ripetuto in maniera costante e uniforme nel tempo, impregnato dalla convinzione dell'obbligatorietà giuridica o dalla doverosità sociale di quel comportamento. Ma in via pratica da quali atti degli stati si ricavano sia l'*OPINIO*, che la prassi?

- Dagli atti interni ed esterni posti in essere dagli organi di uno Stato:
  - gli atti materiali: leggi o sentenze dei giudici interni a uno Stato. Quindi un certo comportamento è definito sia in via di prassi che in via di *OPINIO*, dalle leggi che uno Stato ha al suo interno, dalle sentenze che emettono i suoi giudici…
  - gli atti verbali: le dichiarazioni degli organi dello Stato.

- Dai trattati: se gli stati stipulano dei trattati in una certa materia è perché pensano che in quella materia esistano delle norme non scritte che, per una questione di certezza del diritto, gli stati vogliono mettere per iscritto. Soprattutto le grandi Convenzioni a composizione universale, a cui partecipano molti Stati, testimoniano l'esistenza prima di norme consuetudinarie e poi di norme convenzionali che gli stati hanno voluto mettere per iscritto per una questione di certezza del diritto, nella convinzione che quelle norme consuetudinarie/non scritte esistevano già.

- Dagli atti delle organizzazioni internazionali: non tanto l'atto in sé quanto il momento del voto, perché se un'organizzazione internazionale adotta un atto e tutti gli stati votano a favore, e gli stati accompagnano il voto positivo con una dichiarazione a favore di quell'atto, allora si può ricavare l'elemento dell'*OPINIO*.

Quindi non si può accettare la dottrina tedesca del ***Judicial Law Making***, per cui le norme internazionali consuetudinarie si formano sulla base delle sentenze dei grandi tribunali internazionali (es. *Corte Internazionale di Giustizia*). Queste sentenze aiutano a risolvere le controversie, a chiarire il contenuto di una norma, ma la stessa CIG per applicare la norma consuetudinaria ha bisogno di ricavarla, di verificare il comportamento degli Stati, di verificare che la maggior parte degli stati abbia adottato certe leggi, che i giudici nazionali emettano certe sentenza, che i capi del governi abbiano fatto certe dichiarazioni…I tribunali Internazionali devono guardare al comportamento degli Stati per verificare che una norma consuetudinaria esista.

Dottrina del *Persistent Objector*

La consuetudine vincola tutti gli stati, a differenza del trattato. Questa dottrina, però, ritiene che se uno Stato si è opposto in maniera costante ad una norma consuetudinaria sin dal momento della formazione di quella norma, allora quello Stato non ne sarà vincolato.

Esempio: Si comincia a formare sulla base della prassi la norma sull'immunità; quindi, gli Stati cominciano a comportarsi in quel modo, convinti che sia necessario tutelare l'immunità degli ambasciatori. Però lo stato X sin dall'inizio si oppone a questa norma: emette leggi/fa dichiarazioni che vanno in senso opposto. Secondo questa teoria, questo Stato allora sarebbe svincolato da questa norma, non ne sarebbe vincolato.
Se uno Stato è nato dopo la norma che si era già formata prima, occorre che lo Stato obietti fin dalla sua nascita e non ne sarà vincolato.
Se una norma consuetudinaria si forma dopo che uno Stato è nato, occorre che quello stato obietti fin dal principio alla norma stessa.
E in entrambi i casi, lo Stato non sarà vincolato dalla norma consuetudinaria.

Se si ammettesse che questa dottrina sia corretta, verrebbe meno la dottrina della spontaneità della consuetudine e occorrerebbe considerare l'elemento della volontà poiché permetterebbe ad uno Stato che non vuole essere vincolato da una norma consuetudinaria di non esserlo. Per questo motivo non è possibile ammettere questa dottrina, perché sennò la consuetudine si ridurrebbe ad un accordo tacito/non scritto.

C'è chi dice che questa dottrina non vale se è il singolo stato protestare sia il singolo stato, ma invece vale se sono più stati, gli stati ***Special Affected***, gli stati specialmente interessati dalle norme consuetudinarie.

Esempio: se a protestare contro le norme consuetudinarie riguardanti il diritto del mare fossero gli stati specialmente interessati, quelli affacciati sul mare, allora quegli stati non ne sarebbero vincolati.

Anche questo ragionamento non tiene: se ad opporsi alla formazione di una norma consuetudinaria sono gli stati *Special Affected*, la norma non si formerebbe neanche perché non vincolerebbe nessuno. L'unica cosa

che si può ammettere è che la dottrina del *Persistent Objector* vale se ad opporsi sono dei gruppi omogenei di Stati. Se ad opporsi ad una norma consuetudinaria fossero 50 stati, la norma potrebbe valere per gli altri 150 Stati.

Tipologie di consuetudini

- Regionali: si formano nell'ambito di una determinata regione del mondo. Esempio: Norma sull'asilo diplomatico che esiste solo per gli stati dell'America Latina e che è stata accertata dalla CIG nella famosa sentenza del 1951 sul caso Haya de la Torre, Colombia vs Perù.

- Particolari: si formano per gli stati parte di un trattato: per interpretare una norma di un trattato in un certo modo o per derogare alla norma di un trattato. Si formano soprattutto per i trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali.

Importante: non confondere le norme consuetudinarie con le norme di cortesia: non esiste una norma consuetudinaria che impone di mettere le bandiere di uno stato straniero quando questo fa visita, è una questione di cortesia.

Ius cogens

Le norme di *ius cogens* sono quelle norme che stanno sostanzialmente al vertice della piramide. È un'espressione latina traducibile in italiano con 'diritto cogente'. Per essere più precisi si può dire che è costituito dalle cd norme imperative del diritto internazionale generale, ovvero norme consuetudinarie che hanno carattere imperativo e che quindi sono inderogabili.

Art. 53 della convenzione di Vienna

Un contrasto con una norma *ius cogens* è causa di invalidità dei trattati; quindi, l'articolo 53 si occupa dello *ius cogens* come causa di invalidità dei trattati. Però a noi interessa perché fornisce una definizione di *ius cogens*, che è una nozione abbastanza recente.

Articolo 53 (Trattati in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale) recita:

> *"È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale (questa è la causa di invalidità). Ai fini della presente Convenzione, è norma imperativa del diritto internazionale generale una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme (cioè tutti gli stati, quindi qua già differenza con le altre norme consuetudinarie) come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una successiva norma del diritto internazionale generale avente lo stesso tenore (definizione di ius cogens)."*

Sono 3 gli elementi da notare nella definizione di *ius cogens* che ci fornisce l'art 53:

- La norma di *ius cogens* è tale soltanto se è così riconosciuta da tutti gli stati, cioè dalla comunità internazionale degli stati intesa nel suo insieme, mentre invece una normale norma consuetudinaria è tale perché si ricava la prassi della maggior parte degli stati.

- Una norma di *ius cogens* è per definizione una norma a cui non si può apportare alcuna deroga: l'aggettivo imperativo va inteso come inderogabile, e questa è un'altra importante differenza con le normali consuetudini che sono invece derogabili. La gerarchia delle fonti del diritto internazionale si contraddistingue per la sua flessibilità, da cui però sono escluse le norme di diritto cogente (in questo senso quindi vengono definite imperative)

- C'è però un'eccezione: vero che le norme cogenti sono inderogabili ma possono essere derogate da altre norme cogenti. L'unico modo in cui è possibile derogare a una norma cogente è con un'altra norma cogente, cosa che è molto difficile che accada

Cause di esclusione dell'illecito

L'eventuale violazione di norme cogenti del diritto internazionale non può mai essere giustificata dalle cosiddette cause di esclusioni dell'illecito. In linea di principio uno stato che pone in essere una condotta antigiuridica incorre in responsabilità internazionale; esistono però 6 cause di esclusione dall'illecito, ma queste 6 cause non si possono applicare se la violazione ha riguardato una norma di diritto cogente (articolo 26 del progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità dello stato).

Elementi costitutivi dello ius cogens

Sappiamo che le normali norme consuetudinarie si compongono di 2 elementi: elemento psicologico e prassi. Ci vuole però qualcosa in più perché una norma consuetudinaria sia anche cogente: occorre che sia possibile identificare il carattere cogente di questa norma. Il carattere cogente delle norme consuetudinarie appartenente allo *ius cogens* si identifica proprio per il fatto che queste norme sono, secondo la comunità internazionale nel suo complesso, ispirate a valori fondamentali o regole di funzionamento del sistema giuridico internazionale.

È proprio il loro contenuto che aiuta a conferire a queste norme il carattere cogente e contribuisce quindi a differenziarle dalle normali norme consuetudinarie.

Retroattività

Secondo qualche autore queste norme cogenti sono dotate di una forza giuridica tale che le rende retroattive. Secondo alcuni autori il diritto cogente sfuggirebbe a queste regole del diritto intertemporale e quindi avrebbe una forza giuridica tale da essere retroattivo. È qualcosa che non succede né nel diritto internazionale né nel diritto in generale.

Esempi di diritto cogente

Le norme cogenti sono quelle che enunciano o i valori fondamentali della comunità internazionale oppure le regole di funzionamento del diritto internazionale.

I valori fondamentali della comunità internazionali sono:

- Il nucleo essenziale dei diritti umani. Quindi non tutti i diritti umani, ma il nucleo essenziale; libertà religiosa, libertà di associazione, rispetto della vita famigliare, diritti matrimonio, uguaglianze, ecc. probabilmente non possono essere ritenute norme di diritto cogente perché non appartengono al nucleo essenziale dei diritti umani. Il nucleo essenziale è costituito più da quelle norme che fondano:
    - il divieto di genocidio
    - il divieto di tortura
    - il divieto di schiavitù e di tratta degli schiavi
    - il divieto di discriminazione razziale e di apartheid.

- Le norme fondamentali del diritto internazionale umanitario. Ci sono delle norme, riguardanti lo *ius in bello*, cioè delle norme internazionali che si applicano nella conduzione delle ostilità, quindi norme di diritto internazionale umanitario, che non soltanto sono consuetudinarie ma sono anche cogenti perché non è possibile derogare ad esse ma si tratta sempre di un nucleo essenziale di queste norme di diritto internazionale umanitario. Per esempio:
    - non sparare sulla Croce Rossa
    - norme sulla neutralità

- Autodeterminazione dei popoli. Quando abbiamo parlato dell'autodeterminazione dei popoli abbiamo detto che probabilmente si tratta di una norma cogente, una norma inderogabile.

- Divieto di uso della forza armata a fini aggressivi. Questa è probabilmente un'altra norma inderogabile e cogente.

Le regole di funzionamento del diritto internazionale sono:

- Le norme sulla stipulazione dei trattati

- Le norme sull'invalidità e l'estinzione dei trattati

Secondo i principali manuali non si trovano esempi di norme cogenti che riguardano la struttura del diritto internazionale, ma in genere si trova soltanto esempi di norme cogenti che riguardano valori fondamentali del diritto internazionale. Però alcuni autori ritengono invece che siano cogenti anche le normi che riguardano la struttura del diritto internazionale: se una norma cogente è inderogabile, cioè è indisponibile per le parti o sottratta all'autonomia delle parti, allora devono essere per forza cogenti anche le norme strutturali.

Le norme strutturali, per essere tali, non possono essere sottoposte all'autonomia della volontà delle parti. Cioè, se le parti fossero libere di modificare le norme strutturali del sistema giuridico allora non esisterebbero più punti di riferimento. Proprio per questo motivo non soltanto le norme relative ai valori fondamentali devono essere cogenti ma anche le norme che riguardano la struttura del diritto internazionale. Prime fra tutte quelle sulla stipulazione dei trattati, sulla nascita di essi, e quelle sulla "morte" dei trattati, quindi invalidità ed estinzione.

Art. 103 della Carta delle Nazioni Unite

Conforti considera addirittura anche come norma cogente l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite.

Conforti dice che questo articolo è una norma convenzionale scritta che corrisponde a una norma consuetudinaria che con il passare del tempo ha acquisito anche valore cogente. L'articolo 103 è una clausola

di prevalenza: "In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da esso assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto. In sintesi, dice che se si viene a creare un contrasto tra la carta delle nazioni unite e qualsiasi altro trattato la carta potrebbe sempre prevalere, e secondo Conforti questa norma, che nasce come norma scritta convenzionale inserita all'interno di un trattato, ha poi subito un'evoluzione, si è trasformata in una norma consuetudinaria che ha addirittura acquisito valore cogente. L'opinione di Conforti è un'opinione isolata, però ha qualcosa di vero perché anche l'articolo 103 può essere ritenuto una norma strutturale di funzionamento della comunità internazionale, soprattutto se vediamo che ormai tutti gli stati del mondo fanno parte delle nazioni unite.

Differenza tra *ius cogens* e obblighi *erga omnes*

Obbligo *erga omnes*: obbligo che ciascuno stato ha nei confronti di tutti gli altri stati; quindi, se uno stato viola un obbligo *erga omnes* qualsiasi stato può reagire

Concettualmente *ius cogens* e obblighi *erga omnes* sono 2 cose diverse, però quando si fanno gli esempi le stesse norme che sono di *ius cogens* sono anche obblighi *erga omnes*:

- *Ius cogens:* norme imperative del diritto internazionale generale, cioè sono delle norme consuetudinarie alle quali non si può derogare se non per mezzo di altre norme cogenti

- *Erga omnes:* sono norme consuetudinarie, perché sono obblighi, che scaturiscono da norme, che ciascuno stato ha nei confronti di tutti gli altri stati. Ma se si tratta di obblighi che ciascuno stato ha nei confronti di tutti gli altri stati questi obblighi non possono che scaturire da norme consuetudinarie, perché solo queste vincolano tutti gli stati. Le norme convenzionali vincolano solo gli stati che vogliono essere vincolati.

Quindi in entrambi i casi ci troviamo di fronte a norme consuetudinarie: norme da un lato cogenti, quindi inderogabili, e dall'altro nome da cui scaturiscono obblighi *erga omnes,* cioè obblighi che ciascuno stato ha nei confronti di tutti gli altri stati, e quindi tutti gli altri stati, in violazione, potrebbero reagire. Per questo alcuni autori dicono che *ius cogens* e obblighi *erga omnes* sono in realtà due facce della stessa medaglia, cioè la stessa norma non può che essere sia cogente che produttiva di obblighi *erga omnes.*

Evoluzione storica

Lo ***ius cogens*** nasce prima nella tradizione romanistica, è presente negli ordinamenti interni degli stati, ma è stato trasposto nel diritto internazionale soltanto negli anni 60.

Quando nascono gli obblighi erga omnes? Per molti anni in Sudafrica è stato praticato l'apartheid. Ad un certo punto, agli inizi degli anni 60, Liberia e l'Etiopia presentarono un ricorso contro il Sudafrica alla CIG per la violazione della norma consuetudinaria, che ai tempi esisteva già, che vieta la segregazione razziale. La CIG dichiarò che l'Etiopia e la Liberia non avrebbero potuto presentare quel ricorso perché il Sudafrica non stava violando alcuna norma che prevedeva diritti nei loro confronti, e quindi si diceva che non avessero alcuno interesse legittimo a promuovere il ricorso contro il Sudafrica.

Ci furono molte critiche avanzate dalla dottrina, e proprio di fronte ad esse, è nato questo concetto di obblighi *erga omnes* perché qualche anno dopo, nel 1970, è stato riconosciuto anche dalla stessa CIG nella sentenza sulla ***Barcelona traction***: una società, un'impresa di energia elettrica, creata in Canada, era però principalmente composta da azionisti belgi: la società forniva appunto elettricità alla Spagna, precisamente

alla città di Barcellona. Questa non aveva pagato la fornitura di questa energia, e la responsabilità era della Spagna (a diritto internazionale non porta l'articolazione interna degli stati, implica comunque la responsabilità dello stato). Quindi a fare ricorso era stato il Belgio perché gli azionisti erano belgi. Anche in questo caso la CIG disse che il Belgio non poteva fare ricorso perché non era lo stato degli azionisti ma lo stato di sede dell'impresa che poteva fare ricorso, quindi il Canada. Però a un certo punto la corte ne riconosce l'esistenza di obblighi *erga omnes*, con un ***obiter dictum***, una parte di una sentenza, con cui i giudici affermano qualcosa che non c'entra con il fatto di specie perché vogliono chiarire un aspetto, una questione teorica. In questo *obiter dictum*, contenuto in questo caso, che non c'entrava niente con gli obblighi *erga omnes,* la CIG ne ha riconosciuto l'esistenza, dicendo che in quel caso, quello della *Barcelona Traction* gli obblighi di cui si lamentava la violazione erano obblighi sinallagmatici, obblighi cioè che la Spagna aveva nei confronti di uno specifico stato, che nel caso di specie non era il Belgio ma il Canada. Tuttavia, la CIG ha usato questo caso per tornare sui suoi passi e sostenere indirettamente ed esplicitamente che l'Etiopia e la Liberia avevano l'interesse ad agire contro il Sudafrica che praticando l'apartheid stava violando una norma produttiva di un obbligo da rispettare nei confronti di tutti gli stati del mondo; quindi il Sudafrica non avrebbe dovuto praticare l'apartheid perché praticandolo stava violando un obbligo verso la cui violazione qualsiasi stato del mondo, incluse quindi l'Etiopia e la Liberia, avrebbe potuto reagire.

I motivi per cui si sostiene la sovrapposizione tra *ius cogens* e obblighi *erga* omnes sono quindi due: uno storico e uno di contenuto delle norme.

Sfera privatistica e sfera pubblicistica

In realtà altri studiosi affermano che *ius cogens* e obblighi *erga omnes* possono sovrapporsi MA non necessariamente si sovrappongono, perché dicono che:

- *Ius cogens* appartiene alla sfera privatistica del diritto internazionale
- Obblighi *erga omnes* appartengono alla sfera pubblicistica del diritto internazionale

Quindi è vero che alcune norme coincidono e sono sia di *ius cogens* che obblighi *erga omnes* (esempi di prima), però esistono delle norme produttive di obblighi *erga omnes* che non sono anche cogenti ed esistono delle norme cogenti che non sono produttive di obblighi *erga omnes*:

Tra le norme cogenti che non sono produttive di obblighi ***erga omnes*** ci sono quelle norme relative al funzionamento e alla struttura del diritto internazionale. Norme, per esempio, relative alla stipulazione/invalidità/estinzione dei trattati sono veramente delle norme cogenti (NB: non potrebbe essere altrimenti perché per una questione di logica giuridica devono essere inderogabili e quindi sottratte all'autonomia delle parti, sennò verrebbe meno la stessa struttura/produzione normativa del diritto internazionale se ciascuno stato potesse decidere come stipulare un trattato, ecc.) però questo tipo di norme, che sono cogenti e quindi inderogabili, non sono produttive di obblighi *erga omnes* perché sono delle norme verso cui la violazione soltanto lo stato che è stato direttamente interessato può reagire.

Oppure ci sono norme che sono produttive di obblighi *erga omnes* ma che possono essere derogate dalle parti: le norme che producono obblighi *erga omnes* sono della sfera pubblicista perché riguardano sostanzialmente l'amministrazione dei beni pubblici, i *common goods*: spazio, l'alto mare (es. norma produttiva di obblighi *erga omnes* che vieta di inquinare in maniera massiccia l'alto mare, il mare internazionale)… Una norma del genere però non è anche una norma cogente, si tratta anche di norme a cui si può derogare e che quindi sono disponibili per l'autonomia privata degli stati.

Obblighi erga omnes partes

Gli obblighi *erga omnes* sono obblighi che si trovano all'interno di norme generali, norme consuetudinarie, MA in realtà gli obblighi *erga omnes* possono derivare anche da norme convenzionali, dai trattati, solo che in questi casi si tratta di norme produttive di obblighi ***erga omnes partes.*** Sono quindi delle norme produttive di obblighi *erga omnes* che non sono consuetudinarie ma convenzionali.

Esempio: un trattato commerciale, stipulato tra più parti, prevede commercio di mele senza dazi; però poi uno stato pone dei dazi solo alla Francia e quindi solo Francia può reagire; invece, un qualsiasi trattato sui diritti umani (es. convenzione europea dei diritti dell'uomo), è produttiva di obblighi ***erga omnes partes*** perché ciascuno stato si impegna a rispettare i diritti umani garantiti dalla convenzione europea nei suoi rapporti con tutti gli altri stati che hanno stipulato la convenzione, con la conseguenza che se uno stato viola i diritti umani previsti nella convenzione qualsiasi altro stato può reagire, e allora è un esempio di trattato contenente norme convenzionali produttive di obblighi *erga omnes partes;* vuol dire che avverso le violazioni della convenzione europea dei diritti umani non può reagire ogni stato del mondo, ma può reagire ogni stato parte del medesimo regime convenzionale, nel nostro esempio parte della convenzione europea.

Gli obblighi ***erga omnes partes*** scaturiscono da norme convenzionali, e vincolano soltanto un gruppo di stati, quelli che hanno ratificato il trattato; INVECE, gli obblighi ***erga omnes*** scaturiscono da norme consuetudinarie che quindi vincolano tutti.

Principi generali

I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili sono dei principi che vengono in rilievo quando il diritto internazionale presenta delle lacune. Il diritto internazionale, per definizione, è un diritto incompleto.

Come si colmano queste lacune? Prendendo ricorso ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, cioè quei principi ai quali si ricorre per colmare le lacune del diritto internazionale, laddove manchino delle norme, consuetudinarie o convenzionali, che possono essere applicate.

NOTA BENE: NAZIONI CIVILI è un retaggio storico che non ha un particolare significato.

I principi secondo conforti

Secondo Conforti questi principi generali sarebbero addirittura delle consuetudini *sui generis,* perché si tratterebbe di principi percepiti come giuridicamente obbligatori e socialmente necessari nell'ordinamento internazionale, la cui esistenza dipenderebbe non tanto da una ripetizione costante e uniforme da parte degli stati quanto da un criterio geografico.

Questi principi, interni, per poter essere trasposti nell'ordinamento internazionale, devono essere percepiti come giuridicamente obbligatori o almeno/soprattutto socialmente necessari nel diritto internazionale. Inoltre, afferma che questi principi devono essere diffusi nella maggior parte degli ordinamenti interni, devono quindi caratterizzare la maggior parte degli stati, degli ordinamenti statali; quindi, non è tanto una questione di ripetizione di comportamenti nel tempo quanto una previsione su un'ampia base geografica di determinate norme da cui appunto estrarre questi principi che poi vengono trasposti nel diritto internazionale.

CONFORTI afferma quindi che questi principi generali sarebbero delle consuetudini *sui generis* perché da un alto abbiamo l'elemento psicologico soggettivo, cioè l'*opinio iuris* e soprattutto l'*opinio (sive) necessitatis,* e dall'altro lato l'elemento della prassi, a cui si sostituirebbe in realtà un elemento geografico il cui senso è però lo stesso: cioè la diffusione nella maggior parte degli stati, non sul piano cronologico temporale, ma su un piano geografico.

Esempi di principi

La maggior parte dei principi generali tratti da ordinamenti interni e applicati nel diritto internazionale per colmare le lacune sono principi **processuali**, che riguardano cioè il processo internazionale.

- PRINCIPIO DELLA **LITISPENDENZA**: sovrapposizione di 2 procedimenti identici davanti a 2 giudici diversi; 2 procedimenti sono identici quando c'è **identità di *parti*** (= le parti in causa devono essere le stesse) ***petitum*** (= ciò che chiedono le parti in lite è la stessa cosa, obiettivo è lo stesso) **e causa *petendi*** (= la base giuridica sul quale viene avviato il procedimento che deve essere la stessa). Se si rinviene l'identità di questi 3 elementi (parti, petitum, causa petendi) allora si dice che i **2 procedimenti sono identici e 2 procedimenti identici non possono essere portati avanti né nel diritto interno né nel diritto internazionale.**

- PRINCIPIO DELLA **RES IUDICATA** (la cosa giudicata): nel diritto interno non si può proporre una causa, un ricorso, riguardante una controversia che è già stata precedentemente risolta da un giudice. Il problema è che **una causa è già stata completamente risolta, e non si può fare nuovamente ricorso.**

- PRINCIPIO DEL **NEMO IUDEX IN RE SUA**: nessuno deve essere giudice nella propria causa/in un contenzioso che lo riguarda, "se io sono giudice e devo divorziare non posso essere giudice del mio stesso divorzio"

- PRINCIPIO DELLA **COMPETENCE-COMPETENCE**: si applica principalmente alle organizzazioni internazionali e ai tribunali internazionali e dice che ogni tribunale internazionale è competente per la delimitazione delle proprie stesse competenze. Anche questo è un principio tratto dagli ordinamenti interni.

- PRINCIPIO DEL **NE BIS IN IDEM**: una persona non può essere condannata 2 volte per lo stesso reato; e quindi un individuo che avesse commesso crimini internazionali non può essere condannato 2 volte per lo stesso crimine internazionale

Inoltre, ci sono altri principi detti principi di **chiusura** dell'ordinamento internazionale:

- **DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO**
- PRINCIPIO **DELLA BUONA FEDE**
- PRINCIPIO **DEI DIRITTI ACQUISITI**
- PRINCIPIO **LOTUS**: tutto ciò che non è vietato allora è permesso, perché se non c'è una legge che ti vieta di fare qualcosa allora quel qualcosa si può fare

Questi sono solo alcuni esempi. Ce ne sono tantissimi altri, in genere espressi in latino, come:

- **EX INIURIA IUS NON ORITUR**: il diritto non può nascere da una violazione dello stesso diritto
- **QUI TACET CONSENTIRE VIDETUR**: chi tace acconsente
- **NEMO POTEST AD IMPOSSIBILE OBLIGARI**: nessuno può essere obbligato e tenere comportamenti che è impossibile tenere

- UTILE PER INUTILE NON VITIATUR: Un atto valido non è viziato da una clausola invalida
- IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO: ciò che è chiaro non necessita di interpretazione

Altri principi

Al di là di questi principi generali di diritto, nel diritto internazionale esistono altri principi? Esistono principi generali propri del diritto internazionale e non derivanti da norme interne?

Secondo il professore, non esistono principi generali nel diritto internazionale, perché esso è incompleto e quindi, se è incompleto, allora è evidente che quell'ordinamento non è in grado di produrre principi generali. I principi generali sono prodotti da un ordinamento se in quell'ordinamento sono previste norme che regolano ogni aspetto della vita dei consociati ed evidentemente il diritto internazionale non riesce ancora a regolare ogni aspetto della vita dei consociati; Altri autori giungono alle stesse conclusioni però partendo da assunti diversi: dicono che non esistono principi generali del diritto internazionale perché gli eventuali principi generali dell'ordinamento vengono tratti non dall'ordinamento stesso, ma dal diritto naturale (il diritto che esiste in quanto esiste, a prescindere dalle norme positive). Per queste due correnti di pensiero la risposta è comunque NO.

All'opposto esistono degli autori che dicono che sia logico esistano dei principi generali, nel diritto internazionale, non più astratti da norme del diritto interno per colmare lacune del diritto internazionale, bensì dalle stesse norme internazionali. Coloro che la pensano in questa maniera sono i fautori del cosiddetto Global Constitutionalism: soprattutto autori nordeuropei (Klubbers, prof. Antares). Questi autori sostengono che la carta delle nazioni unite sia una sorta di costituzione del mondo, che il consiglio di sicurezza sia una sorta di governo mondiale e se così fosse gli stati non sarebbero più enti *superiorem non recognoscentes* ma *superiorem recognoscentes* e quindi l'ordinamento internazionale sarebbe in grado di produrre principi propri.

In passato, una tesi simile ma non così estrema era stata proposta da un giurista italiano, Rolando Quadri, che sosteneva che nel diritto internazionale esistessero dei cosiddetti principi costituzionali (intesi come principi che permettono al diritto internazionale di esistere e di operare strutturalmente). Secondo Quadri i principi del diritto internazionale sono quindi 2:

- *Pacta sunt servanda*: i trattati devono essere osservati, esempio di principio costituzionale. Se non ci fosse non esisterebbe il diritto internazionale. Ma questo principio trae la sua forza da un altro criterio, che è quello sotto.

- *Consuetudo est servanda*: la consuetudine deve essere rispettata. Se non esistesse allora non esisterebbe manco l'altro principio: ciò perché se *pacta sunt servanda* è una norma consuetudinaria, allora deve esistere *consuetudo est servanda* che impone *pacta sunt servanda* che impone di rispettare i trattati.

Alla fine della fiera il principio costituzionale è dunque uno solo, ed è *consuetudo est servanda* perché se le consuetudini devono essere osservate, allora tra queste consuetudini deve esserci anche pacta sunt servanda.

Ci sono, inoltre, le tesi (Focarelli) di chi crede che esistono principi generali del diritto internazionale, ma che questi non vadano considerati alla stregua dei principi del diritto interno o alla stregua dei principi del diritto dell'UE. Si tratta di principi che non sono intesi tanto a colmare lacune, ma hanno delle funzioni programmatiche, di orientamento, di informazione e che possono costituire dei parametri di interpretazione. Questa è l'opinione che piace più al professore, poiché secondo lui l'obiettivo dei principi generali del diritto internazionale è quello di fornire una guida, svolgere il ruolo di timoniere, di orientare le norme internazionali vere e proprie, siano esse convenzionali o consuetudinarie.

Bisogna quindi fare attenzione a distinguere tra principi generali riconosciuti dalle nazioni civili e principi generali del diritto internazionale.

Codificazione del diritto internazionale generale

Il diritto internazionale generale è basato sulle norme consuetudinarie che vincolano tutti gli stati e dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, ovvero quei principi del diritto interno che vengono trasposti in quello internazionale per colmare le lacune.

Codificazione: trasformare diritto non scritto in diritto scritto, cioè la trasposizione delle consuetudini e dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili in strumenti convenzionali (principi e consuetudini sono accomunati dal fatto di non essere iscritti; si tratta di norme non scritte che però devono essere trascritte, per via del principio della certezza del diritto).

Gli stati, ormai da più di un secolo, hanno avvertito questa necessità di codificazione per una questione di certezza del diritto. Una data indicativa può essere il 1899, quando, su iniziativa dello Zar Nicola II viene convocata la Conferenza dell'Aja, in cui si propose di modificare il diritto internazionale umanitario. L'800 è un secolo nel quale vi furono poche guerre e si sentì la possibilità di rendere più certe le norme; l'assenza di guerre favorì dunque questa migliore cooperazione. La necessità di codificare il diritto internazionale viene sentita ancora di più con la SDN che si estinse velocemente. Con le Nazioni Unite, questa esigenza di codificare il diritto internazionale è cogente e nella Carta delle Nazioni Unite troviamo una norma (Art. 13 par. 1 lettera A della Carta delle Nazioni Unite) che è specificamente dedicata alla codificazione del diritto internazionale e, accanto a questa norma, troviamo anche una voce sullo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Da quel momento in poi codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale andranno a braccetto.

Sviluppo progressivo: l'agevolazione, la facilitazione di norme che prima non esistevano

Norme di sviluppo progressivo: Norme che si vorrebbe si cristallizzassero in norme consuetudinarie

La competenza di codificare il diritto internazionale e svilupparlo progressivamente è dunque dell'Assemblea Generale ONU che però è un organo politico nel senso proprio del termine e quindi non idonea a svolgere l'attività di codificazione e di sviluppo progressivo del diritto internazionale (perché essa è un'attività che deve essere svolta da gente esperta, da giuristi che agiscono a titolo personale e non per interesse degli stati o dell'organizzazione internazionale). L'Assemblea Generale nel 1945 crea per questo un organo sussidiario, che si chiama Commissione per il Diritto Internazionale (ILC); è un organo non creato dagli stati nella Carta delle NU, ma è stato creato da uno degli organi principali delle NU che è l'Assemblea Generale.

Sono sussidiari gli organi che vengono creati a loro volta da altri organi e ai quali l'organo principale attribuisce certe competenze. Nel nostro caso l'Assemblea generale ha creato questa commissione e gli ha dato le competenze dell'art 13 par 1 lettera A. La CDI è quindi un organo sussidiario dell'Assemblea Generale, che nasce nel 1945 e che non è un organo di stati ma di individui. La CDI è composta da 34 membri che sono in genere dei giuristi di fama internazionale, grandi, importanti professori di diritto internazionale. Si tratta di 34 persone che agiscono a titolo individuale che si occupano di codificare e incentivare uno sviluppo progressivo del diritto internazionale. In genere la CDI lavora così: individua ogni 5-6 anni gli argomenti da approfondire, studiare e le norme da codificare. Dopo che ha deciso in che ambito codificare nomina uno Special Rapporteur, un membro della commissione che si deve occupare di fare lo studio più approfondito e poi quando finisce il suo lavoro espone i suoi risultati che vengono dibattuti.

La CDI può elaborare dei lavori che possono ricevere esiti diversi: si può giungere innanzi tutto ad **accordi di codificazione**, quindi veri e propri trattati, oppure si può giungere all'elaborazione di **progetti di codificazione** oppure si può giungere all'elaborazione di **guide pratiche**.

- I progetti di codificazione (es. Convenzioni sul Diritto del Mare del 1958, Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche, Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati…) sono trattati che hanno come obiettivo quello di mettere per iscritto il diritto internazionale generale. Si adotta quindi un testo, suddiviso in articoli, che però è una bozza, un progetto di accordo di codificazione. Quando tutti sono d'accordo questa bozza viene trasmessa all'Assemblea Generale delle NU: in questo secondo momento intervengono quindi gli stati. L'Assemblea può approvare o no: in quest'ultimo caso il lavoro viene rimandato indietro alla commissione che lo deve rielaborare.

Gli accordi di codificazione non vincolano tutti gli stati ma soltanto alcuni di essi. Quale è, quindi, il rapporto che si crea tra gli accordi di codificazione e gli stati terzi? Se uno stato decide di non ratificare un accordo di codificazione allora quest'ultimo è comunque vincolato non alla norma convenzionale (codificata) ma a quella consuetudinaria. Questo nella maggior parte dei casi non rappresenta un problema perché si dice ci sia corrispondenza tra norma consuetudinaria non scritta e la codificazione di quella norma che viene offerta negli accordi di codificazione; potrebbe esserlo, però, se uno stato protestasse che una norma così come è stata codificata non corrisponde per un certo punto alla norma consuetudinaria. Questa controversia può essere risolta o con i mezzi diplomatici o con mezzi come la CIG.

E invece, per quanto riguarda le norme di sviluppo progressivo? Esse non esistono sul piano consuetudinario, sono delle norme convenzionali e che vincoleranno quindi solo gli stati che vorranno essere vincolati, quindi solo gli stati parte degli accordi di codificazione.

Qualche autore dice che il periodo delle grandi codificazioni è finito, la commissione ha codificato tutto ciò che c'era da codificare: ha codificato il diritto dei trattati, del mare, il diritto diplomatico, consolare, la responsabilità… Si sostiene che la commissione del DI, avendo ormai ben poco da codificare, si stia occupando di fare **guide pratiche**, ovvero lavori che vengono concepiti non per diventare accordi di codificazione né tantomeno progetti di codificazione, ma a diventare appunto delle guide non vincolanti per gli operatori giuridici e le commissioni. La differenza con il progetto è proprio questa: il progetto nasce con lo scopo di diventare accordo di codificazione, ma poi non lo diventa perché gli stati non lo vogliono, mentre invece queste guide pratiche nascono proprio con lo scopo di essere guide di ausilio per il giurista e per gli stati. Queste guide pratiche **non vengono mai votate dall'assemblea generale**, non esprime un voto, vengono adottate dalla commissione di Diritto Internazionale e basta.

La commissione del DI non è l'unico organo che si occupa di codificazione e sviluppo progressivo del Diritto Internazionale. Questo può essere effettuato anche in **conferenze ad hoc direttamente dagli stati:** se lo reputano opportuno, questi ultimi possono evitare di servirsi della commissione del DI o di organi tecnici indipendenti e possono pretendere di arrangiarsi attraverso i propri diplomatici. Ciò avviene nelle materie ritenute meno sensibili o comunque in quei casi in cui è necessario velocizzare il processo di codificazione, perché se la codificazione viene effettuata dalla commissione del Diritto Internazionale i tempi possono essere molto lunghi (la responsabilità ha impiegato 45 anni).

Quindi quando il DI generale si codifica attraverso organi non tecnici ma diplomatici, attraverso conferenze ad hoc?

- quando c'è necessità di velocizzare il processo
- quando gli stati sono d'accordo sul contenuto delle norme e quindi non è necessario l'intervento di un organo tecnico che studi la prassi, l'opinio, e che le norme ancorché non scritte sono chiare

Non solo la commissione del DI e le conferenze diplomatiche degli stati, ma anche organi PRIVATI possono codificare il DI: esistono istituti che si occupano di codificazione del DI generale: *Harvard Law School*, ma soprattutto *l'Institut de Droit International* che è stato fondato intorno agli anni 70 dell'800 da 3 giuristi, un russo, un francese e un italiano per favorire la codificazione e lo sviluppo progressivo del DI.

Diritto internazionale particolare

Diritto internazionale particolare: diritto scritto, che vincola soltanto chi vuole essere vincolato e che si basa sulla volontà e sul consenso delle parti, quindi sostanzialmente i trattati.

Non tutti gli strumenti internazionali che vengono menzionati nello studio delle relazioni internazionali sono trattati: si può parlare di trattato quando si ha a che fare con uno strumento vincolante. Un trattato è tale se vi è un incontro di volontà delle parti che accettano e vogliono essere vincolate. Tutto il diritto internazionale dei trattati trae la sua essenza da quella che Kelsen chiamava "Grundnorm*", che è pacta sunt servanda.*

L'elemento della volontà è quello che distingue un trattato da una intesa. Oggi gli stati molto più che in passato fanno ricorso a questi strumenti che in realtà non sono strumenti di diritto internazionale particolare come i trattati, ma sono strumenti politici. Se sussiste la volontà di vincolarsi ci troviamo di fronte ad un trattato, se invece essa non sussiste, si parla di un'intesa politica non vincolante (es. *memorandum* tra Italia e Libia per l'immigrazione, accordo tra Unione Europea e Turchia per il blocco dei migranti, Accordi di Parigi del 2015...).

Queste intese vengono concluse non per vincolare e non hanno forza giuridica vera e propria: la loro forza può cessare in qualsiasi momento senza peraltro che sia necessaria una giustificazione che spieghi, che lasci intendere il perché della cessazione degli effetti di queste intese. Tutto è rimesso alla discrezionalità delle parti, proprio perché manca l'incontro di volontà, e mancando quest'ultimo non si applica la regola *pacta sunt* servanda; quindi, chi sceglie di stipulare un'intesa sarà legato a quello strumento fin quando vorrà esserlo potendosi sciogliere in qualsiasi momento, non avendo alcun obbligo. Dal punto di vista fattuale, per capire se ci troviamo davanti ad un trattato o ad una intesa bisogna ovviamente leggere: *Should, Will* si trovano nelle INTESE, Shall lo si trova nei trattati. Oppure nel trattato si legge di *parties*, stati parti; mentre nelle intese si parla di *participants,* partecipanti.

Si ha avuto nel corso del '900 una vera e propria esplosione del diritto internazionale convenzionale, per due motivi:

- Da un lato banalmente il numero degli stati è aumentato, sono emerse le organizzazioni internazionali che pure in quanto soggetti del diritto internazionale possono stipulare trattati;

- Le materie oggetto dei trattati sono sensibilmente aumentate, in passato gli stati erano più gelosi delle loro prerogative sovrane, oggi invece si tende a cooperare in più ambiti e a stipulare sempre più trattati.

Un termine come protocollo indica sempre, invece, un trattato che svolge una funzione servente rispetto ad un altro trattato, è come se fosse un trattato legato ad un altro trattato. Un'altra tipologia di trattato è il cosiddetto accordo quadro, un accordo che contiene delle disposizioni ampie e varie che necessita di essere integrato da accordi più specifici. Per esempio, l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico si colloca nel contesto della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, che è una convenzione che esiste da diversi anni ma che ha delle disposizioni ampie e generali che gli stati si sono riproposti di specificare nel corso del tempo: con il Protocollo di Kyoto (protocollo in virtù della sua funzione servente), poi Protocollo di Doha e adesso da ultimo Accordo di Parigi.

Esistono diverse categorie di trattati. Si possono distinguere anche in base al contenuto:

- Trattati sui diritti umani
- Trattati di diritto internazionale umanitario
- Trattati sull'ambiente
- Trattati sugli investimenti
- Trattati sul commercio

Al di là del contenuto, le categorie che hanno senso sono quelle categorie che ci permettono di distinguere tra:

- Trattati **bilaterali:** stipulati da soltanto due stati
- Trattati **multilaterali:** trattati aperti stipulati da tre o più stati.
- Trattati **plurilaterali**: stipulati da un numero elevato di stati ma chiuso (La maggioranza sono multilaterali, gli esempi di trattati plurilaterali sono molto pochi).

- Trattati **aperti** quando sono aperti all'adesione in futuro di altri stati.
- Trattati **chiusi:** quando non possono aderire stati diversi dai membri originali.

- Trattati **sinallagmatici** si basano sul *do ut des*, prevedono una reciprocità; quindi, pur essendo multilaterali possono essere scissi in fasci di accordi bilaterali.

- Trattati **solidali:** hanno al loro interno norme e obblighi *erga omnes partes*, che ciascuno stato parte del regime convenzionale si impegna a rispettare nei confronti di tutti gli altri stati parte di quel trattato.

Tutti i trattati commerciali sono multilaterali sinallagmatici, possono essere infatti scissi in accordi bilaterali. Mentre i trattati sui diritti umani sono esempi di trattati solidali, esempi di trattati contenenti norme di obblighi *erga omnes partes*, in quanto ciascun membro si impegna a rispettare quei diritti umani nei confronti di ciascuna altra parte di quel trattato, di ogni altro stato.

Ci sono alcuni trattati che, proprio per la materia altamente sensibile di cui si occupano, presentano delle peculiarità per quello che riguarda gli istituti che regolano la vita dei trattati; si tratta principalmente dei trattati sui diritti umani, dei trattati di diritto internazionale umanitario, dei trattati sul disarmo e quelli istitutivi di organizzazioni internazionali. **Dove troviamo tutte queste norme che regolano la vita dei trattati?** Nel diritto internazionale generale, nelle consuetudini. Quasi tutte le norme sul diritto dei trattati sono norme consuetudinarie, non scritte. La Commissione del diritto internazionale si è occupata di codificare le norme consuetudinarie non scritte riguardanti proprio il diritto dei trattati: questi lavori di codificazione sono stati molto lunghi e si sono conclusi con l'adozione di un progetto di articoli del diritto dei trattati del 1966 che è stato inviato all'Assemblea Generale che lo ha approvato e aperto alla firma. Così è nata la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

Alla Convenzione di Vienna oggi vi aderiscono 116 stati, una convenzione che ha avuto successo ma non troppo, tra questi 116 stati mancano alcuni stati politicamente rilevanti ex Cina, India e Stati Uniti. È una convenzione introduttiva in gran parte del diritto internazionale generale che contiene, però, anche delle norme di sviluppo progressivo alcune delle quali sono diventate consuetudinarie, mentre invece altre sono rimaste tali e quindi sono vincolanti solo per gli stati parte della Convenzione di Vienna.

Ci sono degli ambiti del diritto dei trattati a cui la convenzione di Vienna non si applica:

- Non si applica ai trattati che non sono scritti.

I trattati possono essere stipulati in forma scritta o non scritta (in cui c'è l'intenzione di vincolarsi, e possiamo capire se un trattato è tacito perché esistono le minute, le registrazioni, i verbali; questo lo ha detto anche la Corte Internazionale di giustizia). Due esempi di accordi non scritti sono l'intesa sulla piattaforma continentale del Mar Egeo tra Turchia e Grecia (accordo orale) e l'accordo tra la Svezia e la Danimarca per la costruzione del famoso ponte che collega questi due paesi.
Che differenza c'è tra accordo orale e accordo tacito? Il trattato orale è un trattato in cui si esprime la volontà, due stati dicono di volere essere vincolati o di assumere obblighi e diritti espressamente; il trattato tacito invece si sviluppa sulla base della pratica, perché ci si comporta in un certo modo, come se si trattasse di una consuetudine ma non è una consuetudine perché vincola solo chi vuole essere vincolato, non è intrinseca alla socialità del diritto.

Gli accordi in forma scritta possono essere conclusi secondo due diverse procedure: una procedura solenne o la procedura semplificata. La procedura semplificata si compone solo di due fasi che sono il negoziato e la firma, e diventa vincolante solo nel momento della firma. Il trattato stipulato in forma solenne si basa su 4 fasi: negoziato, firma, ratifica e deposito o lo scambio degli strumenti di ratifica. Nella forma solenne la firma non è vincolante ma ha soltanto lo scopo di autenticare il testo del trattato: gli stati quando firmano accettano che il testo del trattato sia quello e solo quello ma non stanno dichiarando di voler essere vincolati, nella forma solenne uno stato dichiarerà di voler essere vincolato soltanto dopo la ratifica e il deposito o lo scambio degli strumenti di ratifica (lo scambio viene usato per gli accordi bilaterali mentre il deposito per gli accordi multilaterali).

- Non si applica agli strumenti interni delle organizzazioni internazionali (ma si applica ai trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali).

  La convenzione di Vienna si applica ai trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali come, per esempio, la Carta delle nazioni unite, però ogni organizzazione è libera di disciplinare il proprio ordinamento interno. Questo ci fa capire che il trattato istitutivo di ciascun'organizzazione internazionale è in principio un trattato come tutti gli altri.
  Il principio è quello perché sono norme gerarchicamente inferiori al trattato istitutivo dell'organizzazione internazionale che trae le sue fondamenta proprio nel diritto internazionale e perché è un trattato come tutti gli altri.

- Non si applica per le questioni che attengono la responsabilità, ai casi di ostilità belliche tra gli stati e ai casi di successione degli stati nei trattati (Art .73 della Convenzione di Vienna).

  In questi tre casi si applicano delle norme di diritto internazionale consuetudinario che sono state codificate in altri strumenti: per quanto riguarda la successione degli stati nei trattati è stata stipulata un'altra Convenzione di Vienna specifica del 1978 che si occupa della successione degli stati nei trattati; per quanto riguarda gli effetti delle ostilità belliche nei trattati (l'espressione corretta è ostilità belliche e non guerre), la codificazione ha portato a un progetto di codificazione che non è mai diventato un accordo vincolante nel 2001; mentre invece per quanto riguarda la responsabilità abbiamo il Darsiwa, l'altro progetto del 2001. Si tratta di materie disciplinate in altri strumenti.

- Non si applica ai trattati stipulati da soggetti diversi dagli stati,
  quindi per esempio trattati stipulati dagli insorti, santa sede e, soprattutto, organizzazioni internazionali. Per le organizzazioni internazionali si applica la Convenzione di Vienna del 1986 sui trattati tra stati e organizzazioni o tra organizzazioni.

La stipulazione dei trattati

Come nasce un trattato? O detto in termini tecnici, *come si* ***stipula/conclude (sinonimi)*** *un trattato?*

La stipulazione di un trattato in forma solenne

Le fasi del procedimento di stipulazione del trattato in forma solenne sono quattro: il negoziato, la firma, la ratifica e lo scambio o deposito dello strumento di ratifica.

1) Negoziato

La negoziazione è quel momento in cui gli stati o comunque i soggetti che stipulano i trattati s'incontrano per fare in modo che vi sia un incontro di volontà fra le parti e che si stabilisca materialmente quali saranno i diritti e gli obblighi scaturenti dal trattato. Molti trattati, soprattutto quelli sinallagmatici, sono basati su una contropartita.
Se noi escludiamo i trattati solidali contenenti norme produttive di obblighi *erga omnes partes*, questa è la struttura tipica del trattato internazionale, il trattato sinallagmatico.
I negoziati avvengono *per via diplomatica* (bisogna "trattare", per questo si parla di trattato) e bisogna farlo soprattutto in *buona fede*, tant'è che se accadesse in malafede il trattato potrebbe essere invalido, cioè si potrebbe invocare l'invalidità del trattato.

Dove si svolgono le trattative, i negoziati per creare il testo del trattato?
Nel caso di trattati bilaterali, gli stati si incontrano nelle sedi dell'una o dell'altra, invece quando è multilaterale bisogna individuare una sede neutra in cui si possano incontrare. Negli ultimi anni molti trattati vengono negoziati sotto l'egida o gli auspici di un'organizzazione internazionale.

Chi negozia i trattati per conto degli stati?
I **plenipotenziari**, ovvero un organo dello stato (molto spesso è un diplomatico ma non per forza) che è dotato di pieni poteri, cioè investiti dell'autorità di negoziare per nome e per conto dello stato un certo. Esistono degli organi dello stato che però non hanno bisogno dei pieni poteri, né di averli né di produrli per negoziare un trattato in nome e per conto del loro stato; si tratta degli **organi supremi dello stato**, sono 3: il Presidente della Repubblica, il Capo del governo e il Ministro degli Esteri.

Cosa significa "produrre" pieni poteri?
Produrre pieni poteri significa dover mostrare alle controparti di aver avuto i pieni poteri per negoziare; quindi, quando ci si reca in un certo contesto per negoziare un trattato, ogni rappresentante di uno stato dovrà produrre pieni poteri agli altri rappresentanti, per lasciar intendere di aver ricevuto l'autorità pubblica per negoziare.

La disposizione della convenzione di Vienna che si occupa della questione del conferimento e della produzione dei pieni poteri è l'**articolo 7**:

Art. 7 - Pieni poteri

1. *Un individuo viene considerato il rappresentante di uno Stato per l'adozione o l'autenticazione del testo di un trattato o per esprimere il consenso dello Stato ad essere vincolato da un trattato:*
   a) *quando presenti i pieni poteri del caso;*
   b) *quando risulti dalla pratica degli Stati interessati o da altre circostanze che detti Stati avevano l'intenzione di considerare tale individuo come rappresentante dello Stato a tali fini e di non richiedere perciò la presentazione dei pieni poteri.*

2. *Sono considerati rappresentanti dello Stato al quale appartengono, in virtù delle loro funzioni, e senza dover presentare i pieni poteri:*

a) *i Capi di Stato, i Capi di Governo ed i Ministri degli affari esteri, per tutti gli atti relativi alla conclusione di un trattato;*

b) *i capi di missioni diplomatiche, per l'adozione del testo di un trattato tra lo Stato accreditante e lo Stato accreditatario;*

c) *i rappresentanti accreditati degli Stati ad una conferenza internazionale o presso un'organizzazione internazionale o uno dei suoi organi, per l'adozione del testo di un trattato nel corso di detta conferenza, presso detta organizzazione o detto organo.*

Quindi, i plenipotenziari devono ricevere/ produrre i pieni poteri per poter negoziare un trattato; gli organi supremi (Capo di Stato, Capo di Governo e Ministro degli Esteri) non hanno bisogno né di riceverli né di produrli in quanto sono loro stessi a conferirli.

L'art. 7 aggiunge anche altro:

- non devono produrre pieni poteri quegli organi che lo stato ha inteso delegare come propri **rappresentanti in sede di negoziato** anche senza aver dato formalmente pieni poteri, come se si desse per scontato che il fatto stesso di averli mandati come rappresentati implicasse il conferimento di pieni poteri.

- non devono esibire pieni poteri i **capi delle missioni diplomatiche** e i **rappresentanti degli stati accreditati**. I capi delle missioni diplomatiche sono quei diplomatici che dirigono una missione che ha sede presso un'organizzazione internazionale, quelli che gli stati inviano presso le organizzazioni internazionali. Se in una città ci sono più organizzazioni internazionali, allora quella missione diplomatica rappresenterà lo stato presso tutte le organizzazioni di quella città.

2) Adozione del testo (Art. 9)

L'adozione del testo di un trattato (da non confondere con "l'adozione del trattato", che comprende tutto il processo):

a) si compie con il consenso di tutti gli Stati partecipanti alla sua elaborazione, salvo i casi previsti dal paragrafo *b*.

b) se negoziato nell'ambito di una conferenza internazionale (una conferenza *ad hoc* convocata dagli stati oppure sotto l'egida di un'organizzazione internazionale, si compie con la maggioranza dei due terzi degli Stati presenti e votanti, a meno che detti Stati non decidano, con la stessa maggioranza, di applicare una norma diversa.

Di queste due disposizioni, la prima assume carattere consuetudinario mentre la seconda sarebbe una norma di sviluppo progressivo che, secondo Il professore, non ha avuto successo nel corso del tempo.

3) Firma

Dopo l'adozione del testo, il trattato viene aperto alla firma: per un certo periodo gli stati saranno liberi di firmare il testo convenzionale. Nella procedura di stipulazione dei trattati in forma solenne la firma **non** è **vincolante** ma serve ad autenticare il testo convenzionale.

Cosa vuol dire autenticare? Accettare una volta per tutte quel testo convenzionale, che non può da quel momento in poi subire modifiche, salvo riserve.

Autenticazione del testo (Art. 10)

Il testo di un trattato è ritenuto autentico e definitivo:

a) *in base alla procedura stabilita in tale testo o convenuta dagli Stati partecipanti all'elaborazione del trattato; oppure,*
b) *in mancanza di tale procedura, con la firma, la firma ad referendum (quando apposta dal rappresentante di uno Stato, in attesa del conferimento del potere a concludere il trattato) o la parafatura (posizione delle iniziali) da parte dei rappresentanti di detti Stati, del testo del trattato o dell'atto finale di una conferenza nel quale il testo venga depositato.*

Dalla firma, non obbligatoria (uno stato può partecipare al momento di adozione di un testo senza firmarlo, come hanno fatto gli USA con la convenzione di Vienna), discendono per gli stati un obbligo effettivo e una facoltà, previsti nell'articolo 18 e l'articolo 25 della Convenzione di Vienna:

Obbligo di non privare il trattato firmato del suo oggetto e del suo scopo prima della sua entrata in vigore (Art. 18)

Uno Stato deve astenersi dal compiere atti suscettibili di privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo:

a) *quando ha firmato il trattato o scambiato gli strumenti costituenti il trattato, con riserva di ratifica, di accettazione o di approvazione, finché non ha manifestato la propria intenzione di non divenire parte del trattato; oppure*

b) *quando ha espresso il proprio consenso ad essere vincolato da un trattato, nel periodo che precede l'entrata in vigore del trattato e a condizione che questa non sia indebitamente ritardata.*

In sintesi, l'articolo 18 dice che, se uno stato ha firmato un trattato e si è impegnato a riconoscere il testo del trattato, anche se non vincolato sul piano internazionale, non potrà porre in essere atti che ledano in qualche modo quel testo convenzionale, per esempio adottando delle norme interne confliggenti con gli obblighi internazionali contenuti nel testo del trattato firmato. Per questo spesso gli stati non firmano o decidono di ritirare la firma, vogliono avere libertà sul piano interno.

L'altra norma interessante che colleghiamo alla firma riguarda facoltà di applicare in via provvisoria il trattato che è stato firmato ma non ancora ratificato:

Applicazione dei trattati a titolo provvisorio (Art. 25)

1. *Un trattato o una parte di esso vengono applicati a titolo provvisorio in attesa della sua effettiva entrata in vigore:*
   a) *quando il trattato stesso così dispone;*
   b) *quando gli Stati che hanno partecipato ai negoziati avevano in qualche altro modo così convenuto.*
2. *A meno che il trattato non disponga altrimenti o gli Stati che hanno partecipato ai negoziati non abbiano convenuto altrimenti, l'applicazione a titolo provvisorio di un trattato o di una parte di esso nei confronti di uno Stato viene a cessare qualora tale Stato notifichi agli altri Stati, fra i quali il trattato è applicato provvisoriamente, l'intenzione di non volerne diventare parte*

Perché gli stati dovrebbero applicare in forma provvisoria un trattato?

- Se uno stato è insicuro rispetto all'assunzione del vincolo, può adottarlo (prima della ratifica e dopo la firma) a titolo provvisorio prima della ratifica per maturare una decisione riguardo alla ratifica stessa. Essendo il trattato solo firmato e non ratificato, può essere inadempiuto in qualsiasi momento senza che ci sia alcuna violazione.
- Un trattato multilaterale potrebbe entrare in vigore dopo il raggiungimento di un certo numero di ratifiche. Gli stati firmatari, in attesa che sia raggiunto il numero minimo per essere vincolati da quel trattato, possono applicarlo in via provvisoria.

Su che basi giuridiche un trattato viene applicato in maniera provvisoria?
Esistono due possibili basi giuridiche, come è stabilito dall'articolo 25: può esistere all'interno di un trattato una clausola convenzionale che stabilisce che gli stati, se lo vorranno, potranno stabilire di applicarlo in maniera provvisoria; oppure, gli stati possono decidere di stipulare un protocollo volto a stabilire l'applicazione in maniera provvisoria quel trattato.

Cos'è un protocollo? Un trattato vero e proprio che viene stipulato per svolgere una funzione ausiliare e servente rispetto al trattato principale. (es. protocollo per l'applicazione in via provvisoria della Brexit, in attesa di raggiungere un compromesso su tutte le questioni).

Cosa succede se uno stato decide di smettere di applicare in via provvisoria un trattato?
Secondo l'art. 25 paragrafo 2 uno stato può smettere di applicare in forma provvisoria un trattato, nel caso in cui dovesse decidere di non volere più ratificarlo. In realtà, la Commissione del diritto internazionale ha continuato a studiare l'applicazione dei trattati in forma provvisoria adottando sul tema la guideline numero 9 (le guideline non sono vincolanti), la quale specifica che in realtà un trattato applicato in forma provvisoria può cessare di produrre effetti per uno stato non soltanto se quello stato decidesse di non volerlo ratificare più (art 25 paragrafo 2), ma anche per qualsiasi altra normale causa di estinzione dei trattati.

Secondo la guideline numero 9, quindi, uno stato potrà decidere di non applicare più in forma provvisoria un trattato, non solo se dovesse decidere di non volere più ratificare quel trattato, come già dice l'articolo 25 paragrafo 2 della Convenzione di Vienna, ma anche se per qualsiasi altro motivo, causa imputabile alla piena discrezionalità politica dello stato.
Invece, secondo l'art 25 paragrafo 2, solo lo stato che decide di non ratificare quel trattato potrà smettere di applicarlo in maniera provvisoria. Secondo la guideline numero 9, invece, lo stato che dovesse decidere di ratificare il trattato nel 2025 ma che per motivi x non volesse essere vincolato dal trattato da oggi al 2025, oggi potrebbe smettere di applicarlo in via provvisoria e poi ratificarlo e quindi ricominciare ad applicarlo nel 2025. La guideline numero 9 è risultato di una prassi che si è formata nel tempo e che se venisse riconosciuta come tale derogherebbe all'articolo 25 paragrafo 2 in virtù del *lex posterior derogat priori*.

4) Ratifica

È la fase del procedimento di stipulazione dei trattati in forma solenne in cui lo stato si vincola sul piano internazionale.
In realtà, si parla di ratifica (se lo stato ha partecipato ai negoziati) o adesione (se lo stato non ha partecipato ai negoziati), due termini che possono essere usati come sinonimi anche se hanno una leggera differenza.

La ratifica dei trattati nell'ordinamento italiano: gli art 80, 87 e 89

Ogni stato può ratificare i trattati secondo la propria procedura, quella prevista dal suo ordinamento interno. Per quanto riguarda l'Italia, dobbiamo guardare la Costituzione italiana, nello specifico gli articoli 80, 87 e 89.

Il Presidente della Repubblica ratifica i trattati ai sensi dell'art 87 comma 8 della Costituzione:

La ratifica: articolo 87
"Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale, può inviare messaggi alle Camere…

…accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere..."

La controfirma: articolo 89
"Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità.
Gli atti che hanno valore legislativo e gli altri indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei ministri."

Come noi sappiamo il Presidente della Repubblica non può assumere/incorrere in alcuna responsabilità per i propri atti; infatti, è necessaria la controfirma di un membro del governo, uno qualsiasi, o il Presidente del Consiglio o di un ministro competente nella materia del trattato. Quando ci sono trattati multilaterali che riguardano molti ambiti la controfirma è del Ministro degli Esteri o del Presidente del Consiglio.

Il ruolo del Parlamento: l'articolo 80
"Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi"

Secondo l'articolo 80, il Presidente della Repubblica non può ratificare senza autorizzazione del Parlamento per 5 categorie di trattati:

- ***Trattati politici**:* si può dire che, escludendo i trattati di carattere tecnico -amministrativo, il 90% dei trattati stipulati da uno stato siano trattati politici (di fatto, ciò fa sì che l'autorizzazione del Parlamento al Presidente della Repubblica sia prevista per quasi tutti i trattati).

- *Trattati che impongono **oneri alle finanze***: trattati per i quali è previsto che l'Italia debba versare dei contributi economici. Per esempio, i trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali.

- *Trattati che prevedono **modifiche di territorio***: ad esempio i trattati di confine, i trattati che prevedono la concessione di basi militari (Sigonella, Aviano) o i trattati che regolano passaggi sul mare (pensate all'accordo tra Bolivia e Cile, che ha pure portato a una recente controversia)

- *Trattati che prevedono **modifiche di leggi***: a volte se l'Italia decide di vincolarsi ad un trattato deve modificare alcune leggi, per evitare di violare quel trattato con leggi preesistenti che magari vanno in senso opposto al dettato convenzionale.

- *Trattati che prevedono* ***regolamenti arbitrari o giudiziari***: sono sostanzialmente quei trattati che l'Italia stipula per risolvere in maniera pacifica controversie con altri stati, rivolgendosi ad esempio a un tribunale internazionale o a un arbitro internazionale.

Con Parlamento si intendono ovviamente entrambe le camere, quindi occorre una delibera del Senato e una della Camera, che devono adottare delle **leggi ordinarie** per dargli l'autorizzazione; si tratta di una legge brevissima, composta di 3 articoli:

- l'articolo 1 si limita a richiamare il trattato
- l'articolo 2 autorizza il presidente alla ratifica
- l'articolo 3 che riguarda l'adattamento

Il ruolo del Governo

È teoricamente a discrezione del Presidente della Repubblica stabilire se ratificare o meno un trattato (l'autorizzazione alla ratifica non implica un obbligo), ma in realtà **chi decide è il Governo**. Si può dire che, nei fatti, la gestione del procedimento di ratifica dei trattati è gestita dal potere esecutivo. Il fatto che sia il governo a gestire il procedimento di ratificare in Italia e nella maggior parte dei paesi, si deduce da diversi segnali:

- La controfirma: anche se il Presidente della Repubblica ratifica, perché questa sia valida serve la controfirma del Governo.
- Il fatto che il Presidente della Repubblica non deve ratificare un trattato per la cui ratifica ha ricevuto l'autorizzazione del Parlamento: il Presidente della Repubblica ratifica se il governo glielo chiede.
- per qualsiasi legge serve presentare una proposta di legge. *Chi che presenta la proposta di legge di autorizzazione alla ratifica in genere?* Le proposte di ratifica sono quasi sempre di iniziativa dell'esecutivo.

Il caso della Convenzione di Oviedo

Si sono verificate anche situazioni curiosi, come quella riguardante la convenzione di Oviedo, riguardante la biomedicina e in cui viene disciplinata anche la clonazione degli animali. L'Italia ha partecipato e firmato la convenzione, poi il governo Prodi ha presentato la proposta di legge di ratifica alla Convenzione di Oviedo. Nel frattempo, il governo cade e con le nuove elezioni sale Berlusconi; il Parlamento però, prima della caduta di Prodi, aveva già autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare; quindi, la legge di autorizzazione alla ratifica c'era.
Il nuovo governo, tuttavia chiese al Presidente della Repubblica, al tempo Ciampi, di non ratificare ed è chiaro che formalmente è il Presidente che decide, però avrebbe rischiato di emanare un decreto di ratifica, che probabilmente non avrebbe ricevuto una controfirma da parte del Presidente del Consiglio o dai ministri, avendo un governo contrario alla ratifica. Quindi alla fine Ciampi decise di non ratificare e nessun Presidente della Repubblica dopo Ciampi lo fece.

5) Scambio o deposito degli strumenti di ratifica

Fase che permette che il trattato entri in vigore ed eserciti i suoi effetti. Lo strumento di ratifica è l'atto di diritto interno con cui ciascuno stato ha proceduto alla ratifica (nel nostro caso è il decreto del Presidente della Repubblica). Occorre che gli stati si scambino questo strumento di ratifica:

Nel caso di un *trattato bilaterale:*

- I due stati si inviano l'uno all'altro lo strumento con il quale ha provveduto a ratificarlo, ciascuno dei due stati ne prende atto e deposita lo strumento dell'altro stato negli archivi del proprio Ministero degli Esteri.

Nel caso di un *trattato multilaterale*:

- Nel passato era solitamente uno degli stati parti a fungere da **depositario** (es. Italia per gli strumenti di ratifica dei trattati istitutivi dell'UE).
- oggi, poiché accade spesso che i trattati siano stipulati sotto l'egida di organizzazioni internazionali, il depositario è spesso l'organizzazione internazionale stessa, più nello specificamente il suo organo amministrativo (es. il segretario generale delle Nazioni Unite per i trattati stipulati sotto l'egida dell'ONU).

Dello scambio degli strumenti di ratifica si occupa l'articolo 16 della Convenzione di Vienna

La vacatio

Succede a volte che i trattati possono prevedere una *vacatio*, ovvero un periodo che deve passare da quando vengono scambiati gli strumenti di ratifica a quando i trattati entrano in vigore.
Nel caso di *trattato bilaterali*:

- Francia e Italia stipulano il trattato del Quirinale, si scambiano gli strumenti di ratifica il 30 marzo, però il trattato del Quirinale prevede la sua entrata in vigore dopo un mese dagli scambi degli strumenti di ratifica; quindi, il trattato del Quirinale eserciterà i suoi effetti dal 30 aprile.

Nel caso di *trattati multilaterali:*

- accadrà lo stesso ma i trattati multilaterali spesso, oltre a prevedere una *vacatio*, possono prevedere un **numero minimo di strumenti depositati** per l'entrata in vigore. Ad esempio, l'art 84 della Convenzione di Vienna prevede che la Convenzione entri in vigore il 30esimo giorno successivo alla data del deposito del 35esimo strumento di ratifica.

6) Registrazione dei trattati (facoltativa)

È qualcosa di diverso dal deposito dello strumento di ratifica; della registrazione si occupano l'**articolo 80** della Convenzione di Vienna, che però deve essere letto in combinato con l'**articolo 102** della Carta delle Nazioni Unite.

Registrazione e pubblicazione dei trattati (Art. 80)

1. *Dopo la loro entrata in vigore, i trattati vengono trasmessi al Segretariato dell'Organizzazione delle Nazioni Unite perché siano, a seconda dei casi, registrati, classificati o iscritti al repertorio, nonché pubblicati.*
2. *La designazione di un depositario autorizza quest'ultimo a compiere gli atti di cui al paragrafo precedente.*

Quindi gli stati devono registrare i trattati che hanno stipulato e che sono entrati in vigore presso il Segretario Generale della Nazioni Unite; si tratta però di una norma non consuetudinaria, che quindi vincola solo gli stati parte della Convenzione di Vienna.
Una norma analoga, però, la troviamo nell'articolo 102 della Carta delle Nazioni Unite, che vincola tutti gli stati membri delle Nazioni Unite. Essendo che quasi tutti gli stati del mondo sono membri delle Nazioni Unite, possiamo dire che quasi tutti gli stati del mondo hanno quest'obbligo di registrare i trattati presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite.
Una volta registrati, questi trattati vengono numerati dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, iscritti al repertorio e pubblicati nello ***United Nations treaty series.***

L'evoluzione interpretativa dell'articolo 102 della Carta delle Nazioni Unite (Art. 102)

1. *Ogni trattato ed ogni accordo internazionale stipulato da un Membro delle Nazioni Unite dopo l'entrata in vigore del presente Statuto deve essere registrato al più presto possibile presso il Segretariato e pubblicato a cura di quest'ultimo.*

2. *Nessuno dei contraenti di un trattato o accordo internazionale che non sia stato registrato in conformità alle disposizioni del paragrafo 1 di questo articolo, potrà invocare il detto trattato o accordo davanti ad un organo delle Nazioni Unite.*

Qual è la conseguenza della mancata registrazione?

È vero che la registrazione è obbligatoriamente prevista dagli articoli 80 e 102 ma è anche vero che una mancata registrazione non implica l'inefficacia di un trattato: un trattato entra in vigore e produce i suoi effetti anche se non registrato. In realtà, l'articolo 102 paragrafo 2 è stato superato dalla prassi, vi è stata un'evoluzione del diritto ed oggi non è più così. Il senso che oggi assume è che uno stato non può invocare davanti a un organo delle Nazioni Unite, e soprattutto davanti alla Corte Internazionale di Giustizia, un trattato che non è stato reso pubblico, cioè che è stato mantenuto segreto.

La Corte Internazionale di Giustizia si è orientata in questo senso in due importanti casi:

- *controversia tra Grecia e Turchia*: i due paesi avevano stipulato un accordo all'esito di un comunicato stampa (quindi un accordo tacito) per la delimitazione della piattaforma continentale del Mare Egeo. La Grecia voleva invocare questo accordo perché le faceva comodo, la Turchia non voleva, poiché non lo aveva mai registrato presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite.
  Ma la Corte ha detto no, sostenendo che il trattato poteva essere invocato anche se non registrato, proprio perché la *ratio* dell'articolo 102 è quella di rendere i trattati pubblici e limitare quelli segreti. Poi all'epoca né la Turchia né la Grecia avevano fatto niente per mantenere quel trattato segreto, tant'è che è stato reso pubblico con un comunicato stampa.

- *caso India contro Pakistan:* esiste una Convenzione delle Nazioni Unite sulle relazioni consolari che prevede che se il cittadino di uno stato viene arrestato in uno stato straniero, gli si deve permettere di comunicare con l'autorità consolare del proprio stato. In questo caso il signor Jadhav, militare indiano in pensione che si trovava a commerciare tappeti in Pakistan, era stato arrestato con la scusa di essere una spia indiana che attentava alla sicurezza del Pakistan. Secondo la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, il signor Jadhav avrebbe potuto entrare in contatto senza indugio con il rappresentante consolare dell'India ad Islamabad, cosa che invece il Pakistan impediva. Il Pakistan riteneva fosse applicabile un successivo accordo bilaterale in materia consolare stipulato con l'India, in base al quale il diritto all'assistenza consolare era negato nel caso in cui il cittadino della controparte arrestato fosse accusato di reati contro la sicurezza dello stato e di spionaggio. Il punto era che questo accordo consolare, oltre a confliggere con la Convenzione sulle relazioni consolari delle Nazioni Unite del '63 oltre, non era mai stato registrato né dall'India, né dal Pakistan e nemmeno dal Segretario Generale delle Nazioni Unite.
  Le posizioni dei due paesi:

  INDIA
  Il Pakistan non lo può invocare davanti alla Corte internazionale di Giustizia, la quale per regolare la controversia deve applicare la Convenzione del '63, di cui entrambi gli stati sono parte e che prevede il diritto dell'assistenza consolare, anche quando il reo è accusato di spionaggio.

  PAKISTAN
  È vero che non abbiamo registrato l'accordo ed è anche vero quello che dice il paragrafo 2 dell'articolo 102, ma la prassi ha portato ad un'evoluzione di questa norma, nel senso che non possono essere invocati alla corte solo i trattati segreti e il nostro accordo bilaterale sulle relazioni consolari non è segreto! È stato diffuso, è stato allegato in copia dal Pakistan al ricorso presentato alla Corte e addirittura ne avevano parlato i giornali (dato più pregnante),

c'erano state delle dichiarazioni dei rispettivi ministri della giustizia... Possono essere invocati davanti a tutti gli organi delle Nazioni Unite anche i trattati non registrati basta che siano pubblicati, quindi fanno eccezione i trattati segreti.

Quindi?
Possono essere invocati davanti alla Corte internazionale di Giustizia, all'Assemblea Generale, al Consiglio di Sicurezza…anche i trattati che non sono stati registrati presso il Segretario generale, a patto che siano stati resi pubblici. Gli unici trattati che non possono essere invocati sono quelli segreti.

La stipulazione di un trattato in forma semplificata

C'è un articolo della Convenzione di Vienna che ci permette di capire che assiste il procedimento di stipulazione in forma semplificata:

Espressione, mediante la firma, del consenso ad essere vincolati da un trattato (Art. 12)

1. *Il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato viene espresso con la firma (la firma può assumere valore vincolante) del rappresentante di tale Stato (plenipotenziario):*

   a) *quando il trattato prevede che la firma abbia tale effetto (è una situazione tipica dei trattati bilaterali);*
   b) *quando sia stato accertato che gli Stati che hanno partecipato ai negoziati avevano convenuto che la firma avrebbe avuto tale effetto;*
   c) *quando l'intenzione dello Stato di dare tale effetto alla firma risulti dai pieni poteri del suo rappresentante o sia stata espressa nel corso dei negoziati*.

2. *Ai fini del paragrafo 1:*
   a) *la parafatura di un testo equivale alla firma di un trattato quando sia accertato che gli Stati che hanno partecipato al negoziato avevano così convenuto;*
   b) *la firma ad referendum di un trattato da parte del rappresentante di uno Stato, qualora venga confermata da quest'ultimo, equivale alla firma definitiva del trattato.*

Nella Convenzione di Vienna, non si trovano norme che ci dicono questa è la procedura semplificata, questa quella solenne, ma la si deduce dalla lettura delle norme. In questo caso, dall'art. 12 della Convenzione di Vienna deduciamo che la stipulazione dei trattati in forma semplificata si compone solo di due step:

- negoziato, importante perché si realizza l'incontro di volontà tra le parti
- firma, che a differenza dei trattati stipulati in forma solenne è vincolante.

La registrazione dei trattati vale per entrambe le forme di stipulazione dei trattati: sia forma semplificata, sia forma solenne.

Nell'ordinamento italiano, i trattati che possono essere stipulati in forma semplificata sono pochi e si tratta di alcuni trattati bilaterali o rilevanti in materia tecnica o amministrativa (ovvero quelli per cui non è necessaria l'autorizzazione del parlamento): trattati sui rapporti postali, inerenti all'aviazione civile, in materia di cooperazione civile sullo scambio di informazioni tra i giudici degli stati…. In genere in Italia vengono stipulati in forma semplificata solo i trattati in ambito tecnico/amministrativo. Poiché in Italia non abbiamo una norma che dice quali trattati devono essere stipulati in forma solenne e quali in forma semplificata, ci arriviamo per deduzione dall'art. 80 della Costituzione, fondamentale perché capiamo che solo per i trattati che non siano

nelle 5 categorie indicate non è necessario che il Parlamento autorizzi il Presidente della Repubblica, e quindi non serve la ratifica del Presidente, e quindi la procedura è semplificata.

Questo a differenza di altri ordinamenti: in USA, ad esempio, esistono per costituzione due tipi di trattati:

- Treaties, corrispondono ai trattati stipulati in forma solenne, perché il presidente degli Stati Uniti li può ratificare solo se ottenuto il consenso del Senato.
- Executive Agreement, che sono gli accordi del presidente, sono trattati stipulati dal presidente, in quanto capo del governo, autonomamente e in forma semplificata.

In Italia, stipulare un trattato in forma semplificata significa semplicemente che è il governo a stipulare, senza coinvolgere né il Presidente della Repubblica né il parlamento.

Questa situazione ha portato ad abusi della forma semplificata in Italia, che addirittura ricadevano nell'Art. 80 della Costituzione.
Di recente: trattati stipulati in materia immigratoria, sulla gestione dei flussi migratori e soprattutto i rimpatri, stipulati in forma semplificata, senza coinvolgere il Parlamento. Questi si può dire che rientrano nell'Art. 80 perché sono trattati di materia politica e poi pongono oneri alle finanze (es. accordo stipulato da Minniti e il Niger: l'Italia finanziava il microcredito per le donne nigerine per piccoli lavoretti, ma in realtà questi flussi finanziari erano utilizzati solo in parte per questo e in massima parte per pagare le guardie di confine di bloccare le persone al confine e frenare l'immigrazione).

Altri esempi di abusi della forma semplificata in Italia:

- Accordo stipulato per l'adesione all'ONU: Italia ha aderito in forma semplificata, senza passare per il Parlamento. E la Carta di S. Francisco non è forse una carta/trattato politica? Eppure, all'epoca, questo trattato di adesione venne stipulato in forma semplificata e si preferì non passare per il Parlamento perché era composto da molti comunisti che non volevano la stipulazione del trattato.
- Accordi Italia/Usa per la concessione di due basi militari (Aviano e Sigonella) stipulati in forma semplificata, nonostante la loro natura politica e che prevede la modifica del territorio.

Questi trattati stipulati in forma semplificata, in violazione degli articoli 80 (perché il parlamento non è stato coinvolto) e 87 (perché il Presidente della Repubblica non ha potuto ratificare), sono costituzionalmente illegittimi?
Sì, e la norma che regola questa questione sono gli articoli 46 e 27 della Convenzione di Vienna.

Disposizioni di diritto interno concernenti la competenza a concludere trattati (Art. 46)

1. *Il fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona fede o consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza fondamentale del proprio diritto interno.*

2. *Una violazione è manifesta quando essa appaia obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona fede.*

Diritto interno e rispetto dei trattati (Art. 27)

Una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato. Tale norma non pregiudica in alcun modo le disposizioni dell'articolo 46.

L'Art. 27 dice che il diritto interno non può mai essere invocato per ottenere l'invalidità di un trattato, perché ogni stato è libero di regolare il procedimento di stipulazione dei trattati. Però si precisa che questa regola generale non pregiudica quanto disposto dall'art. 46.
L'Art. 46 esordisce ribadendo che il diritto interno non può rendere invalido un trattato, aggiungendo, però, che se ad essere stata violata è una norma interna di importanza fondamentale sulla competenza stipulare e se questa violazione è stata manifesta, allora lo Stato interessato potrà invocare l'invalidità del trattato.

Quindi è chiaro che il Trattato stipulato in forma semplificata con il Niger o il trattato di adesione all'ONU o i trattati con gli USA per le basi militari, sono stati stipulati in violazione manifesta (evidente ad ogni stato che si comporti in buona fede) di una norma di importanza fondamentale sulla competenza stipulare. L'invalidità prevista dall'art. 46, tuttavia, è un'**invalidità relativa**, e quindi **sanabile per acquiescenza**: se lo stato interessato non invoca l'invalidità, essa viene sanata. L'Italia non ha mai invocato l'invalidità di questi trattati, sanando quindi l'invalidità.

Anche le **regioni italiane** possono stipulare trattati (l'articolo 117, al comma 9 prevede la competenza delle regioni a stipulare trattati nelle materie di loro competenza), purché gli vengano conferiti i pieni poteri da parte dello stato centrale. Questo accade perché al diritto internazionale non importa l'articolazione interna agli stati. Così come gli stati, **anche gli altri soggetti del diritto internazionale possono stipulare i trattati** (es. santa sede, insorti, e soprattutto organizzazioni internazionali). Hanno anch'essi un *treaty making power*.

Principi di applicazione dei trattati

Può essere studiata da quattro punti di vista in ordine di complessità:

- Applicazione RATIONE MATERIAE (nella materia): un trattato si applicherà nella materia che intende disciplinare (es. un trattato sul commercio si applicherà in ambito commerciale; un trattato che si occupa di gestione di flussi migratori, riguarda la materia dei flussi migratori).

- Applicazione RATIONE TEMPORIS (nel tempo): a meno che non sia espressamente previsto dal testo del trattato e che le parti siano d'accordo, le norme dei trattati sono **irretroattive**: prima dell'entrata in vigore il trattato non potrà produrre effetti. Per "entrata in vigore" si intende il raggiungimento di un certo numero di ratifiche depositate, devono passare alcuni giorni (*VACATIO*) e poi il trattato sarà attivo. Questo tipo di applicazione è regolata dall'Art. 28 della CDV.

  Art. 28 - Irretroattività dei trattati
  Salvo che una diversa intenzione non risulti dal trattato o non sia altrimenti accertata, le disposizioni di un trattato non vincolano una parte per quanto riguarda un atto o un fatto anteriore alla data di entrata in vigore del trattato stesso nei confronti di tale parte o una situazione che avesse cessato di esistere a tale data.

- Applicazione RATIONE LOCI (nello spazio): i trattati si applicano solo nel territorio degli stati che li ratificano (es. un trattato stipulato da Italia, non si potrà applicare in Slovenia). Questo tipo di applicazione è regolata dall'Art. 29 della CDV.

  La questione dell'applicazione territoriale dei trattati si è evoluta, in particolare in riferimento ai trattati sui diritti umani e quelli sulla concorrenza. Si sono sviluppati fenomeni di **applicazione EXTRATERRITORIALE dei trattati sui diritti umani e dei trattati sulla concorrenza**. Quando uno Stato, parte di un trattato sui diritti umani, occupa il territorio di un altro stato, in quell'altro stato verrà applicato extra territorialmente il trattato sui diritti umani indipendentemente dal fatto che entrambi gli stati siano parte di quel trattato sui diritti umani.

Prendiamo in considerazione la *Convenzione Europea sui Diritti Umani* che vincola tutti gli stati europei (tranne Bielorussia e Russia). Esempi:

- (assurdo) Italia invade la parte sud della Francia. In questa parte la Cedu dovrà essere applicata dall'Italia, non dalla Francia
- 1999, NATO invade Kosovo (Caso Bankovic) violando diritti umani. Vengono effettuati ricorsi alla *Corte europea dei diritti umani* contro 9 stati europei (tra cui l'Italia). La *Corte Europea sui diritti umani* ha ammesso la responsabilità di questi stati europei che avrebbero dovuto applicare in via extra territoriale la *Convenzione Europea sui Diritti Umani*.
- Iraq, seconda guerra del golfo, scatenata da USA e UK che hanno occupato parti dell'Iraq. UK è stato dichiarato responsabile per le violazioni di diritti umani commesse in Iraq, in quanto lo UK avrebbe dovuto applicare extra territorialmente la Convenzione europea dei diritti umani in Iraq.

Per capire se uno Stato deve o meno applicare extra territorialmente un trattato sui diritti umani bisogna usare il criterio del controllo effettivo (*Effective Control*). All'inizio, invece, quando questa dottrina si stava sviluppando, ai tempi del Caso Bankovic, il criterio su cui ci si basava era l'*Operal Control*, il controllo generalizzato, criterio che avrebbe fatto sorgere in maniera semplice la responsabilità dello stato.

Per l'applicabilità extra territoriale dei trattati sulla concorrenza ci sono stati molti problemi tra USA ed Europa, perché i primi pretendono di applicare le proprie regole sulla concorrenza anche in Europa. Anche in questo caso tutto si risolve tramite il criterio del controllo effettivo.

- Applicazione RATIONE PERSONAE (tra le parti): i trattati non prevedono né diritti né obblighi per gli stati terzi. Il problema di questo tipo di applicazione dei trattati è quello dell'ambito di applicazione soggettivo dei trattati, cioè capire chi i trattati vincolano. I trattati vincolano solo chi vuole essere vincolato, quindi gli stati che fanno parte del trattato. Un trattato rispetto ad uno stato terzo è *RES INTER ALIOS ACTA*, un fatto che non lo riguarda, avvenuto tra altri. Principio regolato dagli Art. 34-38 della Convenzione di Vienna.

Art. 34 - Norma generale riguardante gli Stati terzi
Un trattato non crea né obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il consenso di quest'ultimo.

Art. 35 - Trattati che prevedono degli obblighi per gli Stati terzi
Da una disposizione di un trattato nasce un obbligo per uno Stato terzo quando le parti del trattato stesso intendano con quelle disposizioni creare tale obbligo e quando lo Stato terzo accetti esplicitamente per iscritto tale obbligo.

Ci dice che se il trattato intende creare obblighi per lo stato terzo, lo stato terzo deve accettare in forma scritta, serve un'accettazione esplicita da parte dello stato terzo.

Art. 36 - Trattati che prevedono dei diritti per gli Stati terzi

1. *Un diritto per uno Stato terzo nasce da una disposizione di un trattato quando le parti di tale trattato intendono, con tale disposizione, conferire tale diritto sia allo Stato terzo sia ad un gruppo di Stati al quale esso appartenga, che a tutti gli Stati, e quando lo Stato terzo acconsente. Si presume che vi sia consenso fintanto che non esista una contraria indicazione, a meno che il trattato non preveda altrimenti.*
2. *Uno Stato che eserciti un diritto in base al paragrafo 1 è tenuto a rispettare, per quanto riguarda l'esercizio del diritto stesso, le condizioni che sono previste dal trattato o che sono accertate in base alle disposizioni di questo*.

Ci dice che se il trattato intende creare diritti per lo stato terzo, l'**accettazione** dello stato terzo **può essere anche presunta**, ovvero può essere ricavata da effetti concludenti.

***Esempio di** un trattato che prevede obblighi a favore di terzi*: trattati di pace post WW2 che imposero la neutralità all'Austria. L'Austria ha adottato una legge costituzionale per prevedere la propria neutralità. C'è stato un incontro di volontà dal punto di vista giuridico.

Sono pochi i trattati che prevedono diritti e obblighi per stati terzi:

- Erroneamente, **i trattati che prevedono la libertà di navigazione sui fiumi grand**i (es. Danubio, Reno, Nilo). Sono accordi stipulati tra gli stati attraverso i quali i fiumi passano. In questo caso, erroneamente, si dice che sia un trattato che prevede diritti nei confronti di paesi terzi, quando invece quel trattato prevede diritti e obblighi tra le parti e il terzo è solo beneficiario, non titolare di diritti. Infatti, ad avere il diritto di navigazione non è quello Stato terzo, ma gli stati parte del trattato. Gli stati parte del trattato sono titolari, quelli terzi sono solo beneficiari.

- I **trattati di garanzia**, stipulati tra più stati che si impegnano a garantire indipendenza e integrità di un altro stato.
  Ne è un caso il **Trattato sull'indipendenza e integrità di Cipro** stipulato tra Turchia, Grecia (stati direttamente interessati) e Regno Unito (ex madre patria). Questi tre stati si sono impegnati a intervenire se uno stato avesse minacciato l'integrità territoriale dell'isola. Ma Cipro non era parte di quel trattato, era solo un mero beneficiario, non era titolare di diritti, di situazioni giuridiche soggettive. Quindi se uno stato terzo avesse invaso Cipro, la Grecia o UK o Turchia, avrebbero potuto pretendere che gli altri intervenissero.

- la **Clausola della nazione più favorita**, una clausola inserita nei trattati bilaterali di carattere commerciale: prevede che ai rapporti commerciali tra due stati verranno applicate le stesse tariffe doganali che ciascuno dei due stati applica ad un altro stato in termini più bassi.
  Esempio: l'Italia stipula un trattato bilaterale commerciale con la Francia per il commercio di mele. In questo trattato i due stati inseriscono una clausola della nazione più favorita, dicendo: "io applicherò un dazio doganale per il nostro scambio doganale di mele pari al dazio doganale più basso che io applico con uno stato terzo per l'importazione di mele". Si scopre che il dazio più basso che viene pagato per il commercio di mele in Italia è quello della Svizzera (20 cent). Allora l'Italia dovrà applicare per le mele che vengono dalla Francia un dazio pari a 20 cent.
  In passato questa clausola si diceva fosse un esempio di clausola che prevede un diritto per uno stato terzo. Nel nostro esempio del commercio di mele, il trattato che prevede la tariffa più bassa è quello della Svizzera. La Francia è terza, però beneficia della norma che prevede la tariffa più bassa grazie alla clausola della nazione più favorita. Quindi la norma contenuta nel trattato Italia/Svizzera sarà una norma che prevede diritti per la Francia, quello di pagare la tariffa più bassa. In realtà la clausola della nazione più favorita non implica che una norma contenuta in un trattato preveda diritti per uno stato terzo: il diritto della Francia deriva dalla clausola che non indica il prezzo, ma si limita a rinviare alla norma convenzionale che indica il dazio doganale più basso.

Art. 37 - Revoca o modifica di obblighi o diritti di Stati terzi

1. *Nel caso in cui sia nato per uno Stato terzo un obbligo in base all'articolo 35, detto obbligo non può essere revocato o modificato che con il consenso delle parti del trattato e dello Stato terzo, a meno che non sia accertato che essi avevano convenuto diversamente.*
2. *Nel caso in cui per uno Stato terzo sia nato un diritto in base all'articolo 36, tale diritto non potrà essere revocato o modificato dalle parti se non sarà stato accertato che detto diritto non avrebbe potuto essere revocato o modificato senza il consenso dello Stato terzo.*

Uno stato terzo che ha assunto diritti e obblighi da un trattato di cui non è parte, può pretenderne la revoca. Per gli obblighi la revoca può avvenire solo tramite dichiarazioni scritte da parte di ambo le parti. Per i diritti dipende se era previsto che il diritto non fosse modificabile: se era previsto, per procedere alla revoca servono dichiarazioni scritte da parte di ambo le parti, se non era previsto, la revoca può avvenire anche per fatti concludenti.

Art. 38 - Norme di un trattato che divengono obbligatorie per Stati terzi a seguito della creazione di una consuetudine internazionale
Nessuna delle disposizioni contenute negli articoli da 34 a 37 vieta che una norma sancita da un trattato diventi obbligatoria per uno Stato terzo in quanto norma consuetudinaria di diritto internazionale riconosciuta come tale.

Se in un accordo di codificazione viene inserita una norma di sviluppo progressivo, questa norma vincola solo gli stati che hanno stipulato l'accordo di codificazione. Se con il tempo la norma di sviluppo progressivo diventa consuetudinaria, allora vincolerà tutti.

Le riserve ai trattati

Una riserva è un atto unilaterale di uno stato con il quale lo stato intende vincolarsi ad un trattato senza però accettare una o alcune disposizioni di quel trattato oppure pretendendo che nei suoi confronti una o alcune disposizioni di quel trattato vengano modificate in un certo modo (riserva modificativa) o pretendendo che una o alcune disposizione di quel trattato siano interpretate in un certo modo (riserva interpretative).

Ovviamente le riserve hanno senso solo nei trattati multilaterali, le riserve non hanno senso nei trattati bilaterali. Nel trattato bilaterale gli stati sono due soltanto quindi va da sé che eventuali volontà di uno stato che altrimenti esprime attraverso la riserva potrà essere espressa direttamente nel trattato.

La riversa è un atto unilaterale: è un atto posto in essere per volontà di un singolo stato all'interno però di un contesto convenzionale. C'è sempre un incontro di volontà tra due o più stati, però all'interno di questo incontro di volontà trova spazio anche un atto unilaterale che è quell'atto con cui uno stato accetta sì di vincolarsi ad un trattato; quindi, permette l'incontro di volontà con le controparti, però ad alcune condizioni, che sono le tre indicate nella definizione e che quindi permettono anche di individuare tre categorie di riserve:

- Riserve eccettuative, che uno stato appone accettando di vincolarsi ad un trattato ma non a una o alcune disposizioni di quel trattato.

- Riserva modificativa, quando uno stato accetta di vincolarsi ad un trattato pretendendo però che una certa disposizione di quel trattato venga modificata in senso più favorevole a quello stato.

- Riserve interpretative, sono quelle riserve con cui uno stato accetta di vincolarsi ad un determinato trattato ma pretende che una certa disposizione vada interpretata in un certo modo e non in un altro (dunque non accetta altre interpretazioni di quella disposizione). Le riserve interpretative possono a loro volta suddividersi in riserve interpretative condizionate e incondizionate:

    - Condizionate, sono delle vere e proprie riserve, perché lo stato condiziona l'accettazione di quel trattato al fatto che ad una certa disposizione venga data una certa interpretazione.

- Incondizionate non sono vere e proprie riserve ma potrebbero essere chiamate in maniera più opportuna **dichiarazioni interpretative**, perché con queste riserve incondizionate lo stato esprime l'interpretazione che vorrebbe venisse data ad una certa disposizione ma senza pretendere che solo quella interpretazione venga data a quella disposizione, quindi senza mettere in dubbio la propria volontà di vincolarsi a quel trattato.

Qual è la ratio, il senso dell'istituto delle riserve? Perché l'apposizione delle riserve consente di perseguire l'obiettivo di massimizzare la partecipazione degli stati ai trattati multilaterali.

Questo però pone un problema che è quello dell'integrità dei trattati, perché la conseguenza dell'apposizione di una riserva è che per lo stato riservante varrà un regime convenzionale che è anche solo parzialmente diverso ma comunque diverso da quello vigente in tutti gli altri stati. La riserva è un istituto che deve cercare di bilanciare opposte esigenze della comunità internazionale:

Esigenza di garantire la massima partecipazione possibile degli stati ai trattati multilaterali I grandi trattati multilaterali spesso si occupano di questioni fondamentali della comunità internazionale, questioni attinenti ai diritti umani, alla sicurezza internazionale, al commercio internazionale, alla tutela dell'ambiente così via. È anche normale che la comunità internazionale, e quindi il regime internazionale, cerchi di massimizzare la partecipazione degli stati;	VS.	**Garantire l'integrità del trattato** Bisogna cioè fare in modo che il trattato sia uguale per tutti gli stati ed evitare che il regime convenzionale venga frammentato.

È un problema che si pone da sempre, che la stessa commissione del diritto internazionale ha cercato di risolvere senza successo. Il tema delle riserve e dei trattati è stato oggetto di studio da parte della commissione del diritto internazionale sia all'epoca della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati sia più recentemente per cercare di chiarire alcuni aspetti problematici delle riserve. L'obiettivo della commissione del diritto internazionale non era in questo di produrre uno strumento di codificazione ma quello di produrre uno strumento di orientamento per gli stati e per gli operatori del diritto, delle guide lines, tant'è che i lavori si sono conclusi nel 2011 con l'adozione della *Guide to Reservations*, ma i temi che avrebbe dovuto chiarire in realtà non li chiarisce.

Sulle riserve c'è stata una notevolissima evoluzione storica da questo punto di vista:

- Modello americano: alcuni stati, pochi e tutti coniugati nel **continente americano**, avevano per lo più favorito già nel corso dell'800 la **massimizzazione della partecipazione degli stati ai trattati**; quindi, già allora nel continente americano si tendeva a favorire sempre l'apposizione delle riserve pur di permettere al maggior numero possibile di stati di partecipare ai trattati.

- Modello europeo: nel frattempo, **in Europa,** si sviluppava la tendenza diametralmente opposta di **favorire l'integrità dei trattati**. In passato, nel corso dell'800 e in tutta la prima metà del 900, il regime vigente in Europa prevedeva che le riserve dovessero essere concordate durante la fase del negoziato e che non potessero essere apposte già dopo la firma del trattato. L'unica alternativa era che in fase di negoziato gli stati si accordassero per inserire, all'interno del trattato, una disposizione convenzionale che avrebbe permesso a tutti gli stati posti quindi su un piano di parità, di uguaglianza di porre riserve dopo la firma del trattato. Ciascuno stato aveva e ha tuttora il diritto di chiedere di poter apporre una riserva. In passato però gli altri stati potevano obiettare la riserva e si sviluppava un

negoziato dentro al negoziato in relazione alla riserva: se gli altri stati avessero ritenuto fondamentale la partecipazione dello stato riservante al regime convenzionale, probabilmente gli avrebbero concesso di apporre la riserva, altrimenti avrebbero obiettato, così che quello stato non avrebbe potuto apporre la riserva e quindi avrebbe rinunciato a partecipare al regime convenzionale. Quindi non si prediligeva la massima partecipazione possibile degli stati al trattato ma si prediligeva l'integrità del testo convenzionale.

Il modello europeo è stato il modello prevalente e più diffuso e accettato nella dottrina, più diffuso almeno fino al 1951, anno in cui la Corte Internazionale di giustizia ha emesso un celeberrimo parere (uno dei suoi pareri più celebri) ossia il Parere sulle riserve alla convenzione contro il genocidio (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide).

L'antefatto è collegato alla seconda guerra mondiale e al genocidio degli ebrei e di altre minoranze posto in essere dalle Germania nazista. All'indomani della seconda guerra mondiale, nel 1948 sotto l'egida delle Nazione Unite, gli stati originariamente parti delle Nazioni Unite hanno stipulato questa convenzione per la prevenzione e la repressione dei crimini di genocidio (crimine internazionale). Subito dopo la stipulazione di questa convenzione nel 1948 altri stati hanno chiesto di aderire, stati che non avevano partecipato al procedimento di stipulazione. Tra questi, alcuni stati come la Francia (che non aveva immediatamente ratificato la convenzione) chiedevano di aderire senza accettare la clausola compromissoria contenuta nell'articolo 9 della convenzione contro il genocidio.

L'articolo 9 contiene una clausola compromissoria che dice:
Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.

L'articolo 9 dice che in caso di controversie relative all'interpretazione, applicazione o adempimento della Convenzione contro il genocidio uno stato è libero di rivolgersi contro un altro stato alla Corte internazionale di giustizia, e tutto ciò vale anche per l'eventuale responsabilità di uno stato per atti di genocidio. Molti stati, tra cui la Francia, nel 1950 volevano aderire alla convenzione contro il genocidio ma non volevano accettare l'articolo 9, pretendendo di apporre una riserva eccettuativa, non accettando l'eventualità di essere convenuti in giudizio di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia. C'era un problema perché durante la fase del negoziato questi stati non avevano partecipato e quindi non avevano potuto chiedere di apporre una riserva del genere, ma soprattutto scorrendo l'intera convenzione sul genocidio, essa non contiene alcuna clausola che permette agli stati di aderire apponendo una riserva; quindi, stando alla lettera della convenzione contro il genocidio una riserva non si sarebbe mai potuta apporre a questa convenzione.

Questo bilanciamento tra due opposte esigenze della comunità internazionale veniva in rilievo in maniera massima, esacerbata: da un lato, secondo alcuni stati, era impensabile permettere ad uno stato di aderire alla convenzione contro il genocidio sottraendosi però alla giurisdizione della corte, perché ci si chiedeva se quello stato dovesse commettere un reato di genocidio tale convenzione sarebbe monca perché quello stato non potrebbe essere convenuto davanti alla Corte Internazionale di Giustizia; dall'altro c'erano però degli altri stati, meno numerosi, che sostenevano fosse comunque preferibile consentire agli stati di aderire alla convenzione contro il genocidio pur con l'apposizione di quella riserva eccettuativa e lasciarli fuori da quel sistema convenzionale. Il dilemma era: ***garantire l'integrità del testo convenzionale e quindi della clausola compromissoria oppure permettere agli stati di vincolarsi alla convenzione contro il genocidio con la riserva eccettuativa relativa all'articolo 9?*** Alla fine, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite chiese un parere alla Corte Internazionale di Giustizia per volontà degli stati, reso nel 1951.

La Corte è partita dal presupposto che vada sempre garantita l'integrità dei trattati, aggiungendo, però, qualcosa di rivoluzionario: circostante speciali possono richiedere una certa dose di flessibilità come nel caso di specie (nel 1951 il genocidio era un tema di grande sensibilità). Oltre a questo, la Corte aggiunse che in

mancanza di clausole che vietino espressamente la possibilità di apporre riserve dopo la firma del trattato, questa possibilità deve essere ammessa (l'esatto opposto della dottrina seguita fino a quel momento, delle riserve apponibili solo nel negoziato). La Corte però ha tenuto fermo un punto, ossia che le riserve possono essere apposte se non c'è una clausola che ne vieti espressamente l'apposizione a meno che non confliggano con l'oggetto e lo scopo del trattato. Quindi le riserve possono essere apposte, a meno che una clausola specifica del trattato non lo vieti, e a meno che non siano in contrasto con l'oggetto e lo scopo del trattato.

Quindi, a step:

- Necessità di garantire l'integrità del trattato
- però circostanze speciali richiedono una certa dose di flessibilità
- quindi se il trattato non lo vieta la riserva può essere apposta
- in ogni caso la riserva non deve essere contrastante con l'oggetto e lo scopo del trattato

Gli altri stati cosa possono fare? La Corte dice che le controparti hanno la proprietà di accettare le riserve oppure di obiettare. Quindi:

- Se la controparte accetta la riserva il trattato produce i suoi effetti tra lo stato riservante e lo stato accettante così come interpretato dalla riserva;
- Se invece la controparte obietta alla riserva, l'intero trattato non può produrre effetti tra lo stato riservante e lo stato obiettante. Il trattato continua ad applicarsi tra tutti gli altri stati, nei rapporti tra stati diversi dallo stato riservante.

Questo parere nel 1951 è stato per alcuni aspetti recepito nella Convenzione di Vienna del 1969, evolvendolo ulteriormente. Il regime delle riserve così come si applica oggi è quello regolato dalla convenzione di Vienna. La convenzione di Vienna si occupa delle riserve dagli articoli che vanno dal 19 al 23.

Per quanto riguarda la possibilità di porre riserve, la Convenzione di Vienna ribadisce quanto sostenuto dal parere del 1951, asserendo che in mancanza di una clausola che vieti espressamente la possibilità di apporre riserve ad un trattato, questa possibilità è ammessa, e gli stati possono apporre riserve ai trattati anche dopo il negoziato, quindi anche al momento della firma, della ratifica, dello scambio, del deposito dello strumento di ratifica se il trattato non vieta l'apposizione delle riserve. La Convezione di Vienna ribadisce che in ogni caso le riserve non devono mai essere contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato.

Per quanto riguarda il regime delle obiezioni e accettazione delle riserve, invece, vi sono delle evoluzioni. Una piccola novità sta nel fatto che la Convenzione di Vienna parla di accettazione espressa o tacita. La Corte Internazionale di giustizia nel parere del 51 quando parlava di accettazione, sicuramente si riferiva ad un'accettazione espressa, per iscritto, mentre la Convenzione del Vienna parla di citazione tacita, nel senso di mancanza di obiezione. Potremmo dire che secondo la Convenzione di Vienna se uno stato parte accetta, e cioè non obietta, allora il trattato entrerà in vigore tra lo stato riservante e lo stato accettante, cioè lo stato che non ha obiettato, così come colpito dalla riserva. Ovviamente secondo la Convenzione di Vienna uno stato può obiettare ad una riserva, e qui sta la novità, perché la Convenzione di Vienna distingue tra obiezioni nette e non nette; dunque, uno stato può obiettare ad una riserva nettamente o non nettamente:

- se uno stato parte obietta ad una riserva non nettamente il trattato produce comunque effetti tra lo stato riservante e lo stato obiettante, così come modificato/eccettuato/interpretato dalla riserva, quindi l'obiezione non netta corrisponde ad una sorta di accettazione. La differenza sta nel fatto che se uno stato accetta, espressamente o tacitamente, non c'è alcuna conseguenza e il trattato entra in vigore senza alcun problema; se invece lo stato obietta ma non lo fa nettamente il trattato entra comunque in vigore ma si avvia una sorta di negoziato non vincolante ex post tra lo stato obiettante e riservante, il reservations dialogue, con l'obiettivo di condurre, nel tempo e attraverso pressioni diplomatiche, all'eliminazione della riserva assicurando così l'integrità del trattato. Il reservations dialogue è un confronto non vincolante, l'obiezione non netta serve ad avviare questo confronto. Nella

misura in cui la riserva viene eliminata, l'eliminazione delle riserve ha valore *erga omnes*, perché la riserva è un atto bilaterale: come uno stato è l'unico che la può porre in essere, è anche l'unico che la può eliminare e una volta che la elimina accetta il testo del trattato così com'è nei rapporti con tutti gli altri stati parti del trattato.

- Se uno stato **obietta una riserva nettamente** l'intero trattato non produce effetti tra stato riservante e lo stato obiettante, come aveva detto la Corte nel parere del 51.

La convenzione di Vienna prevede anche altri aspetti che la Corte non aveva aderito nel 51: ad esempio secondo la convenzione di Vienna **nessuna obiezione può essere sollevata 12 mesi dopo l'apposizione delle riserve**; quindi, se uno stato appone una riserva la controparte ha fino a 12 mesi di tempo per sollevare un'obiezione netta o non netta, e trascorso un anno nessuna obiezione potrà più essere sollevata. **Le riserve possono essere ritirate**, e così come può esserlo una riserva può essere ritirata anche un'obiezione. Naturalmente le riserve, le accettazioni, le obiezioni, devono essere comunicate agli altri stati parte del trattato e al depositario del trattato: l'accettazione può essere anche tacita ma quando è espressa deve essere comunicata per iscritto agli altri stati parte del trattato e al depositario del trattato.

Nella prassi, secondo alcuni autori esistono comunque altri limiti all'apposizione delle riserve. Secondo la convenzione di Vienna i limiti sono due: la riserva non deve essere vietata dal trattato e la riserva non deve contrastare con l'oggetto e lo scopo del trattato. Seguendo alcuni autori non sarebbe consentite nemmeno:

- le **riserve tardive,** riserve che vengono apposte dopo lo scambio e il deposito dello strumento di ratifica, dopo che il procedimento di stipulazione del trattato sia ormai completamente perfezionato. Esse non sono naturalmente ammissibili, dopo l'entrata in vigore del regime convenzionale per uno stato, quello stato dopo un mese e un anno non può pretendere di apporre una riserva, ma come estrema ratio è possibile denunciare il trattato, uscire dal regime convenzionale se possibile e riaderire con l'apposizione della riserva, perché altrimenti la riserva tardiva non è ammissibile.
- le **riserve generali**, riserve talmente ampie che avrebbero come effetto anche quello di inficiare l'oggetto e lo scopo del trattato, quindi questo limite si ricollega all'altro limite espresso che riguarda il divieto di apposizioni di riserve contrastanti con l'oggetto e lo scopo del trattato.

Quale è l'autorità competente atta a pronunciarsi sull'ammissibilità delle riserve?

Si può rispondere in tre modi:

1. Gli Stati in termini generali e attraverso il potere esecutivo;
2. Gli Stati attraverso i loro giudici interni per quanto riguarda il singolo caso di specie;
3. Se esiste il giudice internazionale, corti e tribunali internazionali.

1) Abbiamo detto che i limiti all'apposizione delle riserve sono sostanzialmente due: il limite relativo all'eventuale disposizione contenuta nel trattato che espressamente vieti l'apposizione delle riserve e il limite relativo alle riserve contrastanti con l'oggetto e lo scopo del trattato.

- Il primo limite è molto facile da verificare, non occorre che esista un'autorità di controllo competente perché se nel trattato esiste una disposizione che vieta l'apposizione delle riserve così è nero su bianco e non possono esserci dubbi.
- Dubbi, invece, possono sorgere rispetto all'eventuale compatibilità della riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato. Senza dubbio un'autorità competente c'è, ossia gli altri stati.

Anche per questo il sistema delle obiezioni nette trova spazio nel diritto internazionale generale, perché è anche un modo con cui è stata conferita agli stati l'attività di controllo se le riserve apposte dagli altri stati siano coerenti con l'oggetto e lo scopo del trattato. Sono gli stati stessi ad esercitare un controllo incrociato. Gli stati hanno questo potere in termini anche generali quando agiscono attraverso l'esecutivo; quindi, i governi degli stati sono i gestori della politica estera degli stati e possono obiettare ad una riserva ritenuta incompatibile con l'oggetto e allo scopo del trattato sempre e comunque senza che si presenti un caso concreto.

2) Se invece si presenta un caso concreto, rispetto a quel singolo caso di specie, l'autorità competente a pronunciarsi sulla possibilità della riserva può essere un giudice interno. Però se un giudice rileva l'incompatibilità di quella riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato, in rilievo ha rispetto soltanto il caso concreto che il giudice interno si sta trovando a dirimere, perché in termini generali, ampi, a livelli di rapporti interstatali, è solo il Governo che può obiettare una riserva e renderla incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato. Se lo fa, tale obiezione coprirà qualsiasi rapporto tra lo stato riservante e lo stato obiettante, di qualsiasi tipo. Se invece la contrarietà con l'oggetto e lo scopo della riserva viene ravvisata soltanto dal giudice, che semplicemente si è scontrato con quella riserva perché viene in rilievo nel caso che deve risolvere, allora l'obiezione, e dunque la mancata applicazione della riserva, varrà soltanto nel caso specifico.

3) La Corte Internazionale di giustizia o tribunali internazionali non è una risposta sbagliata però non sempre esistono tribunali internazionali, non sempre il tribunale internazionale può essere competente per quel determinato caso. Ovvio che se esiste un giudice internazionale ed è competente in quel determinato caso, allora può pronunciarsi circa l'ammissibilità della riserva.

Trattati sui diritti umani

I trattati sui diritti umani in diversi ambiti hanno sviluppato delle peculiarità che li contraddistinguono rispetto ai normali altri trattati, e delle peculiarità significative esistono rispetto ai trattati sui diritti umani anche in materia di riserve.

Ci sono **due peculiarità** e due **problemi**:

1) Cominciando dalle peculiarità, la prima è relativa **all'accentramento del controllo sull'ammissibilità delle riserve nelle mani degli organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani**. I principali trattati sui diritti umani prevedono degli organi di controllo: ad esempio, il patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici ha un organo di controllo che è il comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, ma poi ci sono anche delle **Corti**:
    a) la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo trova il suo organo di controllo nella Corte Europea dei Diritti dell'Uomo;
    b) la Convenzione americana dei diritti umani ha la commissione e la corte interamericana dei diritti umani;
    c) in Africa il trattato sui diritti umani che è la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha due organi di controllo la commissione africana e la corte africana;
    d) anche nel mondo arabo esiste un trattato sui diritti umani che è la Carta araba, ed esiste una corte araba dei diritti umani che è stata recentemente istituita ma ancora non ha mai operato.

    È quindi tipico dei trattati sui diritti umani prevedere degli organi di controllo, peraltro evoluti perché appellabili anche dagli individui. Con il passare del tempo questi organi di controllo si sono **auto-attribuiti la competenza di verificare l'ammissibilità delle riserve** apposte dagli stati: senza dubbio i casi più significativi sono i due casi della Corte Europea dei Diritti Umani "Belilos contro Svizzera" e il "**caso**

Loizidou" contro Cipro e Turchia, importante perché riguarda sia l'applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani sia le riserve ai trattati sui diritti umani.

La signora Loizidou era una signora cipriota, che viveva a Cipro del Nord e che dopo l'invasione da parte della Turchia negli anni '70 scappò da Cipro del Nord perché era di lingua e cultura greca e si rifugiò al Sud. La sua casa, i suoi terreni e le sue proprietà, però, si trovavano al nord e la signora li perse. Quindi vi furono diverse violazioni dei diritti umani, principalmente la violazione del diritto di proprietà. Di fronte a ciò, la signora fece dei ricorsi contro la Turchia: davanti ai giudici turchi, che naturalmente non sono stati accolti; davanti ai giudici ciprioti e vi fu il problema dell'immunità della Turchia; allora la signora Loizidou andò di fronte alla Corte Europea dei diritti umani lamentando, oltre alla violazione dell'equo processo a causa dell'immunità, anche la violazione del suo diritto di proprietà da parte della Turchia. Qui vi fu un primo problema, perché la Turchia diceva che non controllava Cipro del Nord e che era uno stato a sé stante: il primo problema è quello dell'applicabilità extraterritoriale dei trattati sui diritti umani, ossia se la Turchia avesse dovuto applicare la Convenzione europea sui diritti umani a Cipro Nord. La Corte dovette prima di tutto capire se effettivamente Cipro Nord è uno stato a sé stante o un *puppet state*, uno stato fantoccio. Prima c'era un problema di soggettività, poi un problema di applicabilità extraterritoriale della Cedu, risolti questi due si è posto un terzo problema: la Turchia aveva apposto all'epoca (siamo negli anni 70) una riserva alla convenzione europea dei diritti umani con la quale aveva inteso impedire agli individui di presentare ricorso alla Corte Europea. La Corte Europea nel caso Loizidou ha per la seconda volta, ma è stata la volta più incisiva, monopolizzato, accentrato nelle sue mani il controllo sull'ammissibilità delle riserve e ha detto che poiché si tratta di una Convenzione sui diritti umani porre una riserva a quella convenzione che non permette agli individui di presentare ricorsi va contro l'oggetto e lo scopo del trattato, perché indirettamente lo stato che appone la riserva contro i ricorsi individuali è come se violasse il diritto di equo processo, il diritto di ognuno di rivolgersi ad un giudice, anche se internazionale.

2) L'altra tendenza recente in materia di riserve sui trattati dei diritti umani è quella della Severability (separabilità). Secondo la dottrina della severability, le riserve inammissibili ai trattati dei diritti umani possono essere qualificate come non apposte in base al principio *utile per inutile non vitiatur*, e quindi anche se lo stato riservante aveva considerato quella riserva come un elemento essenziale per la partecipazione al suo trattato, la riserva viene considerata come non apposta e il trattato entra comunque in vigore. Come detto in precedenza, se uno stato appone una riserva e un altro stato obietta nettamente, il trattato non entra in vigore nei rapporti tra lo stato riservante e lo stato obiettante, ma questo non vale nei trattati sui diritti umani: se uno stato appone una riserva ad un trattato sui diritti umani e l'organo di controllo revoca quella riserva inammissibile il trattato entra comunque in vigore per lo stato riservante

3) Il problema che riguarda i trattati sui diritti umani, che non è recente ma che si sta accentuando sempre di più, è il problema delle cosiddette Sharia reservations, delle riserve basate sulla legge islamica. Succede che gli stati islamici accettano trattati sui diritti umani, si vincolano però appongono sempre delle riserve basate sulla Sharia, che sono innanzitutto spesso contrario all'oggetto e allo scopo del trattato, e in secondo luogo sono riserve molto spesso generali, si dice semplicemente che il trattato viene accettato purché non contrasti con la Sharia. Molto spesso sono numerosissime, e sono talmente tante che rendono quasi sterile l'adesione di questi stati ai trattati sui diritti umani. Qui il problema è questo: è preferibile permettere a questi stati di aderire ai trattati sui diritti umani anche se appongono queste Sharia reservations, oppure impedire a questi stati di apporre le Sharia reservations e quindi lasciarli fuori dal regime convenzionale? Cos'è meglio? Impedire ad uno stato di partecipare ad un trattato dei trattati sui diritti umani impedendogli di apporre riserve, oppure favorirne la partecipazione con l'apposizione delle riserve sperando che in qualche modo qualche disposizione venga fatta salva o comunque in seguito lo stato ritiri le riserve? In qualche modo è forse

meglio agevolare la partecipazione degli stati al trattato; la Sharia reservations letta prima si riferiva ad alcuni articoli e non ad altri, che magari attribuiscono diritti "secondari" ma che intanto ci sono.

4) Un ultimo problema è tipicamente italiano e riguarda la competenza a formulare delle riserve nel contesto italiano. Per le cinque categorie di trattati che rientrano sotto l'art. 80 si pone un problema, perché sono categorie di trattati la cui ratifica viene svolta dal presidente della Repubblica con la controfirma del Governo, ma occorre l'autorizzazione alla ratifica e quindi occorre un passaggio parlamentare. Ci si chiede, quindi, se **è lecito il caso delle riserve formulate dal governo** al momento dello scambio del deposito dello strumento di ratifica e quindi **dopo che il parlamento ha autorizzato il presidente della repubblica alla ratifica?** È un problema che si è posto concretamente qualche anno fa con il governo Monti e la Convenzione di Istanbul. È una Convenzione che si pone un duplice obiettivo: lotta alla violenza nei confronti delle donne (femminicidio) e lotta alla violenza domestica, ma dove sta scritto che violenza domestica può essere subita solo dalle donne? Anche un uomo può subire violenza domestica. All'epoca il Governo Monti, dopo l'autorizzazione alla ratifica da parte del Parlamento e dopo la ratifica da parte del Presidente della Repubblica, depositò presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa uno strumento di ratifica con una riserva che impediva l'applicazione della Convenzione di Istanbul qualora le vittime di violenza fossero persone transgender. Ora la riserva non si trova più però all'epoca si pose il problema: il Governo poteva apporre quella riserva dopo che il Parlamento si era espresso autorizzando il Presidente della Repubblica alla ratifica e dopo che il Presidente della Repubblica aveva ratificato?

   Secondo il professore sì: il Parlamento autorizza il Presidente a ratificare un trattato nella sua interezza; quindi, autorizza una limitazione di sovranità maggiore rispetto a quella che poi viene posta in essere con la riserva. Se per ipotesi assurda il governo al momento del deposito anziché apporre una riserva apponesse una nota con cui intende vincolarsi a qualcosa in più, allora in quel caso la situazione sarebbe illegittima perché il Parlamento non ha autorizzato quel qualcosa in più a cui il Governo vuole vincolarsi.

   Il caso opposto, che invece è rimasto solo teorico e non si è mai verificato, riguarda il caso delle riserve formulate al trattato dal Parlamento al momento dell'autorizzazione alla ratifica e poi espunte dal Governo: ci si chiede se il Parlamento autorizzi la ratifica di un trattato chiedendo però l'apposizione di una riserva e che poi il Presidente della Repubblica ratifica senza quella riserva o che poi addirittura il governo deposita il trattato senza quella riserva? Sarebbe un caso illegittimo, perché in quel caso il parlamento ha autorizzato sì la ratifica ma a patto che venisse apposta la riserva.

Interpretazione dei trattati

I Trattati spesso contengono termini ambigui, disposizioni poco chiare, espressioni/termini oscuri o interpretabili in più modi; di conseguenza, serve ricorrere ad alcuni metodi (**canoni**) interpretativi. Nella **Convenzione di Vienna** esistono 3 articoli, **l'articolo 31-32-33**, che si occupano **dell'interpretazione dei trattati**. Quindi sono delle norme che dal punto di vista formale rispecchiano delle norme consuetudinarie ma è anche vero che si tratta di norme peculiari:

- L'articolo 31, regola generale di interpretazione: interpretazione oggettiva, interpretazione teleologica, interpretazione contestuale, interpretazione sistemica, interpretazione soggettiva

- L'articolo 32, mezzi sussidiari complementari di interpretazione: interpretazione storica, che si basa sui lavori preparatori e sugli eventi storico politici

- L'articolo 33, trattati redatti in più lingue straniere: questione linguistica

Chi si serve di questi canoni interpretativi? Gli stati, ma anche le organizzazioni internazionali, i tribunali internazionali, le corti internazionali. Può interessare sia soggetti coinvolti nel regime convenzionale ma anche chi deve prendere una decisione basandosi su norme convenzionali, come per esempio un giudice interno che deve risolvere un caso che richiede applicazione/riferimento a norma convenzionale, interpretazione che in questo caso vale per il caso di specie.

Metodo oggettivo e soggettivo

Prima della Convenzione di Vienna, prima del 1969, in realtà in dottrina c'era un dibattito sul metodo preferibile per l'interpretazione dei trattati:

- Alcuni autori preferivano il metodo oggettivo di interpretazione: metodo basato sul significato proprio dei termini, "da dizionario".
- Altri autori sostenevano che fosse più idoneo e adeguato il metodo soggettivo di interpretazione: metodo che fa riferimento alla volontà degli stati, cioè si deve cercare di risalire a quella che era l'intenzione degli stati, cosa volevano indicare/si riferivano con l'uso di quella determinata parola/espressione/termine.

Convenzione di Vienna

Quando si stava codificando il diritto dei trattati, molti furono i dibattiti in seno alla commissione. All'esito di questi dibattiti, come metodo interpretativo da codificare nella Convenzione di Vienna venne preferito il metodo oggettivo. Quindi oggi la regola generale di interpretazione nella Convenzione di Vienna fa riferimento al metodo oggettivo di interpretazione dei trattati.

In realtà la regola generale di interpretazione è molto ampia, ed è contenuta nell'articolo 31 della Convenzione di Vienna.

Regola generale di interpretazione – Art. 31

L'articolo 31 ha una struttura schematica; non c'è una gerarchia espressa per le interpretazioni, ma è come se ci fosse un concatenamento tra i vari paragrafi:

- Paragrafo 1: interpretazione oggettiva, stemperata con riferimento alla buona fede e all'oggetto e allo scopo, quindi stemperata con l'interpretazione teleologica. Se l'interpretazione oggettiva non è sufficiente si passa al 2.

- Paragrafo 2: interpretazione contestuale, che tiene conto del preambolo, degli allegati, dei trattati stipulati ai fini interpretativi (lettera a), o di ogni altro atto posto in essere ai fini interpretativi (lettera b). Se l'interpretazione contestuale non è sufficiente si passa al 3.

- Paragrafo 3: interpretazione **sistemica**, che tiene conto di ogni trattato stipulato tra le parti (lettera a), della prassi successiva (lettera b) o di qualsiasi norma vincolante per le parti cioè **integrazione sistemica** (lettera c).

- Paragrafo 4: conclude l'articolo concedendo l'interpretazione **soggettiva** quando è chiaro che un certo significato volveva essere attribuito a un termine, **oggettivando** quella che è in origine era l'interpretazione soggettiva vera e propria.

Paragrafo 1

"Un trattato deve essere interpretato in buona fede (1) seguendo il senso ordinario (2) da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo (3)."

L'articolo 31 paragrafo 1 prevede il metodo oggettivo di interpretazione dei trattati:

1) L'interpretazione deve essere effettuata in buona fede, perché l'interpretazione in malafede sarebbe dolosa, e quindi non ammissibile

2) Ogni trattato deve essere interpretato seguendo il senso ordinario delle parole nel senso che **si applica un metodo di interpretazione che è anche letterale**: ogni termine che viene utilizzato nel trattato deve essere inteso nella sua accezione etimologica, "da dizionario". È anche **logico**, proprio perché gli stati nella 1° fase di stipulazione dei trattati negoziano; quindi, hanno tutto il tempo e modo per potersi confrontare su quali termini usare nelle disposizioni convenzionali.

3) Alla fine, dice anche che il trattato deve essere interpretato alla luce del suo oggetto e del suo scopo; cioè, l'interpretazione oggettiva viene in qualche modo **stemperata con un riferimento all'interpretazione soggettiva**. È come se nel paragrafo 1 si concedesse un minimo di margine alla tesi dell'interpretazione soggettiva.

Quindi il paragrafo privilegia senz'altro l'interpretazione oggettiva però in qualche modo la stempera, proprio perché dice che i termini vanno interpretati nel loro senso ordinario, tenendo conto ovviamente non tanto dell'intenzione degli stati quanto dell'oggetto e dello scopo del trattato, da cui indirettamente anche l'intenzione degli stati traspare. **È come se l'interpretazione oggettiva più che affiancata da una soggettiva fosse affiancata da una forma di interpretazione teleologica** (interpretazione che mira ad un determinato fine, ad un determinato scopo, che quindi tiene conto di oggetto e scopo del trattato).

Paragrafo 2

"Ai fini dell'interpretazione di un trattato il contesto comprende, oltre al testo, inclusi i preamboli e gli allegati, anche:

a) ogni accordo in rapporto con il trattato che è stato concluso tra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato

b) ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti come strumento connesso al trattato"

Nel paragrafo 2 si fa riferimento al **contesto del trattato,** ponendo come secondo step per l'interpretazione dei trattati, se l'interpretazione oggettiva non è sufficiente, il **metodo contestuale**.

Il **contesto** è dato dal preambolo e dagli allegati, che servono a fini chiarificativi

- Preambolo: **parte del trattato, scritta, che precede le disposizioni normative vere e proprie**. Generalmente prima dell'articolato ci sono dei *consideranda*, dei capoversi in cui sostanzialmente vengono premessi dei concetti, delle posizioni, delle idee che sono alla base della stipulazione del trattato. Questo è il preambolo.

- Allegati: spesso succede che i trattati abbiano anche degli allegati, cioè che al trattato vengano **allegati dei documenti esplicativi**, chiarificatori, che svolgono una funzione rispetto ad una certa convenzione.

Ma il contesto **non** si esaurisce con il preambolo e con gli allegati a cui fa riferimento il paragrafo 2 dell'articolo 31. Bisogna tenere conto anche dei trattati che gli stati hanno stipulato in relazione al trattato principale**,** e poi anche delle dichiarazioni o degli altri atti resi dagli stati in connessione al trattato principale. A questi 2 elementi fanno riferimento le lettere a) e lettera b) del paragrafo 2 dell'articolo 31.

- Lettera a)**:** gli stati possono scegliere di stipulare dei **trattati** che hanno lo **scopo di chiarire come va interpretata una certa disposizione contenuta in un altro trattato**.

  Può succedere quando gli stati si rendono conto di aver utilizzato termini poco chiari, o quando i negoziati sono particolarmente complessi ed occorre raggiungere un compromesso pur di stipulare un trattato. Quindi, a volte, pur di adottare il testo convenzionale, si giunge a delle **disposizioni di compromesso** (quello che è successo nel 2015 con l'Accordo di Parigi). **Ciò permette soltanto agli stati che vogliono interpretare in un certo senso quelle disposizioni più problematiche di aderire al trattato interpretativo, di fornirne una interpretazione autentica, e quindi di vincolarsi a quella interpretazione**. Se 100 stati stipulano il trattato A e in questo è presente l'articolo 5 che contiene dei termini oscuri, non è detto che tutti questi 100 stati debbano interpretare quel termine in un certo modo; magari 90 stati che sono d'accordo con una certa interpretazione possono stipulare a latere un trattato per fornire una interpretazione autentica di quella disposizione. Interpretazione in questo caso si chiama autentica perché è fornita dagli stessi stati che hanno partecipato al processo di negoziazione del trattato e che è valida **nei rapporti tra quegli stati**, non nei rapporti tra uno di quegli stati e uno stato che invece non partecipa al trattato di interpretazione.

- Lettera b)**:** fa riferimento a **ogni altro atto rilevante a fini interpretativi**.

  A volte succede che in sede di negoziato, oppure al momento dell'adozione di un trattato, gli stati possono accordarsi per emettere atti in sé **non vincolanti** (delle dichiarazioni, dei comunicati stampa…) ma che possono essere di ausilio per chiarire l'interpretazione di una determinata disposizione.

  Esempio classico: la **dichiarazione sul recesso che è stata allegata alla Carta delle Nazioni Unite** nel 1945. Quando il 25 aprile del 1945, a San Francisco, è stata adottata la Carta delle Nazioni Unite gli stati hanno voluto evitare di inserire nella carta una disposizione sul recesso, per motivi storico-politici. Infatti, una disposizione sul recesso c'è nel patto della società delle nazioni, l'art. 18, che aveva dato il via al recesso di numerosi stati dalla società delle nazioni; di conseguenza, si era voluto evitare che nel contesto di questa nuova organizzazione che andava a sostituire la società delle nazioni gli stati potessero recedere con facilità. Però gli stati avevano sentito l'esigenza di adottare, all'unanimità tutti e 51 stati membri originari delle nazioni unite, una dichiarazione sul recesso, affermando che uno stato potrebbe, teoricamente, recedere dalle nazioni unite in 2 casi:

a. Nel caso venisse adottato un emendamento alla Carta delle Nazioni Unite e non fosse approvato da uno stato, lo stato che non approva l'emendamento può legittimamente recedere

b. Caso estremo in cui le Nazioni Unite non fossero più in grado di assolvere alla loro funzione primaria, cioè il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Paragrafo 3

"Si terrà conto, oltre che del contesto, anche:

a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti in materie di interpretazione del trattato e di applicazione delle sue disposizioni

b) di qualsiasi prassi successivamente eseguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo

c) di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti"

L'articolo 31 al paragrafo 3 prevede l'interpretazione che è stata definita **sistemica.** Questa prevede 3 step interni, le lettere a, b, c:

- Lettera a): **Ai fini interpretativi vengono in rilievo anche tutti i trattati conclusi dalle parti del trattato da interpretare.** Quindi se gli stati ABCDE stipulano il trattato X che contiene l'articolo 15 che è di difficile interpretazione per interpretarlo si può fare riferimento anche a tutti gli altri trattati stipulati tra ABCDE. Si fa una sorta di indagine statistica, si va a vedere come quel termine oscuro di difficile interpretazione è stato utilizzato negli altri trattati stipulati dalle stesse parti per capire il significato che quel termine aveva negli altri trattati. Si dice interpretazione sistemica perché tutte le norme convenzionali che riguardano certi stati vengono **messe a sistema per cercare di trarre l'interpretazione da conferire** a una interpretazione convenzionale altrimenti oscura.

- Lettera b): per interpretare un trattato può essere utile a volte vedere, soprattutto se è vigore da diverso tempo, l'atteggiamento, il comportamento, cioè la **prassi degli stati in tema di interpretazione.**

  Può accadere che proprio il comportamento seguito dagli stati nell'applicazione di una certa norma convenzionale dica molto su come quella norma vada interpretata, perché se una norma è passibile di essere interpretata in 1,2,3 modi ma poi gli stati la applicano sempre allo stesso modo evidentemente l'interpretazione sarà una.

  Esempio: norma della carta delle Nazioni Unite sulla *domestic jurisdiction* che dice che il consiglio di sicurezza non si può intromettere negli affari interni degli stati. Questa norma è stata interpretata sempre in maniera più restrittiva nel corso del tempo, perché questo articolo si è eroso talmente tanto che oggi, ormai da molti anni, il consiglio di sicurezza interviene anche nelle guerre civili.

  Questa prassi successiva, se accompagnata dalla convinzione che quel comportamento sia non tanto giuridicamente obbligatorio quanto socialmente necessario, effettivamente può portare alla formazione di una consuetudine interna.

Perché si fa riferimento all'opinio necessitatis più che all'opinio juris? Perché dire che il comportamento posto in essere in prassi sia ritenuto giuridicamente obbligatorio forse è un po' troppo, perché qui ci si trova comunque di fronte a norma scritte, e quindi la certezza del diritto data dalla norma scritta permette a qualsiasi stato di non essere tratto in inganno. Quindi è pressoché impossibile che lo stato ponga in essere un certo comportamento ritenendo che quel comportamento sia giuridicamente obbligatorio, ma invece è possibilissimo che uno stato ponga in essere un certo comportamento ritenendolo socialmente necessario, *opinio necessitatis*. È se c'è l'*opinio necessitatis,* se c'è la prassi, allora probabilmente si viene a formare una consuetudine. Quindi molto dipende dall'elemento psicologico, soggettivo, cioè dell'*opinio necessitatis.* Se si formasse una consuetudine sarebbe una consuetudine particolare, perché una consuetudine del genere vincolerebbe non tutti gli stati del mondo ma soltanto gli stati parte del regime convenzionale. Questi sono esempi di consuetudini particolari.

- Lettera c): questa è sempre interpretazione sistemica ma si chiama interpretazione di integrazione sistemica. Vengono considerate tutte le norme convenzionali o consuetudinarie vincolanti per qualsiasi stato parte del regime convenzionale e in cui è contenuta la norma che occorre interpretare, la disposizione che occorre interpretare. Quindi si terrà conto non soltanto dei trattati precedentemente stipulati tra gli stessi stati che sono parti del trattato da interpretare, non soltanto l'eventuale prassi interna al regime convenzionale in cui si trova la disposizione da interpretare, ma proprio di qualsiasi norma internazionale esistente per le parti coinvolte nel regime convenzionale. È una interpretazione un po' pericolosa perché può permettere all'interprete anche di piegare il senso di una disposizione convenzionale a un determinato scopo diverso da quello in origine perseguito dalla norma convenzionale. Il problema è che gli stati sono vincolati a norme che appartengono a sistemi normativi diversi, a volte contrapposte tra di loro.

  L'esempio tipico è quello che riguarda il diritto internazionale del commercio da un lato e il diritto internazionale dell'ambiente dall'altro lato. I trattati in materia commerciale promuovono, almeno quando sono stipulati tra stati che seguono il sistema capitalista, il libero commercio. Dall'altro lato però commerciare vuol dire anche inquinare, e quindi non rispettare certe norme a tutela dell'ambiente o del clima. Quando una norma contenuta in un trattato sul commercio viene interpretata alla luce di qualsiasi altra norma vincolante per gli stati, e quindi vengono in rilievo anche le norme in materia ambientale, allora diventa complicato interpretare quella norma, e quella norma può essere anche piegata e portata a essere intesa nel senso diverso da quello che probabilmente aveva avuto nel momento in cui è stata inserita all'interno di quel trattato.

Paragrafo 4

"Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti"

Il paragrafo 4 è una concessione al metodo dell'interpretazione soggettiva, perché dice appunto che se le parti intendevano attribuire un certo significato a un termine, ed emerge chiaramente che quella era l'intenzione delle parti, allora quel significato può essere attribuito a quel termine. Però l'intenzione delle parti deve essere chiara, e questo si fa, a volte, inserendo una specifica disposizione convenzionale che dice come deve essere inteso un certo termine. Molti trattati hanno disposizioni del genere all'inizio.

Esempio: la stessa Convenzione di Vienna, all'inizio, ha l'articolo 2 che è proprio rubricato "Termini impiegati". Dà la definizione per i principali termini.

Se l'articolo 31 non basta, esistono 2 regole supplementari di interpretazioni: l'articolo 32 e l'articolo 33, dove quest'ultimo risolve il problema sui trattati redatti in più lingue

Regole supplementari di interpretazione – Art. 32

L'articolo 32 Convenzione Di Vienna, intitolato "Mezzi complementari di interpretazione", dice:

"Si può fare ricorso a mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'articolo 31 sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'articolo 31 lascia il senso ambiguo oppure oscuro oppure conduce a un risultato manifestamente assurdo e irragionevole"

L'articolo 32 codifica quel metodo di interpretazione che si chiama interpretazione storica, perché si fa riferimento ai lavori preparatori e alle circostanze storico-politiche che hanno portato alla stipulazione del trattato.

I lavori preparatori sono tutti quegli atti che, nel corso del processo di negoziazione, hanno poi portato all'adozione del testo convenzionale. Si tratta di descrizione, sbobinature, quelle che in termine tecnico si chiamano le minute, che altro non sono che le trascrizioni di tutti i dibattiti, le opinioni espressi da stati e da esperti. A volte questi lavori preparatori sono disponibili, altre volte no.

Oltre i lavori preparatori, l'articolo 32 riporta anche "le circostanze nelle quali il trattato è stato concluso". Quando usa questa espressione, l'articolo 32 si riferisce sostanzialmente agli avvenimenti storico-politici che hanno portato alla conclusione del trattato: si va oltre l'aspetto giuridico, si va a vedere l'aspetto politico, ma principalmente quello storico, cioè l'evento che ha portato, indotto e convinto gli stati dell'opportunità di negoziare e stipulare quel trattato.

Attenzione: a volte quello che succede nella prassi è che si fa riferimento all'articolo 32 più spesso di quello che serve per conformare un'interpretazione che già è stata raggiunta con le regole generali. Quindi, nelle realtà, l'articolo 32 svolge anche una funzione diversa da quella per cui è stato concepito, cioè una funzione confermativa di esiti già raggiunti in base all'articolo 31.

Regola di interpretazione per i trattati redatti in due o più lingue autentiche - Art. 33

L'articolo 33 convenzione di Vienna è intitolato "Interpretazione dei trattati autenticati in due o più lingue":

1. *Quando un trattato è stato autenticato in due o più lingue il suo testo fa fede in ciascuna di queste lingue, a meno che il trattato non disponga, o che le parti non convengano, che in caso di divergenza un testo prevalga su un altro.*
2. *Una versione di un trattato in una lingua diversa da una di quelle in cui il testo è stato autenticato sarà considerata come testo autentico solo se il trattato lo prevede.*
3. *Si presume che i termini di un trattato abbiano lo stesso significato nei diversi testi autentici.*
4. *Salvo il caso in cui un testo determinato sia destinato a prevalere ai sensi del paragrafo 1, quando il raffronto dei testi autentici fa apparire una differenza di senso che l'applicazione degli articoli 31 e 32 non permette di eliminare, si adotterà il testo che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, permette di meglio conciliare i testi in questione"*

L'articolo 33 contiene la regola di interpretazione per i trattati redatti in due o più lingue autentiche: ma cosa vuol dire? La lingua autentica è la lingua in cui deve essere intesa e interpretata una disposizione. Non conta la lingua in cui il trattato è stato tradotto: quelle sono delle traduzioni che non contano nulla. A volte le traduzioni possono essere effettuate da semplici traduttori; a volte queste traduzioni vengono effettuati da

interpreti, altre volte è proprio il ministero della giustizia, in Italia, che traduce i trattati, cioè i trattati stipulati dall'Italia in lingua diversa dall'italiano. Però **queste valutazioni non valgono a fini interpretativi,** perché il trattato è interpretato nella lingua autentica, cioè nella lingua in cui è stato negoziato, scritto e stipulato. In genere, è il trattato stesso a dire quali sono le sue lingue autentiche.

Esempio: tutti i trattati stipulati sotto l'egida delle Nazioni Unite, compresa la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati fatta dalla commissione del diritto internazionale, hanno ben 6 lingue autentiche. Significa che sono negoziate e poi stipulati in 6 lingue; sono: inglese, francese, spagnolo, cinese-mandarino, arabo e russo.

Se ci sono delle divergenze tra le diverse versioni linguistiche il problema può essere risolto a monte perché **il trattato stesso potrebbe indicare la lingua prevalente**. Solo ai fini interpretativi si dà la prevalenza ad una lingua rispetto alle altre lingue in cui il trattato, nella sua versione autentica, è stato appunto redatto. **Quindi di base prevale la lingua nella versione autentica nel trattato, ma se il trattato è redatto in due o più versioni autentiche prevale quella scelta dagli stati parte ed indicata come prevalente all'interno del testo convenzionale.**

A volte però succede che il testo convenzionale **non indica una lingua prevalente**, e quindi non è possibile individuare quale lingua deve essere utilizzata tra tutte quelle autentiche ai fini interpretativi. In questi casi **subentra il ruolo dell'interprete**: del giudice, dell'organo che si trova ad interpretare un trattato, che deve **tenere conto di tutte le diverse versioni linguistiche** e cercare di dare ad un certo termine il significato che cerca in qualche modo di omogeneizzare le diverse versioni linguistiche. Questo è un problema grande, soprattutto quando si pone davanti ai giudici interni

Sono problemi che si pongono spesso, anche a livelli importanti. Ad esempio, nella Carta delle Nazioni Unite esiste una disposizione, l'articolo 51, che riguarda la legittima difesa. In inglese si parla di ***self-defense*** mentre in francese di ***légitime défense***: non sono la stessa cosa, perché *self-defense* è autodifesa ma non viene incluso l'elemento della legittimità, come quasi se non importasse se quella autodifesa è legittima o meno; elemento di legittimità che invece c'è nella versione francese, che è quella che poi noi seguiamo in italiano. Il problema è poi risolto perché se si vanno a vedere le versioni nelle altre lingue compaiono delle espressioni, soprattutto in spagnolo, simili a *légitime défense,* e quindi alla versione francese, che è quella che dobbiamo seguire, mentre invece quella inglese è probabilmente frutto di un errore fatto all'epoca.

Altri metodi interpretativi

In realtà i metodi interpretativi sono molti altri, sono numerosissimi. Citiamo alcuni:

- In Dubio Mitius: è un metodo interpretativo che dice che nel dubbio si deve favorire chi deve adempiere l'obbligo. Se una norma può essere interpretata in due modi diversi, quindi una interpretazione più favorevole all'obbligato e una più favorevole a chi vanta il diritto, deve essere prediletta l'interpretazione favorevole a chi ha l'obbligo e non a chi vanta il diritto

- Favor debitoris: è un principio generale del diritto; la norma deve essere interpretata in senso favorevole alla parte debole, cioè il debitore

Altri criteri sempre riconducibili ai principi generali della teoria generale del diritto:

- Ragionevolezza: una disposizione deve essere interpretata in maniera ragionevole

- Effetto utile: una disposizione deve essere interpretata nella maniera che permetta a quella disposizione di perseguire l'effetto più utile

Sono tutti metodi interpretativi che fanno riferimento alla teoria generale del diritto e che sono presi a prestito anche dal diritto internazionale.

Interpretazione evolutiva (riguarda i trattati sui diritti umani)

I trattati sui diritti umani sono in genere interpretati con il metodo dell'interpretazione evolutiva: quindi vanno interpretati tenendo conto di quello che è il comune sentire delle società.

L'interpretazione evolutiva dei trattati sui diritti umani si basa sull'oggetto e scopo del trattato, che è naturalmente quello di massimizzare la tutela dei diritti umani, ma apporta questa interpretazione teleologica, basata sull'oggetto e scopo, alle sue estreme conseguenze: supera l'intenzione originale delle parti, quindi supera ogni interpretazione storica. L'interpretazione evolutiva è una forma di interpretazione che partendo dal metodo teleologico, partendo dall'oggetto e dallo scopo del trattato, supera le intenzioni originarie delle parti, i motivi per cui gli stati avevano stipulato quel trattato, per adattarne le disposizioni al contesto contemporaneo in cui quel trattato deve esercitare i suoi effetti. Si dice infatti che i trattati sui diritti umani sono dei ***living instruments***, strumenti che si evolvono con l'evolversi della società. Questa loro evoluzione dipende proprio dall'interpretazione evolutiva, e dal fatto che essi devono essere interpretati nel senso sociale più attuale e non nel senso dell'epoca in cui sono stati stipulati

Esempio: Convenzione Europea dei diritti umani: è stata stipulata nel 1950, entrata in vigore per l'Italia nel 1953. Chiaro che l'oggetto e lo scopo della convenzione europea dei diritti umani oggi è lo stesso del 1950, cioè massimizzare la tutela dei diritti umani, fare in modo che gli stati tutelino i diritti umani in maniera migliore e più estesa rispetto a come li tutelerebbero se avessero soltanto delle norme interne. La convenzione europea si compone di una serie di norme che sono passibili di interpretazioni diverse a seconda dell'epoca storica in cui ci collochiamo:

- Esempio 1: se leggiamo le norme della convenzione europea che riguardano la parità tra uomo e donna nel 2023 non possono essere interpretate come nel 1950, perché nel 1950 la parità era intesa in un senso molto diverso da oggi
- Esempio 2: articolo 12 della CEDU prevede il matrimonio, però nel 1950 il diritto al matrimonio era tra un uomo e una donna; oggi, tranne pochi casi, due uomini e due donne in Europa si possono sposare.
- Esempio 3: in origine la pena di morte era ammessa; quindi, il diritto alla vita veniva inteso al netto della pena di morte legalmente prevista da alcuni paesi

Questo metodo interpretativo, sviluppato proprio dalla corte europea dei diritti umani, è stato acquisito ormai da tutte le corte/tribunali/organi che si occupano di diritti umani

Però l'interpretazione evolutiva non sempre può essere effettuata; molto dipende dal comune sentire delle società (intesa come società internazionale, la società degli stati che sono vincolati dal trattato). Per capire se uno stato sta violando o meno una disposizione in base all'interpretazione evolutiva che ne è stata data bisogna tenere conto del sentire della società di quel gruppo di stati, e quindi vengono in rilievo 2 elementi:

a) Consensus: la corte europea dei diritti umani stabilisce se può o non può interpretare in senso evolutivo una disposizione verificando se esiste il consensus degli stati, se la maggior parte di 46 stati dimostra di avere un comune sentire in un certo senso allora la disposizione può essere interpretata in maniera evolutiva. In genere è sufficiente che più della metà degli stati manifesti un comune sentire in un certo senso perché la corte europea ravvisi un certo consensus e quindi interpreti in senso evolutivo una certa disposizione. Non c'era una norma scritta, fino a poco tempo fa, e non era neanche una consuetudine, ma era una prassi seguita dagli organi di controllo. Oggi in Europa abbiamo una norma scritta, che è contenuta nel Protocollo 15, che è stato adottato nel 2019 ed è entrato in vigore nell'agosto 2021.

b) **Margine di apprezzamento**: se la Corte europea si rende che non c'è *consensus*, che quindi la maggior parte, almeno la metà, non ha un sentire comune nel senso favorevole all'interpretazione evolutiva di quella determinata norma, allora, di conseguenza, la corte deve lasciare margine di apprezzamento. Cioè, deve lasciare gli stati liberi di interpretare una certa disposizione nel senso che essi intendono più confacente alle proprie norme interne, al proprio ordinamento interno. Si deve garantire naturalmente il nucleo del diritto ma poi lo stato può declinarlo come meglio crede.

   Esempio: velo islamico. Alcuni stati lo consentono ed alcuni stati lo vietano. Come va interpretato? Non c'è un *consensus* quindi gli stati hanno margine di apprezzamento.

RICAPITOLANDO: l'interpretazione evolutiva è un'interpretazione che supera quella storica, che parte da quella teleologica ma la porta all'estremo, perché tiene conto del comune sentire sociale della società degli stati che è determinata dal comune sentire sociale degli individui, della popolazione. L'interpretazione evolutiva viene effettuata con 2 mezzi: consensus sennò margine di apprezzamento, cioè gli stati sono liberi.

Trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali

Anche per i trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali possono esserci delle **peculiarità interpretative**.

Per esempio: le organizzazioni internazionali possono fare ricorso ai cosiddetti **poteri impliciti.** Se un trattato istitutivo di una organizzazione internazionale viene interpretato in un certo senso, quindi nel senso di prevedere che l'organizzazione abbia certe competenze ma l'organizzazione non ha i poteri per esercitare quelle competenze allora, implicitamente, si deve interpretare la disposizione sulle competenze sul senso di conferire anche i poteri all'organizzazione.

NOTA BENE: vige il divieto di interpretazione unilateralista cioè l'interpretazione basata su diritto interno. Gli stati non possono interpretare i trattati sulla base del loro diritto interno, ma li devono interpretare tenendo conto di tutti questi canoni interpretativi che sono previsti dal diritto internazionale. Del resto, come già detto, l'articolo 27 della Convenzione di Vienna nel diritto di trattati pone il divieto di fare riferimento a diritto interno, tranne per la questione della violazione delle norme di importanza fondamentale sulla competenza.

Incompatibilità tra norme convenzionali (trattati)

Quando abbiamo iniziato a parlare del sistema delle fonti internazionale abbiamo detto che questo sistema è flessibile. Flessibilità significa che, con eccezione delle norme cogenti, le norme consuetudinarie e quelle convenzionali possono derogare le une alle altre. Cosa succede, però, quando l'operatore di diritto si trova di fronte a due norme convenzionali che sono tra di loro incompatibili?

Requisiti affinché si possa parlare di incompatibilità tra norme convenzionali:

1) Quando i due trattati hanno lo **stesso oggetto** e vertono sulla **stessa materia** (es. due Trattati sul commercio di mele).

2) Quando la disciplina giuridica prevista dai due trattati sia in sé **contraddittoria**, conduca a esiti tali da rendere impossibile la testuale applicazione contemporanea di entrambi i due trattati (es. due trattati

sul commercio di mele entrambi stipulati dall'Italia, uno dice che venderà le mele a 0,20 cent al kg e in un altro che lo farà a 0,30 cent al kg).

3) Occorre che vi sia una totale o parziale coincidenza tra gli stati parte. Se gli stati parte tra i due trattati sono completamente diversi non si pone il problema.

Per risolvere un conflitto del genere bisogna fare riferimento a delle norme che già conosciamo:

1) ***Pacta sunt servanda***: se uno stato ha volontariamente accettato di stipulare un trattato ha l'obbligo di rispettare quel trattato. Nel nostro caso significa che lo stato deve rispettare entrambi i trattati anche se sono incompatibili tra di loro (se impossibile, incorrerà inevitabilmente in responsabilità internazionale).

2) ***Pacta tertiis neque nocet neque iuvant***: uno stato ha l'obbligo di rispettare tutti i trattati da cui è vincolato ma non è vincolato da quelli di cui non è parte.

3) ***Lex posterior derogat priori***: la norma successiva prevale su quella precedente.

- Ipotesi 1: Austria, Belgio e Canada (a,b,c) stipulano un trattato nel 1950 e nel 1958 stipulano un altro trattato. Vale il secondo trattato, la soluzione è semplice perché ***lex posterior derogat prio***ri, dato che *pacta sunt servanda* si applica ad entrambi, ma per entrambi non si può applicare *pacta tertiis* perché Austria, Belgio e Canada sono tutti parte di entrambi i trattati. *Lex posterior* fa prevalere il secondo sul primo.

- Ipotesi 2: Abbiamo un trattato stipulato tra Danimarca ed Etiopia nel 2002, e un trattato sulla stessa materia e incompatibile con il precedente stipulato tra Danimarca e Finlandia nel 2009. La Danimarca quale trattato rispetta? I risultati sono incompatibili tra di loro: la Danimarca dovrà scegliere se applicare il trattato con l'Etiopia o quello con la Finlandia ma in ogni caso, qualsiasi scelta farà, la Danimarca sarebbe sempre responsabile, non si può evitare la responsabilità internazionale. Se la Danimarca scegliesse di applicare il trattato con l'Etiopia allora la Finlandia potrebbe decidere di invocare la responsabilità di quello stato per l'inadempimento del trattato e viceversa. Se applicassimo *lex posterior* dovrebbe prevalere il secondo ma l'Etiopia potrebbe invocare la responsabilità della Danimarca per un inadempimento del primo perché l'Etiopia non è vincolata dal secondo per *pacta tertiis*.

- Ipotesi 3: rapporto tra un trattato multilaterale e uno bilaterale successivo. Trattato tra Grecia, Israele, Honduras, Iberia (g,h,i,l) del 1975 e un trattato successivo, del 1998, sulla stessa materia e incompatibile, tra Grecia e Honduras. il primo trattato è stipulato da 4 stati su una stessa materia, il secondo sulla stessa materia e regolato in maniera incompatibile rispetto al primo, stipulato da 2 dei 4 stati. Per entrambi i trattati vale *pacta sunt servanda*, per Israele e l'Iberia vale pacta tertiis, devono rispettare solo il primo, mai incorreranno responsabilità. Il problema sorge con la Grecia e l'Honduras, nei rapporti tra di loro rispettano il secondo ma nei rapporti con l'Iberia e Israele devono rispettare il primo, ma se le norme conducono ad esiti incompatibili, per forza la Grecia e l'Honduras, nella misura in cui attueranno il secondo accordo, violeranno quello precedente, nei rapporti con gli altri stati incorreranno a responsabilità internazionale.

- Ipotesi 4: due trattati multilaterali: tra Maldive, Nigeria, Oman e Portogallo (m,n,o,p) del 2018 e un trattato tra Maldive, Nigeria, Romania e Svezia del 2020. Due stati ci sono in entrambi i trattati, gli altri due sono diversi. Per Maldive e Nigeria prevale il trattato del 2020 per *lex posterior* ma ciò implica necessariamente che questi due stati saranno responsabili nei confronti di Oman e Portogallo. Nessun

problema per Oman e Portogallo che applicheranno il primo trattato, nessun problema neanche per Romania e Svezia che applicheranno il secondo, ma Maldive e Nigeria tra di loro e nei rapporti con Romania e Svezia applicheranno il secondo, perché *lex posterior (*principio generale di diritto), ma nei confronti Oman e Portogallo possono incorrere a responsabilità, se Oman e Portogallo possono invocare la responsabilità delle Maldive e della Nigeria (se le Maldive avessero denunciato o avesse effettuato il recesso non ci sarebbe nessun problema, non si sarebbe potuto parlare di responsabilità).

Queste tre regole (*pacta sunt servanda, pacta tertiis* e *lex posterior*) sono regole residuali, si applicano quando il trattato non dice nulla in proposito. Può accadere che gli stati si rendano conto che stanno stipulando un trattato incompatibile con quello precedente e allora possono risolvere la questione inserendo un'apposita disposizione nel testo del trattato. I metodi sono due: inserire nel trattato clausole di prevalenza o clausole di subordinazione.

- Le clausole di prevalenza servono a far prevalere il trattato su altri trattati. L'esempio più celebre è l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite: *"In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da esso assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto".* In caso di contrasto tra la Carta delle nazioni Unite e qualsiasi altro trattato, prevale la Carta delle Nazioni Unite.

- Le clausole di subordinazione (o clausole di compatibilità, perché mirano a verificare la compatibilità dei due trattati) vengono inserite quando si vuole fare in modo che, in caso di contrasto tra un trattato e altri trattati, prevalgano sempre gli altri, ovvero quando un trattato vuole sempre recedere rispetto ad altri trattati. Queste clausole si trovano soprattutto nei grandi trattati multilaterali o istitutivi di organizzazioni internazionali o quelli che si occupano di materie particolarmente sensibili come i diritti umani, il disarmo, il diritto umanitario.

Invalidità dei trattati

Il diritto dei trattati è quell'insieme di norme che regola la vita di un trattato, come un trattato nasce, come vive e come muore; noi oggi siamo arrivati al crepuscolo.
Un trattato può cessare di produrre effetti non solo perché è invalido, ma anche perché si estingue o si sospende (non confondere invalidità ed estinzione).

Un trattato invalido non eserciterà più effetti in futuro e gli effetti che aveva in precedenza esercitato saranno travolti come se non fossero mai esistiti. L'invalidità opera *ex tunc*, in maniera retroattiva.

Un trattato estinto non produrrà più effetti in futuro, ma gli effetti che ha prodotto in precedenza permangono, vengono fatti salvi. L'estinzione opera ex nunc, "d'ora in poi", impedisce ad un trattato di continuare ad esercitare effetti ma fa salvi gli effetti esercitati in precedenza.

Un trattato sospeso farà permanere gli effetti prodotti fino a quel momento, ma non eserciterà (col presupposto che ciò sia temporaneo) più effetti fino ad una sua nuova applicazioni. Vi è il presupposto che il trattato riprenderà ad essere applicato in futuro. A volte gli stati specificano il periodo della sospensione o a volte gli stati possono decidere di non applicarlo più ma di dichiararlo invalido, possono accadere entrambi i casi.

Le cause di invalidità

Le cause di invalidità sono diverse e sono elencate nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Dobbiamo distinguere tra invalidità relativa e invalidità assoluta:

- Invalidità relativa: quando la causa di invalidità può riguardare anche soltanto una o alcune disposizioni del trattato, e non per forza il trattato nella sua interezza. Le cause di invalidità relativa sono sanabili per acquiescenza, se uno stato non le ha invocate ma ha continuato a comportarsi come se il trattato fosse valido allora non le potrà invocare in futuro. Inoltre, l'invalidità relativa è invocabile solo dallo stato che è interessato e non da altri stati del trattato.

- Invalidità assoluta: quando le cause di invalidità travolgono sempre l'intero testo del trattato nella sua interezza. Uno stato potrà sempre invocare una causa dell'invalidità assoluta, non è sanabile per acquiescenza. Infine, l'invalidità assoluta potrà essere evocata da qualsiasi altro stato parte del trattato, del regime convenzionale, e non solo dallo stato interessato, ma anche non interessato alla causa di invalidità.

Quali sono le cause di invalidità relativa?

- VIOLAZIONE MANIFESTA DI UNA NORMA FONDAMENTALE SULLA COMPETENZA STIPULARE (Art. 46)
  Quando abbiamo parlato dei trattati stipulati in forma semplificata abbiamo detto che l'Italia stipula in forma semplificata dei trattati che in realtà avrebbe dovuto stipulare in forma solenne perché l'art. 80 della Costituzione prevede che quelle famose 5 categorie di trattati vengano stipulati con la ratifica del Presidente della Repubblica dietro autorizzazione del parlamento. In quel caso noi abbiamo detto che se l'Italia volesse, potrebbe invocare l'invalidità relativa di quei trattati stipulati in forma semplificata, perché in quei casi è stata violata in maniera manifesta una norma fondamentale sulla competenza stipulare. La norma fondamentale sarebbe l'art. 80 della Costituzione che è fondamentale in quanto appunto è una norma costituzionale, e la violazione è manifesta nella misura in cui la controparte può rendersi conto della violazione posta in essere. Nel nostro caso si dà per scontato che la costituzione di ciascuno stato sia liberamente consultabile (a maggior ragione nel 2023 con gli strumenti telematici).

- VIOLAZIONE DA PARTE DEI PLENIPOTENZIARI DEI LIMITI AL LORO MANDATO (Art. 47)
  Quando abbiamo studiato la stipulazione dei trattati, abbiamo visto che i negoziatori ricevono i pieni poteri, che però conoscono dei limiti, perché il ministro degli esteri che conferisce i pieni poteri, stabilisce entro quali questo plenipotenziario potrà firmare e vincolare lo stato. Se il plenipotenziario agisce *ultra dires,* cioè pone in essere degli atti che vanno oltre i pieni poteri che gli erano stati attribuiti, allora lo stato potrà invocare l'invalidità relativa di quel trattato.

- TRATTATO INVALIDO PER ERRORE (Art. 48)
  Errore inteso come falsa rappresentazione della realtà, un errore di fatto, non giuridico (es. in passato era frequente che i trattati venissero dichiarati invalidi per errore quando si trattava di stabilire confini). Questo errore non deve essere naturalmente un errore essenziale, che riguarda l'oggetto e lo scopo del trattato. Deve essere scusabile, cioè che chi lo ha commesso lo deve aver commesso senza rendersi conto, e non con dolo. Poi deve essere incolpevole, cioè che chi lo ha commesso non deve averne contribuito (deve essere del cartografo e non dallo Stato).

- TRATTATO INVALIDO PER DOLO O MALAFEDE (Art. 49)
  Se c'è malafede, l'obiettivo di ingannare la controparte, non è più errore ma diventa dolo. Come fece l'Italia fascista col famoso Trattato di Uccialli: trattato tra Italia fascista e Abissinia stipulato in due

lingue amarico e italiano. La versione amarica diceva che "Ove necessario il Negus *avrebbe potuto consultarsi,* in caso di necessità, con il Governo Italiano". Mentre nella versione italiana era scritto che "il Negus *deve* consultare il governo italiano per ogni azione di politica estera", quindi praticamente il Trattato di Uccialli nella sua versione italiana contribuiva a rendere l'Abissina una colonia italiana.

- CORRUZIONE DELL'ORGANO STIPULANTE (Art. 50)
  Non è che una specificazione del dolo. Lo stato che corrompe l'agente diplomatico dell'altro stato lo fa con dolo e con malafede. Se uno stato si vincola ad un trattato e poi scopre che il suo agente diplomatico è stato pagato o corrotto dalla controparte, poi può invocare l'invalidità.

Quali sono le cause di invalidità assoluta?

- VIOLENZA ESERCITATA SULL'ORGANO STIPULANTE (Art. 51)
  Se invece viene esercitata sull'agente diplomatico violenza, allora è invalidità assoluta. Un esempio sono i Sudeti, Hitler ha minacciato il presidente della Cecoslovacchia, che era organo stipulante per la cessione dei Sudeti. Li c'è stato sia un esempio di violenza esercitata sull'organo stipulante (art. 51), sia un caso di violenza esercitata su uno stato (art. 52). Per violenza si intende sia la violenza esercitata, sia la minaccia della violenza.

- VIOLENZA ESERCITATA SU UNO STATO (Art. 52)
  Si intende una violenza militare. Vi fu un lungo dibattito in seno alla Commissione del Diritto Internazionale perché per i membri occidentali la violenza che avrebbe causato la validità assoluta non poteva che essere la violenza militare (si riteneva che questo articolo 52 fosse un logico precipitato dell'art.2 paragrafo 4 della carta delle Nazioni Unite che vieta l'uso della forza armata), mentre i membri che venivano da stati socialisti o terzomondisti ritenevano che il concetto di violenza dell'art. 52 dovesse essere inteso in termini più ampi, cioè come violenza non solo militare, ma anche economica e politica. Alla fine, l'articolo 52 ha accolto il concetto di violenza esercitata su uno stato soltanto nel senso di violenza militare. Quindi un trattato è invalido in termini assoluti soltanto quando è stipulato con l'uso o la minaccia dell'uso di violenza militare da parte dell'altro stato. Questa decisione è stata raggiunta solo con un compromesso tra gli stati, compromesso che ha avuto come esito una dichiarazione non vincolante che è allegata alla Convenzione di Vienna, che raccomanda agli stati di non utilizzare violenza politica o economica alla fine della stipulazione dei trattati.

  Questa norma ha portato ad alcuni problemi rispetto ad alcune categorie di trattati. Per esempio, si è detto che se la violenza militare è una causa di invalidità assoluta dei trattati, allora ad esempio i trattati di pace devono essere tutti considerati invalidi, perché vengono stipulati proprio perché uno stato usa la violenza militare nei confronti dell'altro e lo soverchia. A questa obiezione si puoi rispondere in due modi:

  - I trattati di pace sono stipulati non durante la guerra, ma quando essa è finita, perché presumibilmente prima c'è stato anche un armistizio. Quindi, ci troviamo in contesti che non sono più di guerra, in cui la forza militare non è usata. Si tratta semplicemente di una differenza di potenza, perché è chiaro che lo stato vinto è politicamente meno potente dello stato vincitore.

  - Durante la guerra e prima della stipulazione entrambi gli stati hanno utilizzato l'uno contro l'altro la potenza militare, ma semplicemente uno ha soverchiato l'altro.

  Quindi la violenza non causa l'invalidità dei trattati di pace.

Allo stesso modo il problema si è posto per i trattati ineguali e i trattati di capitolazione, che però sono trattati che oggi non esistono più:

I trattati ineguali sono quei trattati stipulati da paesi occidentali nel corso dell'800 con stati asiatici o mediorientali che non venivano ridotti a colonie, mantenevano la loro indipendenza ma trovandosi in una posizione di maggiore debolezza politica ed economica venivano costretti ad accettare delle condizioni che altrimenti non avrebbero accettato, in cui non c'era equivalenza tra diritti e obblighi. Il punto è, si tratta di trattati invalidi perché stipulati con violenza? Si tratta di violenza militare o economico politica? Se è economica e/o politica, come nella maggior parte dei casi, allora questi trattati non sono invalidi, se ci fosse stata violenza militare allora si potrebbe parlare di invalidità.

I trattati di Capitolazione sono dei trattati ancora più antichi di quelli ineguali. Sono dei trattati con cui lo stato non europeo e non cristiano si obbligava a non applicare il proprio diritto ai sudditi dell'altro stato che si fossero trovati sul suo territorio e a non farli giudicare dai propri giudici. Quindi erano dei trattati che servivano principalmente a salvaguardare i commercianti, ed è da qui che nasce la figura del *praetor peregrinus* e le fondamenta del diritto internazionale privato. Quindi sia i titoli di giurisdizione che il diritto applicabile seguivano la cittadinanza della persona (una prima forma di diritto internazionale privato). Vale lo stesso principio sulla violenza dei trattati ineguali.

- CONTRASTO CON UNA NORMA DI *IUS COGENS* (Art. 53)
  L'art. 53 della Convenzione di Vienna è la prima norma scritta dove compare il diritto cogente. La stessa rubrica dell'art. 53 è intitolata allo *Ius Cogens*, cioè le norme imperative del diritto internazionale generale. Lo *ius cogens* è una norma consuetudinaria inderogabile. Tutto torna per il fatto che il diritto internazionale è un sistema che si regge su sé stesso. Noi abbiamo parlato di flessibilità delle norme, ma tutto ciò trova limite nello ius cogens, che è per definizione imperativo e quindi inderogabile. Quindi il trattato che fosse stato stipulato in contrasto con una norma di diritto cogente sarebbe invalido.

Le cause di estinzione

Anche nella Convenzione di Vienna le cause di estinzione e sospensione si sovrappongono, vuol dire che le cause riportate di seguito valgono sia per l'estinzione che per la sospensione, cioè a seconda del caso gli stati possono chiedere che il trattato venga estinto o sospeso.

Le cause di estinzione possono essere di due diversi tipi: ci possono essere cause di estinzione previste all'interno del trattato, che poi viene colpito dall'estinzione, oppure ci possono essere cause di estinzione previste dal diritto internazionale generale (consuetudinario). Le cause di estinzione previste dal diritto internazionale generale operano in genere in via residuale, quando un trattato al suo interno non ha una specifica causa di estinzione.

Delle cause di estinzione previste dal trattato stesso si occupa l'articolo 54 della Convenzione di Vienna, composto da due parti:

Estinzione di un trattato o recesso in virtù delle disposizioni del trattato o per consenso delle parti (Art. 54)

"*L'estinzione di un trattato può avere luogo:*
a) in conformità alle disposizioni del trattato; o

b) in ogni momento, per consenso di tutte le parti"

L'articolo racchiude una miriade di possibilità a cui uno stato può ricorrere per invocare una causa di estinzione. La lettera a) fa riferimento a disposizioni che contengono una condizione risolutiva, che contengono un termine finale, o disposizioni che contengono delle clausole facoltizzanti, che semplicemente dicono che se uno stato vuole, può denunciare quel trattato. Si tratta di clausole che prevedono una certa procedura da seguire: per esempio dicono che uno stato potrà denunciare un trattato soltanto dopo aver inviato una notifica al depositario ed alle controparti, che la notifica deve essere motivata, resa pubblica, che devono passare tot mesi (si indicano termini di tempo). Però si dà una certa libertà allo stato.

Le clausole facoltizzanti sono diffuse ma non diffusissime, sono principalmente contenute nei trattati di carattere commerciale, finanziario o che riguardano la cooperazione in ambito tecnico, amministrativo e non sono contenute in trattati che riguardano questioni legate alla tutela dei valori fondamentali del diritto internazionale. Queste diverse clausole che permetto il recesso possono essere modulate diversamente a seconda del tipo di trattato. Ad esempio, è tipico dei trattati sul disarmo di prevedere delle clausole di recesso che permettono ad uno stato di denunciare o effettuare recesso di quello stato soltanto se la continuazione dell'adempimento del trattato turba la sicurezza nazionale, ad esempio un trattato sul disarmo per stati che entrano in guerra ed è chiaro che per la stessa sicurezza nazionale lo stato deve potersi armare.

Alcuni trattati contengono poi delle clausole risolutive, che dicono che al verificarsi di un certo evento il trattato si estingue; quindi, legano l'esistenza in vita di un trattato al perdurare di un certo evento. Per esempio, il trattato stipulato da due stati per la gestione in comune di una diga, nel momento in cui la diga viene dismessa il trattato si estingue. Oppure un altro esempio è quello del termine finale, quei trattati che vengono stipulati per un certo numero di anni, al trascorrere dei quali automaticamente si estinguono. L'esempio classico è il trattato CECA stipulato a Parigi nel 1951 per 50 anni e infatti nel 2001 si è automaticamente estinto. Tutte queste cause di estinzione dei trattati sono contenute nell'art. 54 paragrafo a).

La lettera b) dice che così come con la volontà di tutti gli stati si può stipulare un trattato, allo stesso modo la volontà di tutti gli stati può portare all'estinzione di quel trattato. Il consenso deve essere unanime, tutti gli stati devono essere d'accordo nell'estinzione del trattato, se non lo fossero tutti allora gli uni potrebbero anche invocare la responsabilità degli altri per inadempimento di quel trattato.

Cosa succede se un trattato non contiene una clausola sul recesso, sull'estinzione? Significa che il trattato durerà in eterno?

In passato qualcuno diceva di sì e diceva che l'unico modo per portarlo ad estinzione fosse appellarsi alle clausole di estinzione previste dal diritto internazionale generale, ma per fare ciò occorre soddisfare certe condizioni, ma se queste condizioni non dovessero ricorrere, allora il trattato durerebbe all'infinito.

In realtà oggi, grazie all'***art. 56*** *della Convenzione di Vienna*, la questione è stata risolta:

"Un trattato che non contenga disposizioni relative alla sua estinzione e che non preveda possibilità di denuncia o di recesso non può formare oggetto di una denuncia o di un recesso, a meno che:

a) non risulti che corrispondeva all'intenzione delle parti di ammettere la possibilità di denuncia o recesso; o

b) il diritto di denuncia o di recesso possa essere dedotto dalla natura del trattato."

L'art. 56 dice che un trattato che non contiene una clausola sull'estinzione non può essere portato ad estinzione a meno che si dimostri che la volontà delle parti era nel senso di consentire l'estinzione, oppure se l'estinzione si può ricavare dalla natura del trattato.

La lettera b) è criptica perché quando si parla di natura del trattato non si capisce a che cosa si voglia riferire, nemmeno leggendo i lavori preparatori. ***Qual è il significato proprio di "natura del trattato"?*** Secondo alcuni per "natura del trattato" si intende l'ambito e la materia del trattato, però se avessero voluto far riferimento alla materia del trattato avrebbero scritto "materia del trattato" e non "natura"; quindi, non si capisce che cosa si intenda per "natura del trattato". Secondo la lettera a) si può invocare l'estinzione di un trattato se si riesce a ricavare che l'intenzione originaria delle parti era nel senso di consentire l'estinzione. Quindi va applicato l'articolo 32 della Convenzione di Vienna, e va applicata l'interpretazione storica: bisogna leggere i lavori preparatori e verificare se emerge una volontà delle parti favorevole all'estinzione del trattato. Quindi in questo caso anche se il testo convenzionale tace, si può invocare l'estinzione di quel trattato

L'*Art. 59 della Convenzione di Vienna* chiarisce che un trattato naturalmente può essere estinto anche a seguito di una stipulazione di un trattato successivo sulla stessa materia e tra le stesse parti, *ex posterior.*

Altre cause di estinzione di un trattato

Può accadere che gli stati intendano superare gli articoli 54 e 56 e vogliano appellarsi a delle norme generali per invocare l'estinzione di un trattato. Queste norme generali sono cinque e possono convivere con le eventuali clausole di estinzione incluse in un trattato (nulla vieta la loro invocazione anche in presenza di altre clausole specificate nel trattato stesso). Queste altre cause di estinzione sono codificate dagli Articoli dal 60 al 64 della *Convenzione di Vienna*.

- INADIMPLENTI NON EST ADIMPLENDUM O VIOLAZIONE SOSTANZIALE (Art. 60)
  Significa che se uno stato non adempie ad un trattato, violandolo, la controparte può invocarne l'estinzione. Si parla anche di "eccezione di inadempimento" o di "violazione sostanziale".
  Esempio: se viene stipulato un trattato tra A e B, e B non lo adempie, allora A può invocarne l'estinzione.

  Però, l'Art. 60 può essere invocato solo per le violazioni sostanziali del trattato (ovvero quelle descritte dal Paragrafo 3 dell'Art. 60):
  "3. Ai fini dei presente articolo, per violazione sostanziale di un trattato si intende:
  a) un rifiuto del trattato che non sia autorizzato dalla presente convenzione;
  b) la violazione di una disposizione essenziale per la realizzazione dell'oggetto o dello scopo del trattato."

  Violazione sostanziale: una violazione non consentita dalla *Convenzione di Vienna* e riguardante le norme inerenti allo scopo e all'oggetto del trattato; oppure con un'azione di contromisura, compiendo a sua volta un illecito che viene fatto salvo perché era in risposta di una precedente violazione. Le contromisure hanno valore temporaneo, mentre l'estinzione del trattato avviene per sempre.

  L'*INADIMPLENTI NON EST ADIMPLENDUM* si differenzia da ***EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*** e dalle Contromisure.

- EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS
  Se la violazione riguarda una disposizione non essenziale (es. procedurale, transitoria, introduttiva…), allora ci si trova di fronte alla *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*, eccezione che si basa sulla reciprocità: se tu non adempi ad una disposizione del trattato, allora io faccio lo stesso. Ma non si può invocare l'estinzione del trattato, il quale rimane comunque in vigore.

Permette ad uno stato di non adempiere ad una **disposizione non sostanziale** se questo era stato fatto anche da un altro stato. Riguarda le disposizioni non centrali e implica una reazione su un piano di parità, di **reciprocità**, non ha come obiettivo quello di portare ad estinzione di un trattato.

- CONTROMISURE

  Sono azioni illecite, violazioni di **norme centrali e non**, che diventano lecite per il fatto che costituiscono la risposta ad un illecito che uno stato aveva precedentemente commesso. La contromisura ha uno scopo diverso dall'*INADEMPLENTI*. Quando uno stato invoca l'Art. 60 perché sono state violate le disposizioni centrali di un trattato, ha l'obiettivo di estinguere il trattato. La contromisura ha **scopo punitivo/afflittivo**: mantenere in vigore il trattato, punendo chi l'ha violato. Non si basa sulla reciprocità: lo stato A può violare un trattato commerciale e lo stato B può decidere di reagire con una risposta non sul piano commerciale, ma diplomatico. La contromisura ha un effetto limitato, non può durare per sempre perché in quel caso diventerebbe illecita.

  L'Art. 60 fa differenza tra:

  - **Trattato bilaterale**: il rapporto riguarda solo due stati, lo stato A e B. Quindi se lo stato B commette una violazione sostanziale del trattato bilaterale, lo stato A, che ha subito la violazione, può decidere di invocare l'*INADIMPLENTI* sia per l'estinzione che per la sospensione (che si basano sulle stesse cause, è a discrezione dello stato che invoca la causa che può decidere se invocarla a fine sospensivi o estintivi). L'Art. 60, primo paragrafo, dice chiaramente che è la parte lesa che può decidere di invocare l'*INADIMPLENTI*.

  - **Trattati multilaterali**: in cui esiste uno stato che ha commesso una violazione, e risultano lesi o tutti gli altri stati, oppure solo uno stato. Quindi dipende dal carattere sinallagmatico o meno del trattato. Trattato sinallagmatico è un trattato scindibile in tanti fasci di accordi bilaterali, a differenza di un trattato produttivo di norme *ERGA OMNES PARTES*, che è un trattato che prevede norme che ciascuno stato deve rispettare nei confronti di tutti gli altri. Quindi l'inadempimento del trattato multilaterale consente a tutti gli stati controparti, di comune accordo, di estinguere o sospendere il trattato, o nei rapporti con l'inadempiente, oppure nei rapporti con tutti loro.
    Caso particolare: **Trattati sinallagmatici produttivi di obblighi interdipendenti**, è un trattato multilaterale in cui esistono dei rapporti bilaterali *DO UT DES*, ma affinché si realizzi il trattato nel suo insieme serve che tutti questi fasci bilaterali vengano adempiuti. Tipico esempio: accordi sul disarmo. Quando si stipulano questo tipo di accordi tra stati, ogni stato accetta di distruggere una categoria di armi nei suoi rapporti con ciascuno degli altri stati presi singolarmente. È un intersecarsi di trattati bilaterali che creano il trattato multilaterale. Il problema è che se nei rapporti tra A e B, e tra B e C, l'arma chimica viene distrutta, e poi D non lo fa, c'è un problema perché è come se gli altri stati avessero accettato di adempiere un obbligo che non può essere pienamente soddisfatto se non tutti distruggono l'arma chimica. E allora in questo caso si permette a tutte le controparti, anche quelle non specialmente interessate, di sospendere il trattato con l'inadempiente.

  L'Art. 60 contiene due **clausole di salvaguardia** contenute nel paragrafo 4 e 5.

  > *"4. I paragrafi precedenti non pregiudicano nessuna delle disposizioni del trattato che si possa applicare in caso di violazione.*
  > *5. I paragrafi da 1 a 3 non si applicano alle disposizioni riguardanti la protezione della persona umana che sono contenute nei trattati di carattere umanitario ed in particolare non si applicano alle disposizioni che escludono ogni forma di rappresaglia esercitata nei confronti di persone che sono protette dai già menzionati trattati."*

- La clausola contenuta nel paragrafo 4 dice i paragrafi precedenti (1-3) non pregiudicano in alcun modo le disposizioni del trattato applicabili in caso di violazione: cioè se un trattato prevede una disciplina specifica da applicare in caso della sua violazione, allora si applica quella specifica disciplina perché *LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALIS*. Quindi tutto quello che è contenuto nei paragrafi da 1 a 3 non si applica per i trattati che contengono una disciplina specifica da applicare in caso di violazione.

- La clausola contenuta nel paragrafo 5 dice che i paragrafi precedenti non si applicano alle disposizioni relative alla tutela della persona umana contenute nei trattati di carattere umanitario. Questa è la cosiddetta "clausola umanitaria". Dice che l'*INDEMPLENTI* non si si può applicare per i trattati di carattere umanitario, intesi come trattati che si applicano in caso di guerra o volti a proteggere i diritti umani. Se uno stato viola un trattato sui diritti umani, l'altro stato non può invocare l'estinzione o la sospensione perché sono trattati volti a proteggere dei valori fondamentali del diritto internazionale sia in tempo di guerra (per i trattati di diritto internazionale umanitario) che di pace (per i trattati sui diritti umani).

- AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR O IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DI ESECUZIONE (Art. 61)

  Significa che nessuno può essere obbligato a porre in essere un comportamento che è impossibile tenere. Questo articolo codifica questa causa di sospensione/estinzione dei trattati: l'impossibilità sopravvenuta di esecuzione.

  L'impossibilità per poter operare come causa di estinzione/sospensione del trattato deve essere successiva (si deve verificare dopo che il trattato è stato stipulato), scusabile (deve essere imprevedibile: se lo stato avesse previsto che ad un certo punto l'inadempimento sarebbe stato possibile, allora non può invocare la causa), incolpevole (lo stato che la invoca non deve aver contribuito a rendere possibile l'adempimento).

  Esempio: Si immagini un trattato tra due stati confinanti per la regolazione della navigazione in un fiume. E si immagini che il fiume si prosciughi per sempre e quindi scompaia. Quindi il trattato si estingue e uno dei due stati può invocarne l'estinzione.

- CONVENTIO OMNIS INTELLIGITUR REBUS SIC STANTIBUS O MUTAMENTO FONDAMENTALE DI CIRCOSTANZE (Art. 62)

  Traduzione: il trattato vincolerà tutte le parti finché le cose staranno così. In altri termini: se le circostanze cambiano allora il trattato si può estinguere. Il trattato rimane in vigore, a meno che non mutino in modo fondamentale le circostanze.

  Il mutamento delle circostanze può essere invocato come causa di estinzione quando:
  - il mutamento è fondamentale, ovvero quando rende gli obblighi da adempiere in base al trattato più gravosi e quindi il mutamento conduce all'estinzione del trattato.
  - il mutamento riguarda le circostanze sostanziali, cioè quelle circostanze di fatto/storiche che sono state alla base del trattato, che hanno condotto gli stati a voler stipulare il trattato.
  - il mutamento delle circostanze sia imprevedibile (perché se le parti avevano la possibilità di prevedere il mutamento delle circostanze e comunque hanno stipulato il trattato, allora poi non possono invocare l'estinzione) e chi invoca l'estinzione non deve avere contribuito al verificarsi del mutamento delle circostanze.

  Il paragrafo due ci dà poi due precisazioni:
  - Un fondamentale mutamento di circostanze non può essere invocato come motivo per porre termine ad un trattato o per ritirarsi da questo:

a) quando si tratti di un trattato che fissa una frontiera;
b) quando il fondamentale mutamento derivi da una violazione, da parte della parte che la invoca, o di un obbligo del trattato o di qualsiasi altro obbligo internazionale nei confronti di qualunque altro Stato che sia parte del trattato.

- Se una parte può, in base ai paragrafi precedenti, invocare un fondamentale mutamento delle circostanze quale motivo per porre termine ad un trattato o per ritirarsi da questo, essa può anche invocarla soltanto per sospendere l'applicazione del trattato.

La causa di estinzione del mutamento di circostanze viene quasi sempre invocata, e quasi mai applicata, per evitare lo scardinamento del *PACTA SUNT SERVANDA*. Per questo si è arrivati a condizioni sempre più rigide per poter applicare il mutamento delle circostanze. A questa rigidità si è arrivati nel tempo, perché la norma originaria, infatti, prevedeva che uno Stato potesse invocare la clausola di estinzione con molta più facilità, senza condizioni, per il semplice mutamento delle circostanze.

- ROTTURA DELLE RELAZIONI DIPLOMATICHE O CONSOLARI (Art. 63)
  La rottura delle relazioni diplomatiche o consolari fra le parti di un trattato non influenza i rapporti giuridici stabiliti tra di esse in base al trattato, se non nella misura in cui l'esistenza di relazioni diplomatiche o consolari è indispensabile all'applicazione del trattato. In nessun caso la rottura delle relazioni diplomatiche e consolari porta all'estinzione di un trattato, ma può essere invocata come causa di estinzione/sospensione se queste relazioni sono necessarie affinché un trattato possa operare/venga adempiuto. Se è un trattato commerciale le relazioni diplomatiche non sono strettamente necessarie, ma per i trattati di estradizione su base penale/sullo scambio di informazioni/accordi di diritto internazionale privato sui riconoscimenti di status, morti…, per esempio, presuppongono l'esistenza di rapporti consolari.

- IUS COGENS SUPERVENIENS *O* SOPRAVVENIENZA DI UNA NUOVA NORMA IMPERATIVA DI IUS COGENS (ART. 64)
  Qualora sopravvenga una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, qualsiasi trattato esistente che contrasti tale norma diventa nullo ed ha termine. Nell'Art. 53 il contrasto tra trattato e una norma di *IUS COGENS* già esistente, porta a **invalidità** del trattato. Se invece una norma di *IUS COGENS* viene a crearsi dopo la stipulazione del trattato, il trattato non diventa invalido, ma si arriva alla sua **estinzione**.
  Esempio: si immagini la norma cogente sulla autodeterminazione dei popoli. Occorre individuare storicamente quando nasce: più o meno nasce con la WW1. Se un trattato dell'800 trattava la stessa materia, esso si estingue con la nascita della nuova norma dell'autodeterminazione dei popoli. Se invece un trattato sull'autodeterminazione venisse stipulato oggi, quel trattato sarebbe invalido.

Procedura per invocare l'invalidità, l'estinzione e la sospensione dei trattati

Questa procedura è prevista negli Articoli dal 65 al 68 della *Convenzione di Vienna*. Si tratta di norme che non codificano il diritto internazionale generale, ma di norme di sviluppo progressivo, ovvero di norme che sono state inserite nella *Convenzione di Vienna* nella speranza che si evolvessero in norme convenzionali. Speranza, però, che è stata tradita perché è impossibile sostenere che queste norme procedurali siano diventate consuetudinarie.

Si parte quindi dal presupposto che qualsiasi stato parte di un trattato può invocare l'invalidità, la sospensione o l'estinzione del trattato sulla base di una delle cause precedentemente spiegate. Come invocare, dipende

dalle procedure interne a ciascuno stato (es. in Russia deve essere il Parlamento su proposta del Governo; in Italia il potere di invocazione delle cause spetta all'esecutivo).

Gli **Art. dal 65 al 68** ci spiegano cosa succede dopo che l'invalidità/estinzione/sospensione sono state invocate:

La controparte ha **tre mesi di tempo per obiettare** all'invocazione. Se uno stato invoca l'estinzione/invalidità o sospensione di un trattato, l'altro stato può **accettare** (sia esplicitamente, che per acquiescenza in quanto vale la regola del silenzio=assenso) oppure può **obiettare entro tre mesi**. Se entro 3 mesi la controparte obietta, nasce una **controversia** tra i due stati, che si risolve ricorrendo a uno dei **mezzi di soluzione pacifica** delle controversie indicati nel Capitolo 6, Art. 33 della *Carta delle Nazioni Unite*.

Art. 33 – Carta delle Nazioni Unite

1. *Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni o accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta.*
2. *Il Consiglio di Sicurezza ove lo ritenga necessario, invita le parti a regolare la loro controversia mediante tali.*

Se entro 12 mesi la controversia non è risolta con il ricorso ai mezzi indicati dall'Art. 33 della *Carta delle Nazioni Unite*, ciascuno stato di sua iniziativa dovrà inviare una notifica al Segretario Generale dell'ONU per chiedere di **convocare una *Commissione di Conciliazione*,** regolata da un allegato della *Convenzione di Vienna*. Si tratta di una **conciliazione obbligatoria**, ovvero vi si deve ricorrere obbligatoriamente dal punto di vista procedurale, ma il risultato a cui conduce non è vincolante, ma solo indicativo per le parti. Si parla quindi di un **obbligo procedurale**, ovvero lo stato deve accettare di sottoporsi alla Commissione, ma **non di un obbligo sostanziale** perché le indicazioni della Commissione non sono vincolanti per le parti, ma solo indicazioni di risoluzione.
Questo vale per tutte le cause di invalidità ed estinzione tranne per quelle riguardanti lo *IUS COGENS*. Questa procedura non si può quindi applicare alle controversie inerenti agli articoli 53 e 64 della *Convenzione di Vienna*. Se quindi uno stato invoca una causa sulla base dell'Art. 53 dello *IUS COGENS* o sulla base dell'Art. 64, ovvero *IUS COGENS SUPERVENIENS*, e ne nasce una controversia, non si costituisce la *Commissione di Conciliazione*, ma si ricorre direttamente alla *Corte Internazionale di Giustizia* (lo dice l'Art. 66 della *Convenzione di Vienna*).

Se la controversia rimane irrisolta?

- se riguarda gli Art. 53 o 64 e si va davanti alla CIG, la controversia si risolverà per forza perché la CIG emette sentenze vincolanti
- per tutti gli altri casi per cui si va davanti alla *Commissione di Conciliazione* e non si risolve la controversia perché gli stati non intendono conformarsi, c'è un problema. Secondo alcuni autori dovrebbe continuare a rimanere in vigore il trattato per il principio di *PACTA SUNT SERVANDA*, altri dicono che siccome il trattato si basa sull'espressione della volontà delle parti, allora a quel punto vale il principio *IN DUBIO PRO LIBERTATE* e quindi il trattato non può più esercitare effetti.

Ci sono delle norme che riguardano il diritto dei trattati che non sono state inserite nella *Convenzione di Vienna*. A parte le norme che regolano l'ordinamento interno delle Organizzazioni Internazionali, queste norme sono quelle che riguardano gli effetti della guerra sui trattati e la successione degli stati nei trattati.
Quindi siamo fuori dalla *Convenzione di Vienna*.
La *Convenzione di Vienna* non se ne occupa e lo dice esplicitamente nell'Art. 73:

Art. 73 - Casi di successione di Stati, di responsabilità di uno Stato o di apertura delle ostilità
"Le disposizioni della presente convenzione non pregiudicano nessuna delle questioni che potrebbero sorgere per il trattato da una successione di Stati (es. cosa succede se l'URSS si smembra) o dalla responsabilità

internazionale di uno Stato o dall'apertura delle ostilità tra Stati. La Convenzione di Vienna non si occupa della responsabilità e non si occupa degli effetti della guerra sui trattati e della successione nei trattati."

Effetti della guerra sui trattati

Invece che "guerra" è meglio usare "Effetti delle ostilità belliche sui trattati" in quanto così si comprendono sia le guerre, che i conflitti (sia internazionali che interni), tra i quali vige una differenza. "Guerra" si ha quando c'è una previa dichiarazione (es. WW2), mentre il "conflitto" implica attività belliche poste in essere senza previa dichiarazione.
Il conflitto può essere internazionale (quando i combattimenti avvengono tra enti sovrani/stati, es. tra Ucraina e Russia) o interno (quando avviene all'interno di uno stato e vede contrapposti autorità di governo e insorti, es. quello in Libia).

Durante una guerra cosa succede ai trattati bilaterali e multilaterali in vigore tra gli stati belligeranti?
E una volta che finirà il conflitto, cosa succederà?
Questa materia è esclusa dalla *Convenzione di Vienna*, ma la *Commissione sul diritto internazionale* l'ha esclusa di proposito perché si era al tempo già pensato di dedicare al tema un progetto di codificazione ad hoc di articoli mai diventato vincolante.
Alla fine, la Commissione ha adottato un progetto di articoli nel 2011 sugli effetti delle ostilità belliche sui trattati, ma è rimasto un progetto non diventando mai vincolante perché, pur avendolo approvato, non l'ha mai aperto alla firma e alla ratifica degli stati.

Draft Articles on the effects of Armed Conflict on Treaties - 2011
Il progetto di articoli del 2011 sugli effetti delle ostilità belliche sui trattati di articoli non è, in massima parte, corrispondente a norme che già esistono sul piano consuetudinario.

Aspetti problematici del progetto del 2011:

- Si applica solo ai conflitti e non alle guerre, infatti si chiama *Draft Articles on the effects of Armed "Conflict" on Treaties,* a differenza delle norme consuetudinarie che valgono sia per le guerre che per i conflitti.
- non fornisce risposte nette, ma rinvia a norme contenute nei vari trattati da applicare in caso di conflitto. Il problema è che non tutti i trattati hanno al proprio interno delle norme che regolano come comportarsi in caso di ostilità belliche.
- L'Art. 7 di questo progetto di articoli rinvia a un elenco di dodici categorie di trattati che, in caso di conflitto, vengono sospese. Ma si tratta non di una lista tassativa, ma solo esemplificativa e quindi di forza poco incisiva.

Norme consuetudinarie che regolano gli effetti in caso di ostilità belliche sui trattati

Il diritto internazionale consuetudinario non distingue tra stato di guerra e conflitto; quindi, prevede norme che si applicano per entrambi i casi.
Il diritto internazionale consuetudinario distingue tra:

- Trattati bilaterali, questi si estinguono nel corso di ostilità belliche (es. trattati bilaterali tra Russia e Ucraina) ma al termine del conflitto, la parte vincitrice può decidere se ripristinare o meno il trattato estinto inviando una notifica ai vinti per il ripristino. Si è arrivati a questa prassi dopo la WW2. Se questo avviene, allora il trattato bilaterale è come se il trattato non si fosse estinto, ma sospeso. Quindi le sorti dei trattati bilaterali sono determinate dai vincitori.
- Trattati multilaterali, per capire se rimangono in vigore o si estinguono o si sospendono, bisogna verificarne l'oggetto/ la materia, ciò di cui si occupano. Alcuni trattati durante la guerra rimangono in vigore: esempio sono i trattati di diritto internazionale umanitario rimangono in vigore durante la

guerra in quanto regolano il conflitto e quindi sono necessari. Altri trattati vengono sospesi se le parti lo vogliono, come i trattati di commercio (es. Russia e Ucraina hanno sospeso alcuni trattati commerciali). Altri trattati si estinguono, come quelli che prevedono alleanze militari nei rapporti tra i due stati in guerra.

Trattati che contengono clausole sugli effetti in caso di ostilità belliche

Alcuni trattati contengono clausole che regolano gli effetti che le ostilità belliche hanno su di loro. Questo vale per i trattati:

- di investimento che regolano cosa succede al rapporto tra investitore e stato straniero in sede di investimento in cui è scoppiata la guerra. Esempio: BIT tra Italia/Libia dice cosa sarebbe successo ai contratti di investimento stipulati tra investitori italiani e Libia nel caso in cui in Libia fosse scoppiata la guerra.
- sui diritti umani che contengono clausole di deroga (tutti le contengono), che dicono quello che succede a questi trattati in caso di guerra in uno stato parte di quei trattati

Un esempio di deroga è quella contenuta nell'At. 15 della Cedu:

Deroga in caso di stato d'urgenza – Art. 15 CEDU

1. *In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.*
2. *La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3 (principio di legalità), 4 (divieto di schiavitù) paragrafo 1 e 7 (divieto di tortura).*
3. *Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.*
   Il trattato sui diritti umani può essere sospeso ma non per le disposizioni che rappresentano il nucleo duro dei diritti umani, i diritti umani fondamentali (che cambiano per ogni trattato e nel caso della Cedu sono il divieto di tortura, il divieto di schiavitù e l'irretroattività della norma penale).

La Cedu, ad esempio, è sospesa nei rapporti tra Russia e Ucraina, ma entrambe le parti devono rispettare questi articoli.

Successione degli stati nei trattati

Cosa vuol dire successione di uno stato ad un altro? La successione di uno stato ad un altro è un fenomeno che non è propriamente giuridico, bensì fattuale, storico e politico in base al quale uno stato successore subentra ad un altro stato predecessore nel governo di una determinata entità territoriale.

Perché storico? Perché è un evento che si è verificato ciclicamente nel corso delle epoche storiche (Es. dopo le 2 guerre mondiali, dopo il crollo del muro di Berlino e lo sfaldamento dell'URSS). Avviene dopo le grandi cesure della storia contemporanea.

Questo fenomeno fattuale della successione degli stati può esplicarsi in modi diversi:

- Smembramento: suddivisione di uno stato predecessore in una serie di stati successori (Impero austro-ungarico, Jugoslavia, URSS…). Nessuno degli stati successori può essere considerato come la continuazione dello stato predecessore (nemmeno la Russia, ad esempio, può essere considerata successore dell'URSS), quindi da un unico soggetto del diritto internazionale, a seguito dello smembramento, nascono tanti diversi nuovi soggetti del diritto internazionale.
- Fusione: fusione di due o più stati predecessori per creare un unico stato successore che sarà un nuovo soggetto del diritto internazionale (es. Yemen, Regno dei Serbi e Croati, Repubblica Araba Unita, Tanzania…).
- Incorporazione o annessione: acquisizione di una comunità territoriale di uno stato da parte di un altro stato. Vi sono però differenze dal punto di vista della soggettività internazionale rispetto alla fusione. Per quanto riguarda l'incorporazione, uno dei due stati predecessori (quello annesso) cessa di esistere, mentre l'altro continua ad esistere e coincide con lo stato successore, con l'unica differenza dell'ampliamento dei suoi confini e della sua popolazione (es. Repubblica Federale di Germania, Repubblica Italiana…)
- Distacco o secessione o vendita: stato che nasce dalla costola di un altro stato, cioè che rappresenta una porzione di comunità territoriale di un altro stato e che guadagna l'indipendenza. Lo stato predecessore è naturalmente più ampio (dal punto di vista territoriale) ma vi è una continuità tra lo stato predecessore e lo stesso stato post-distacco, mentre nascerà un nuovo stato successore dalla parte che si è distaccata (Es. Sudan del Sud). Si parla di distacco se il processo avviene in maniera relativamente legale e pacifica, mentre di secessione se lo stato nasce in maniera extra-costituzionale e senza il consenso dello stato predecessore. La vendita, invece, non implica necessariamente la nascita di un nuovo stato.

Questi sono i 4 casi certi e convenzionali in cui poi si pone il problema della successione degli stati nei trattati.

- Mutamento extra - costituzionale di governo: quinto caso, un po' anomalo. In passato si riteneva non si ponesse il problema della successione dei tratti nel caso di questa fattispecie. La dottrina più recente, invece, tende ad ammettere il cambiamento di soggettività dell'ente all'interno del quale avviene il mutamento extra-costituzionale di governo. Fa scuola una prassi recentissima, cioè quella che ha caratterizzato le rivoluzioni delle Primavere Arabe nel corso delle quali gli esiti dei cambiamenti extra-costituzionali hanno posto per la prima volta il problema della successione degli stati nei trattati. La Libia post Gheddafi, dal punto di vista degli obblighi convenzionali, non è stata più considerata vincolata dai trattati stipulati dal regime predecessore. Anche in questo caso, ad ogni modo, si pone il problema della successione degli stati nei trattati, ma bisognerà vedere come si evolverà la prassi in futuro.

Tutti questi fenomeni hanno degli effetti dal punto di vista del diritto internazionale sotto diversi aspetti, come la cittadinanza dei cittadini, la responsabilità degli stati rei di illeciti, successione dei trattati ecc.

Essendo un problema politicamente molto sensibile questa materia è stata esclusa dalla convenzione di Vienna ai sensi dell'articolo 73 e si è pensato fosse opportuno dedicare uno strumento ad hoc a questo problema. Per questo motivo la Commissione del diritto internazionale ha cominciato a lavorarci subito già nel 1969, producendo nel 1978 uno strumento (Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli stati nei trattati) di qualificazione delle norme internazionali sulla successione degli stati nei trattati, aperto successivamente alla firma ed entrato in vigore.

ATTENZIONE: Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969) diversa da Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli stati nei trattati (1978).

A differenza di quella del 1969, la Convenzione di Vienna del 1978 si è trattata di un insuccesso poiché entrata in vigore nel 1996 e vincolante solo per 23 stati. Gli stati sono così pochi poiché gli studi effettuati per produrre questa convenzione sono stati fatti durante un'epoca storica nella quale stava avvenendo la decolonizzazione (anni 60/70). La convenzione è quindi il risultato di una serie di concessioni fatte nei confronti degli stati nati

dalla decolonizzazione. La Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli stati nei trattati, infatti, contiene tantissime norme di sviluppo progressivo e pochissime di codificazione del diritto internazionale generale. La scelta è frutto della volontà (da parte soprattutto dei paesi socialisti) di generare un cambiamento del diritto internazionale generale. In un periodo di grande cambiamento degli equilibri degli schieramenti all'interno dell'assemblea generale sarebbe stato difficile, per la commissione del diritto internazionale, produrre una proposta che non considerasse le istanze di questi paesi qui. La Convenzione, tuttavia, si è trovata a dispiegare i propri effetti in un periodo storico altrettanto tumultuoso (smembramento URSS, Jugoslavia, Cecoslovacchia ecc.), ovvero in un contesto in cui le norme contenute in questa convenzione hanno ceduto il passo a quelle consuetudinarie. Per questo motivo si è rivelata un insuccesso, perché le norme di sviluppo progressivo che essa propone non hanno trovato applicazione all'atto pratico, mentre hanno continuato a trovare applicazione le norme consuetudinarie che non sono state codificate nella Convenzione di Vienna del 1978 ma che appartengono al diritto internazionale generale. L'Italia non ha mai ratificato la Convenzione di Vienna del 1978, quindi anche per il nostro Paese vale il diritto internazionale consuetudinario.

Le regole che si applicano secondo il diritto internazionale consuetudinario per la successione degli stati nei trattati sono due:

- Res transit cum suo onere (trasferimento con onere): si applica ai trattati *localizzabili*. In caso di successione (di qualsiasi tipo), lo stato successore eredita i trattati localizzabili precedentemente stipulati dallo stato predecessore. Sono detti *localizzabili* i trattati legati al territorio (Es. Trattati su servitù di passaggio, Trattato del Reno di Ferro per la costruzione di ferrovie tra Belgio e Paesi Bassi, trattati tra stati che si trovano al confine per la costruzione di dighe…). I trattati si trasmettono con tutti i loro obblighi.
- Tabula rasa: si applica ai trattati *non localizzabili*, ovvero non collegati al territorio. In questi casi lo stato successore non eredita i trattati *non localizzabili* che erano stati stipulati dallo stato predecessore.

Il problema sorge, però, perché queste regole hanno delle eccezioni.

- RES TRANSIT CUM SUO ONERE; questa regola non si applica per:
  - Trattati localizzabili di natura politica (Es. trattati per la concessione di basi militari in stati stranieri)
  - Trattati di confine, poiché il trattato di confine è un trattato che si estingue nello stesso momento in cui viene stipulato ed applicato, in quanto il confine trarrà la propria forza giuridica non dal trattato che ha provveduto ad istituirlo, bensì dell'effettività, dal fatto che il confine è quello. Ad esempio, se in un determinato momento volessimo stabilire qual è il confine reale tra Italia e Slovenia, non bisogna fare riferimento al trattato di confine stipulato in data *x*, poiché quel trattato si sarà estinto nel momento stesso in cui è entrato in vigore, ma si dovrà fare riferimento al controllo effettivo del territorio da parte dell'uno o dell'altro stato. Questa regola vale anche per gli stati sorti dalla decolonizzazione, i quali ereditano i confini amministrativi interni della madrepatria (*uti possidetis iuris)*: si tratta di una regola consuetudinaria abbastanza antica, sorta ad inizio '800 quando si è smembrato l'impero coloniale spagnolo. Questa regola è stata poi applicata per lo smembramento degli imperi coloniali inglese e francese.

Cosa succede quando, estinto un trattato su un confine, uno stato decide di ridisegnare il proprio confine? Come si farebbe a dire che è sbagliato? I due stati confinanti dovrebbero stipulare un nuovo accordo. Ci sono stati diversi casi del genere in Africa (es. Controversia tra Libia e Ciad).

- TABULA RASA; questa regola ha delle particolarità non si applica per:
  - Accordi bilaterali di accollo o accordi di devoluzione, ovvero accordo che all'epoca della decolonizzazione la madrepatria stipulava con l'ex colonia affinché quest'ultima accettasse di obbligarsi a ratificare alcuni trattati (indicati dalla madrepatria) nei quali vi era la partecipazione

sia della madrepatria sia dell'ex colonia. Vi è la necessità che il nuovo stato aderisca ai trattati con la normale procedura e non può esserci una successione automatica senza questi passaggi in virtù del principio del *pacta tertiis neque nocet neque iuvant*. Non potendoci essere automaticamente l'obbligo dell'ex colonia di succedere a determinati trattati è quindi necessario questo strumento "intermedio".

- Dichiarazione unilaterale di accollo, ovvero una dichiarazione unilaterale che l'ex colonia emette per promettere di vincolarsi ad un certo trattato precedentemente stipulato dalla madrepatria. La dichiarazione unilaterale di accollo, in passato, veniva emessa sotto richiesta politica della madrepatria, come condizione per una concessione pacifica di indipendenza. Questo atto unilaterale creava un rapporto soltanto tra l'ex colonia e la madrepatria e non poteva garantire l'automatica successione nel trattato *x* rispetto al quale la madrepatria voleva che l'ex colonia realizzasse la successione. Cambia quindi lo strumento giuridico, in quanto nel caso dell'accordo di devoluzione vi è un vero e proprio trattato bilaterale, mentre in questo vi è un atto unilaterale. Il senso alla fine, però, è sempre lo stesso.
- Mobilità delle frontiere dei trattati: si applica per i casi di incorporazione. In caso di incorporazione abbiamo uno stato predecessore che continua ad esistere ed espande la propria comunità territoriale e la propria popolazione, mentre un altro stato può smettere di esistere. Semplicemente, i trattati stipulati in precedenza dallo stato che si espande si applicheranno anche alla comunità territoriale che in precedenza era appartenuta ad un altro stato. La regola della *tabula rasa* si applica quindi solamente ai trattati dello stato che si è estinto. (Es. unificazione della Germania: i trattati non localizzabili della Germania Ovest si sarebbero applicati anche ai territori dell'ex Germania Est, i trattati dell'ex Germania Est si sarebbero estinti).

Dei problemi relativi al principio della *tabula rasa* si sono presentati relativamente ai trattati per i **trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali** e ai **trattati sui diritti umani**:

- Per quanto riguarda la successione degli stati nei **trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali andrebbe applicata la *tabula rasa***, in quanto non localizzabili; fino agli inizi degli anni '90 non vi era dubbio che si applicasse il principio della *tabula rasa* in questi casi. A seguito di un particolare episodio della prassi, rappresentante una forzatura di una norma internazionale (violazione di una norma internazionale realizzata dalle Nazioni Unite), questo principio venne messo in discussione. Era avvenuto lo smembramento dell'unione sovietica, ed era nato il problema della successione degli stati nati da questo smembramento nella Carta delle Nazioni Unite. Era stato applicato il principio della *tabula rasa* a tutti i nuovi stati esclusa la Russia, nonostante non fosse mai stata considerata lo stato successore dell'URSS. Perché questa forzatura? Per una ragione politica: il seggio permanente nel Consiglio di Sicurezza. Questo portò ad un dibattito sull'applicabilità o meno della *tabula rasa* per i trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali, ma l'orientamento rimase quello precedente e l'episodio rimase isolato. Ciò risultò evidente quando la Serbia cercò di agire allo stesso modo dopo lo smembramento della Jugoslavia. A differenza della Russia, la Serbia si è sempre proclamata stato successore della Jugoslavia, ma ciò non fu mai riconosciuto dalle Nazioni Unite e la Serbia dovette rifare la normale procedura per entrare nelle Nazioni Unite. Quindi il fatto che per la Serbia sia invece stata applicata la *tabula rasa* rende l'idea che quella eccezione.

- Per quanto riguarda i **trattati sui diritti umani** (che sono trattati **non localizzabili** c'è stato un famosissimo parere del comitato dei diritti umani delle nazioni unite (parere n. 26 del 1997) che si chiama *continuity in obligations in human rights treaties*, secondo il quale appunto gli stati sorti da un fenomeno di smembramento/successione sarebbero **automaticamente vincolati dai trattati sui diritti umani stipulati dal predecessore**. Col tempo, tuttavia, si è sviluppata una prassi specifica.
  I patti delle Nazioni Unite del '66 (il Patto sui diritti civili e politici, e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali) vincolavano anche i paesi socialisti come la Jugoslavia o l'Unione Sovietica.

Questi patti avrebbero dovuto essere ereditati dagli stati nati dallo smembramento di Unione sovietica, Jugoslavia e Cecoslovacchia oppure no? Secondo il parere n. 26 sì, quindi, i trattati sui diritti umani, avrebbero rappresentato una eccezione alla regola della tabula rasa, perché si voleva evitare che per questi stati ci fosse un cosiddetto *vacuum* normativo, cioè che questi stati fossero per un periodo di tempo svincolati da ogni norma convenzionale sui diritti umani in attesa della loro eventuale adesione. Questa continuità automatica però non si è mai verificata, perché gli stati hanno seguito spontaneamente la cosiddetta prassi della notifica di successione, cioè l'invio di una notifica in base alla quale gli stati neonati hanno dichiarato di sentirsi vincolati dai trattati dei diritti umani del predecessore in maniera retroattiva.

Mutamenti extra costituzionali di governo

Ci sono delle peculiarità in materia di successione nei trattati in caso di mutamento extraterritoriale di governo, ma la prassi è molto recente, in quanto è quella della Primavera Araba. È successo che gli insorti vittoriosi hanno effettuato la successione al governo legittimo destituito in tutti i trattati. Come nel caso della Libia che ha ereditato tutti i trattati, localizzabili e non localizzabili che erano stati stipulati dal regime di Gheddafi, quindi dalla Libia precedente. Ma viceversa quando ad avere la meglio è stato il governo legittimo, che ha quindi represso la successione, il governo legittimo non si è accollato i trattati stipulati dagli insorti, funziona come quando abbiamo studiato gli insorti rispetto alla responsabilità, quando Il professore ci aveva detto che se ad avere la meglio è l'insurrezione allora gli insorti diventeranno stato e saranno responsabili per gli illeciti di guerra commessi dal governo legittimo. Viceversa, se il governo legittimo reprime l'insurrezione allora l'atto degli insorti va considerato alla stregua di atto privato e quindi il governo legittimo non ne risponde. Lo stesso schema vale anche per i trattati. Cioè la Libia post Gheddafi è una Libia in cui gli insorti hanno avuto la meglio e sono arrivati a detenere il governo dello stato e hanno ereditato i trattati del predecessore. Viceversa, i casi come Tunisia e Bahrain, in cui gli insorti sono stati repressi, allora il governo legittimo non ha effettuato la successione nei trattati (solitamente pochi) stipulati dagli insorti.

Successione nei beni, negli archivi e nel debito pubblico

Per quanto riguarda beni ed archivi vale la regola della collocazione fisica dei beni e degli archivi; quindi, la successione si verifica a favore dello stato successore in cui il bene o l'archivio fisicamente si trova collocato. Anche in questo caso esiste una convezione: la Convezione di Vienna del 1983 sulla successione degli stati nei beni, negli archivi e del debito pubblico, mai entrata in vigore.

Un bene è una qualsiasi proprietà di tipo mobiliare o immobiliare posseduto da uno stato (es. si smembra l'Unione Sovietica ed un palazzo appartenente al governo dell'ex unione sovietica che si trova in Kazakistan viene ereditato dal Kazakistan, perché si trova fisicamente lì).

Il problema si pone per i beni mobili, come conti correnti. Qui ci sono stati notevoli problemi perché la prassi non è mai stata chiara ma in linea di principio questi beni mobili, soprattutto i conti correnti, sono stati divisi in maniera corrispondente al PIL di ciascuno stato sorto dal fenomeno fattuale di successione.

Mentre invece l'archivio è la sede in cui si trovano tutti i documenti di stato. Anche qui la successione si regola con il principio della collocazione fisica, quindi quasi tutti gli archivi sovietici sono stati ereditati dalla Russia perché si trovavano a Mosca.

Stessa cosa vale per i beni artistici: esistono delle convenzioni dei trattati che prevedono la restituzione delle opere d'arte, però sono dei trattati che gli stati possono stipulare volontariamente. Quando sorgono le controversie, esse sono di tipo privatistico, sorgono tra uno stato e l'ente che all'interno dell'altro stato detiene il quadro, tipo il museo. Quindi queste controversie richiedono l'applicazione di norme di diritto internazionale privato, e bisogna vedere qual è il giudice competente e quale il diritto applicabile.

Per quanto riguarda il debito pubblico e privato (contratto dagli stati con i privati, una multinazionale e in questo caso non c'è successione quindi i debiti si estinguono e il creditore non può riscuotere i debiti), il problema si pone per il debito pubblico, debito che lo stato predecessori aveva contratto con altri stati. Qui la

prassi indica una distinzione tra stati sorti dalla **decolonizzazione** e stati sorti per altri fenomeni quali **smembramento/fusione/secessione**... Se si parla di decolonizzazione, che appunto è sempre smembramento ma un po' particolare, si applica la *tabula rasa* e la ex colonia non eredita il debito pubblico della madrepatria, ma esso rimane tutto accollato alla madrepatria. Mentre se gli stati sorgono da altri fenomeni, allora si applica la regola della ripartizione equa e proporzionata del debito pubblico, quindi il debito pubblico dello stato predecessore è ripartito sulla base del PIL di ciascuno stato successore.

Fonti di terzo grado

Le fonti di terzo grado sono fonti normative del diritto internazionale che traggono il loro rigore da un trattato. Sono così denominate in quanto previste da un trattato all'accettazione del quale tali fonti possono produrre effetti, sostanzialmente sono **subordinate all'esistenza di un trattato**.
Esempi di fonti di terzo grado sono per esempio i protocolli. Un **protocollo** è esso stesso un trattato che però è servente rispetto ad un altro trattato; quindi, non esisterebbe se non esistesse un trattato principale.
Oppure pensiamo agli accordi stipulati nell'ambito di una **convenzione quadro**, che è un trattato di tipo generale che non indica regole di dettaglio ma principi, che prevede che le regole di dettaglio saranno via via incluse in accordi specifici stipulati nel corso del tempo (es. l'Accordo di Parigi non potrebbe esistere se non esistesse la convenzione quadro sul cambiamento climatico).
Altri esempi sono le **sentenze dei tribunali internazionali**. C'è una profonda differenza tra le sentenze dei tribunali interni e le sentenze dei tribunali internazionali: le sentenze dei tribunali interni sono atti degli stati a tutti gli effetti, atti interni che casomai possono in qualche modo vincolare lo Stato italiano sul piano internazionale, che potrebbero generare la responsabilità dello Stato italiano sul piano internazionale ma sono comunque atti interni. Le **sentenze internazionali** sono fonti di terzo grado perché il tribunale internazionale esiste in quanto esiste un trattato che lo istituisce, ed è lo stesso trattato che lo istituisce che prevede che quel tribunale possa produrre sentenze.
Lo stesso vale per i **lodi arbitrali**, ovvero quando due stati decidono di istituire un arbitro internazionale per dirimere una controversia. L'arbitro ha emesso quello che si chiama lodo. Il lodo è la sentenza dell'arbitro ed è una fonte di terzo grado, in quanto trae la sua forza giuridica dal compromesso arbitrale che i due stati hanno stipulato per istituire appunto l'organo arbitrale.
Anche le **modifiche e gli emendamenti** apportati ad un trattato sono fonti normative di terzo grado. La convenzione di Vienna prevede che gli stati se vogliono possano apportare emendamenti e modifiche ai trattati, soprattutto rispetto a quelli di durata temporale ampissima: trattati che esistono da molto tempo possono necessitare di essere emendati o modificati. La differenza tra emendamento e modifica è abbastanza semplice: l'**emendamento** è un atto apportato per modificare una parte non fondamentale del trattato, che viene accettato da tutti gli stati. Mentre invece la **modifica** può portare alla modifica appunto di un trattato solo nei rapporti tra alcuni stati, mentre invece nei rapporti con gli altri il trattato continua rimanere in vigore senza la modifica. Oppure se il trattato viene modificato anche nelle sue disposizioni centrali, attinenti all'oggetto e allo scopo, si parla di **revisione**.
Ma le fonti di terzo grado principali, quelle che più di tutti oggi sono rilevanti, sono senz'altro **gli atti delle organizzazioni internazionali**.

Perché l'atto dell'organizzazione internazionale è una fonte di terzo grado? Perché l'atto può essere emesso dall'organizzazione in quanto esiste un trattato che istituisce l'organizzazione internazionale, prevede la sua articolazione interna, ma che soprattutto prevede l'attribuzione di competenze da parte degli stati che quindi volontariamente cederanno un pezzettino di propria sovranità all'organizzazione. Quindi l'atto dell'organizzazione internazionale **non** può esistere se non esiste il trattato istitutivo dell'organizzazione internazionale.
Gli atti delle organizzazioni internazionali possono essere di due tipi:

- **Interni**: atti emessi da un organo nei confronti di un altro organo dell'organizzazione.

- Esterni: atti che un'organizzazione internazionale emette nei confronti degli stati membri, atti cioè che l'organizzazione internazionale rivolge non agli stessi organi ma agli stati membri. Questi atti esterni possono essere a loro volta di due tipi:
  - Non vincolanti, la raccomandazione, ha come unico effetto l'effetto di liceità, per cui lo stato che adempie l'atto non vincolante dell'organizzazione internazionale non può incorrere in responsabilità per il fatto stesso di essersi adeguato all'atto non vincolante.
  - Vincolanti, sono quegli atti che l'organizzazione internazionale emette per vincolare appunto gli stati membri. Gli esempi principali, riferendosi alle Nazioni Unite, sono per esempio le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, perché l'Assemblea Generale adotta risoluzioni ma esse sono quasi sempre NON vincolanti, l'unica risoluzione vincolante dell'Assemblea Generale è quella con cui adotta il bilancio. Mentre invece il Consiglio di Sicurezza emette risoluzioni che quasi sempre sono vincolanti.

Soft law

È il diritto "soffice", che si contrappone all'*hard law*, il diritto "duro", che è quello delle norme vincolanti quindi *Ius cogens*, consuetudini, principi, trattati, atti delle organizzazioni internazionali... Mentre invece il diritto morbido è il diritto NON VINCOLANTE che indica tutte quelle norme e principi, atti internazionali che non producono effetti vincolanti ma costituiscono delle mere esortazioni. Si esorta lo stato a tenere un comportamento, ma se lo stato non si conforma non commette alcun illecito e non incorre in responsabilità internazionale.
Le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite non sono vincolanti, appartengono al Soft Law, oppure le raccomandazioni della Commissione Europea, oppure ancora le guide della Commissione del Diritto Internazionale…
Quale è l'unico effetto che può produrre un atto di *soft law*? È l'effetto di liceità, la teoria di Conforti secondo cui uno stato che decidesse liberamente di adempiere un atto di *soft law*, una raccomandazione, e per farlo violasse il diritto internazionale, non incorrerebbe in responsabilità, perché la responsabilità andrebbe attribuita all'organizzazione o comunque a chi ha emesso l'atto di *soft law.*
Le risoluzioni dell'Assemblea Generale sono il principale esempio di *soft law.* Le risoluzioni dell'Assemblea Generale contengono spesso delle raccomandazioni solenni, delle dichiarazioni di principio che hanno una importanza esortativa ma che non sono vincolanti; svolgono a volte però delle funzioni centrali nel diritto internazionale e innanzitutto costituiscono la base su cui poi gli stati stipuleranno dei trattati. La gran parte dei trattati sui diritti umani che sono stati stipulati sotto leggi delle nazioni unite si basano su delle risoluzioni dell'Assemblea Generale. Ma le dichiarazioni dell'Assemblea Generale hanno anche una funzione per quello che riguarda la rilevazione (prassi e *opinio)* del diritto internazionale consuetudinario, soprattutto oggi che quasi tutti gli stati del mondo fanno parte delle Nazioni unite. Quindi non soltanto occorre vedere se votano a favore o contro l'adozione di una certa risoluzione, ma anche, quando votano contro, come motivano il voto negativo, perché da queste motivazioni chi studia il diritto internazionale spesso trae anche le conclusioni a proposito dell'esistenza o meno di una *opinio*.
Parlando di fonti del diritto internazionale, bisogna parlare pure degli atti unilaterali degli stati. Spesso gli stati possono adottare anche unilateralmente degli atti, prima parlavamo della dichiarazione di accollo, quello è un atto unilaterale. Gli stati possono anche fare delle promesse, quello anche è un atto unilaterale; o ancora l'acquiescenza, la protesta, la denuncia, il ricorso, la notifica... A livello di informazione ricordate che gli atti unilaterali costituiscono una categoria a sé che è stata pure studiata dalla Commissione del Diritto Internazionale con un progetto nel 2006, con questo progetto la Commissione definisce come *atti unilaterali veri e propri solo quelli che hanno un fondamento convenzionale, che traggono cioè la loro forza giuridica da una norma consuetudinaria*, per esempio la riserva e la promessa (esempio tipico di atto unilaterale).

Rapporti tra diritto interno e diritto internazionale

È anche in base all'**adattamento** del primo che il secondo acquisisce una forma di obbligatorietà anche per le persone fisiche e giuridiche. L'obbligatorietà del diritto internazionale per gli stati si evince sul piano dell'ordinamento internazionale, mentre per le persone fisiche e giuridiche può sussistere soltanto se si è precedentemente verificato questo fenomeno dell'adattamento.

Quando si tratta di rapporti tra diritto interno e diritto internazionale ci sono 2 principali visioni:

- Monismo: non c'è differenza tra gli ordinamenti interni e l'ordinamento internazionale, in quanto sarebbero un tutt'uno. Chiaramente ogni stato ha il suo ordinamento, ma l'ordinamento internazionale è come se facesse parte di ognuno di questi singoli ordinamenti interni. È una corrente **minoritaria**, caratterista di pochi stati nel mondo (i principali tre sono gli USA, il Sudafrica e il Belgio).

- Dualismo: presuppone l'esistenza di due ordinamenti distinti tra loro, non comunicanti, che sono appunto l'ordinamento statale e l'ordinamento internazionale. Ogni stato ha il proprio ordinamento interno che non comunica con quello internazionale. È l'orientamento **maggioritario**: la stragrande maggioranza degli stati, anche l'Italia, lo segue.

L'ordinamento internazionale si compone però di una serie di norme che vincolano gli stati e che devono quindi in qualche modo esercitare i loro effetti sugli stati. Ecco che allora si pongono due problemi, quello dell'**ADATTAMENTO** e quello del **RANGO**:

Adattamento: Affinché una norma internazionale possa essere eseguita e che possa esercitare effetti in uno stato, bisogna che prima quello stato adatti il proprio ordinamento interno alla norma internazionale in questione e la immetta nel proprio ordinamento. Negli stati monisti il problema non si pone perché l'ordinamento internazionale è parte integrante di quello interno.

Rango: Una volta che la norma internazionale è stata immessa dall'ordinamento interno, deve essere immessa nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento interno. Si tratta di un problema perché la norma internazionale non ha in sé una posizione precisa visto che ogni ordinamento interno sistema in maniera gerarchica solo le fonti proprie (previste dalla Costituzione). È necessario definire il rapporto gerarchico che si crea tra una determinata norma statale e quella norma internazionale che è stata adesso inserita nell'ordinamento interno attraverso il fenomeno dell'adattamento.

Nel risolvere questi due problemi hanno un **ruolo centrale dagli operatori giuridici interni** (giudici, governo, parlamento, avvocati, notai): non sono tanto gli stati quanto gli operatori giuridici interni del singolo stato che decidono come risolvere la controversia. La centralità degli operatori giuridici interni si riflette nella centralità che assume la norma interna di adattamento. **Centralità della norma interna**: la norma internazionale esiste nell'ordinamento interno in quanto esiste la norma interna che ne ha consentito l'inserimento e consente perciò il fenomeno dell'adattamento. Il **rango** che la norma internazionale introdotta nell'ordinamento interno assume nella gerarchia delle fonti del diritto interno è definito dalla forza della norma giuridica interna che ha provveduto all'adattamento. Dalla norma interna si desume che è permesso l'adattamento e il suo posizionamento nella gerarchia delle fonti (forza).

Poiché questi fenomeni si verificano all'interno dell'ordinamento di uno stato, ciascuno stato è sovrano e di conseguenza **ciascuno può decidere come meglio crede come fare l'adattamento e il rango da attribuire.**

NB: per la *soft law* non è necessario l'adattamento in quanto atti non obbligatori.

Metodi di adattamento

1) Ordinario (o per riformulazione): riformulazione (o trascrizione) testuale della norma internazionale nell'ordinamento statale mediante una pertinente norma interna. L'ordinamento statale adotta una norma interna in cui viene ripetuta a *verbatim* la norma internazionale: l'adattamento avviene quindi mediante una normale norma interna che si distingue solo per *l'occasio legis* data dalla necessità di incorporare una norma internazionale nell'ordinamento interno.

2) Speciale (o per rinvio): l'ordinamento interno effettua un rinvio alle norme internazionali delle quali è imposta osservanza senza che sia necessaria una trascrizione: norma interna che si limita a rinviare a una internazionale senza riformulazione testuale. Questo rinvio può essere di due tipi:

   - Ad hoc: è necessario un singolo atto interno (singola norma interna) che rinvii a ogni singola norma internazionale che si vuole immettere nell'ordinamento interno;

   - Generale: una sola norma interna che una volta per tutte rinvia alle norme internazionali. Quindi l'adattamento avviene una tantum in blocco a tutte le norme internazionali, passate/presenti/future.

È preferibile il metodo speciale per due motivi:

- sottrae al parlamento, e quindi ai rappresentati politici, ogni potere decisionale in ordine al contenuto di una norma internazionale. Il parlamento si limita ad adottare una legge interna che rinvia alla norma internazionale e quindi il potere vero e proprio "di gestione della norma internazionale" viene affidato al giudice interno: ogni qualvolta che una norma internazionale ha rilievo in una controversia interna sarà lui a reperire quella norma internazionale senza passare per l'azione del legislatore;
- basandosi su una legge interna che si limita a rinviare alla norma internazionale, questa norma interna non può che tenere conto di tutte le evoluzioni della norma internazionale (vedi modifiche di trattati, possibili sospensioni o estinzioni). Con il metodo di adattamento speciale il giudice interno, che ha a che fare con una norma interna che si limita a rinviare a quella internazionale, deve verificare lo stato della norma internazionale e quindi il diritto interno aderisce meglio al diritto internazionale. Il metodo di adattamento speciale ha un difetto che invece il metodo d'adattamento ordinario non ha: quando si permette al parlamento di operare attivamente per la riformulazione (o trascrizione) della norma internazionale, se quest'ultima risulta essere incompleta, il parlamento la può completare.

Entrambi i metodi hanno pro e contro. Forse è preferibile il metodo dell'adattamento speciale perché permette all'operatore giuridico interno di tenere conto dell'evoluzione delle norme internazionali. Se però le norme non sono self-executing è preferibile il metodo dell'adattamento ordinario. Tutti e due i metodi possono trovare spazio però negli ordinamenti interni, e questo è proprio il caso dell'Italia

Norme self-executing e norme non-self-executing

L'integrazione di una norma internazionale è diversa dall'adattamento: adattamento è immissione di una norma internazionale in ordinamenti interni, ed è diverso dal completamento di una norma che necessita di

essere integrata per essere applicata: esiste cioè una norma, internazionale o interna, che è una norma quadro incompleta che necessita di essere integrata per poter essere applicata.

- Norme *self-executing*: norme internazionali il cui contenuto è completo e che possono essere applicate senza alcuna integrazione o specificazione. ATTENZIONE: Dire che una norma può essere applicata senza integrazione/essere completata non vuol dire che non occorre effettuare l'adattamento, ma semplicemente non ha bisogno di altro oltre l'adattamento.

- Norme non *self-executing*: norme quadro, quindi incomplete, per la cui applicazione è necessaria l'emanazione di norme di specificazione o integrazione. Appartengono principalmente tre categorie:

  - norme internazionali attributive di una facoltà: se una norma che prevede una facoltà per uno stato (e non prevede quindi un obbligo), permette allo stato di scegliere se esercitare o meno quella facoltà. Per scegliere se esercitare o meno la facoltà deve quindi emanare norme interne che integrino la norma internazionale che attribuisce la facoltà.
  - norme internazionali che prevedono obblighi cui però all'esecuzione mancano organi o procedure interne: ad esempio, inapplicabilità del doppio grado di giudizio in materia penale (art.14, par. 5, del Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici) da parte della Corte costituzionale nel caso Lockheed, mancando materialmente un doppio grado di giudizio all'epoca in cui questa fungeva anche da Tribunale dei Ministri. La Corte costituzionale non ha un doppio grado di giudizio e quindi ai ministri non era permesso un secondo grado d'appello. Proprio per attuare l'art. 14 l'Italia ha dovuto emettere delle norme interne di completamento che hanno provveduto all'istituzione di organi che mancavano: sono stati creati dei tribunali per i ministri che si basano su due gradi di appello.
  - norme internazionali che incidono sulla costituzione di uno stato: quando l'Italia si è adattata allo statuto di Roma (istitutivo della corte penale internazionale) ha dovuto emettere delle norme interne di integrazione di tipo costituzionale, in quanto abbiamo la norma internazionale che sancisce l'esistenza di crimini internazionali dell'individuo deve essere specificata nell'ordinamento italiano in base al principio *nullum crimen sine lege previsto* ex art. 25 Cost.

Come si adatta l'Italia al diritto internazionale

C'è differenza tra norme generali, norme convenzionali e norme di terzo grado. L'Italia segue tre metodi diversi:

- Italia si adatta alle norme di diritto internazionale generale con un metodo di adattamento speciale o per rinvio generale;
- L'Italia si adatta ai trattati con un metodo di adattamento speciale o per rinvio ad hoc;
- L'Italia si adatta alle fonti di terzo grado, principalmente atti delle organizzazioni internazionali e anche sentenze della Corte Internazionale di Giustizia, con un metodo di adattamento ordinario o per riformulazione;

1) Adattamento al diritto internazionale generale

Quando uno stato prevede l'adattamento speciale o per rinvio generale di solito lo prevede con una norma costituzionale, e l'Italia non fa eccezione. Quindi anche l'Italia si adatta alle norme di diritto internazionale generale grazie ad una norma interna che è contenuta nella costituzione e che fa in modo che l'Italia si adatti una volta per tutte a tutte le norme di diritto internazionale generale. Si tratta dell'ARTICOLO 10, 1° COMMA, COSTITUZIONE: *"L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute."*

Norme di diritto internazionale generalmente riconosciute: diritto internazionale generale, quindi consuetudini, principi generali del diritto internazionale e quelli riconosciuti dalle nazioni civili, *ius cogens.*

L'articolo 10 primo comma non fa riferimento ai trattati e alle consuetudini particolari, ovvero quelle che si sviluppano all'interno di un regime convenzionale e che hanno quindi come base un trattato. Il padre costituente che ha scritto l'articolo 10 primo comma è stato Tommaso Perassi, uno dei principali internazionalisti d'Italia e definì tale articolo come "trasformatore permanente" in quanto permette appunto l'incorporazione costante e automatica di tutte le norme internazionali generali nell'ordinamento italiano. Inoltre, effettua un rinvio al diritto internazionale generale in blocco, una tantum. L'Italia non può perciò incorrere in responsabilità della mancata attuazione delle norme consuetudinarie; non è il parlamento ma il singolo operatore giuridico interno ad avere a che fare con la norma consuetudinaria.

Dove si collocano le norme di diritto internazionale generale all'interno della gerarchia delle fonti?

- Rapporto tra diritto internazionale generale e legge ordinaria: la norma internazionale generale immessa nel nostro ordinamento si pone a un livello superiore: la norma internazionale generale acquisisce lo stesso rango della norma interna che provvede al suo adattamento, e nel caso italiano è una norma costituzionale e quindi la consuetudine acquisisce rango costituzionale. Quindi una legge italiana contraria a una norma consuetudinaria potrebbe incorrere in incostituzionalità ma non sarebbe formalmente rispetto alla consuetudine ma all'art. 10 primo comma della costituzione.

- Rapporto tra diritto internazionale generale e la costituzione: quale è il rapporto intercorre tra due norme che sono di pari rango?

    - Si riteneva agli inizi dell'epoca repubblicana che una consuetudine sorta dopo la costituzione potesse derogare la costituzione e che invece una norma costituzionale contrastante con una consuetudine passata potesse derogare a quella consuetudine;

    - Dopo gli anni '80 l'ordinamento costituzionale è del tutto sottomesso alle consuetudini, perché secondo questa tesi, l'art 10 primo comma prescriverebbe che l'interno ordinamento italiano, e quindi anche la stessa Costituzione, debba conformarsi al diritto internazionale generale.

    - Oggi tesi più diffusa della "felice coesistenza": in realtà non c'è un rapporto di supremazia tra costituzione e consuetudine perché le norme costituzionali e consuetudinarie coesisterebbero e nel caso in cui si ravvisa un contrasto si deve interpretare (risoluzione in via interpretativa) per favorire la coesistenza ed eliminare il contrasto.

Il problema si pone quando si ha a che fare con i valori fondamentali e inderogabili della costituzione (ovvero tutti quelli che non possono essere sottoposti a revisione costituzionale, per esempio artt. 2,3, 11...). Da una lettura sistematica dell'articolo 10 primo comma si può ricavare una clausola implicita di salvaguarda dei valori fondamentali della costituzione; quindi, si può ricavare la superiorità dei valori fondamentali della Costituzione rispetto a norme consuetudinarie che fossero con essi contrastanti.

Se il contrasto riguarda una consuetudine che contrastasse con una norma costituzionale che riguarda i valori fondamentali della costituzione italiana, entra in gioco la teoria dei controlimiti (sviluppata dalla Corte

costituzionale con la sentenza Russell nel 1979, riguardava le immunità diplomatiche garantite a certi soldati americani che avevano commesso reati in Italia). La *ratio* è la seguente: se ci sono dei controlimiti, devono esserci anche dei limiti: il limite all'ordinamento italiano è la norma internazionale. Questa norma conosce però dei controlimiti, ovvero i valori fondamentali della Costituzione ai quali mai si potrà derogare in ragione di norme consuetudinarie che potrebbero mettere a rischio appunto i valori fondamentali della nostra Costituzione; di conseguenza, non possono entrare nell'ordinamento italiano.

Vi è stata un'evoluzione, nel corso del tempo, della teoria dei controlimiti:

- Secondo la sentenza Russell, il trasformatore si blocca di fronte alle norme consuetudinarie che contrastano con i valori fondamentali. Bisogna però effettuare una distinzione tra le norme consuetudinarie formatesi dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e quelle invece esistenti già in precedenza (all'epoca dello Statuto Albertino):
  - Se la norma consuetudinaria contrastante con i valori fondamentali si è formata dopo l'entrata in vigore della costituzione repubblicana allora può essere bloccata dalla teoria dei controlimiti
  - Se la norma consuetudinaria è precedente alla costituzione repubblicana la teoria dei controlimiti non può essere posta in atto.

- La sentenza Russell è stata ribaltata con la sentenza sul caso Ferrini del 2014: La Corte costituzionale ha affermato che i controlimiti bloccano il trasformatore permanente rispetto a qualsiasi norma consuetudinaria che contrastasse i valori fondamentali della costituzione. La Corte sostiene che non sono i valori fondamentali della costituzione a prevalere sulla norma consuetudinaria, MA è la norma internazionale che non può proprio entrare nell'ordinamento italiano perché l'art 10 comma 1 non permette che una norma del genere entri nel nostro ordinamento, perché contrasta con i valori fondamentali. Le consuetudini internazionali, quindi, devono essere distinte tra conformi ai valori fondamentali della costituzione e non conformi.

  Il caso Ferrini (da iusinitinere.it): quando la responsabilità penale individuale ricade su persone che rappresentano, in quanto suoi organi, uno Stato, ad essa si accompagna la responsabilità internazionale dello Stato nei confronti del Paese del quale le vittime delle violazioni sono cittadini. Di conseguenza, terminata la guerra, alla richiesta da parte degli Stati vincitori di ottenere un risarcimento dei danni morali e materiali subiti dai cittadini dei territori occupati, la Repubblica Federale Tedesca rispose nel 2000 istituendo, con il concorso delle imprese tedesche che avevano beneficiato del lavoro coatto, una Fondazione volta ad assicurare alle vittime un indennizzo, rivelatosi però insufficiente in quanto valevole *solo* nei confronti di vittime civili e non militari (considerate prigionieri di guerra). In questo contesto si è innestato il celebre caso di Luigi Ferrini, il quale ha convenuto in giudizio la Germania chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti dalla deportazione avvenuta da agosto 1944 ad aprile 1945 nel campo di concentramento tedesco di Kahla. In tale sede il Tribunale di Arezzo prima, e quello di Firenze poi, hanno dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sul rilievo che la domanda avanzata dall'attore trovasse il suo fondamento in fatti compiuti da uno Stato straniero nell'esercizio della sua sovranità (cd. atti *iure imperii*) e che, pertanto, la controversia fosse sottratta alla cognizione dello Stato territoriale in base al principio della cd. Immunità funzionale ristretta fondato sul diritto internazionale consuetudinario.

  Con la storica sentenza della Corte di Cassazione n. 5044/2004 – secondo cui *"l'immunità funzionale non può trovare applicazione, perché l'atto compiuto si configura quale crimine internazionale e **non vi è alcuna valida ragione per tener ferma l'immunità dello Stato**"* – si erano moltiplicati i ricorsi presentati davanti ai tribunali italiani: i tristemente noti episodi bellici relativi all'eccidio di Civitella, Cornia e San Pancrazio (Arezzo) del 1944, portando alla morte e deportazione, in proporzione, di più di 100 civili italiani per ogni soldato tedesco ucciso, avevano indotto, il 21 ottobre 2008, i giudici della prima sezione penale della Corte di Cassazione a condannare il governo tedesco a risarcire i danni ai

familiari delle vittime della strage. Avverso la sentenza, la Germania adì la Corte Internazionale di Giustizia, che ne accolse il ricorso il 3 febbraio 2012, pronunciando una sentenza fortemente dibattuta in dottrina. La Corte si è fondata principalmente sulla giurisprudenza interna, la quale riconosce in maggioranza l'esistenza dell'immunità, ed ha respinto tutti gli argomenti portati dalla difesa italiana:

- Primo argomento: la relazione tra *ius cogens* e immunità degli Stati

  Anzitutto, essa ha ritenuto improponibile l'argomento secondo cui le norme consuetudinarie internazionali che vietano le violazioni gravi dei diritti umani, appartenendo allo *ius cogens*, dovrebbero prevalere sulle norme che prevedono l'immunità degli Stati per gli atti *iure imperii*. A suo giudizio, è incerto come si possa rivendicare un risarcimento per fatti avvenuti quando può dubitarsi che norme sui crimini internazionali, e più in generale norme di i*us cogens*, esistessero. L'applicazione delle norme sui diritti umani, inoltre, costituirebbe l'oggetto esclusivo del *merito* della controversia rispetto alla quale l'immunità è invocata, laddove la questione dell'immunità avrebbe carattere preliminare e *procedurale* e quindi autonomo. La critica della dottrina insiste qui su un presunto svuotamento da parte della Corte del concetto stesso di *ius cogens*.

- Secondo argomento: il *last resort argument*

  Un altro argomento che è stato respinto dalla Corte è il cd. *last resort argument*: secondo la difesa italiana le vittime della barbarie tedesca (o i loro eredi), non avendo potuto ottenere alcun risarcimento in Germania, sarebbero state private di un loro diritto fondamentale quale è il diritto a far valere dinanzi a un giudice le proprie ragioni (sul punto la Corte si è limitata a sostenere che un negoziato tra Germania ed Italia è sempre possibile).

- Terzo argomento: la cd. tort exception

  Infine, la Corte ha respinto l'argomento fondato sugli artt. 11 della Convenzione europea del 16/5/1972 e 12 della Convenzione delle Nazioni Unite, che escludono l'immunità dello Stato straniero per le azioni di risarcimento del danno prodotto alle persone e cose purché si tratti di azioni che abbiano avuto luogo nel territorio dello Stato del foro (cd. *tort exception*): l'argomento non è sostenibile non solo a livello formale, non avendo l'Italia ratificato le due Convenzioni, ma anche a livello sostanziale, in quanto non corrispondente a diritto consuetudinario ed estendibile solo a situazioni che non comportino un conflitto armato.

A contrastare l'indirizzo ferreo mantenuto dalla CIG, con sentenza n. 238 del 2014 la Corte costituzionale, investita della questione dal Tribunale di Firenze, è intervenuta sul problema dichiarando che "*la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, con la portata definita dalla CIG determina il* ***sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale*** *dei diritti delle vittime*", ponendosi in contrasto con l'art. 24 (diritto al giudice) in combinazione con l'art. 2 (tutela dei diritti umani) della Costituzione. La Corte ha infatti precisato che i principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui quello alla tutela giurisdizionale in questione, costituiscono un "*limite all'ingresso*" delle norme internazionali generalmente riconosciute, costituendo "*elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale*", e quindi non dispiegando alcun effetto all'interno dell'ordinamento italiano (cd. teoria dei controlimiti).

2) Adattamento ai trattati

L'Italia, per quanto riguarda il recepimento dei trattati, si avvale di un procedimento di adattamento speciale o per rinvio ad hoc, che si basa su di una norma chiamata "ordine di esecuzione": per ogni trattato cui l'ordinamento italiano intende vincolarsi bisogna produrre una singola norma (in genere una norma ordinaria). L'ordine di esecuzione esprime la volontà che un certo trattato venga eseguito nell'ordinamento italiano, senza alcuna necessità di riformulare il testo del trattato nell'ordinamento italiano. L'ordine di esecuzione implica che sia l'operatore del diritto giuridico interno a recuperare e reperire la norma internazionale e successivamente ad applicarla. In linea di principio la legge contenente l'ordine di esecuzione coincide con la legge contenente l'autorizzazione nei confronti del PDR alla ratifica del trattato: non bisogna però confondere i due differenti livelli:

- L'ordine di esecuzione permette l'introduzione del trattato nell'ordinamento italiano: lo Stato ordina ai propri organi di applicare il trattato all'interno del suo ordinamento (atto interno con ripercussioni solo interne);
- L'autorizzazione alla ratifica obbliga lo Stato sul piano internazionale nei confronti degli altri Stati (atto interno ma con ripercussioni a livello internazionale).

Questo tipo di legge in genere viene adottata dal Parlamento su iniziativa del Governo, tramite un disegno di legge, e si compone di quattro articoli: il primo è introduttivo, il secondo di solito contiene l'autorizzazione alla ratifica nei confronti del PDR, il terzo l'ordine di esecuzione e il quarto prescrive la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Cosa succede se un trattato riceve l'ordine di esecuzione prima di entrare in vigore? Una legge così caratterizzata non è problematica, perché essa rimette in campo all'interprete il compito di verificare se il trattato internazionale esiste ed è in vigore a livello internazionale; se non è in vigore, l'interprete sa che l'ordine di esecuzione, anche se emanato, non potrà produrre i suoi effetti e il trattato non sarà suscettibile di applicazione a livello interno.

Cosa succede nell'ordinamento italiano quando manca l'ordine di esecuzione oppure non può operare? Nel caso in cui l'Italia si vincolasse sul piano internazionale e poi l'ordine di esecuzione mancasse, l'Italia non potrebbe adempiere al trattato e incorrerebbe alle responsabilità internazionali. Questo dualismo (ordine di esecuzione + autorizzazione a ratifica) vale unicamente per i trattati stipulati in forma solenne, mentre per quelli stipulati in forma semplificata non è necessaria l'autorizzazione alla ratifica, ma deve in ogni caso esserci una legge con l'ordine di esecuzione (obbligatorio per tutti i trattati). L'ordine di esecuzione non è prescritto da alcuna norma costituzionale ma è frutto di una prassi interna italiana.

Quale è il rapporto tra i trattati e le norme ordinarie? Il rango dei trattati, una volta recepiti, rispetto alla gerarchia delle fonti, risulta essere quello di norme interposte, cioè si collocano a metà tra la Costituzione e le norme ordinarie. In passato non era così: il principio generale applicato al rango dei trattati nell'ordinamento interno era quello secondo cui il trattato aveva il rango corrispondente all'atto normativo con cui si era proceduti alla ricezione, di solito una legge ordinaria. In caso di conflitto tra la legge ordinaria contenente l'ordine di esecuzione e una norma costituzionale, le prime potevano essere dichiarate incostituzionali e annullate dalla Corte costituzionale. In caso di conflitto tra la legge ordinaria contenente l'ordine di esecuzione (i trattati) e le leggi nazionali ordinarie, la questione veniva risolta mediante i classici principi *lex posterior derogat priori* e *lex speciali derogat generali*. Vi era dunque il rischio che il Parlamento, per ragioni politiche, decidesse di fare una legge che avrebbe sostituito (e quindi abrogato) la precedente legge di adattamento ad un trattato, facendo sì che l'Italia potesse incorrere in responsabilità internazionali. Solo la carta delle Nazioni Unite era l'unico trattato considerato superiore alle leggi ordinarie (in quanto richiamato nell'art. 11 della Costituzione), gli altri trattati erano ritenuti alla pari delle altre leggi; con il passare degli anni lo stesso trattamento delle Nazioni Unite è stato concesso anche ai trattati dell'Unione Europea.

La questione è stata definitivamente risolta solo nel 2001 con la riforma costituzionale n.3 del Titolo V: "la *potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario* (diritto dell'UE) *e degli obblighi internazionali* (diritto internazionale)". In

particolare, per "obblighi internazionali" si fa riferimento alle norme internazionali scritte. Tale articolo dell'ordinamento italiano sancisce la prevalenza dei trattati: i trattati hanno un rango superiore delle leggi ordinarie. Tale prevalenza dei trattati sulle leggi interne non è assoluta: viene meno quando la legge offre una maggiore protezione dei diritti umani.

Il risultato di quanto detto è che ad oggi se le leggi ordinarie entrano in contrasto con i trattati (quindi con la legge ordinaria contenente l'ordine di esecuzione), queste possono essere colpite dalla declamatoria di incostituzionalità pronunciata dalla Corte costituzionale. Se il giudice ritiene che fra il trattato e la legge ordinaria sussista un conflitto non risolvibile in via interpretativa (in particolare se il giudice si trova di fronte ad un trattato che è anteriore alla legge con esso confliggente e di cui non può chiamarsi in causa la specialità), allora il giudice deve obbligatoriamente sollevare la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, anziché disapplicare nel caso concreto la noma incompatibile.

Quale è il rapporto fra trattati e norme costituzionali? I trattati che contrastassero con la Costituzione verrebbero espunti: la Corte costituzionale da sempre rivendica il proprio ruolo di controllo di costituzionalità dei trattati che vengono stipulati.

3) Adattamento alle fonti di terzo grado

Gli atti delle organizzazioni internazionali sono fonti di terzo grado, e per questo ci si chiede se l'adattamento ad un trattato implica anche l'adattamento alle fonti di terzo grado che da quel trattato sono previste. Bisogna verificare se il trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale prevede che l'organizzazione emetterà:

- atti direttamente applicabili: in questo caso, se il trattato istitutivo prevede la diretta applicabilità degli atti dell'organizzazione internazionale, non è necessario che l'ordinamento italiano proceda per l'adattamento di quegli atti (ed è obbligatorio).
- atti non direttamente applicabili: se il trattato istitutivo non prevede la diretta applicabilità degli atti dell'organizzazione internazionale, la questione è diversa: siccome dal trattato istitutivo dell'organizzazione non si può dedurre nulla, se non la legittima aspettativa che l'atto venga introdotto nell'ordinamento interno degli Stati parti, si deve avere riguardo della prassi interna.

Nella prassi italiana, non prevista dall'ordinamento, viene seguita la forma ordinaria di adattamento per riformulazione: si ha un adattamento per ogni atto dell'organizzazione internazionale, che viene riprodotto parola per parola in atto normativo interno (legge ordinaria del Parlamento, o un decreto legislativo o un atto amministrativo).

A questa prassi c'è una eccezione: per alcune organizzazioni internazionali, l'Italia prevede un adattamento speciale o per rinvio generale, cioè esistono delle norme (ordinarie) che consentono l'adattamento costante e continuo a certi atti di specifiche organizzazioni internazionali. I casi sono principalmente due:

- Legge 185 del '90: il Parlamento permette all'Italia di adattarsi una volta per tutte a tutti gli atti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che dispongono misure di embargo;
- Legge 145 del 2016: la partecipazione dell'Italia alle missioni di peacekeeping (sempre atti del Consiglio di Sicurezza).

Il metodo di adattamento ordinario per riformulazione, in ogni caso, è stato fortemente criticato da diverse tesi di Conforti poiché dichiarato privo di fondamento o addirittura illegittimo: gli atti dovrebbero assumere valore nell'ordinamento italiano indipendentemente dal fenomeno dell'adattamento: l'ordine di esecuzione con cui l'ordinamento italiano si adatta al trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale copre anche che le decisioni vincolanti adottate dall'organizzazione in base al trattato stesso. Altri autori hanno obiettato la tesi di Conforti, sostenendo che in realtà una legge di adattamento anche se causa una burocratizzazione

eccessiva dell'ordinamento italiano occorre per almeno due motivi: innanzitutto per la certezza del diritto e poi perché non si conosce il contenuto degli atti che quella organizzazione in futuro emanerà, i quali potrebbero entrare in contrasto con quelli che sono i valori del nostro ordinamento.

Il rango delle fonti di terzo grado (atti di organizzazioni internazionali), come quello dei trattati, è quello di norme interposte.

Qual è il ruolo delle regioni in materia di adattamento? Il problema del coordinamento tra il potere centrale e il potere regionale per adattarsi a norme internazionali, incidenti su materie di competenza anche delle Regioni, non si pone dal punto di vista internazionale perché ad adattare l'ordinamento internazionale deve essere sempre lo Stato nel suo complesso. Questo problema del coordinamento tra il potere centrale e il potere regionale per adattarsi a norme internazionali si pone dunque solo a livello interno. In passato, alle Regioni era solo concesso di specificare o integrare le norme internazionali non self - executing immesse nell'ordinamento italiano di materie a competenza regionale, a patto che prima avessero ricevuto un'apposita delega da parte del governo. Con la riforma dell'articolo 117 comma 5 adottato dalla legge 131 del 2003, è stato attribuito il potere alle Regioni (senza delega da parte del governo) di adattarsi alle norme convenzionali internazionali e dell'UE. Tale potere trova però dei limiti:

- occorre una legge dello stato che disciplini il potere delle regioni di adattarsi alle norme internazionali (riserva di legge);
- tale potere vige nelle materie di loro competenza;
- le Regioni devono agire nel rispetto della legge dello Stato;
- devono dare comunicazione quando esercitano tale potere al ministro degli Esteri e al Presidente del consiglio, che hanno 30 giorni per opporsi;
- lo Stato riserva a sé un potere sostitutivo in caso di inerzia della regione o per questioni di urgenza o per questioni di necessità di uniformità.

La responsabilità internazionale (parte 1/3)

Quando un soggetto del diritto internazionale viola una norma del diritto internazionale qualsiasi sorge la responsabilità internazionale di quel soggetto.

Responsabilità: in italiano ha più significati giuridici, in inglese ci sono tre traduzioni (*responsibility*, quella che interessa a noi, *accountability*, quella morale, *liability* responsabilità che sorge per l'illecito civile, diritto internazionale privato).

Ci si sposta dal piano primario a quello secondario perché le norme sulla responsabilità internazionale sono secondarie, definiscono cioè un nuovo rapporto giuridico secondario tra lo Stato responsabile/offensore e lo Stato leso/offeso perché il rapporto primario è entrato in crisi a causa della violazione della norma primaria. Si tratta di norme abbastanza recenti che fanno parte del diritto internazionale post Westfalia: prima era molto rudimentale, i primi dibattiti riguardo alla responsabilità si sono avuti a partire dalla seconda metà dell'Ottocento e le norme che noi conosciamo oggi si sono sviluppate sul piano consuetudinario a partire dalla fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento e la dottrina ne ha iniziato a parlare in modo concreto dal Novecento.

Le tre teorie principali sulla responsabilità internazionale:

- DIONISIO ANZILOTTI: dice che le conseguenze della violazione di una norma internazionale consistono in una nuova norma giuridica che si crea tra i due Stati, ovvero la norma secondaria, considerata

successiva rispetto alla norma primaria. Ma in cosa consiste? Consiste nel diritto dello Stato leso di pretendere la riparazione e nell'obbligo dello Stato responsabile di fornire una riparazione. Il rapporto che si crea si situa sul piano secondario e si basa sull'elemento della riparazione.

- HANS KELSEN: scrive tra gli anni '30/'40 e dice che non può esistere una norma secondaria che preveda la riparazione come definita da Anzilotti. Se c'è una norma secondaria per la riparazione, anche la stessa norma secondaria può essere violata: lo Stato può essere doppiamente leso e chiedere un'ulteriore riparazione e lo Stato può essere tre volte leso e si può andare avanti all'infinito (*regressus ad infinitum*). Insomma, lo Stato responsabile può ritenere di non aver violato una norma primaria e non voler adempiere all'obbligo della norma secondaria. La riparazione può esistere, secondo Kelsen, solo se c'è un accordo tra lo Stato responsabile e lo Stato leso, ma non sarebbe una norma consuetudinaria, bensì una norma dipendente di volta in volta dalla volontà degli Stati e dall'accordo che essi dovessero decidere di stipulare. La vera essenza è l'autotutela: il farsi giustizia da sé. Questo, vietato nel diritto interno, nel diritto internazionale è la regola. Per cui, la responsabilità non si può fondare sull'obbligo di riparazione, ma ha essenza coercitiva, punitiva, afflittiva, perché se lo Stato ha commesso una violazione lo Stato leso si autotutela e affligge una pena allo Stato.

- ROBERTO AGO: nel 1979 ha sistematizzato il pensiero di Anzilotti e Kelsen e ha messo in evidenza come riparazione e autotutela possano convivere: il regime della responsabilità comporta sia la facoltà dello Stato leso di agire in autotutela, sia l'obbligo di riparazione da parte dello Stato responsabile nei confronti dello Stato leso (e il diritto dello Stato leso di invocare la riparazione). Ago, in più, inverte i termini:

  Lo Stato leso può pretendere la riparazione dallo Stato responsabile, ma come può farlo se l'altro stato non si ritiene responsabile? Come si evita il regressus ad infinitum? Agendo in autotutela, attraverso le armi a sua disposizione come le sanzioni, che in termini tecnici si chiamano contromisure. Oppure lo Stato leso potrebbe rivolgersi al tribunale internazionale o spedire diplomatici.

Lo schema che noi oggi studiamo è quello di Ago ed è stato trasfuso nel Darsiwa.

DARSIWA: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Darsiwa è un progetto del 2001, redatto dalla Commissione del diritto internazionale. Questo è l'esempio più noto di accordo di codificazione, rimasto allo stato di progetto: sarebbe dovuto diventare un trattato, ma questo non è mai successo e il progetto è rimasto tale. Tuttavia, è molto importante, perché mette per iscritto delle norme che sennò sarebbero rimaste consuetudinarie e questo è un ausilio per la certezza del diritto. Il progetto Darsiwa del 2001 contiene norme consuetudinarie (trascritte e vincolanti per tutti gli Stati) e norme di sviluppo progressivo (non vincolanti).

Quando sorge la responsabilità internazionale? (prima parte DARSIWA)

Art.2: la responsabilità sorge quando un soggetto del diritto internazionale viola una norma internazionale. Gli elementi costitutivi sono quindi due:

- L'elemento soggettivo, cioè l'attribuzione della condotta illecita ad un soggetto del diritto internazionale.
- L'elemento oggettivo, cioè che la condotta costituisca la violazione di una norma/obbligo del diritto internazionale.

La responsabilità di uno Stato sorge quando si rinvengono entrambi gli elementi costitutivi dell'illecito

L'elemento soggettivo

Consiste nella possibilità di attribuire ad uno Stato la responsabilità di un comportamento illecito internazionale, compiuto da un individuo per conto dello Stato. Affinché sorga responsabilità internazionale, quindi, l'individuo che commette l'illecito deve essere gli organo dello Stato che agisce in nome e per conto dello Stato. Questo è spiegato nell'articolo 3 del DARSIWA, il quale spiega che se un atto è lecito dal punto di vista del diritto interno non è detto che lo sia anche dal punto di vista del diritto internazionale, e il contrario. Dopo i primi tre articoli finisce il primo capitolo del Darsiwa e il secondo capitolo si occupa esclusivamente dell'elemento soggettivo (*Attribution of conduct to a State*).

- Art. 4*:* Sintetizza quanto sopra: la condotta di un organo di uno Stato va attribuita allo Stato (che sia governo, parlamento, giudici, regioni…). Lo Stato per agire deve delegare il suo potere a certi individui che sono organi statali: nel momento in cui commettono un illecito internazionale ingenerano la responsabilità non loro propria, ma dello Stato.

- Art. 5**:** Riguarda la responsabilità causata dal comportamento di individui che non sono organi statali ma che esercitano elementi di autorità di governo (deleghe a privati).

  Esempio: privati che si occupano della sicurezza di alcune aree come aeroporti; carceri private; contractors…

- Art. 6**:** Riguarda la responsabilità causata dal comportamento di organi messi a disposizione da uno Stato (Stato inviante) ad un altro Stato (Stato ricevente). La responsabilità è dello stato ricevente

  Esempio: durante il Covid l'Italia ha ricevuto da Cuba personale sanitario, che a Cuba è organo dello Stato (come per noi Polizia o Carabinieri) e se avesse commesso atti illeciti non avrebbe causato la responsabilità di Cuba, ma dell'Italia per cui sta agendo.

- Art. 7: Si ripete il concetto di prima sugli individui che non sono organi statali ma che esercitano elementi di autorità di governo, ma si aggiunge che possono causare la responsabilità dello Stato anche se eccedono i propri poteri o se contravvengono al mandato ricevuto.

- Art. 8: Riguarda la responsabilità causata dal comportamento di individui a cui non sono state delegati poteri di governo, ma che agiscono de facto sotto il controllo o seguendo le indicazioni dello stato.

  Esempio: Guerra civile spagnola, l'Italia non ha preso parte, perché altrimenti il conflitto interno sarebbe diventato internazionale, ma dei privati che agivano sotto la direzione e controllo dello Stato (direzione: più netto/controllo: meno netto) e di conseguenza gli atti illeciti posti in essere dagli italiani durante la guerra civile spagnola erano imputabili all'Italia.

  Essendo organi *de facto*, come si fa a capire? Ci sono due tesi contrapposte:

  - ICTY, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, un tribunale ad hoc che non opera più. In questo caso bastava sul concetto di *overall control*: controllo globale, per cui bastava un controllo generalizzato da parte dello Stato sui privati perché potessero essere definiti organi de facto dello Stato.

- Corte Internazionale di Giustizia e sentenza del 27 giugno 1986 sul Nicaragua, elabora invece il concetto di *effettive control* (di cui abbiamo già parlato riguardo all'applicabilità extraterritoriale dei trattati sui diritti umani, è lo stesso concetto solo applicato nell'ambito della responsabilità). La CIG dice che la responsabilità dello Stato può sorgere per atti di privati che non hanno un collegamento giuridico con lo Stato solo se il controllo è effettivo, quindi, soltanto se riguarda ogni singola azione che il privato pone in essere sotto la direzione o il controllo dello Stato. Questa è naturalmente la tesi maggioritaria.

- Art. 9*:* È un articolo molto particolare che riguarda il collasso dell'autorità di governo dello Stato: quando, ovvero, i cittadini degli Stati (come, per esempio, quelli falliti) in assenza di governo svolgono funzioni di governo per conto dello Stato. In questo caso l'attività del privato è attribuire allo Stato.

  Esempio: *levée en masse*, la chiamata alle armi generalizzata, se uno Stato è in guerra e il governo crolla i cittadini possono imbracciare le armi e difendere lo Stato (e il loro illeciti saranno attribuiti allo Stato).

- Art. 10: Riguarda la responsabilità per il comportamento degli insorti, che già conosciamo (Se l'insurrezione fallisce…/ Se l'insurrezione ha successo…).

- Art. 11*:* È un corollario dell'articolo 4, perché ripete in negativo ciò che si è già analizzato: le condotte di privati in quanto tali non sono attribuibili allo Stato a meno che lo Stato non faccia proprio il comportamento del privato.

  Esempio: crisi degli ostaggi in Iran, 1979: quando la rivolta Komeinista ha deposto lo scià, gli studenti islamici hanno assaltato l'ambasciata degli USA a Teheran, agendo per conto loro e non dello Stato, nonostante ciò, con un proclama pubblico di Khomeini, l'Iran ha fatto propria l'azione degli studenti islamici e quello che era un illecito perseguibile nel diritto interno iraniano è diventato un illecito internazionale. In più L'Iran è incorso in responsabilità anche perché avrebbe dovuto proteggere l'ambasciata statunitense: si tratta dell'obbligo di *Due Diligence*, non codificato nell'articolo 11: nel momento in cui lo Stato non previene l'atto del privato e non protegge lo straniero a causa dell'atto del privato, incorre in responsabilità internazionale.

Può succedere che un illecito venga commesso insieme da più Stati: se ne occupa l'articolo 47 e si possono venire a creare due situazioni:

- Si distinguono atto per atto per capire chi ha fatto cosa, se possibile.

- Se ciò non fosse possibile, gli Stati che hanno cooperato nella commissione dell'illecito sarebbero tutti responsabili in solido per tutti gli illeciti.

Art. 16*: S*i parla di complicità: è un istituto che consiste nell'agevolazione dell'altrui atto illecito (e non nella commissione diretta di questa). Nel diritto internazionale uno Stato è responsabile per complicità se aiuta o assiste uno Stato nel commettere l'illecito. Non è più responsabilità diretta. Gli elementi necessari affinché si compia sono:

a) ***knowledge***, la consapevolezza: non riguarda il fatto di sapere che l'altro Stato sta commettendo l'illecito, ma il fatto di essere consapevole che il suo aiuto agevolerà l'illecito altrui

b) ***opposability***: lo Stato complice, per essere definito tale, deve essere obbligato dalle stesse norme che l'altro Stato sta violando (la norma violata dev'essere vincolante per entrambi). Questo significa che il problema non si pone per le consuetudini, che vincolano tutti gli Stati, mentre più complicato è per i trattati (bisogna verificare che siano vincolanti per entrambi).

Esempio: *l'EU-Turkey Deal* (2016), riguardo ai rifugiati siriani in Turchia, per il loro contenimento in territorio turco in cambio di 3 mld € l'anno. Si può parlare di responsabilità per complicità dell'UE in illeciti che commette la Turchia, essendo i profughi siriani dei rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 perché stanno scappando da un conflitto.

La responsabilità internazionale (parte 2/3)

L'elemento oggettivo - La violazione della norma

Può riguardare qualsiasi tipo di norma, poco importa la gerarchia delle fonti. L'illecito può essere commissivo o omissivo.

- Illecito commissivo: quando si attua un certo comportamento che viola una norma internazionale
- Illecito omissivo: quando lo Stato omette di compiere un comportamento che avrebbe dovuto compiere

Questa distinzione c'è anche nel diritto penale interno, facciamo un'ulteriore distinzione:

- Illecito di condotta: accade perché lo Stato tiene una certa condotta

  Esempio: Il TNP (trattato di non proliferazione nucleare del 1968) prevede un obbligo di condotta, cioè un obbligo di negoziato tra gli stati nucleari per ridurre le testate nucleari in loro possesso. Queste però non sono mai state intraprese, o non si è arrivati a nessun esito. È un illecito di condotta: gli Stati non si sono comportati in modo tale da adempiere all'obbligo.

- Illecito di risultato: avviene non per il comportamento, ma per il risultato a cui ha portato il comportamento

  Esempio: lo Stato non nucleare, parte del TNP, che si dotasse di arma atomica.

- Illecito di evento: quando si verifica un evento che è stato cagionato da un comportamento di uno Stato, il comportamento è in sé lecito, ma ha conseguenze illecite.

Esempio: uno Stato risponde ad un'aggressione con armi nucleari (legittima difesa), provocando un illecito di evento, perché l'arma atomica ha effetti disastrosi su più livelli (salute, ambiente…). Non è illecita l'autodifesa, ma le conseguenze di essa.

La condotta giuridica porta poi ad un'altra distinzione:

- Illeciti istantanei: gli illeciti che hanno inizio e termine in un preciso momento storico e riguarda un singolo caso di specie
- Illeciti continuati: che hanno effetto per un certo arco di tempo e non si limitano alla singola azione, ma perdurano nel tempo (non si capisce quando finisca), riguardando un'intera categoria di individui.

Esempio: uno Stato commette un atto di tortura, si tratta di un illecito istantaneo e riguarda una sola persona. Se però uno Stato adotta una legge per proibire alle donne di lavorare si tratta di un illecito continuato nel tempo

Possiamo poi distinguere tra:

- Illeciti semplici: illeciti che si strutturano attorno ad un singolo atto/condotta dello Stato
- Illeciti complesso: insieme di atti non illeciti singolarmente, ma nella loro complessità, perché connessi in un certo modo portano ad un comportamento illecito da parte dello Stato
- Illeciti compositi: insieme di atti illeciti singolarmente, che agiscono nella loro complessità

Delitti e crimini internazionali

La distinzione tra delitti e crimini internazionali era stata elaborata da Roberto Ago. Nel 1976 aveva introdotto questa distinzione nel progetto DARSIWA, di cui era il secondo relatore speciale. Secondo la distinzione di Ago:

- Delitto: illecito ordinario a cui segue un regime di responsabilità semplice, riguarda la violazione di una norma internazionale sinallagmatica, che riguarda il solo rapporto bilaterale tra due Stati.
- Crimine: illecito a cui segue un regime di responsabilità aggravata, riguarda la violazione di una norma produttiva di obblighi erga omnes.

Questo fino al 1996: Arangio Ruiz ha mantenuto questa distinzione di Ago dell'articolo 19, ed è qui che si è inceppato il meccanismo, perché l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite non ha accettato di mantenere l'articolo. Ora la differenziazione di Ago non esiste più.

Perché è stato eliminato l'articolo 19? Gli Stati volevano evitare di incappare in un regime di responsabilità aggravata, per cui per un loro illecito tutti gli altri Stati potessero reagire, anche quelli non lesi (motivo politico).

Cause di esclusione dell'illecito

Gli articoli dal 20 al 25 spiegano quando uno Stato, pur commettendo un atto illecito, non incorrono in responsabilità internazionale (consenso dello Stato leso, legittima difesa, contromisure, forza maggiore + caso fortuito, distress e stato di necessità).

- Art. 20: consenso dello stato leso. Codifica il detto latino "*volenti non fit iniuria*", per cui se uno Stato leso consente allo Stato di commettere l'illecito non si incorre in responsabilità internazionale.

  Esempio: quando è scoppiata la crisi in Mali e il Mali ha chiesto ai militari francesi di intervenire, essi lo fecero. Se però i militari fossero intervenuti senza una richiesta o il consenso del Mali, avrebbero commesso un illecito, violando la sovranità di uno Stato libero e indipendente.

- Art. 21: legittima difesa. La legittima difesa si differenzia dalla contromisura per il fatto che è una risposta armata che si può dare solo nei confronti di chi viola il divieto di uso della forza. Se uno Stato viola il divieto di uso della forza, l'altro Stato può agire in legittima difesa (ed è l'unico caso in cui il diritto internazionale ammette l'uso della forza armata da parte di uno Stato.)

  Esempio: Guerra in Ucraina.

- Art. 22: contromisure. La contromisura è una risposta non armata che in sé sarebbe illecita, ma la cui illiceità viene giustificata dal fatto che consiste nella risposta dell'altrui illecito non armato precedentemente commesso.

- Art. 23: forza maggiore. Permette di giustificare un atto illecito se uno Stato lo ha posto in essere indipendentemente dalla sua volontà, per cause esterne. Sono esclusi i casi in cui la situazione di forza venutasi a creare derivi dal comportamento dello Stato o se lo Stato ha accettato volontariamente il rischio che quella situazione poteva verificarsi.

- Art. 24: distress (estremo pericolo). Giustificazione di un atto illecito se lo Stato lo ha commesso in modo volontario, ma perché le alternative non erano percorribili, disastrose per lo Stato o per la vita dei propri organi o delle persone affidate alle loro cure (lo Stato sceglie il "male minore"). Sono esclusi i casi in cui la situazione di estremo pericolo sia stata causata dallo stato stesso o se l'illecito pone in essere una situazione ancora più grave.

Si parla di forza maggiore e distress, ma qual è la differenza? La parola chiave è volontà:

- La forza maggiore permette di giustificare un atto illecito se uno Stato lo ha posto in essere indipendentemente dalla sua volontà. C'è coscienza ma non volontà.

- Il distress giustifica un atto illecito se lo Stato lo ha commesso in modo volontario, ma perché le alternative non erano percorribili o disastrose per lo Stato. È l'argomentazione meno forte: non solo c'è la coscienza, ma anche la volontà.

  Esempio: Nel diritto internazionale del mare c'è una norma consuetudinaria che prevede che ogni nave deve chiedere un permesso per entrare nel porto di un altro Stato. Immaginiamo una nave greca (la bandiera indica lo Stato e stabilisce che è un territorio fluttuante: sulla nave è Grecia). Se c'è una tempesta e non si riesce più a controllare la nave e questa entra in un territorio estero (porto di Trieste) senza chiedere permesso alla guardia costiera triestina, l'illecito è scusato per forza maggiore.

- Art. 25: stato di necessità. Giustificazione di un atto illecito posto in essere perché ci si trova di fronte situazioni che rischiano di attentare all'esistenza stessa dello Stato. (Es. guerra, pandemia…). Sono esclusi i casi in cui l'illecito leda gravemente gli Stati nei confronti dei quali l'obbligo sussiste o quelli in cui l'obbligo internazionale in questione esclude la possibilità di invocare lo stato di necessità.

  È una causa di esclusione di responsabilità complicata perché è formulato in maniera molto restrittiva. Questo perché ogni volta che uno Stato invoca lo stato di necessità gli altri Stati non lo riconoscono e di fronte a un giudice o tribunale internazionale in genere questi non ammettono lo stato di necessità. Questo perché lo stato di necessità è sempre stato interpretato nel senso di esimente dell'illecito che lo Stato commette per salvaguardarsi davanti ad una distruzione assicurata, teoricamente causabile solo da un conflitto armato, non per ragioni economiche o ecologiche. La necessità è quindi bellica.

  Esempio: caso Gabčíkovo - Nagymaros (Ungheria v Slovacchia): riguarda una controversia tra Slovacchia e Ungheria per la costruzione di un sistema di chiuse lungo il Danubio per fare delle dighe per la produzione di energia idroelettrica. La Slovacchia non ha adempiuto a questo accordo bilaterale per la costruzione di questo sistema di chiuse lungo il Danubio e ha anche invocato lo Stato di necessità (dicendo che se avesse adempiuto a quel trattato avrebbe provocato un forte danno ambientale). La corte di giustizia ha dato ragione però all'Ungheria, perché un pericolo ambientale non metterebbe a rischio l'esistenza stessa dello Stato.

- Art. 26: ius cogens. Chiude il capitolo delle cause di esclusione dell'illecito dicendo che se l'illecito di cui si chiede la giustificazione riguarda la violazione di una norma di ius cogens allora non può essere ammessa.

Per completare il discorso parliamo di tre questioni che in realtà non concorrono a definire l'elemento oggettivo. Sgombriamo il campo da equivoci:

1) La colpa non è un elemento della responsabilità internazionale.

Uno Stato non può essere colpevole, solo responsabile, poiché la colpa non è elemento costitutivo della responsabilità internazionale Lo Stato può agire per colpa o dolo? Attiene alla psicologia, e nonostante lo Stato agisca attraverso i suoi organi, non ha una psicologia sua propria, agisce sulla base di una sorta di egoismo/tornaconto politico. La colpa poi potrebbe portare a problemi teorici insormontabili per quanto riguarda la verifica dell'atteggiamento colposo.

2) Il danno non è un elemento della responsabilità internazionale.

Il danno non è un elemento della responsabilità internazionale: spesso può anche non esserci alcun danno per arrivare al pregiudizio (non come nel diritto interno). La nave che entra nel porto di Trieste non provoca un danno, ma è comunque un comportamento antigiuridico.

3) Lo Stato può incorrere in responsabilità quando commette un atto lecito?

Sì: se ci sono comportamenti statali che comportano attività ultra-inquinanti (il caso Trail Smelter, l'acciaieria canadese che inquinava anche negli USA). Oppure la visita in alto mare di navi sospettate di praticare la pirateria, oppure una nave che non batte bandiera di nessuno Stato. In tal caso le navi possono chiedere di visitare la nave per verificare che non siano atti di pirateria. Altro esempio è il lancio di oggetti spaziali. Sono tutte attività lecite (es. la costruzione di una fabbrica inquinante sul confine con un altro Stato) da cui possono derivare dei pregiudizi (inquinamento, salute dei cittadini; la nave fermata se non pratica pirateria può subire pregiudizi perché non arriva puntuale in un porto; satellite cinese che rischiava di cadere su suolo straniero;). Si tratta di una responsabilità che non implica l'insorgenza di norme secondarie. Sono attività consentite dalle norme primarie sulla base di trattati. La responsabilità che studiamo noi è soltanto quella che si sviluppa sul piano secondario. Se, per esempio, il satellite cinese fosse caduto su suolo straniero, lo avrebbe direttamente risarcito: qui è già la norma primaria che parla di risarcimento, non ci spostiamo sul piano secondario.

Conseguenze della responsabilità internazionale

Nella seconda parte del DARSIWA troviamo le conseguenze, che sono principalmente tre:

1) *Art. 30, (a)*: Lo Stato responsabile ha l'obbligo di porre fine al comportamento illecito. Vale solo se l'illecito è continuato nel tempo, perché se è istantaneo ovviamente si è già concluso.

2) *Art. 30, (b)*: Obbligo di offrire adeguate assicurazioni e garanzie di non reiterazione (di non commettere più il fatto illecito).

3) *Art. 31*: Obbligo di riparazione del pregiudizio arrecato allo Stato leso.

4) *Art. 32*: lo Stato responsabile non può invocare il diritto interno in mancato adempimento degli obblighi secondari. (Es. "non posso versare il risarcimento perché le mie finanze sono disastrate…")

Per questo siamo sul piano secondario: sul piano primario ci sono norme che prevedono obblighi a cui corrispondono dei diritti. Se sorge la responsabilità internazionale c'è un nuovo rapporto che genera degli obblighi in capo allo Stato responsabile che non esisterebbero se ci si trovasse sul piano primario: i rapporti qui sono disciplinati dalla norma secondaria e ci sono gli obblighi sopra elencati.

La riparazione viene specificata negli articoli successivi. La riparazione è la principale conseguenza derivante dal regime di responsabilità internazionale. Chi commette un illecito deve prestare una riparazione, che deve, per quanto possibile, cancellare la lesione arrecata ristabilendo la situazione che ci sarebbe se l'illecito non fosse stato commesso.

La riparazione può assumere tre forme: lo Stato può attuarle tutte e tre insieme, ma anche singolarmente. Se lo Stato applica singolarmente le cause di riparazioni deve seguire un iter vincolante (se la *restitutio in integrum* non è praticabile si passa al risarcimento pecuniario ecc.):

a) Restituzione (*Resitutio in integrum)*: ripristino della situazione status quo ante, per rendere la situazione com'era prima della violazione (Es. la restituzione dei prigionieri di guerra). Non è però sempre praticabile, in tal caso si passa al:

b) Risarcimento: versamento di denaro da parte di uno Stato nei confronti di un altro Stato. Viene misurata in base al danno emergente (pregiudizio economico patrimoniale) e lucro cessante (mancato guadagno che lo Stato ha avuto a causa dell'illecito commesso dall'altro Stato); ci sono poi anche degli interessi che aumentano man mano che il tempo passa dal momento in cui è stato commesso l'illecito e il momento in cui avviene il risarcimento pecuniario.

   Non possono essere stabiliti *punitive damages*, cioè quelle somme da pagare non come risarcimento ma come punizione, tipo "multa". Bisogna anche verificare che lo Stato leso non abbia contribuito all'atto illecito commesso dallo Stato responsabile (altrimenti il risarcimento va decurtato).

c) Soddisfazione: atto formale (omaggio alla bandiera, lettera di scuse da parte del Capo di Stato, una visita di Stato o la sentenza di un tribunale internazionale che accerta la responsabilità di uno Stato…) che viene posto in essere dallo Stato responsabile a vantaggio dello Stato leso laddove l'illecito è *minoris generis*, non particolarmente grave o se si ritiene che non sia necessario un risarcimento pecuniario.

La responsabilità internazionale (parte 3/3)

Come si applica la responsabilità internazionale? (terza parte Darsiwa)

Come può uno Stato leso pretendere che uno Stato responsabile adempia a questi tre obblighi che gli si impongono sul piano secondario (porre fine all'illecito, dare garanzie di non ripetizione e riparare l'illecito)?

Il terzo capitolo del progetto del 2001 ci risponde con una parola: l'autotutela, che può avere diverse forme (legittima difesa, rappresaglia, contromisura, ritorsione):

1) Legittima difesa (è consentita dal diritto internazionale)

La legittima difesa può essere attuata soltanto nel caso in cui l'obbligo violato sia il divieto di uso della forza, perché anch'essa implica l'utilizzo della forza armata. Questa forma di autotutela è un'azione antigiuridica che è però giustificata per rispondere all'altrui previo illecito. La legittima difesa è in sé illecita, ma la cui illiceità è giustificata dal fatto che essa costituisce la risposta all'altrui illecito previamente commesso.

Non la troviamo solo nell'art. 21 tra le cause di esclusione dell'illecito internazionale, ma è anche indicata come unica eccezione al divieto di uso della forza dall'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (che è diventata norma consuetudinaria, così come lo è il caso della legittima difesa).

Si distingue tra:

- Legittima difesa individuale: lo Stato è aggredito reagisce in autodifesa con le armi nei confronti dello Stato aggressore

- Legittima difesa collettiva: Stati non aggrediti appoggiano lo Stato aggredito. Esiste in due casi:

    a) se c'è un accordo di alleanza militare. Se uno degli Stati viene aggredito poi tutti gli altri intervengono.
    b) quando uno Stato aggredito lo richiede e gli altri Stati accettano a intervenire in autodifesa. ***Ma com'è possibile se non c'è nemmeno un'alleanza tra di essi?*** Perché si tratta della violazione di una norma produttiva di obblighi erga omnes (divieto uso della forza) che permette la reazione non soltanto da parte dello Stato leso, ma anche da parte di qualsiasi altro Stato.

La legittima difesa ammessa dal diritto internazionale può assumere diverse forme:

- Successiva: quando lo Stato leso reagisce dopo aver subito la lesione (quello classico, ammesso dal diritto internazionale).

- Intercettiva: quando l'attacco armato non ha colpito la controparte, ma è stata intercettata l'intenzione (es. missili di uno Stato intercettati prima dell'aggressione armata). Anche questa forma è ammessa dal diritto internazionale.

Altre due forme non sono accettate (legittima difesa preventiva):

- *Preventive self defence*: legittima difesa preventiva che porta ad un'aggressione preventiva. Lo Stato che verrà sicuramente aggredito reagisce in via preventiva, e aggredisce l'altro Stato.

- Dottrina Bush: legittima difesa per attacco armato ipotetico che si presume possa avere luogo.

Limiti all'azione di legittima difesa

C'è uno scollamento tra la norma convenzionale (art. 51 Carta ONU) e la norma consuetudinaria. L'art. 51 infatti riconosce quattro limiti alla legittima difesa, la norma consuetudinaria invece solo i primi tre:

- **Necessità**: cioè che è consentita solo laddove non sia possibile rispondere alla violazione del divieto di uso della forza in altro modo (es. contromisura).

- **Proporzionalità**: vuol dire che l'azione dev'essere proporzionata all'attacco ricevuto (ad attacco con forze aeree si può rispondere con altre forze, ma non con quella atomica).

- **Immediatezza**: se si subisce un attacco bisogna rispondere immediatamente.

- **Pubblicazione al consiglio di sicurezza**: Lo Stato aggredito può reagire in legittima difesa, ma deve darne immediato avviso al Consiglio di sicurezza e se lui vuole intervenire allora ogni azione deve essere coordinata dal Consiglio di sicurezza (ambito di sicurezza collettiva). Si trova solo nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite.

2) Rappresaglia (è vietata dal diritto internazionale)

Risposta armata al previo illecito non armato (non si fa). È vietata dal diritto internazionale contemporaneo (erano tipiche fino alla fine dell'800), perché sarebbe come imporre la legge del più forte (in violazione del principio dell'uguaglianza sovrana tra gli Stati).

3) Contromisura (è consentita dal diritto internazionale)

Una contromisura è una risposta non armata ad un illecito non armato. L'art. 49 del DARSIWA Dice che la contromisura è una risposta di per sé illecita, ma la cui illiceità viene giustificata perché costituisce una risposta all'altrui illecito (una norma primaria è già stata violata), è una forma di sanzione a carattere pacifico. Così come la legittima difesa, la abbiamo già trovata tra le cause di esclusione dell'illecito.

Conta il fattore temporale: la contromisura ha carattere temporaneo e mira a far sì che la controparte ritorni nei binari del rispetto del diritto internazionale.

Le contromisure possono essere:

- **Individuali,** quelle poste in essere dallo Stato leso che agisce in contromisura contro lo Stato responsabile per indurlo a riparare ecc.
- **Collettive,** quando più Stati si accordano con lo Stato leso per agire in contromisura oppure quando si agisce all'interno di un'organizzazione internazionale (l'UE, Consiglio d'Europa, ONU…).

Anche le contromisure hanno dei limiti, le troviamo negli articoli dal 49 al 54:

- **Limite della proporzionalità:** non dev'esserci eccessiva sproporzione (es. trattato commerciale violato, la controparte può reagire impedendo alle compagnie aeree di effettuare voli nei confronti di quello Stato… sono due piani differenti, ma non c'è sproporzione)

- **Temporaneità**: devono avere una data di inizio e una data di fine; devono avere una durata breve (se troppo lente diventano illecite).

- Devono rispettare lo ius cogens: cioè non deve implicare l'uso della forza e deve anche rispettare quelle norme sui diritti umani che fanno parte dello ius cogens (schiavitù, tortura…): sennò l'azione in contromisura costituirebbe un illecito.

- Vanno rispettate le immunità diplomatiche

- Consentita solo dopo l'esaurimento dei mezzi di risoluzione pacifica delle controverse: viene usata quando negoziato, buoni uffici, mediazione sono Stati tentati senza alcun successo. Significa che manca l'immediatezza (che abbiamo trovato nella legittima difesa) perché dev'esserci il tempo di tentare di risolvere il problema in maniera pacifica e senza utilizzare le contromisure.

4) RITORSIONE (NON RIGUARDA IL RAPPORTO DI RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE)

La ritorsione è impropriamente considerata una forma di autotutela: è un comportamento non amichevole che può essere posto in essere da uno Stato senza che vi sia stata precedentemente alcuna violazione. È impropria perché va oltre i regimi di responsabilità: non siamo sul piano secondario, ma restiamo sul piano primario, ogni Stato la può porre in essere anche solo per ragioni politiche senza che la controparte abbia commesso alcun illecito.

Esempio: uno Stato decide di interrompere i collegamenti aerei con un altro Stato senza che ci sia stato alcun illecito. Nessuno glielo impedirebbe.

Responsabilità internazionale per violazione di norme di ius cogens e di obblighi erga omnes

È quella concepita da Roberto Ago come responsabilità aggravata. Ago aveva proposto l'articolo 19 per differenziare crimini (violazione di una norma di *ius cogens* o di obblighi *erga omnes*) e delitti internazionali (violazione di una normale norma di diritto internazionale). Tutto ciò non è stato accolto per motivi politici dall'assemblea generale. Poi il progetto è stato rielaborato da Crawford e poi è stato approvato nel 2001. Le norme che riguardavano i regimi di responsabilità aggravata (art. 40, 41) sono state molto revisionate e oggi fanno riferimento solo allo *ius cogens* e non agli obblighi *erga omnes*.

Quali sono le conseguenze della responsabilità aggravata?

Art. 40: Dice semplicemente che affinché si generi responsabilità aggravata deve trattarsi di una violazione grave di una norma di ius cogens. È grave una violazione quando avviene in maniera massiccia e sistematica.

Non definisce cosa sia la responsabilità aggravata, spiega solo quando entra in gioco.

Art. 41: Dice tutto e niente: l'unica forma di responsabilità aggiuntiva che deriviamo da questo regime di responsabilità aggravato è il non riconoscimento degli esiti di quella violazione e il divieto di prestare aiuto o assistenza nei confronti di ha violato il diritto imperativo di una norma internazionale generale.

La particolarità è che non si rivolge soltanto allo stato responsabile e allo Stato leso, ma vengono in gioco anche tutti gli altri Stati e se uno Stato viola lo *ius cogens* tutti gli Stati non devono riconoscere gli esiti di quell'azione o prestare aiuto/assistenza allo Stato offensore.

Esempio: Russia invade il Donbass: gli altri Stati prestano aiuto all'Ucraina, che agisce contro la Russia in legittima difesa. Gli Stati non possono riconoscere il Donbass come regione russa e non possono prestarle aiuto.

Cerchiamo ora un regime di responsabilità aggravata implicito nel Darsiwa relativo agli obblighi erga omnes:

Art. 33*:* Prima traccia di obblighi erga omnes: siamo nella parte che riguarda le conseguenze (obbligo di cessazione, non reiterazione riparazione), e questo articolo dice che questi tre obblighi possono essere dovuti dallo Stato responsabile nei confronti dello Stato leso, ma anche nei confronti di più Stati o della comunità internazionale nel suo complesso.

Art. 42*:* Seconda traccia, siamo nella parte dell'attuazione (come facciamo a pretendere che uno Stato adempia a questi obblighi?). Chi può invocare la responsabilità internazionale? Lo Stato leso o un gruppo di Stati o la comunità internazionale nel suo complesso può invocare la violazione di un obbligo di quelli discendenti dal regime di responsabilità internazionale. E quando uno Stato non leso può chiedere la cessazione di una violazione? Quando riguarda gli obblighi erga omnes.

Art. 48*:* Il primo paragrafo dice che la responsabilità può essere invocata da uno Stato diverso da quello leso se l'obbligo violato si pone nei confronti della comunità internazionale.

Art. 54*:* Cosa può fare lo Stato diverso da quello leso? Può adottare misure lecite: questo è il problema. Secondo Picone le misure lecite che può adottare lo Stato sono le contromisure, mentre secondo Crawford si tratterebbe solo delle ritorsioni, cioè di misure nimichevoli.

La responsabilità delle organizzazioni internazionali

Essendo soggetti del diritto internazionale, sono vincolate da norme internazionali. Rispetto agli Stati sono vincolate da un numero di norme inferiore, perché stipulano pochi trattati, ma comunque ci sono delle norme convenzionali e soprattutto sono anche vincolate da norme consuetudinarie.

Ci possiamo porre le stesse tre domande che ci siamo posti per la responsabilità degli Stati, l'unico nodo sarà nella prima domanda:

1) Quando sorge la responsabilità internazionale?

Il problema non è tanto l'elemento oggettivo (che consiste nell'antigiuridicità della condotta), ma più che altro l'elemento soggettivo (cioè l'attribuzione della condotta). Il punto è: quando una condotta può essere attribuita alle organizzazioni internazionali? Il problema sorge perché le organizzazioni internazionali agiscono attraverso gli Stati.

Esempio: Operazioni di peacekeeping dell'ONU. Ma chi fornisce le truppe? Gli Stati, su base volontaria, e solitamente sono o Stati occidentali che hanno delle connessioni dirette con lo Stato in cui si deve agire, o Stati poveri in via di sviluppo per il tornaconto economico.

Chi è responsabile se la missione viola delle norme?

Caso 1: missione a Haiti dopo il terremoto e l'ONU organizza una missione di peacekeeping. Questa è formata da un contingente nepalese. Questo contingente si accampa vicino ad un fiume le cui acque vengono da loro utilizzate non solo per bere/cucinare, ma anche per lavarsi e fare i bisogni. Quest'acqua viene poi utilizzata dagli haitiani, che la usano per bere e l'agricoltura. I nepalesi sono però malati di colera, una malattia sconosciuta per gli haitiani, e diffondendosi uccide numerose persone. Chi è responsabile?

Caso 2: guerra ex Jugoslavia: c'è un battaglione di peace-keepers neerlandesi che controlla Srebrenica, dove ci fu il massacro. Ad un certo punto questo battaglione lascia il reparto di Srebrenica nelle mani dei serbo-bosniaci, che avevano detto che non avrebbero fatto male a nessuno. I serbo-bosniaci hanno fatto sfollare le donne e i bambini sotto i 12 anni (crimine di guerra) e tutti gli uomini (dai 12 anni in su) sono stati uccisi. Chi è responsabile?

Una vera risposta non c'è. C'è un problema di riparto di responsabilità tra Stati e organizzazioni. Responsabili sarebbero entrambi, ma il problema è come ripartire questa responsabilità ed è un problema che si pone soprattutto perché di fronte ai giudici le Nazioni Unite hanno delle immunità: uno Stato può invocare l'immunità davanti a un giudice interno di un altro Stato, ma non quello proprio (il battaglione neerlandese non può chiedere le immunità ai giudici neerlandesi). Quindi le madri, sorelle, figlie di coloro che sono stati massacrati a Srebrenica hanno fatto ricorso contro i Paesi Bassi e l'ONU davanti alle corti olandesi (I, II, III grado). Alla fine in tutti e tre è stata riconosciuta la responsabilità sia dei Paesi Bassi che delle Nazioni Unite, il problema è stato il riparto. Hanno dovuto studiare i singoli casi di specie, per risalire alla catena del comando per capire chi stesse esercitando effettivamente il controllo su quei soldati. Non è semplice, ma alla fine i Paesi Bassi hanno ricevuto il 30% della responsabilità, l'ONU il 70%. I Paesi Bassi però non possono invocare l'immunità davanti al loro giudice, l'ONU sì; inoltre, i Paesi Bassi sono vincolati dai trattati sui diritti umani dai quali non sono vincolate le Nazioni Unite. Le donne di Srebrenica sono andate alla Corte europea dei diritti umani per lamentare la violazione del diritto all'equo processo, perché dicevano che i Paesi Bassi hanno violato i diritti all'equo processo perché hanno riconosciuto l'immunità all'ONU. L'UE ha quindi assolto i Paesi Bassi.

Il problema è che gli Stati si nascondono dietro le organizzazioni internazionali, perché fanno fare delle cose che non potrebbero fare, perché le organizzazioni non sono vincolate da molti trattati sui diritti umani. Le organizzazioni poi si rifugiano dietro alle immunità.

2) Quali sono le conseguenze della responsabilità internazionale per le organizzazioni?

Vedi seconda parte Darsiwa.

3) Come si applica la responsabilità internazionale delle organizzazioni?

Vedi terza parte Darsiwa.

Le controversie tra stati (1/3)

Ci troviamo nello step immediatamente successivo a quello della responsabilità. Ipotizziamo che due Stati si oppongano l'uno all'altro, con il primo uno che ritiene che l'altro abbia violato una norma internazionale e l'altro che ritiene invece di non aver commesso alcuna violazione di alcuna norma internazionale. In questa situazione si sviluppa una controversia.

Definizione di controversia (dal caso Mavrommatis, 1924, che fa scuola a riguardo): un disaccordo su di un punto di diritto o di fatto, una contraddizione, ovvero un'opposizione di tesi giuridiche o di interessi tra due parti concernente un rapporto disciplinato dal diritto internazionale (non serve saperla a memoria).

Nel diritto interno si ha una controversia quando c'è un soggetto che pretende e uno che resiste, e lo stesso accade nel diritto internazionale, con la differenza che nel diritto interno diciamo il soggetto che pretende e quello che resiste è la persona fisico-giuridica, mentre nel diritto internazionale i soggetti invece in controversia sono gli Stati, le organizzazioni internazionali o gli insorti. Soltanto in due ambiti l'individuo può essere parte di una controversia nel diritto internazionale: l'ambito della tutela internazionale dei diritti umani e l'ambito degli investimenti.

Nel caso in cui tra due Stati dovesse insorgere una controversia, nel diritto internazionale contemporaneo vige l'obbligo di soluzione pacifica delle controversie.

- Articolo 2 della Carta delle Nazioni Unite

  Paragrafo 3

  "I membri devono risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici in maniera che la pace, la sicurezza internazionale e la giustizia non siano messe in pericolo."

  Per perseguire il fine del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, le Nazioni Unite si devono adoperare per fare in modo che gli Stati risolvano in maniera pacifica le controverse insorte tra di loro. L'obbligo di risolvere le controverse in maniera pacifica è un corollario logicamente discendente dal divieto di uso della forza.

  Paragrafo 4

  "I membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia e dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite."

  Il divieto di uso della forza si è fatto strada con il Patto Brian-Kellogg, e si è proprio affermato nel mondo internazionale pienamente con la Carta delle Nazioni, nell'articolo 2, paragrafo 4.

  Queste due norme sono due norme che si sono sviluppate molto rapidamente in norme consuetudinarie. Anzi, il divieto di uso della forza è anche una norma chiaramente cogente, produttiva di obbligo erga omnes. Probabilmente la stessa qualificazione la si può attribuire all'obbligo di soluzione pacifica delle controversie, nella misura in cui noi la intendiamo come un corollario del divieto di uso della forza.

Mezzi di risoluzione pacifica delle controversie

Quali sono i mezzi cui gli Stati possono ricorrere per risolvere pacificamente le loro controversie? Un elenco non tassativo di questi mezzi lo si trova nell'Art. 33 paragrafo 1 della Carta delle Nazioni Unite.

- Art. 33

"Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono anzitutto perseguire una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale e ricorso a organizzazioni o accordi regionali o altri mezzi pacifici di loro scelta."

All'interno di questo elenco noi possiamo distinguere tra mezzi diplomatici e mezzi arbitrali di soluzione delle controversie:

- Mezzi diplomatici (inchiesta; negoziato; buoni uffici; mediazione; conciliazione): sono dei mezzi che non pretendono di stabilire chi ha torto e chi ha ragione, ma che si formano come obiettivo soltanto quello di favorire l'accordo tra le parti e inoltre si concludono con esiti non vincolanti.

- Mezzi arbitrali (compromesso arbitrale, clausola compromissoria, trattato generale di arbitrato): pretendono di stabilire chi ha torto e chi ha ragione; quindi, se c'è uno Stato responsabile è uno Stato leso, ed inoltre si concludono con un esito che è vincolante per le parti.

Mezzi diplomatici

L'elenco segue una scala d'intensità crescente dipendente dal ruolo del terzo. I mezzi di risoluzione si applicano a step. Inoltre, i mezzi diplomatici talvolta vengono istituzionalizzati, cioè vengono disciplinati all'interno del quadro istituzionale delle organizzazioni internazionali, principalmente quelle regionali e principalmente le Nazioni Unite.

- INCHIESTA

  L'inchiesta mira ad accertare come effettivamente sono andati i fatti; quindi, l'inchiesta è un mezzo diplomatico che non si propone di valutare l'applicabilità al meglio di norme giuridiche, ma semplicemente di indagare per verificare come i fatti si sono realmente svolti. Quindi, l'esito dell'inchiesta dovrebbe aiutare a risolvere la controversia, perché teoricamente i due Stati dovrebbero accertare le loro eventuali responsabilità sulla base degli esiti raggiunti dall'inchiesta. In verità, nel corso del tempo, l'inchiesta è stata molto utilizzata come mezzo preliminare rispetto ad altri mezzi di soluzione delle controversie.

  In genere chi gestisce queste commissioni di inchiesta sono le organizzazioni internazionali, a seconda dell'ambito di competenza. Però, è chiaro che in genere la maggior parte delle commissioni di inchiesta sono commissioni di inchiesta nominate e dirette dalle Nazioni Unite, proprio in base all'articolo 34. L'articolo 34, tuttavia, è un articolo che non attribuisce il potere di emettere risoluzioni vincolanti al Consiglio di Sicurezza; quindi, il Consiglio di Sicurezza che decidesse di inviare una commissione di inchiesta ovviamente lo potrebbe fare soltanto con il consenso dello Stato in cui la commissione di inchiesta dovrebbe operare.

- NEGOZIATO:

  Prevede contatti bilaterali intrattenuti esclusivamente tra le parti in controversia. Quindi sono le parti in controversia che da sole, in maniera del tutto autonoma, trattano per la risoluzione della controversia. Deve naturalmente essere svolto sempre in buona fede. A volte il negoziato è un mezzo preliminare e necessario per la risoluzione delle controversie previsto da certi trattati.

- BUONI UFFICI

  Nei buoni uffici invece subentra un terzo (uno Stato, un ente, anche completamente estraneo alla controversia) che assume un ruolo. Il ruolo del terzo sarebbe quello di portare le parti in controversia al tavolo delle trattative. Il suo ruolo finisce lì. In genere i buoni uffici vengono utilizzati quando le due parti in controversia non hanno tra di loro rapporti diplomatici.

- MEDIAZIONE

  Nella mediazione il terzo non soltanto media tra le parti in maniera tale che si siedano al tavolo del negoziato, ma partecipa esso stesso al negoziato. Tuttavia, non entra nel merito. Si limita appunto a gestire quel negoziato senza però esprimere alcun parere in merito alla controversia.

- CONCILIAZIONE

  Quando si ha la conciliazione il terzo entra anche nel merito della controversia e suggerisce alle parti come eventualmente risolvere la controversia. La conciliazione talvolta può diventare anche obbligatoria (in maniera procedurale, mai sostanziale), nel senso che esistono alcuni casi in cui esiste l'obbligo per gli stati in controversia di sottoporre la loro controversia alla conciliazione, senza che però esista alcun obbligo di attenersi agli esiti raggiunti appunto dalla conciliazione. In questi casi, l'attività di conciliazione viene svolta da una cosiddetta commissione di conciliazione, composta da un numero dispari di componenti.

Mezzi arbitrali

Principio dell'arbitrato (nel diritto interno): le parti, di comune accordo, possono individuare un arbitro una persona che funga l'arbitro e che quindi risolva la controversia tra di loro.
Nel diritto internazionale non può accadere che uno Stato sia sottoposto al giudizio di un giudice internazionale se quello Stato non accetta la giurisdizione di un giudice; ecco perché in realtà quello che noi chiamiamo giudice internazionale non è altro che un arbitro.

Possiamo distinguere tra due tipologie generali di arbitrato:

- Arbitrato isolato: si ha quando due Stati decidono di rivolgersi ad un arbitro dopo l'insorgenza della controversia e nominano quell'arbitro solo ed esclusivamente per risolvere quella controversia.

- Arbitrato permanente: prevede una procedura e una composizione che non variano nel corso del tempo e a cui gli Stati possono ricorrere e risolvere eventuali controversie che tra di loro dovessero insorgere anche in futuro.

- COMPROMESSO ARBITRALE

  Il compromesso arbitrale è un trattato che le parti in controversia stipulano dopo l'insorgenza della controversia per attivare una forma di arbitrato isolato. Consiste nella nomina di un arbitro o di un collegio arbitrale e nello stabilimento della procedura che quell'arbitro o il collegio arbitrale dovranno seguire.
  Si può rifiutare? Sì, si può rifiutare.
  A differenza della *clausola compromissoria* e del *tratto generale di arbitrato*, è l'unico mezzo arbitrale che prevede che la volontà degli stati di risolvere la controversia sia espressa dopo il sorgere di quest'ultima. Negli altri casi la volontà è espressa preventivamente.

- CLAUSOLA COMPROMISSORIA

  È una clausola che viene inserita all'interno di un trattato e che prevede che gli Stati dovranno risolvere le eventuali controversie attinenti all'interpretazione o applicazione di quel trattato ricorrendo all'arbitrato.

- TRATTATO GENERALE DI ARBITRATO

  Il trattato generale di arbitrato è un trattato generale nel senso che gli Stati si impegnano, si vincolano reciprocamente alla risoluzione di qualsiasi controversia insorta tra di loro con il ricorso all'arbitrato. Quindi, un gruppo di Stati stipula un trattato generale di arbitrato impegnandosi e vincolandosi a risolvere in maniera pacifica con il ricorso all'arbitrato qualsiasi tipo di controversia che in futuro dovesse insorgere tra di loro.

  In genere, i trattati generali di arbitrato hanno però una clausola eccettuativa che esclude dall'obbligo di ricorso all'arbitrato alcune categorie di controversie, appartenenti in genere a due categorie: le controversie territoriali o quelle attinenti all'onore dello Stato.

Il trattato generale di arbitrato e la clausola compromissoria possono essere di due tipi: **completi** o **incompleti:**

- **Incompleti:** quando prevedono soltanto l'obbligo di risolvere mediante arbitrato le controversie in sorte tra due Stati senza indicare né chi sarà l'arbitro né quale procedura l'arbitro dovrà seguire.

- **Completi:** quando non soltanto prevedono l'obbligo di risoluzione arbitrale della controversia, ma stabiliscono già a quale arbitro le parti ci dovranno rivolgere e quale procedura questo arbitro dovrà eventualmente impiegare. Si dice allora che la clausola compromissoria completa e il trattato generale di arbitrato completo istituzionalizzano l'arbitrato.

La prima vera istituzionalizzazione dell'arbitrato è rappresentata dalla Corte Permanente di Arbitrato dell'AIA, basata su un trattato generale di arbitrato stipulato nel 1899. In realtà non è una vera e propria corte, ma semplicemente una lista da cui estrarre gli eventuali arbitri che potrebbero comporre degli arbitrati isolati. Da quel momento in poi l'arbitrato internazionale ha subito una progressiva e crescente istituzionalizzazione che è stata prima più lenta e poi si è sempre più velocizzata. La prima corte internazionale, nel vero senso della parola, è stata la Corte Permanente di Giustizia Internazionale, istituita nell'ambito della Società delle Nazioni. La Corte Permanente di Giustizia Internazionale ha cessato di esistere con la Società delle Nazioni ed è nell'ambito delle Nazioni Unite che l'organizzazione che è succeduta alla Società delle Nazioni è stata istituita: la Corte internazionale di giustizia.

Qualcuno parla anche di fenomeno della **giurisdizionalizzazione** del diritto internazionale, cioè il diritto internazionale di oggi non è più anorganico come un tempo, perché oggi ci sono i tribunali internazionali, mentre in passato non c'erano e quindi valeva la legge del più forte. Proprio la presenza di tanti tribunali internazionali oggi permette di risolvere pacificamente delle controverse che invece fino a qualche anno fa sarebbero state risolte con la forza.
Oggi peraltro non esistono soltanto tribunali internazionali, ma anche organi quasi giurisdizionali, cioè organi che praticamente si pongono a metà tra tribunali internazionali e commissioni di conciliazione. Gli **organi quasi giurisdizionali** sono a metà perché non raggiungono gli esiti però al tempo stesso stabiliscono che a torto e che a ragione come tribunali internazionali. Questi organi quasi giurisdizionali si sono diffusi moltissimo soprattutto nell'ambito dei diritti umani; infatti, ogni grande trattato sui diritti umani in genere prevede questi organi quasi giurisdizionali.

La corte internazionale di giustizia

Un mezzo arbitrare specifico molto importante è la **Corte internazionale di giustizia.**

La Corte internazionale di giustizia rappresenta il principale esempio di **arbitrato permanente oggi esistente**: è un arbitro che esiste prima ancora dell'insorgenza dell'eventuale controversia e a prescindere da tale possibile insorgenza; ha una propria procedura, una propria composizione, delle regole che ne definiscono la composizione e gli Stati sanno che in caso di controversia tra di loro potranno appunto rivolgersi ad essa.

La Corte internazionale di giustizia è l'unico tribunale universale a **competenza generale** che oggi esiste, ed è un organo arbitrale nazionale che ha una **vocazione universale** proprio perché si trova ad agire all'interno di un'organizzazione internazionale che è a vocazione universale e a competenza generale, ovvero le Nazioni Unite.

Quindi la Corte permanente di giustizia internazionale ha tre caratteristiche:

- Competenza generale
- Vocazione universale
- Primato di essere stato il primo organo arbitrale permanente esistente nel diritto internazionale

La Corte internazionale di giustizia si compone di **15 giudici che rimangono in carica per 9 anni** e in genere **rappresentano i vari sistemi giuridici del mondo**: sono quindi individuati in maniera tale che possano rappresentare le varie tradizioni giuridiche presenti negli ordinamenti interni. Tradizionalmente è sempre accaduto che ci fossero giudici cittadini dei cinque membri permanenti del Consiglio di Sicurezza, tranne dal 2022, quando nel corso di una tornata di elezioni dei giudici della Corte Internazionale di Giustizia il giudice inglese non è stato eletto, e al suo posto è stato invece eletto un giudice indiano.

La Corte internazionale di giustizia si definisce un organo di individui e non un organo di Stati, la differenza è una questione di diritto delle organizzazioni internazionali:

- **Organo di Stati**: organo in cui siedono degli individui che rappresentano uno stato, agiscono secondo degli ordini degli stati di cui sono rappresentanti;

- **Organo di individui**: organo in cui siedono individui a titolo personale, che non rappresentano alcuno Stato, ma sé stessi, non prendono istruzioni da nessuno Stato, tantomeno dal loro Stato di cittadinanza

I 15 giudici che compongono la Corte **vengono eletti dall'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza** che li individua a sua volta sulla base delle proposte ricevuta dai "gruppi di stati". Questi giudici rimangono in carica per 9 anni, e tale mandato è rinnovabile senza limiti.

Le regole della Corte internazionale di giustizia si individuano in tre fonti:

- Alcuni articoli della **Carta delle Nazioni Unite** dedicata alla Corte (4/5 articoli);

- Lo **Statuto della Corte internazionale di giustizia**. Questo statuto è un trattato vero e proprio di tipo protocollare, ossia assolutamente vincolante per gli stati, che è collegato ad un trattato principale che

è la Carta delle Nazioni Unite. Quindi nello statuto si trovano più dettagliatamente le regole di funzionamento della Corte, che vengono soltanto accennate in 4/5 articoli nella Carta delle Nazioni Unite.

- Il **Regolamento di procedura**: non è un trattato, è un regolamento interno chiamato *interna corporis*, che la stessa Corte adotta al suo interno per darsi delle regole sullo svolgimento dei processi davanti alla Corte stessa.

Due sono le funzioni che svolge la Corte internazionale di giustizia:

- **Contenziosa**: quando essa dirime controversie tra Stati
- **Consultiva**: quando essa fornisce pareri non vincolanti

Funzione contenziosa della CIG

Solo ed esclusivamente gli Stati possono adire la corte nella sua funzione contenziosa, non importa che gli stati siano parti o meno delle Nazioni Unite. Questo vuol dire che **altri soggetti del diritto internazionale non possono rivolgersi alla Corte** contro altri stati, e prima ancora vuol dire che gli individui non si possono rivolgere alla Corte ma poi nemmeno gli altri membri del diritto internazionale come gli insorti o le organizzazioni internazionali.

Accettazione della giurisdizione della CIG

La Corte è prima di tutto un organo arbitrale e **può agire soltanto se c'è la volontà** (ipotizzando una controversia fra due stati) sia dello stato **attore (quello che fa ricorso)** che dello stato **convenuto**.

Come si accetta la giurisdizione della Corte?

Se uno stato fa ricorso contro un altro stato, ovvero lo stato attore agisce contro lo stato convenuto, lo stato convenuto deve accettare la giurisdizione della Corte internazionale. Come si accetta la giurisdizione della CIG? Esistono **cinque modi** che ha uno stato per accettare la giurisdizione della Corte internazionale di giustizia:

1) **Il compromesso arbitrale**: un vero e proprio trattato con cui due Stati decidono di rimettere la propria controversia alla Corte (è un mezzo arbitrale generale, potrebbero decidere di rimettere una controversia insorta tra di loro a qualsiasi tribunale internazionale)

2) **La clausola compromissoria completa**: in alcuni trattati possono esistere delle clausole compromissorie complete che prevedono che eventuali controversie inerenti all'interpretazione o applicazione del trattato in questione dovranno essere deferite alla Corte internazionale di giustizia;

3) **Il trattato generale di arbitrato**:

- Trattati generali di arbitrato completi: prevedono che eventuali controversie tra stati di qualsia tipo dovranno essere deferite alla Corte.

- Trattati generali di arbitrato/clausole compromissorie incompleti/e: può accadere che una clausola compromissoria o un trattato generale di arbitrato siano incompleti; quindi, può accadere che nell'adempimento dell'obbligo dei contraendo che deriva da questa clausola compromissoria/trattato generale di arbitrato incompleto gli stati decidano di stipulare un compromesso arbitrale con cui poi rimettono una determinata controversia alla Corte.

4) Forum prorogatum: consiste nell'accettazione della giurisdizione da parte dello Stato convenuto successivamente alla proposizione del ricorso da parte dello Stato attore. Si può accettare in due modi:

   - Esplicitamente: con una notifica/nota/atto unilaterale

   - Implicitamente: presentandosi/costituendosi in giudizio, se uno stato si presenta davanti alla Corte significa che ha implicitamente accettato la giurisdizione della Corte con il forum prorogatum

5) Dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione della Cig: Sono dei veri e propri atti unilaterali, chiamati dichiarazioni unilaterali perché ciascuno stato è libero o meno di emettere queste dichiarazioni per accettare la giurisdizione della corte. Questa dichiarazione unilaterale si incontra con le dichiarazioni unilaterali degli altri stati che pure hanno accettato la giurisdizione della Corte; l'incontro di queste dichiarazioni unilaterali è come se creasse un trattato generale di arbitrato, un regime convenzionale, perché uno stato può utilizzare questo strumento della dichiarazione unilaterale per presentare un ricorso contro un altro stato soltanto se anche quest'altro stato ha presentato egualmente la stessa dichiarazione unilaterale. È normata dall'art. 36 dello Statuto della Corte.

Articolo 36:

Par. 2

"*Gli Stati parti del presente Statuto possono* ***in qualsiasi momento*** *dichiarare di riconoscere* ***come obbligatoria****, di pieno diritto e senza convenzione speciale, nei confronti di ogni altro Stato che accetti lo stesso obbligo, la giurisdizione della Corte su tutte le divergenze di ordine giuridico aventi per oggetto,*

a) l'interpretazione di un trattato;
b) qualsivoglia questione di diritto internazionale;
c) l'esistenza di qualunque fatto il quale, se fosse provato, costituirebbe violazione di un impegno internazionale;
d) la natura o la portata della riparazione dovuta per la violazione di un impegno internazionale."

Par. 3

"Le dichiarazioni possono essere ***incondizionate o condizionate*** *alla reciprocità rispetto a certi stati oltre ad avere una* ***durata definita nel tempo****."*

Par. 4

"Le dichiarazioni sono **consegnate al Segretario generale delle Nazioni Unite,** *il quale ne trasmette copia alle parti del presente Statuto come pure al Cancelliere della Corte."*

Soffermandosi sulle parti che gli interessano:

Paragrafo 2:

- **"in qualsiasi momento"** significa che se uno stato è membro delle Nazioni Unite è ipso facto anche parte dello Statuto della Cig, ma essere parte dello Statuto della Cig non significa che sorge per quello stato l'obbligo di accettare la giurisdizione della Cig con una dichiarazione unilaterale. Questa dichiarazione unilaterale può essere emessa da ogni stato in qualsiasi momento, quando lo reputa più opportuno anche dopo molti anni, sulla base delle proprie convenienze politiche.

- **"Come obbligatoria"** fino a quando uno stato non emette la dichiarazione unilaterale la dichiarazione della Cig non è in generale obbligatoria, è obbligatoria soltanto se sussiste uno dei quattro metodi di accettazione della giurisdizione elencati prima. Mentre invece quando uno stato emette la dichiarazione unilaterale di accettazione accetta come obbligatoria in generale la giurisdizione della Cig nei confronti di ogni altro stato che accetti lo stesso obbligo.

Paragrafo 3:

- **Condizioni incondizionate o condizionate,** ossia lo stato può emettere:

  - delle dichiarazioni unilaterali incondizionate, e quindi può accettare di essere convenuto in giudizio sempre e comunque, senza alcuna eccezione.

  - oppure se la dichiarazione unilaterale è condizionata potrebbe accettare di essere convenuto giudizio per ogni caso tranne, per esempio, per le controversie di confine, per quelle territoriali, che attengono l'onore dello stato… in queste dichiarazioni possono essere presenti delle clausole eccettuative simili a quelle che spesso sono presenti negli arbitrati generali di arbitrato.

- **Durata definita nel tempo**" questa dichiarazione può avere durata illimitata oppure una durata limitata nel tempo.

Paragrafo 4:

- La dichiarazione deve essere **depositata presso il Segretario generale delle Nazioni Uniti**

Esercizio della giurisdizione da parte della CIG

Una volta che gli stati in controversia hanno accettato la giurisdizione della Cig bisogna porsi delle domande inerenti all'esercizio del ruolo e della giurisdizione della Corte:

Qual è il momento in cui insorge la giurisdizione della Cig?

Questo momento va individuato non quando avviene la violazione del diritto internazionale lamentata dallo stato attore, ma nel momento formale in cui lo stato attore ha depositato il ricorso presso la cancelleria della Corte.

Cosa succede se uno Stato decide di non accettare più la giurisdizione della Corte mentre è in corso la controversia?

Il problema è un falso problema, perché si attua il principio della *perpetuatio iurisdictionis:* vuol dire che, se nel momento in cui lo Stato attore ha presentato il ricorso e lo Stato convenuto ha accettato, allora è sorta la giurisdizione della Corte e non si potrà più tornare indietro. Anche se lo stato convenuto ad un certo punto dovesse decidere di ritirare l'accettazione della giurisdizione della Corte, avrebbe comunque l'obbligo di andare avanti con la trattazione del caso. Ma il principio della *perpetuatio* non soltanto prevede che la Corte debba continuare a trattare il caso in ragione del quale lo stato convenuto ha ritirato la sua accettazione della giurisdizione, ma prevede anche che fino al momento in cui il ritiro della dichiarazione di accettazione non esercita i suoi effetti (dopo 6 mesi dal ritiro) possano essere presentati ricorsi davanti alla Corte e che la Corte possa appunto trattare nel merito questi ricorsi.

La corte può ritenere anche di non avere giurisdizione, di non esercitarla, nel caso in cui ritiene che lo stato attore non ha interessi ad agire

La questione dell'interesse ad agire è una questione di teoria generale del diritto, ma che negli ultimi tempi nel diritto internazionale ha assunto una connotazione un po' peculiare, perché nel diritto internazionale esistono obblighi sia sinallagmatici che *erga omnes* o *erga omnes partes.* Quando si sostiene la violazione di un obbligo sinallagmatico l'interessa ad agire ce lo ha soltanto lo stato che ha subito la violazione; quando invece si lamenta la violazione di un obbligo *erga omnes* o di un obbligo *erga omnes partes,* qualsiasi stato può reagire.

La corte nelle 2 sentenze celebri nel sud-ovest africano, Etiopia contro Sudafrica e Liberia contro Sudafrica ai tempi dell'apartheid in Sudafrica, aveva ritenuto di non esercitare la propria giurisdizione, di cancellare i 2 ricorsi e che Etiopia e Liberia non avessero interesse ad agire. Poi nella *Barcelona traction* ha riparato questo suo errore.

Da allora la CIG ha inteso l'interessa ad agire come detto prima. Due esempi:

- Caso Gambia c. Myanmar: a rappresentare il ricorso contro il Myanmar è stato il Gambia, uno stato che non alcun interesse proprio, in senso stretto, a presentare un riconcorso contro il Myanmar. Ma poiché la violazione di questi oneri riguardavano una norma produttiva di obblighi erga omnes la corte ha ammesso la legittimazione dell'agire in giudizio del Gambia

- Caso Hissène Habré: ex dittatore del Ciad, perseguito per aver commesso vari crimini, soprattutto di tortura e riduzione in schiavitù, che aveva trovato rifugio in Senegal. Poiché tra le altre cose Habré aveva anche torturato e ucciso cittadino belgi, il Belgio richiedeva la sua estradizione sulla base di una norma contenuta nella convenzione contro la tortura, che prevede che uno stato deve o sottoporre a giudizio un criminale oppure estradarlo allo stato che ne faccia richiesta. Qui la corte ha ammesso la legittimazione di agire in Belgio proprio perché la violazione sosteneva la violazione del Senegal di un obbligo erga omnes partes, cioè di obbligo convenzionale, contenuto nel trattato, ma che il Senegal, in quanto parte di quel trattato, avrebbe dovuto rispettare nei confronti di tutti gli altri stati parti del medesimo trattato, tra cui appunto il Belgio.

Principio dell'oro monetario

La Corte può esercitare la sua giurisdizione soltanto se c'è la volontà di tutti gli stati in controversia. Quindi questo principio impone di astenersi dall'esercitare dalla sua giurisdizione se, oltre ai 2 stati attore e convenuto, uno stato terzo interessato dalla controversia che non presta il proprio consenso per sottoporsi alla giurisdizione della Corte.

Il principio si chiama dell'oro monetario perché si è posto per la prima volta negli anni '50: l'Italia presentò un ricorso contro 3 stati, Francia, Regno Unito e Stati Uniti. Li accuso di aver sottratto, verso la fine della Seconda guerra mondiale, le riserve auree depositate nella Banca d'Italia a Roma. L'Italia ha presentato questo ricorso chiedendo la restituzione dell'oro saccheggiato a Roma. L'Italia, a sua volta, qualche anno prima, aveva saccheggiato quell'oro dalla Banca centrale d'Albania, e quindi quell'oro non era italiano ma era appunto albanese. Quindi la corte individuò un terzo stato coinvolto nella controversia, l'Albania. Senza il consenso dell'Albania la corte non avrebbe potuto occuparsi della controversia, e l'Albania non ha mai dato il suo consenso. Quindi, di conseguenza, la corte non ha potuto esercitare la sua giurisdizione e ha dovuto cancellare il ricorso dell'Italia dal ruolo.

Intervento dei terzi (durante il processo)

Che cosa possono fare invece che non sono interessati dalla controversia? C'è possibilità d'azione davanti alla corte degli stati che effettivamente non c'entrano nulla con la controversia sottoposta all'attenzione della corte?

In realtà sì, in base agli Articoli 62 e 63 dello statuto della CIG che riguardano l'intervento dei terzi:

- Art. 62: uno stato terzo rispetto a una controversia può chiedere di intervenire davanti alla corte se ha un interesse di ordine giuridico, cioè un interesse di carattere generale. Questo stato può richiedere l'intervento alla corte, sarà poi la corte a valutare se concedere o meno quell'intervento.

  Esempio: in quel caso della Germania contro l'Italia, la Grecia ha chiesto di intervenire davanti alla corte in sostegno della posizione dell'Italia, perché i giudici greci stavano tenendo una linea estremamente simile a quella italiana, negando l'immunità alla Germania per i crimini commessi all'epoca dell'occupazione nazi-fascista; la corte in questo caso riconobbe l'interesse giuridico di ordine generale da parte della Grecia e ne ammise l'intervento a sostengo dell'Italia.

- Art. 63: se la controversia riguarda un trattato di cui quello stato è parte. Qualsiasi stato parte di quel trattato che non è in controversia può però chiedere di intervenire

Differenza: se uno stato ottiene di intervenire ai sensi dell'art 62, quindi per questioni di interesse di ordine giuridico, allora quello stato non sarà poi vincolato dalla sentenza resa dalla corte, ma ad essere vincolati saranno soltanto i 2 stati in controversia. Se invece uno stato chiede di intervenire ai sensi dell'art 63, e quindi se uno stato chiede di intervenire perché parte del trattato rispetto al quale è nata la controversia, allora anche lo stato terzo interveniente sarà vincolato dalla sentenza resa dalla corte.

Lo stato convenuto può non comparire a giudizio?

Questo è l'istituto della non-comparizione. **La non-comparizione in giudizio non ha alcuna ripercussione** perché, semplicemente, la Corte può giudicare in contumacia; quindi, quello che interessa alla corte, per esercitare la sua giurisdizione, è che lo stato abbia accettato la giurisdizione. Una volta che la ha accettata e che la corte ha verificato di poter esercitare la sua giurisdizione, allora poi non è necessario che lo stato compaia in giudizio. La prassi che si è affermata è che lo stato che non compare in giudizio, comunque, invia delle lettere informali alle cancellerie della corte per far conoscere informalmente la sua posizione

Cosa succede quando il processo è avviato?

- Dibattimenti

  Si svolgono dei dibattimenti, che sono prima in forma scritta e poi in forma orale. Solitamente gli stati in controversia presentano prima delle **memorie**. In genere a presentare la memoria per **primo è lo stato convenuto,** e lo **stato attore** risponde con una **contro memoria scritta.** In genere queste memorie e contro memorie sono molto lunghe, centinaia di pagine, e la corte fissa delle deadline che questi stati devono rispettare per presentarle. Può esserci poi un secondo giro di memoria e contro memoria; quindi, al massimo possono esserci 2 memorie e 2 contro memorie. Poi si passa al dibattimento orale.

  Durante la fase del dibattimento orale i rappresentanti delle parti si recano **all'Aia**, presso la sede della corte, e rispondono alle domande dei giudici. In genere ognuno dei 2 stati ha delle **squadre di difensori** molto numerose, e non sempre sono cittadini dello stesso stato (spesso gli stati, soprattutto quelli più ricchi, si rivolgono ai giuristi più importanti). Sono in genere dei team che sono composti da giuristi, internazionalisti, ma anche da diplomatici. Alla fine del dibattimento orale la corte emette la sua sentenza. Tuttavia, prima di arrivare alla sentenza la corte può anche adottare degli step intermedi.

- Misure provvisorie

  Per esempio, la corte può decidere di adottare delle **misure provvisorie**. La CIG adotta delle misure provvisorie in attesa di giungere alla sentenza quando reputa che una determinata questione/situazione/controversia sia **particolarmente grave**; quando ritiene che le posizioni delle parti possano essere proprio pregiudicate da una controversia, oppure quando ritiene che ci siano questioni di urgenza, gravità, rispetto alle quali occorre intervenire tempestivamente. L'atto che la corte emette per ordinare queste misure provvisorie non si chiama sentenza ma ordinanza: la corte può emettere un'ordinanza sulle misure provvisorie in cui ordina alle parti di tenere o non tenere un certo comportamento fino al momento della sentenza, proprio per evitare che la situazione si aggravi. Il problema di queste misure provvisorie è di capire se sono vincolanti o meno.

  Delle misure provvisorie si occupa l'articolo 41 dello stato della corte:
  "La corte ha potere di indicare ove ritenga che le circostanze lo richiedano le misure cautelari che debbono essere prese a salvaguardia dei diritti rispettivi di ciascuna parte. In attesa della decisione definitiva notizia immediata delle misure così preposte deve essere data alle parti al consiglio di sicurezza"

  Il punto è stato chiarito dalla corte nel famoso caso LaGrand, Germania c. Stati Uniti. Riguardava la condanna a morte di due fratelli tedeschi, che negli anni 90 avevano commesso diverse rapine negli Stati Uniti, uccidendo anche delle persone. Erano stati arrestati e condannati a morte. Erano stati

arrestati e condannati senza che gli fosse permesso di entrare in contatto con il console tedesco negli stati uniti. La Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari prevede che quando uno stato trae in arresto un cittadino straniero deve consentire a quel cittadino straniero di intrattenere comunicazione con il console del proprio stato, il quale deve essere messo nelle condizioni di organizzare la strategia difensiva del cittadino straniero. Quindi è il console che in qualche modo diventa una sorte di tutore del cittadino straniero accusato di aver commesso dei reati all'estero e detenuto nelle prigioni straniere. Gli Stati Uniti non avevano permesso alla Germania di comunicare con i suoi due cittadini tratti in arresto e condannati a morte. La Germania allora aveva fatto ricorso alla corte contro gli Stati Uniti e, in attesa della pronuncia della sentenza della corte, gli Stati Uniti hanno eseguito la condanna a morte di uno dei due fratelli. Proprio per evitare che anche l'altro fratello fosse ucciso, visto che la condanna a morte era stata decisa ma non il giorno dell'esecuzione, la corte ha emesso un'ordinanza sulle misure provvisorie, chiarendo che l'eventuale violazione di quell'ordinanza avrebbe comportato la responsabilità degli Stati Uniti. In questo modo la corte ha sostanzialmente riconosciuto il carattere vincolante delle sue ordinanze sulle misure provvisorie.

Avendo successivamente eseguito anche la seconda condanna, gli USA incorsero in una duplice responsabilità: la prima per la violazione della norma sull'assistenza consolare e la seconda per il mancato adempimento dell'ordinanza sulle misure provvisorie. Questa doppia violazione è stata riconosciuta dalla corte nella sentenza di merito che ha poi emesso nel caso LaGrand, da cui si trae conferma del carattere vincolante delle ordinanze sulle misure provvisorie.

- Sentenza

Alla fine del dibattimento la Corte ingiunge alla sentenza. La sentenza di merito viene elaborata sulla base dell'articolo 38 paragrafo 1 dello statuto della CIG. L'articolo 38 elenca infatti il diritto applicabile, cioè quel diritto che la corte può applicare per risolvere un caso e quindi per emanare la propria sentenza. Per risolvere le controversie ad essa sottoposta la corte applica le convenzioni, le consuetudini, i principi e poi in via ausiliare la giurisprudenza pregressa e la dottrina.

Le sentenze della CIG sono sentenze di accertamento. La differenza tra sentenza di accertamento e sentenza dispositive:

- Sentenze dispositive: prevedono anche un comportamento che il soggetto responsabile deve tenere (es. un risarcimento danni).

- Sentenze di accertamento: sono sentenza che si limitano soltanto ad accertare se c'è o non c'è responsabilità, chi ha torto e chi ha ragione. Le sentenze della CIG sono sentenze di accertamento perché si limitano ad accertare chi ha torto e chi ha ragione e quindi se c'è o non c'è la responsabilità dello stato convenuto. Dopodiché lo stato che invoca la responsabilità dell'altro stato deve agire sul piano delle norme secondarie, chiedere quindi la cessazione dell'illiceità, la non ripetizione e la riparazione. Se lo stato responsabile non asseconda le richieste dello stato leso questo può agire in contromisura. Del resto, la CIG è comunque un mezzo arbitrale di risoluzione delle controversie e l'obiettivo dei mezzi arbitrali di risoluzione delle controversie è di stabilire chi ha torto e chi ha ragione con delle sentenze vincolanti.

Se uno stato non rispetta la sentenza della corte commette una doppia violazione: la prima è quella accertata nella sentenza della corte, quindi la violazione della norma primaria, la seconda violazione è invece la mancata esecuzione/rispetto della sentenza. Però così si potrebbe andare avanti all'infinito, e da un lato è vero, perché lo stato leso, se lo stato responsabile non rispetta una sentenza della CIG, può:

- Rivolgersi nuovamente alla CIG

- Rivolgersi al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi dell'articolo 94 paragrafo 2 della Carta delle Nazioni Unite: *"Se una delle parti di una controversia non adempie gli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla corte, l'altra parte può ricorrere al consiglio di sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni e di decidere circa le misure da prendere che la sentenza abbia esecuzione"*

Funzione consultiva della CIG

Cosa vuol dire adire la corte in funzione consultiva? Vuol dire chiedere un parere, che può essere chiesto da:

- Assemblea generale e consiglio di sicurezza: possono chiedere un parere alla CIG in qualsiasi momento e su qualsiasi materia. Quindi non hanno bisogni di essere autorizzati e possono chiedere un parere in qualsiasi materia.

- Altri organi delle Nazioni Unite: possono chiedere un parere soltanto se autorizzati dall'assemblea generale e soltanto nelle materie di loro competenza.

- Istituti specializzati: gli istituti specializzati sono delle organizzazioni internazionali che appartengono a quella che si chiama 'la famiglia delle Nazioni Unite', sono cioè organizzati internazionali autonome ma collegate alle Nazioni Unite attraverso quello che si chiama accordo di collegamento. L'aspetto centrale di questo accordo riguarda il bilancio**:** sono le Nazioni Unite ad approvare il bilancio degli istituti specializzati. Inoltre, può esserci una conseguenza sulla *membership*, perché in alcuni casi uno stato non può essere membro di un istituto specializzato se non è membro delle Nazioni Unite. Il primo storicamente è l'Organizzazione internazionale del lavoro, poi ne sono nati altri, per esempio: FAO, OMS...Gli istituti specializzati possono chiedere un parere alla CIG soltanto se sono autorizzati dall'assemblea generale e soltanto nelle materie di loro competenza.

Non può essere chiesto, quindi, dagli Stati. Questi pareri sono non vincolanti: la differenza principale tra la funzione consultiva e la funzione contenziosa è che la funzione contenziosa termina con una sentenza vincolante, mentre invece la funzione consultiva termina con un atto non vincolante, ma ciononostante i pareri della CIG hanno un forte impatto nel diritto internazionale, e molto spesso ne hanno favorito lo sviluppo.

I pareri della corte, quindi, non sono vincolanti MA possono esserlo soltanto in 2 casi:

- Quando viene chiesto un parare alla corte per dirimere una controversia tra stato e organizzazione internazionale: la corte può essere adita in funzione contenziosa solo dagli stati, ma se si verifica una controversia tra uno stato e un'organizzazione internazionale non si può ricorrere alla corte in funzione contenziosa. Tuttavia, l'organizzazione internazionale, solo se è un istituto specializzato, e quindi se è collegata alle Nazioni Unite, può chiedere un parere alla corte. Allora, in genere, si usa la funzione consultiva, su richiesta dell'organizzazione, per risolvere la controversia tra l'organizzazione e lo stato. Succede che lo stato e l'organizzazione in controversia stipulano un compromesso arbitrale. In base a quel compromesso arbitrale si impegnano innanzitutto a chiedere un parere alla corte, e in secondo luogo a considerare quel parere come se fosse vincolante. Quindi il parere in sé non è vincolante ma lo diventa perché a prevederlo è il compromesso arbitrale che è un trattato che vincola le parti

Esempio: Controversia tra OMS ed Egitto per la sede della prima.

- Nel caso di **controversie tra organizzazione internazionali e i loro dipendenti**: in queste controversie non si può andare davanti ai giudici interni perché l'organizzazione invocherebbe l'immunità. Le organizzazioni internazionali spesso risolvono il problema istituendo al loro interno dei tribunali, che si chiamano **tribunali amministrativi**. Anche le Nazioni Unite ne hanno uno che si chiama **Tribunale Amministrativo delle Nazioni Unite**. Tuttavia, nel caso in cui l'ONU, non sia soddisfatta dell'esito in appello, può rivolgersi alla CIG usandola come "corte di cassazione", chiedendole quindi un parere. **La funzione consultiva della CIG viene così usata come terzo grado di giudizio, e in questo caso il parere è vincolante.** Il parere è vincolante **all'interno dell'ordinamento delle Nazioni Unite**, cioè nei rapporti tra le Nazioni Unite e i suoi dipendenti, non nei rapporti con gli stati.

Altri tribunali internazionali

L'attività sia contenziosa che consultiva ha inciso molto nell'evoluzione del diritto internazionale. Senza dubbio si può dire che la Corte Internazionale di Giustizia oggi sia il tribunale più importante ma non è l'unica. Esistono corti internazionali a cui partecipano gli individui accusati di aver commesso reati internazionali: è il caso della Corte Penale internazionale, istituita con lo Statuto di Roma del 1998 e diventata operativa nel 2002 con sede a L'Aja. Ci sono anche tribunali internazionali che si occupano di risolvere le controversie commerciali: il più famoso di questi è il Dispute Settlement Body dell'Organizzazione mondiale del commercio (**OMC**). Il Dispute Settlement Body (**DSB**) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (**CEDU**) rappresentano delle forme di istituzionalizzazione dell'arbitrato. La prima ha una competenza settoriale specifica in materia commerciale, mentre la seconda ha una competenza settoriale specifica in materia di diritti umani ed è un tribunale internazionale che può operare soltanto in una precisa area del mondo.

OMC (WTO)

L'**OMC** (Organizzazione Mondiale del Commercio, o meglio WTO) sarebbe dovuta nascere in seguito agli accordi di Bretton Woods, ma non è mai stata resa operativa. Gli stati hanno quindi preferito in seguito stipulare in seguito un accordo commerciale, il GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade)* del 1947 e ha operato fino al 1994. Nel '94 è stata creata un'organizzazione internazionale che si occupasse di commercio, al termine dell'Uruguay Round (trattative della durata di dieci anni. Con sede a Ginevra, ha iniziato ad operare il 1° gennaio 1995. Lo scopo è quello di supervisionare l'applicazione e l'interpretazione di alcuni accordi commerciali sulle materie più disparate. I tre principali accordi della cui supervisione si occupa l'OMC sono: il GATT, GATS (General Agreement on Trade in Services) e il TRIPs (The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights). L'OMC al suo interno ha una **conferenza ministeriale** composta da rappresentanti di tutti gli stati membri (ministri dell'economia) e si riunisce una volta ogni due anni. Quando questa non è riunita, si riunisce il **consiglio generale** (composto da rappresentati di ogni stato membro a livello diplomatico). Esiste poi un organo amministrativo, al cui vertice si colloca un **direttore generale**.

Sistema di risoluzione delle controversie nell'OMC

La soluzione delle controversie è regolamentata dal Dispute Settlement Understanding (DSU). È un vero e proprio trattato, di tipo protocollare. Si occupa appunto di prestabilire dei mezzi di risoluzione delle controversie attinenti all'interpretazione e all'applicazione degli accordi commerciali stipulati dagli stati membri dell'OMC, i quali aderiscono *ipso facto* al DSU.

Il DSU prevede in prima battuta per la risoluzione delle controversie il ricorso a mezzi diplomatici e in prima battuta ai negoziati. Il negoziato tra le parti è preliminare necessario, in quanto si deve ricorrere al negoziato prima di ricorrere ad altri mezzi di soluzione. Se il negoziato finisce senza esito, allora si può ricorrere ai buoni ufficio e alla mediazione. In caso di fallimento di tutte e tre le possibilità, ciascuna delle parti può chiedere una risoluzione arbitraria rivolgendosi al Dispute Settlement Body, perché la giurisdizione di tale organo è stata accettata a monte entrando nell'OMC. Questo organo si occupa di svolgere due funzioni principali:

- istituire panels: sono organi internazionali *quasi* giurisdizionali. Ciascun panel si può occupare soltanto di un caso (ovvero quello per cui è stato nominato). Alla risoluzione della controversia il panel cessa di esistere. Il panel è un organo *quasi* giurisdizionale in quanto svolge due funzioni:

    - Funzione conciliativa: deve tentare di risolvere la controversia cercando di temperare gli interessi delle parti e provando di far giungere le parti ad un accordo. Opera come fosse una commissione di conciliazione.
    - Funzione *quasi* giurisdizionale: subentra nel caso di fallimento della conciliazione e implica l'adozione di un rapporto con il quale il panel stabilisce chi ha torto e chi ragione, indica le eventuali responsabilità e quindi indica come la controversia dovrebbe essere risolta. Il rapporto non è però vincolante.

  Il rapporto del panel deve essere comunicato al DSB, il quale lo deve adottare con il metodo del *consensus negativo*, ovvero si vota non per adottare l'atto, bensì per eventualmente respingerlo. Si chiama *consensus negativo* in quanto per il respingimento è necessaria. Basta quindi un solo voto contrario (generalmente quello della parte che ha ottenuto il beneficio) per permettere il non respingimento del rapporto e quindi l'adozione.

Cosa succede se il panel arriva a adottare il rapporto (e quindi a svolgere la funzione *quasi* giurisdizionale) e poi appunto il rapporto viene adottato dal DSB?

- La parte soccombente può ricorrere in appello davanti all'Appellate Body (la quale è nominata dal DSB), che svolge le funzioni che nell'ordinamento italiano sarebbero tipiche delle Cassazione, poiché l'organo d'appello può essere adito soltanto per mere questioni di legittimità e non per questioni di fatto. L'organo d'appello applica il diritto dell'OMC, si svolge un processo vero e proprio e poi si giunge all'eventuale sentenza. Le sentenze devono essere approvate dal DSB sempre con il metodo del *consensus negativo.* Se uno stato soccombente non accetta le sentenze dell'organo d'appello, il DSB può adottare delle sanzioni economiche (a maggioranza qualificata, in genere dei due terzi). Il caso diventa quindi politico, in quanto agisce attraverso i rappresentanti diplomatici dei singoli stati.

Il diritto dell'OMC molto spesso confligge con altre norme internazionali. Le norme dell'OMC sono spesso incompatibili con quelle dei paesi membri dell'UE, in quanto quest'ultima ha competenza esclusiva in materia di mercato interno.

La Corte Europea dei diritti umani

La corte europea è un organo facente parte del Consiglio d'Europa e ***non*** dell'Unione Europea (da non confondere con il Consiglio europeo). Differentemente dall'UE (organizzazione di integrazione economica), il Consiglio d'Europa (CdE) ha competenze in materie di diritti umani, promozione della democrazia, dell'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali nei Paesi in Europa e di rule of law. La sede della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ha sede a Strasburgo.

Il Consiglio d'Europa nasce il 5 maggio 1949 con il trattato di Londra. L'anno seguente il CdE propone agli stati membri la stipulazione di un trattato in materia di diritti umani: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Viene adottata a Roma nel 1950 ed entra in vigore nel 1953. Gli stati membri del CdE devono essere parti anche della CEDU (attualmente è vincolante per 46 stati).

La CEDU enuncia una serie di diritti umani (diritti garantiti) e istituisce un organismo di controllo:

- I diritti garantiti dalla CEDU in sé sono pochi (una decina), ma nel corso del tempo la CEDU ha aumentato notevolmente il proprio impatto relativo alla protezione dei diritti umani. Sono stati stipulati dei protocolli addizionali, cioè dei trattati serventi rispetto alla CEDU, che hanno aumentato il numero dei diritti garantiti. Uno dei più famosi è la Carta Sociale Europea, stipulata a Torino nel 1968, che si occupa di garantire i diritti sociali (diritto alla salute, diritto di sciopero, ecc..) che non erano garantiti invece nella CEDU.

- La Corte europea dei diritti umani così come la conosciamo oggi, esiste dal 1998. Prima (1950-1998) il sistema di controllo era binario: vi era una commissione (alla quale potevano ricorrere gli individui ma poteva emettere solo rapporti non vincolanti) e una corte (alla quale potevano ricorrere solo gli stati e poteva emettere sentenze vincolanti). Nel 1998 la Commissione e la Corte sono state fuse in un unico organo: la Corte europea dei diritti umani. Il meccanismo di controllo si è evoluto grazie a dei protocolli: uno dei più importanti è il n. 15, che ha fuso la commissione e la corte oltre che permesso agli individui di presentare ricorso direttamente davanti alla corte.

Composizione, competenze e funzionamento

La CEDU ha una cancelleria e si compone di 46 giudici, uno per ogni stato membro, ma non possono prendere ordini dal proprio stato di cittadinanza, poiché devono agire in maniera indipendente e imparziale. La CEDU è un organo di individui (che agiscono a titolo individuale) e non di Stati.

Si può articolare nelle seguenti articolazioni:

- Giudice unico (non può mai essere il giudice dello stato contro cui il ricorso viene intentato)

- Comitato di tre giudici (non può mai essere il giudice dello stato contro cui il ricorso viene intentato)

- Camera di sette giudici (deve sempre esserci il giudice dello stato contro cui viene presentato il ricorso)

- Grande camera di diciassette giudici (deve sempre esserci il giudice dello stato contro cui viene presentato il ricorso)

- Sessione plenaria (tutti i giudici tutte cose)

Il procedimento davanti alla Corte si avvia in seguito alla presentazione di un ricorso, presentato dagli stati o dagli individui.

- Competenza individuale: la maggior parte dei ricorsi presentati alla corte europea sono individuali, come previsto dall'art. 34, il quale afferma che ogni persona fisica, ogni ONG, ogni gruppo di privati (incluse quindi anche le persone giuridiche) può presentare ricorsi alla CEDU. Tuttavia, per presentare un ricorso alla Corte, occorre che l'individuo abbia lo status di **vittima diretta e attuale** di violazione dei diritti umani. Ci può essere un'eccezione al carattere diretto della violazione nel momento in cui la vittima non è più in vita, oppure qualora la vittima si trovi in carcere. In questi casi il ricorso può essere presentato da un'ONG o da un parente stretto. È ammessa la presentazione di ricorsi anche da parte delle cosiddette *vittime potenziali* ovvero coloro che non hanno ancora subito una violazione dei propri diritti ma la subiranno certamente nel prossimo futuro

  Vittima attuale: significa che il ricorrente deve aver già subito la violazione dei suoi diritti
  Vittima diretta: significa che il ricorrente stesso deve essere la vittima

- Competenza materiale, ovvero la Corte europea ha competenza per eventuali violazioni della CEDU e dei suoi protocolli;

- Competenza temporale, limitata soltanto al periodo successivo all'adesione di uno stato alla CEDU: la Corte europea non può conoscere casi di violazioni di diritti umani avvenute prima dell'entrata in vigore della CEDU per lo stato convenuto in giudizio;

- Competenza territoriale, la Corte europea può conoscere le violazioni dei diritti umani perpetrate soltanto nel territorio degli stati membri del CdE o in territori sottoposti al controllo degli stati membri del CdE (*effective control)*

Quali sono le fasi?

1) Nel momento in cui viene presentato ricorso prima la Corte (materialmente, un giudice unico) accerta di avere competenza, poi vede se il ricorso rispetta i criteri di ammissibilità (circa una decina), elencati nell'art. 35 della CEDU dove il più importante afferma che ***"per poter presentare ricorso alla CEDU, occorre aver esaurito i rimedi interni".*** Se il giudice unico ritiene che il ricorso sia inammissibile, lo cancella dal ruolo con motivazione (senza essere resa pubblica) e senza alcuna possibilità di. Se invece lo ritiene ammissibile, deve decidere se trasmetterlo al comitato di tre giudici o alla camera di sette giudici.

2) Se il ricorso è ripetitivo (riguarda questioni che sono già state chiarite da precedenti sentenze della Corte europea) viene trasmesso al comitato di tre giudici e la corte emette delle sentenze definite *pilota* (servono da guida al comitato di tre giudici per risolvere i ricorsi ripetitivi. Sono sentenze che indicano rimedi strutturali ai paesi, come riforme, ad esempio).
   Se invece il ricorso presenta **questioni nuove** o **particolarmente rilevanti** viene trasmesso alla **camera di sette giudici**.

3) Davanti alla camera le fasi dibattimentali sono le solite; tuttavia, prima che si arrivi alla sentenza, c'è la possibilità per una delle parti o per la camera stessa di rinviare il caso alla grande camera. Può accadere che il rinvio alla grande camera avvenga sia durante la procedura sia dopo che la camera dei sette giudici ha emesso la sentenza. **Le sentenze della camera dei sette giudici diventano definitive, vincolanti e inappellabili dopo tre mesi dalla loro pubblicazione**. Durante i tre mesi, conteggiati dal momento della pubblicazione della sentenza, una delle parti può proporre all'altra di rimettere il caso alla grande camera. Affinché un caso venga rinviato dalla camera alla grande camera, devono ricorrere dei requisiti sia che il rinvio avvenga nel corso dei dibattimenti sia che il rinvio avvenga nei tre mesi:

   - il caso pone gravi problemi di interpretazione della CEDU

   - quando si dimostra che vi sia il rischio di un contrasto con delle precedenti sentenze, similmente con quanto accade nei sistemi di *common law*.

4) Una volta che il riesame viene proposto alla grande camera (composta da 17 giudici), questa nomina un collegio di cinque giudici che deve valutare soltanto l'ammissibilità della richiesta di riesame. Nel caso in cui venga ravvisata la ricorrenza di una di queste due situazioni, allora la grande camera potrà riesaminare il caso nel merito ed emettere una sentenza.

5) Le sentenze della Corte europea sono sentenze di accertamento, perché hanno come obiettivo quello di accertare il *petitum*, cioè verificare se lo stato è o non è responsabile (se c'è stata o meno violazione dei diritti umani). Negli ultimi trent'anni la Corte ha cominciato a sviluppare una funzione dispositiva, iniziando ad emettere sentenze non più solo di accertamento ma anche dispositive. In genere, in prima battuta la Corte europea prova ad indicare come rimedio la *restitutio in integrum*, ma può essere applicata raramente. Il più delle volte la Corte indica forme di risarcimento pecuniario e l'ammontare della cifra da risarcire tiene conto dei danni materiali e dei danni morali. Ad oggi le sentenze della Corte europea sono dichiarative (perché accertano o meno la responsabilità dello stato convenuto) e dispositive (perché ordinano delle forme di riparazione).

   Accanto alla prassi delle sentenze pilota si è sviluppata quella delle *sentenze monito* ovvero delle sentenze in cui la Corte europea riconosce che non c'è responsabilità dello stato convenuto ma lo avvisa del fatto che se continuerà a comportarsi in quel modo, al prossimo ricorso verrà riconosciuta la sua responsabilità.

   Chi controlla se uno stato adempie o meno alle sentenze della Corte Europea dei diritti umani? Il controllo sull'esecuzione delle sentenze viene svolto congiuntamente dalla stessa Corte e dal Comitato dei ministri (un organo del CdE in cui siedono i ministri degli affari esteri di tutti gli stati membri del CdE).

Diritto del mare

Il concetto di sovranità

Sovranità: indipendenza, intesa come il diritto di ogni stato di esercitare un potere di imperio sulla propria comunità territoriale ad esclusione di qualsiasi altro stato, a cui corrisponde parallelamente l'obbligo dello stato di proteggere all'interno del proprio territorio i diritti degli stati e dei cittadini stranieri (es. uno stato straniero può avere dei beni nello stato del foro).

Questa definizione di sovranità è ormai cristallizzata nel DI ed è stata fornita per la prima volta dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso dell'Isola di Palmas. Il caso in questione è un caso storico del 1928 che vedeva contrapposti gli USA e i Paesi Bassi per la sovranità di un'isola che si trova nel sud est asiatico e che oggi appartiene all'Indonesia.

Se qualsiasi stato è sovrano, allora ne discendono due corollari:

- Se tutti gli stati sono sovrani, tutti gli stati sono uguali (uguaglianza sovrana degli stati)

- Se tutti gli stati sono sovrani e uguali, ciascuno stato dovrà rispettare l'altrui sovranità nel senso di non intromettersi nelle faccende interne dell'altro stato (principio di non ingerenza).

Questi tre principi (sovranità uguaglianza e non ingerenza) si pongono alle basi del sistema giuridico internazionale post-vestfaliano che ancora esiste. Il concetto di sovranità nel suo principio generale è rimasto immutato da Westfalia ad oggi. Se uno stato è sovrano significa che controlla una comunità territoriale dove esercita la propria sovranità. Il concetto di territorio non è giuridico, ma geologico.

Quali sono le norme di controllo del territorio? Il diritto internazionale attuale pretende che tutti gli individui siano sottoposti all'autorità di uno stato e che il mondo sia suddiviso in porzioni in cui soltanto un ente può esercitare il proprio potere d'imperio.

Come si divide quindi il mondo tra questi enti? Con i confini. I confini sono tracciati secondo il principio di effettività, attraverso un principio non giuridico bensì di fatto, che deriva dal fatto che dentro quel territorio uno stato esercita il proprio potere d'imperio.

La sovranità degli stati è legislativa, esecutiva e giudiziaria, ma come si estrinseca la sovranità degli stati entro i propri confini? Attraverso due dimensioni:

- Dimensione territoriale: quella che permette allo stato di esercitare questi tre poteri entro i propri confini sulla base del principio dell'effettività (es. l'Italia esercita la propria sovranità sulla comunità territoriale e sugli individui, non solo cittadini, entro i propri confini). Questo principio, a primo impatto ovvio, può subire dei correttivi, ovvero ritrarsi o espandersi. Il principio della territorialità si ritrae di fronte all'elemento che lo stato può chiedere certe prestazioni soltanto ai propri cittadini (es. impossibilità di far valere alcuni diritti di coloro che non sono cittadini, come il diritto di voto, o l'arruolamento per la leva militare, o il pagamento di alcune tasse ecc.), mentre si espande nel momento in cui lo stato esercita il proprio controllo su una porzione di territorio che non rientra nei propri confini (es. applicabilità extraterritoriale dei trattati sui diritti umani, norme extraterritoriali sulla concorrenza ecc.; non è lo stato sovrano che deve applicare queste norme internazionali ma lo stato che occupa momentaneamente quel territorio). Questo è un problema amplificato dallo sviluppo degli strumenti tecnologici.

- Dimensione personale: esistono dei casi in cui la sovranità degli stati segue i propri cittadini mentre sono, ad esempio, all'estero. Questo tipo di sovranità è applicata specialmente dai giudici penali, che a volte applicano i principi della cittadinanza attiva o passiva (possibilità di conoscere di un reato se il reo o la vittima di quel reato sono italiani).

Esercizio della sovranità delle zone marine e aeree

In passato si riteneva che il mare fosse uno spazio completamente libero (*res communes omnioum*), ovvero un bene a disposizione di tuti gli stati. Uno dei più grandi internazionalisti, Ugo Grozio, parlava di *mare liberum*, concetto che dal 1600 (epoca di Grozio) ha subito una grandissima erosione. Non si può dire oggi, infatti, che il mare sia libero. Ai tempi di Grozio si diceva che uno stato potesse esercitare la propria sovranità in una proiezione equivalente alla gittata di un cannone posizionato sulla spiaggia. Fino al periodo immediatamente successivo alla Seconda guerra mondiale si credeva che l'unica porzione di mare sottoposta alla sovranità dello stato fosse il mare territoriale, misurato in 3 miglia: oltre questo punto il mare era libero. Le cose sono poi cambiate, sviluppando delle nuove regole di diritto del mare che prima non esistevano.

Gli stati hanno fin da subito cercato di codificare il diritto del mare, a partire da un primo tentativo con la Convenzione dell'Aja sul diritto del mare nel 1930. La materia ha però subito nel corso del '900 degli sviluppi impetuosi e dopo la WW2 le norme contenute in questa convenzione non erano più attuali. È stato avviato un nuovo tentativo sotto l'egida della Commissione del Diritto Internazionale che ha portato allo sviluppo di 4 convenzioni di codificazioni (le 4 Convenzioni di Ginevra del 1958). Negli anni 60 -70, tuttavia, vi è stato uno sviluppo ancora più impetuoso della materia, che ha condotto all'apertura di nuovi negoziati tra gli stati attraverso conferenze diplomatiche che hanno condotto alla Convenzione di Montego Bay del 1982, che attualmente vige per quanto riguarda la disciplina del diritto internazionale del mare. In realtà, l'entrata in vigore di questa convenzione risale al 1994 ed è attualmente in vigore per 168 stati (tra cui l'Italia ma senza gli USA). La Convenzione di Montego Bay codifica in gran parte il diritto internazionale generale, ma al contempo promuove alcune norme di sviluppo progressivo (che in parte sono diventate consuetudinarie, mentre altre no). Lo scopo che si propone la convenzione è comunque quello di regolare le varie zone in cui si suddivide il mare.

Zone di divisione del mare

- ACQUE INTERNE: acque che si trovano all'interno del limite interno del mare territoriale (fiumi, laghi, porti, ghiacciai, porzioni di mare comprese entro il limite interno del mare territoriale ecc.). Sono in tutto e per tutto paragonabili alla terraferma. Non vengono considerate acque interne quelle dei fiumi internazionali (fiumi che scorrono in più stati), poiché il regime vigente per i fiumi internazionali non è regolata dalla Convenzione di Montego Bay, bensì da una convenzione delle Nazioni Unite del 1997 entrata in vigore nel 2014.

  Come si misura il limite interno al mare territoriale, ovvero la linea da cui far partire le 12 miglia del mare territoriale? Vi sono due metodi (art. 5 e 6 della Convenzione di Montego Bay) e ogni stato può decidere liberamente quale dei due utilizzare:

  - Metodo della bassa marea: calcolare la linea di costa durante la bassa marea. Questo metodo viene in genere seguito dagli stati che hanno delle coste omogenee e precise

  - Metodo delle linee rette: tracciare una linea retta per ogni sporgenza della costa, congiungendola con le altre linee rette via via tracciate dalle altre sporgenze della costa. Metodo usato principalmente da stati con coste frastagliate. Se lo stato dovesse possedere delle isolette in prossimità della costa (non di certo la Sardegna o la Sicilia), allora andrebbero considerate alla pari delle sporgenze della costa.

  Entrambe le norme (sia quella della bassa marea che quella delle linee rette) sono norme non self-executing, ovvero norme che stabiliscono una facoltà. Entrambe le metodologie richiedono un atto normativo da parte dello stato: non soltanto si dovrà adattare alla norma internazionale e alla

consuetudine, ma si dovrà adottare anche un atto interno che stabilisca se quello stato intenda utilizzare il metodo della bassa marea o quello delle linee rette.

BAIE

Un problema si pone però per le baie, poiché una baia può avere un'apertura amplissima. Una baia, secondo la Convenzione di Montego Bay, è un'insenatura a forma di semicerchio all'interno della costa di uno stato. *Come si fa a stabilire se le acque all'interno di una baia sono acque interne o meno?* Si applica la regola delle 24 miglia: se i due punti estremi della baia distano 24 miglia o meno (quindi massimo 24 miglia) allora le acque dentro alla baia sono considerate acque interne; diversamente, bisogna prendere i due punti estremi della baia che congiunti misurano una distanza di 24 miglia e tracciare una linea che fungerà da confine tra le acque interne e quelle del mare territoriale.

Questa regola ha un'eccezione, ovvero quella delle **baie storiche**, cioè baie storicamente sottoposte alla sovranità di uno stesso stato. In questo vi è la prassi di considerare acque interne le acque dentro alla baia anche se quest'ultima misura un'apertura superiore a 24 miglia. In Italia possiamo citare l'esempio della baia di Taranto.

- ACQUE TERRITORIALI: fascia di mare adiacente alla costa, considerata **presupposta**, ovvero non è necessario che lo stato emetta un atto o faccia una legge per considerare acquisita la fascia di mare territoriale. Tutti gli stati costieri hanno il proprio mare territoriale. Non vale quindi il principio dell'effettività, poiché tuti gli stati, a prescindere dalla propria capacità di controllare quella porzione di mare, hanno il proprio mare territoriale. Il mare territoriale misura **12 miglia**, calcolate a partire dal limite interno del mare territoriale. Non è possibile che due stati abbiano lo stesso mare territoriale: se due stati sono vicini, il mare territoriale va suddiviso sulla base di un trattato basato sul criterio dell'equidistanza (che può essere anche inferiore alle 12 miglia).

  Qual è la differenza tra le acque interne e il mare territoriale? Le acque interne sono considerate alla pari della terraferma, quindi la sovranità dello stato costiero non conosce limiti; nel mare territoriale, al contrario, la sovranità statale conosce **due limiti**:

  - La prima è **l'eccezione del diritto di passaggio**, cioè lo stato territoriale deve concedere il diritto di passaggio alle navi straniere purché esso sia inoffensivo (la nave non deve dare segno di ostilità), continuo (la nave non deve stazionare), rapido (la nave deve transitare in tempi celeri nel mare territoriale). Nelle acque interne il problema non si pone perché la nave straniera deve sempre chiedere il permesso

  - La seconda eccezione riguarda **l'esercizio della giurisdizione penale sulle navi battenti bandiera straniera**. Generalmente, lo stato costiero non esercita la giurisdizione penale sulle navi battenti bandiera straniera nel proprio mare territoriale. Questa regola vale sempre per quanto riguarda le navi da guerra, mentre per le navi non militari ciò vale sempre ad eccezione dei casi in cui il reato commesso a bordo della nave straniera ha delle ripercussioni sul territorio dello stato costiero.

- ZONA CONTIGUA: la zona contigua è una fascia di mare adiacente al mare territoriale che si estende **fino a 24 miglia** (12 miglia di mare territoriale + altre 12 miglia). Si cominciano a misurare dal limite interno del mare territoriale. A differenza del mare territoriale (dato per presupposto senza la necessità di un atto interno), per la zona contigua si pone il problema se questa fascia vada considerata presupposta o da istituire con un atto interno. Il problema si pone poiché l'articolo 33 della convenzione di Montego Bay

dice che ogni stato PUO' avere una zona contigua, lasciando intendere che ciascuno stato la debba istituire. È anche vero, tuttavia, che la prassi degli ultimi anni dimostra come gli stati reputino di avere delle zone contigue in maniera presupposta, senza emettere atti normativi interni.

Nella zona contigua lo stato **non esercita sovranità**, ma soltanto **poteri funzionali**. Con il mare territoriale, quindi, termina la sovranità dello stato.

Cosa significa che lo stato esercita solo poteri funzionali? Significa che lo stato può intervenire nell'esercizio dei propri poteri soltanto se l'esercizio di questi poteri è funzionale a garantire il rispetto delle norme in alcuni ambiti specifici di competenza statale; nello specifico questi ambiti sono 4 e sono la materia doganale, fiscale, migratoria e sanitaria (es. bloccare l'immigrazione clandestina, bloccare navi a cui bordo è in corso un'epidemia ecc.). Nella zona contigua, quindi, solo su queste 4 materie lo stato esercita poteri, tra l'altro non esclusivi. Le zone contigue di due stati, a differenza del mare territoriale, possono sovrapporsi. In questo caso, i poteri esercitabili dallo stato si sovrappongono a quelli dell'altro stato permettendo ad entrambi di esercitare i propri poteri nella zona di mare condivisa.

Del tutto equiparata e coincidente alla zona contigua è la **zona archeologica** (solo alcuni stati la hanno, tra cui l'Italia. La zona archeologica permette agli stati che l'hanno istituita di avere il controllo pieno su tutti i reperti archeologici che si trovano nei fondali marini entro le 24 miglia. Se quindi un pescatore entro le 24 miglia, pescasse una statua, quella statua allora apparterrebbe all'Italia. Per l'esercizio dei poteri nella zona archeologica, in ogni caso, **è necessario che lo stato la istituisca** con un atto interno.

- ZONA ECONOMICA ESCLUSIVA: spazio marino che si estende dalla linea di base del mare territoriale **fino a 200 miglia**. Anche nella ZEE lo stato territoriale esercita **poteri funzionali**, legati allo sfruttamento delle risorse nella colonna d'acqua (fondamentalmente risorse ittiche o minerarie, come bolle di gas, presenti nella colonna d'acqua, diversa dal fondale). Nella ZEE lo stato costiero può costruire installazioni, porre cavi… Nella zona economica esclusiva lo stato costiero esercita poteri funzionali esclusivi: nel caso di due stati vicini la ZEE va divisa e le due rispettive zone non si potranno sovrapporre. Anche per la ZEE si pone il problema della presupposizione o dell'istituzione: stando alla Convenzione di Montego Bay sembrerebbe vada istituita, ma **molti stati si sono sempre comportati come se essa fosse presupposta**.

- ALTO MARE (ACQUE INTERNAZIONALI): Dopo la zona economica esclusiva si pone l'alto mare (acque internazionali), ovvero il mare libero. È una zona di mare che può essere considerata *res communes omnium*. Ogni stato è libero di svolgere le attività che reputa più opportune nell'alto mare (nel rispetto di alcune regole, come la regola dell'**utilizzo pacifico** o del **divieto di violare norme che producono obblighi erga omnes**, come pirateria, tratta degli schiavi, inquinamento grave ecc.) e in ogni nave che transita in alto mare la giurisdizione esclusiva viene esercitata dallo stato di bandiera (la nave viene considerata territorio dello stato di bandiera).

  Cosa succede se uno stato trova una risorsa in altro mare? Se ne deve occupare l'organizzazione internazionale dell'International Seabed Authority (istituita dalla stessa Convenzione di Montego Bay), che ha diversi organi, tra cui la cosiddetta "Impresa" che ha il compito di occuparsi delle risorse nelle acque internazionali, le quali andrebbero divise tra gli stati facenti parte della Convenzione di Montego Bay.

  La ZEE permette lo sfruttamento delle risorse nella colonna d'acqua, ma cosa ne è delle risorse presenti nel sottosuolo, cioè nella piattaforma continentale?

- PIATTAFORMA CONTINENTALE: La piattaforma continentale è una definizione geologica, intesa come prolungamento della costa dello stato che prosegue fino a che non sprofonda negli abissi. Fintanto che la piattaforma si mantiene ad un livello stabile viene considerata, appunto, piattaforma continentale; smette di essere considerata tale nel momento in cui sprofonda. Lo stato costiero ha **poteri funzionali di sfruttamento delle risorse presenti nel suolo** (anche risorse attaccate alla piattaforma, come spugne ecc.) **e nel sottosuolo** (petrolio, gas ecc.) fino a quando la piattaforma non sprofonda negli abissi o **fino ad un massimo di 200 miglia**. Può capitare, infatti, che alcune piattaforme continentali siano più lunghe di altre, anche più di 200 miglia. Le risorse che si trovano tra le 200 miglia e gli abissi devono essere amministrate dalla International Seabed Authority, che però in questo caso specifico deve dividere le risorse ricavate da quest'area riservandone il 50% allo stato costiero, mentre il rimanente 50% andrà suddiviso tra tutti gli altri stati. **La piattaforma continentale è presupposta, non va istituita**.

  La piattaforma continentale è il motivo principale per cui il diritto internazionale di è evoluto dopo le Convenzioni di Ginevra del 1958. La piattaforma continentale venne per la prima volta pretesa e ottenuta col proclamo Truman del 1945. Alcuni stati, tuttavia, non avevano una piattaforma (In genere la hanno gli stati che si affacciano sull'Atlantico o sull'Indiano, ma non sul Pacifico poiché sprofonda subito negli abissi). Si aggirò a questa creazione della piattaforma continentale, quindi, con la creazione della zona economica esclusiva. Si spiega così la nascita della Convenzione di Montego Bay a pochi anni dalle Convenzioni di Ginevra.

  Un problema interessante riguardante la piattaforma continentale riguarda la ripartizione tra stati frontisti e contigui: ***come si divide la piattaforma tra stati l'uno di fronte all'altro o contigui?*** Non si applica il principio dell'equidistanza, poiché si potrebbero avere risultati particolarmente sfavorevoli a stati con coste concave e particolarmente favorevoli per stati che hanno coste convesse. Questa decisione, stabilita dalla Corte Internazionale di Giustizia, fu conseguente ad una controversia sorta negli anni 60 tra Germania, Danimarca e Paesi Bassi per la delimitazione della propria piattaforma continentale. Il problema era che la Danimarca e i Paesi Bassi avevano la costa convessa, mentre la Germania concava. Seguendo il criterio dell'equidistanza alla Germania sarebbe risultata una zona estremamente limitata di piattaforma continentale, mentre agli altri due stati il contrario. Per questo motivo la Corte Internazionale di Giustizia stabilì che **il principio da seguire non era quello dell'equidistanza, bensì quello dell'equità.**

Tutte queste regole, valide per il diritto del mare, valgono in maniera analoga agli spazi aerei. Diversamente, le stesse regole non valgono per gli spazi cosmici, dove vale il principio del libero utilizzo nel rispetto di alcuni obblighi *erga omnes*.

La dimensione personale della sovranità e il trattamento dei cittadini stranieri

Ci sono dei casi ancora oggi in cui lo Stato esercita la sua sovranità su base personale. In passato il diritto internazionale seguiva un individuo ovunque egli si spostasse (trattati di capitolazione, trattati ineguali...). L'obbligo dello Stato territoriale di proteggere i cittadini stranieri è un obbligo che si è eroso nel corso del tempo e oggi è residuale.

Perché questo obbligo è residuale? Perché nel corso del tempo si sono affermate moltissime norme in materia di tutela internazionale dei diritti umani. Si tratta per lo più di norme convenzionali e di poche norme consuetudinarie che hanno assorbito questa antica norma sull'obbligo dello Stato territoriale di proteggere i cittadini stranieri, che corrisponde all'esercizio della sovranità di ciascuno Stato sui propri cittadini, ovunque nel mondo.

Tuttavia, l'obbligo dello Stato territoriale, dello Stato del foro, di proteggere i cittadini stranieri persiste ancora, in maniera residuale, almeno in tre declinazioni:

1) La prima declinazione del tradizionale obbligo dello Stato territoriale di proteggere i cittadini stranieri è quella del cosiddetto standard di trattamento internazionale minimo;

2) La seconda declinazione è quella dell'obbligo dello Stato territoriale di rispettare i limiti del suo diritto di ammettere, estradare o espellere gli stranieri;

3) La terza declinazione di questo obbligo è quella di tutelare i beni dello straniero.

Standard di trattamento internazionale minimo

Cosa vuol dire che nello Stato territoriale deve assicurare allo straniero uno standard di trattamento internazionale minimo? Essenzialmente che lo Stato territoriale deve prevenire e reprimere eventuali atti illeciti che potrebbero essere commessi contro lo straniero all'interno del suo territorio, cioè lo Stato territoriale deve garantire che il diritto innanzitutto penale venga rispettato anche nei confronti degli stranieri e non soltanto nei confronti dei suoi cittadini sia nel senso della prevenzione che nel senso della repressione. Allo straniero, inoltre, deve essere garantito l'accesso alla giustizia. Ciò in sede penale ma se del caso vale anche in sede civile. Dall'altro lato lo straniero deve rispettare la legge dello Stato in cui si trova, che però non devono andare oltre il cosiddetto attacco sociale minimo.

Obbligo dello Stato territoriale di rispettare i limiti al suo diritto di ammettere, estradare o espellere lo straniero

Per ammissione si intende consentire a uno straniero di impegnare sul territorio dello Stato territoriale, ambito in cui lo Stato incontra pochissimi limiti poiché è assolutamente sovrano sul suo territorio. Certi stranieri possono liberamente entrare all'Italia, se si tratta di cittadini di altri Stati membri dell'Unione Europea, altri devono esibire un passaporto, altri ancora necessitano di un visto.

Per estradizione si intende la consegna di uno straniero all'estero proprio perché sono richiesti da uno Stato all'esito di un procedimento giudiziario. La decisione di estradare o meno uno straniero sarà presa dal giudice interno a seguito di un processo.

L'espulsione è un atto amministrativo, consiste nell'imporre a uno straniero di abbandonare il territorio dello Stato del foro, di solito verso lo Stato di cittadinanza dello straniero.

Il respingimento non è un atto amministrativo, è un atto per tutto fattuale che consiste nel respingere degli stranieri non verso il loro Stato di cittadinanza ma verso lo Stato da cui provengono. Il respingimento è illecito dal punto di vista del diritto internazionale, soprattutto se avviene verso Stati cosiddetti non sicuri.

Lo Stato incontra dei limiti procedurali perché non può decidere di non ammettere, di estradare o di espellere uno straniero se prima non si è celebrato un processo o non si è permesso allo straniero di concorrere in appello in caso di decisione politica. Questi limiti all'ammissione, all'estradizione e all'espulsione, oltre ad essere procedurali, sono anche sostanziali: non si può per esempio estradare o espellere un individuo verso Stati in cui non sono rispettati quegli stessi diritti umani che lo Stato territoriale dovrebbe rispettare.

Ci sono anche altri limiti. Ad esempio, le espulsioni collettive sono vietate dall'articolo 4 del protocollo 4 della CEDU. Sono vietate perché deve essere concesso il diritto di ricorso ad ogni singolo individuo e ogni situazione deve essere valutata appunto a caso per caso, perché magari quella persona in virtù del suo status potrebbe subire delle violazioni nel paese verso dove viene espulso

Come viene valutato se il cittadino incorrerà in rischi o in violazioni dei diritti umani? Si deve verificare se lo Stato verso il quale l'individuo rischia di essere espulso/estradato è un *safe state* o no. La nozione di *safe state* è una nozione molto complessa che ciascuno Stato definisce per la base del proprio ordinamento; per esempio, uno Stato nel suo ordinamento può ritenere *safe state* quello Stato straniero in cui esistono dei giudici, imparziali, indipendenti, in cui non viene sistematicamente praticata la tortura, in cui è concesso l'asilo e così via. Per definire la nozione di *safe state* per noi ci pensa l'Unione Europea quindi l'Unione Europea in genere definisce i propri caratteri che permettono di considerare lo Stato come sicuro o non sicuro.

Sono vietate anche le ***extraordinary renditions***. Sono le consegne straordinarie, cioè il rapimento di uno straniero che si trova legalmente nello stato del foro al fine di consegnarlo ad un altro Stato (es. caso Abu Omar in Italia).

Obbligo dello Stato territoriale di proteggere i beni del cittadino straniero

Ciascuno Stato ha l'obbligo di tutelare i beni degli stranieri che si trovano sul suo territorio, nel senso di proteggerli da eventuali atti di esproprio o di indennizzo illeciti. Da precisare: uno Stato può nazionalizzare ed espropriare i beni dello straniero, proprio per il principio della dimensione territoriale della sovranità. Deve però tutelare i beni dello straniero i cui i beni siano espropriati o nazionalizzati, e quindi versargli un indennizzo. Il problema non è tanto *il se*, ma piuttosto il *quo modo* e *il quantum*.

A questa domanda risponde la cosiddetta formula Hull, la quale dice che quando lo Stato territoriale espropria o nazionalizza i beni dello straniero deve versare un indennizzo che deve essere pronto, adeguato ed effettivo. Se il bene è stato oggetto di un esproprio, allora l'indennizzo deve essere corrispondente al valore reale di mercato del bene espropriato; se invece il bene è nazionalizzato l'indennizzo deve essere effettivamente corrispondente ad una somma di denaro, però non deve necessariamente corrispondere al valore di mercato del bene oggetto di nazionalizzazione, quindi può essere una somma simbolica.

Al giorno d'oggi accade, molto più che nel passato, che gli stranieri abbiano delle proprietà all'estero, soprattutto investimenti diretti esteri, oppure che grosse aziende abbiano investimenti o strutture in stati esteri. ***Dato che in caso di nazionalizzazione o esproprio il rapporto che si crea è tra Stati*** (non tra stato e individuo, i risarcimenti passano attraverso gli stati), ***come si tutelano questi ultimi?*** Agiscono in via preventiva, stipulando quelli che si chiamano accordi di compensazione globale (lump sum agreements), che sono accordi

che i due Stati stipulano a monte per prevedere i termini elementari dell'eventuale indennizzo che uno Stato avverserà dall'altro nel caso di esproprio, di nazionalizzazione di beni appartenenti ai cittadini di quello Stato.

In genere i *lump sum agreements* accompagnano i BIT. I BIT sono gli accordi bilaterali di investimento in base ai quali il cittadino di uno Stato può stipulare contratti di investimento con lo Stato di sede dell'investimento e viceversa. Esempio: se c'è un BIT tra Italia e Argentina vuol dire che l'investitore italiano può stipulare contratti di investimento con l'Argentina e che l'investitore argentino può stipulare contratti di investimento con l'Italia.

Protezione diplomatica

Se lo Stato territoriale ha l'obbligo di proteggere i cittadini stranieri che si trovano sul suo territorio ma non rispetta questo obbligo, lo Stato di cittadinanza può intervenire per proteggere i suoi cittadini che siano stati maltrattati dallo Stato territoriale, nel caso in cui quei cittadini maltrattati non abbiano ottenuto soddisfazione dallo Stato territoriale attraverso le vie ordinarie. Può agire, ovvero, in protezione diplomatica.

La protezione diplomatica ha tre presupposti: uno sostanziale, uno procedurale e uno funzionale:

- Il presupposto sostanziale è la cittadinanza, cioè la cittadinanza è il criterio di collegamento che deve esistere tra la persona fisica maltrattata e lo Stato che agisce in protezione diplomatica. La cittadinanza, tuttavia, deve essere effettiva (nel senso che non deve essere fittizia, non deve verificarsi una situazione in cui uno Stato concede la propria cittadinanza ad un individuo per fare in modo di poter poi agire in protezione diplomatica) e continua (deve perdurare da quanto l'individuo è maltrattato a quanto lo Stato affida l'azione in protezione diplomatica).

  Cosa succede quando un individuo ha una doppia cittadinanza? Si applica il criterio della cittadinanza prevalente, cioè è come se tutti gli stati di cittadinanza possano agire in protezione diplomatica, ma uno ha la precedenza rispetto agli altri, che è lo Stato della cittadinanza prevalente. È prevalente la cittadinanza dello Stato in cui l'individuo risiede o in cui passa la maggior parte della sua vita.

  Cosa succede invece se l'individuo maltrattato non ha cittadinanza ed è, per esempio, apolide? In questo caso viene meno il presupposto sostanziale della cittadinanza, perché la cittadinanza non esiste, e il criterio da applicare è quello della residenza effettiva; quindi, a poter agire in protezione diplomatica è lo Stato di residenza effettiva dell'apolide. Ma se l'apolide non ha una residenza effettiva? Allora si applica in maniera residuale il criterio dell'ultima residenza nota, e cioè a poter agire in protezione diplomatica è lo Stato dell'ultima residenza conosciuta dell'apolide, dell'ultima residenza nota.

- Il presupposto procedurale è che lo Stato può agire in protezione diplomatica del proprio cittadino maltrattato all'estero soltanto se la persona maltrattata all'estero non ha ottenuto giustizia dei rimedi interni offerti dallo Stato che lo ha maltrattato. Cosa intendo dire? Esaurimento di tutti i gradi di giudizio offerti dall'ordinamento interno, che in genere sono tre.

  La regola del previo esaurimento dei rimedi interni va intesa cum grano salis, cioè non si può ammettere il mancato rispetto del previo esaurimento dei rimedi interni se i rimedi interni sono inesistenti, se sono ineffettivi perché manca l'imparzialità oppure se sono eccessivamente lunghi.

Lo straniero maltrattato deve avere esperito anche i rimedi offerti dal diritto internazionale perché il suo Stato di cittadinanza possa agire in protezione diplomatica? A questa domanda non c'è risposta proprio perché la prassi non è chiara, è una prassi in via di formazione.

- Il presupposto funzionale (in funzione di cosa lo stato interviene in protezione diplomatica?), naturalmente, è la sussistenza di un rapporto tra uno Stato che si pretende leso e un altro Stato di cui si assume la responsabilità internazionale. Deve verificarsi, quindi, la presenza dell'elemento oggettivo (rappresentato dalla condotta antigiuridica dello Stato che ha violato una norma internazionale consuetudinaria) e soggettivo (l'attribuibilità della condotta antigiuridica allo Stato). Quindi il presupposto funzionale della protezione diplomatica è rappresentato da questo rapporto interstatale di responsabilità basato sulla richiesta di uno Stato leso nei confronti di uno Stato presumibilmente responsabile.

ATTENZIONE: il rapporto tra stato leso e stato responsabile è un rapporto che si basa su una facoltà. Uno stato non ha alcun obbligo (se non specificato dal proprio ordinamento interno) di intervenire in protezione diplomatica di un proprio cittadino. Questo perché il privato cittadino non è titolare, bensì' solo beneficiario della situazione giuridica della protezione diplomatica.

Da questo presupposto ne derivano due conclusione, ovvero l'inaccettabilità della tesi dell'interesse legittimo dell'individuo e di quella sulla clausola Calvo:

- Tesi sull'interesse legittimo: Tesi di Giuseppe Sperduti che diceva che lo Stato ha l'obbligo di agire in protezione diplomatica se l'individuo maltrattato all'estero ha interessi legittimi ma non li fa valere. Se l'individuo viene maltrattato all'estero ma non ha un interesse legittimo e non lo fa valere, allora lo Stato può decidere di non agire. Al contrario, lo Stato ha l'obbligo di agire in protezione diplomatica se l'individuo, maltrattato all'estero, ha un interesse legittimo e lo fa valere nell'ordinamento del suo Stato. Si tratta di una tesi oggi non più accettabile perché la prassi è chiarissima: la protezione diplomatica è un'azione per tutto facoltativa.

- Clausola Calvo: Prende il nome da un diplomatico argentino che per primo la elaborò. Nell'ambito dei BIT (Bilateral Investment Treaties), la clausola Calvo è una clausola solitamente inserita quando un investitore straniero stipula un contratto d'investimento in un paese estero. Impone all'investitore la rinuncia dell'eventuale azione di protezione diplomatica da parte del proprio Stato nel caso in cui venisse maltrattato dallo stato estero. Pur venendo inserita ancora oggi di fatto non può avere effetto pratico, perché nessuno può rinunciare a un diritto che non ha in virtù del fatto che l'individuo non è titolare ma beneficiario della protezione diplomatica.

Come si concretizza la protezione diplomatica?

Lo Stato che agisce in protezione diplomatica richiede, per esempio, un risarcimento, la restituzione di un bene che è stato sottratto ad un cittadino da uno Stato estero, oppure può anche sottoporre la controversia ad un tribunale, ad un arbitrato, alla Corte Internazionale di Giustizia, oppure può agire in contromisura, oppure ancora può agire sul piano diplomatico.

Esistono tre situazioni particolari di protezione diplomatica:

- la protezione diplomatica delle imprese commerciali
- la protezione diplomatica dei funzionari degli organi delle organizzazioni internazionali;
- la protezione diplomatica delle navi e degli equipaggi.

1) *Quando ad essere maltrattata è un'impresa commerciale, chi può agire in protezione diplomatica?* Il problema si pone soprattutto quando l'impresa commerciale è una società per azioni. La risposta a questa domanda si trova in una celebre sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, che è la Barcelona Traction. La Barcelona Traction era un'impresa multinazionale costituita secondo il diritto canadese e che aveva appunto la sua sede principale in Canada, ma con sedi sparse in tutto il mondo. Detentori di queste azioni della Barcelona Traction erano cittadini azionisti di molti stati, la maggior parte belgi. La Barcelona Traction si occupava di fornire elettricità, e tra le altre cose aveva stipulato un contratto con la Spagna per la fornitura di elettricità alla Municipalità di Barcellona. Cosa era successo? Ad un certo punto, all'epoca del regime di Franco, la Spagna aveva smesso di pagare per la fornitura di questa energia elettrica, e allora ne erano nate delle controversie. La Barcelona Traction non aveva avuto giustizia, davanti ai diversi gradi di giustizia offerti dall'ordinamento spagnolo, e ne era nata questa controversia che aveva coinvolto tutti questi stati, Canada, Spagna e anche il Belgio. A un certo punto il Belgio aveva deciso di reagire in protezione diplomatica per proteggere la Barcelona Traction dal maltrattamento subito in Spagna, e il Belgio pretendeva di agire in protezione diplomatica perché alcuni soci e alcuni azionisti della Barcelona Traction erano cittadini Belgi. La Corte Internazionale di Giustizia ha emesso una sentenza di ammissibilità in cui era considerato in ricorso del Belgio inammissibile perché secondo la Corte Internazionale di Giustizia il Belgio non poteva agire in protezione diplomatica della Barcelona Traction in quanto la persona dell'impresa multinazionale è diversa dalla persona dell'azionista. **Quindi agire in protezione diplomatica delle imprese multinazionali quotate in borsa deve essere soltanto lo Stato in cui l'impresa multinazionale ha sede legale o lo Stato in cui è stata creata**, non può essere lo Stato di cittadinanza degli azionisti.

2) Protezione diplomatica dei funzionari delle organizzazioni internazionali. Qui fa scuola il celebre parere Bernadotte della Corte Internazionale. Nel caso di Bernadotte la Corte Internazionale di Giustizia ha detto che a reagire in protezione diplomatica di Bernadotte e del suo segretario, dovevano essere le Nazioni Unite, sia per i danni arrecati a Bernadotte in quanto funzionario, sia per i danni arrecati a Bernadotte in quanto persona fisica. La ragione reale per cui venne chiesto questo parere è, appunto, chi potesse agire in protezione diplomatica di Bernadotte, se la Svezia, Stato di cittadinanza, o le Nazioni Unite, organizzazione internazionale per cui Bernadotte lavorava. In realtà il diritto internazionale si è sviluppato, da 1949 a oggi, in maniera diversa da quella che ha preso la Corte Internazionale di Giustizia, quindi questo parere è stato smentito. Possiamo dire oggi con certezza che **ad agire in protezione diplomatica del funzionario delle organizzazioni internazionali maltrattato all'estero possono essere sia le organizzazioni internazionali che lo Stato di cittadinanza**. L'organizzazione internazionale agisce per una protezione diplomatica rispetto a un maltrattamento subito dal funzionario in quanto tale, per i danni arrecati alla funzione; invece, lo Stato di cittadinanza può agire rispetto a un maltrattamento subito dal funzionario in quanto persona fisica, quindi per i danni aggregati alla persona.

3) *Chi può agire in protezione diplomatica di una nave?* La risposta più ovvia, e corretta, è lo stato della bandiera. Il problema, però, può porsi per le navi commerciali, perché molto spesso l'equipaggio della nave è composto di individui che hanno delle più disparate cittadinanze. In questo caso, e questa è l'unica eccezione alla regola generale della cittadinanza, lo stato di bandiera può agire in protezione diplomatica anche nell'equipaggio della nave, anche se i membri non hanno la cittadinanza dello stato di bandiera. Si tratta dell'unica ipotesi eccezionale di protezione diplomatica esercitata da uno Stato diverso dallo stato di cittadinanza. Comunque, il fatto che lo stato di bandiera della nave possa agire in protezione diplomatica

anche nei membri dell'equipaggio che non hanno la sua cittadinanza non esclude l'azione in protezione diplomatica degli stati di cittadinanza nei singoli membri dell'equipaggio.

L'immunità nel diritto internazionale: uguaglianza sovrana degli stati e diritto di ingerenza.

L'immunità è la logica conseguenza dei principi dell'uguaglianza sovrana tra gli stati e del divieto di ingerenza negli affari interni.

Cosa vuol dire immunità? Immunità vuol dire improcedibilità, vuol dire che non si può procedere in sede giudiziaria contro uno stato straniero.

Chi è che gode dell'immunità nel diritto internazionale?

- Gli stati stranieri in quanto tali davanti ai giudici stranieri.
- Gli agenti diplomatici stranieri e gli altri organi statali, quindi capi di Stato, capi di governo, ministri degli esteri e via via scendere fino anche ad alcuni organi di minore rilevanza politico istituzionale.
- Le organizzazioni internazionali.
- I funzionari delle organizzazioni internazionali.

Quali sono le norme che regolano l'immunità? Le norme sull'immunità dello Stato straniero sono innanzitutto norme consuetudinarie antichissime, tra le più antiche del diritto internazionale (risalenti alla nascita dei primi tre Stati moderni). Le norme sull'immunità degli agenti diplomatici sono addirittura precedenti alla stessa nascita dello Stato moderno. Anche tra queste norme consuetudinarie esistono delle norme convenzionali e nel corso del tempo sono stati effettuati diversi tentativi sia di codificare le norme sull'immunità dello Stato straniero, sia di codificare le norme sull'immunità dei diritti dei diplomatici e degli altri organi statali.

Tra le convenzioni se ne segnalano alcune: la Convenzione di New York (Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni), la Convenzione di Basilea (Convenzione del Consiglio d'Europa sull'immunità degli Stati), la Convenzione delle Nazioni Unite sulle relazioni diplomatiche, la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, la Convenzione delle Nazioni Unite sui privilegi e le immunità e la Convenzione delle Nazioni Unite sui privilegi e le immunità degli istituti specializzati, cioè una Convenzione che riguarda i privilegi e le immunità delle organizzazioni internazionali appartenente alla famiglia delle Nazioni Unite.

Sono senz'altro consuetudinarie le norme che riguardano le immunità degli stati stranieri, le immunità degli agenti diplomatici e le immunità degli altri organi statali, mentre sono solo convenzionali le norme che invece riguardano le immunità e i privilegi delle organizzazioni internazionali e dei loro funzionari.

Immunità dello stato straniero dalla giurisdizione civile dello stato del foro.

Immunità significa il giudice dello stato territoriale non può occuparsi di una controversia riguardante uno stato straniero, cioè non può entrare nel merito, quindi immunità è un'improcedibilità.

Perché l'immunità vale soltanto davanti al giudice civile e non davanti al giudice penale? Perché il soggetto è lo stato e non può materialmente commettere reati secondo il diritto penale interno di un altro stato.

Vi sono diversi tipi di giudici civili interni, i quali svolgono funzioni differenti:

- Giudice di cognizione, è quello che si occupa semplicemente di stabilire se c'è o meno una responsabilità di tipo civilistico, e quindi se il convenuto ha colpa, ha ragione, si occupa di dirimere la condanna e di stabilire se c'è o non c'è una responsabilità civile.

- Giudice esecutivo, è quello che ordina l'esecuzione coattiva della sentenza.

- Giudice cautelare, è quello che, per esempio, ordina delle misure provvisorie

Immunità davanti al giudice di cognizione

La regola generale è che qualsiasi stato straniero è immune davanti ai giudici civili di cognizione dello stato del foro; quindi, non si può procedere contro quello stato a meno che lo stato straniero non rinunci all'immunità.

L'immunità è infatti un diritto di cui gode lo stato straniero e, di conseguenza, solo lo stato straniero può rinunciare a un suo diritto eventualmente. È raro che uno stato rinunci alla propria immunità in senso civile, ma può accadere, ad esempio, per ragioni politico-diplomatiche. Quindi, l'unico modo che ha il giudice civile dello stato del foro di entrare nel merito di una controversia riguardante lo stato straniero è ottenere una rinuncia di immunità da parte dello stato straniero. La ratio di questa norma è sintetizzabile nel principio di "*par in parem non habet iudicium*", ovvero "un pari non può giudicare un pari". Ciò significa che, nei rapporti tra pari, l'uno non può giudicare l'altro e, quindi, l'uguaglianza sovrana tra gli stati è anche il rispetto dell'indipendenza altrui.

Il divieto di ingerenza negli affari interni degli altri stati è stato sottolineato peraltro in maniera chiara dalla stessa Corte internazionale di giustizia, nella già citata famosa sentenza del 2012 "Germania contro Italia" relativa alle immunità giurisdizionali dello Stato. Nel paragrafo 57 la Corte dice:

"The rule of state unity derives from the principle of sovereign equality of states, which is one of the fundamental principles of the international legal order"

Cioè dice la Corte: "la regola di unità statale deriva dal principio dell'uguaglianza sovrana tra gli stati che è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico internazionali".

Quale è stato lo sviluppo storico di questa norma?

In origine, fino agli inizi del Novecento, la norma sull'immunità dello Stato straniero si basava sulla tesi dell'immunità assoluta; quindi, uno Stato straniero sarebbe stato assolutamente immune davanti ai giudici civili dello Stato del foro, senza alcuna eccezione. Il giudice civile dello Stato del foro doveva declinare la sua giurisdizione e ovviamente le conseguenze venivano pagate dai soggetti individuali. La tesi dell'immunità assoluta è una tesi che oggi non trova praticamente più riscontro negli ordinamenti interni di quasi nessuno Stato. Ci sono 2 o 3 Stati che ancora applicano nel 2023 la tesi dell'immunità assoluta, ma si tratta di una minoranza e quindi non creano una consuetudine. La Cina e la Thailandia, ad esempio, sono paesi che applicano l'immunità assoluta. Il motivo per cui lo fa la Cina, ad esempio, è perché in Cina ci sono molte imprese di Stato che svolgono attività privatistiche in nome e per conto dello Stato.

La tesi prevalente al giorno d'oggi, chiamata tesi italo-belga o tesi dell'immunità ristretta/relativa, è emersa all'inizio del ventesimo secolo, quando le nazioni occidentali hanno adottato un approccio restrittivo all'immunità in risposta alla maggiore partecipazione dei governi ad economia di stato alle attività economiche e in particolare al commercio internazionale. Tuttavia, già durante il Regno delle due Sicilie possiamo menzionare un episodio storico accaduto precursore, se vogliamo, di questa dottrina.

La moglie del console greco di Napoli soffriva di schizofrenia, e quindi venne ricoverata nel Manicomio di Aversa. Le spese sanitarie sarebbero state a carico della Grecia, perché il console, rappresentante dello Stato, all'estero, era come se fosse lo Stato straniero. Successe che la Grecia non saldò il conto, e quindi il Manicomio di Aversa le fece ricorso contro. La Grecia adottò l'immunità, riconosciuta sia in primo che in secondo grado. Il Manicomio di Aversa ricorse, quindi, in terzo grado davanti alla Corte di Cassazione di Napoli e la Corte, in maniera del tutto straordinaria, negò l'immunità della Grecia ritenendo che la questione relativa al mancato saldo delle spese sostenute per il ricovero della moglie del console nel Manicomio di Aversa fosse un'attività non pubblicistica ma privatistica, cioè un'attività posta in essere dallo Stato come ente privatistico e non come ente pubblicistico.

La tesi dell'immunità è diventata sempre più utilizzata dai giudici soprattutto negli anni immediatamente successivi alla Prima Guerra Mondiale, poiché in alcuni stati si era affermato il comunismo e avevano acquisito delle imprese che sono state quindi rese pubbliche svolgendo attività privatistiche (attività di commercio, di compravendita, attività tipicamente svolte da privati). Quando si sono verificate delle controversie davanti ai giudici italiani e ai giudici belgi, questi giudici hanno cominciato a riconoscere le immunità di questi stati se la controversia riguardava delle prerogative sovrane, e hanno iniziato a negare le immunità per tutti quegli atti compiuti da questi stati con un ruolo privatistico. In caso contrario, si sarebbe creata una sorta di distorsione del principio di uguaglianza sovrana tra gli Stati, perché alcuni Stati sarebbero così diventati più uguali degli altri, perché per controversie di tipo commerciale gli Stati di economia unificata sarebbero stati immuni, mentre invece le imprese private di Stati di economia capitalista non avrebbero potuto invocare l'immunità.

Come si riconosce un atto pubblicistico da uno privatistico? Capire se un atto è di tipo pubblicistico (iure imperii) o privatistico (iure gestionis) è una questione di diritto interno e quindi ogni Stato nel suo ordinamento può seguire il metodo che reputa più opportuno. I metodi in genere eseguiti sono diversi, ma i due principali si distinguono tra stati di Common Law e stati di Civil Law. Negli stati di Common Law solitamente esiste un elenco di atti puntualmente individuati che entrano nella categoria atti privatistici o pubblicistici, quindi il giudice civile non dovrà fare altro che applicare la norma interna che stabilisce se un certo atto entra in una certa ; invece, negli stati di Civil Law, non esistono norme del genere ma si guarda l'oggetto dello scopo dell'atto, cioè deve il giudice civile a valutare se quell'atto ha un oggetto o ha di per sé uno scopo di stampo pubblicistico o di stampo privatistico. Risulta quindi complesso, in taluni casi, distinguere quali siano le attività iure imperii e quelle iure gestionis ed anche per questo motivo una minoranza di Stati preferisce non riconoscere un'immunità ristretta allo Stato ma tende ad estenderla il più possibile.

Immunità davanti al giudice esecutivo

Il giudice esecutivo ordina l'attuazione sul piano pratico di una sentenza.

Esempio: Nel diritto interno, se io affitto la casa e l'affittuario non mi paga l'affitto, io vado davanti a un giudice di cognizione che stabilisce se io torto e lei ragione o viceversa. Ma come faccio concretamente a farlo uscire di casa? Devo andare dal giudice esecutivo, che ordina l'esecuzione della sentenza.

L'immunità dello Stato straniero dalle misure esecutive ordinate da un giudice dello Stato del foro opera al pari dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile di cognizione dello Stato del foro. Ciò significa che le misure esecutive dello Stato del foro non possono aggredire i beni dello Stato straniero utilizzati nello Stato del foro per scopi pubblicistici, ma possono aggredire certamente i beni dello Stato straniero presenti nello Stato del foro utilizzati a scopi privatistici. Si tratta del resto di una logica conseguenza della tesi dell'immunità relativa/ristretta. Se così non fosse, il giudice dello Stato del foro potrebbe risolvere una controversia attinente ad affari privatistici dello Stato straniero, ma poi sarebbe privo del potere di far eseguire a foro le sue decisioni.

Più in generale, è chiaro che la giurisdizione esecutiva è molto più intrusiva della giurisdizione di cognizione, perché la seconda porta a stabilire se c'è o non c'è una responsabilità di tipo civilistico, mentre la prima implica qualcosa di molto più concreto, come la gestione di un bene. Poiché l'organizzazione esecutiva ha effetti più intrusivi della giurisdizione civile di cognizione, la tendenza attuale dei giudici è quella di essere più generosi con gli Stati stranieri, applicando il principio per cui "*in dubbio pro immunitate*", cioè, se c'è un dubbio sulla destinazione di uso di quel bene, allora si riconosce l'immunità. Molto spesso accade che l'immunità di uno Stato non venga riconosciuta dal giudice civile di cognizione, però poi nel momento in cui si tratta di attuare concretamente quella sentenza, al livello esecutivo il giudice, se ha dei dubbi sulla destinazione di uso pubblicistico privatistico del bene da aggredire, tende appunto a riconoscere il più delle volte la destinazione di uso.

Immunità davanti al giudice cautelare

Il giudice cautelare è quel giudice che ordina le misure provvisorie, necessarie per questioni di urgenza, per non pregiudicare i diritti delle parti e così via. Il principio è lo stesso della giurisdizione esecutiva.

Immunità dello stato straniero per le controversie di lavoro

Lo stato straniero è immune davanti al giudice del lavoro dello Stato del foro? Cosa succede se si sviluppa una controversia tra un lavoratore e il suo datore di lavoro quando il datore di lavoro è uno stato straniero?

Immaginiamo l'ambasciata di Francia a Roma, che sta a Palazzo Farnese, e un lavoratore dell'ambasciata, che a tutti gli effetti è un dipendente dello Stato francese. Si verifica una controversia e questo lavoratore va

davanti al giudice del lavoro al Tribunale di Roma. La Francia può o non può invocare l'immunità? Bisogna fare tre distinzioni per casi che dipendono dalla cittadinanza del lavoratore:

- Cittadino dello Stato del foro, che lavora per uno Stato straniero nel territorio dello Stato del foro e che si rivolge al giudice del lavoro dello Stato del foro contro lo Stato straniero presso cui lavora. Per esempio, un cittadino italiano che lavora presso l'ambasciata di Francia in Italia e si rivolge al tribunale del lavoro di Roma contro la Francia;

- Cittadino straniero che lavora per il suo Stato di cittadinanza nel territorio dello Stato del foro e si rivolge al Giudice dello Stato del foro contro il suo Stato di cittadinanza, che è anche il suo datore lavoro. Per esempio, un cittadino francese che lavora presso l'ambasciata di Francia in Italia e si rivolge al tribunale del lavoro di Roma contro la Francia;

- Cittadino di uno stato terzo, che lavora per uno stato straniero nel territorio dello Stato del foro e che si rivolge contro lo Stato straniero datore di lavoro al giudice dello Stato del foro. Per esempio, un cittadino tedesco che lavora presso l'ambasciata di Francia a Roma e si rivolge al tribunale del lavoro di Roma contro la Francia.

La tesi tradizionale è che poiché i contratti di lavoro con gli Stati stranieri investono sempre funzioni pubblicistiche degli Stati stranieri, allora, per le controversie di lavoro, si dovrebbe dare l'immunità assoluta dalla giurisdizione giuslavorista dello Stato del foro. Quindi, secondo la tesi tradizionale, la distinzione che abbiamo fatto finora sarebbe fine a sé stessa, perché in ogni caso lo Stato straniero sarebbe immune davanti al giudice del lavoro dello Stato del foro, a prescindere dalla cittadinanza del lavoratore che ha fatto il ricorso. Se si applica questa tesi la conseguenza è che nello Stato del foro non esisterebbero dei rimedi giurisdizionali disponibili per il lavoratore dello Stato straniero, e quindi il lavoratore dovrebbe necessariamente rivolgersi al giudice dello stesso Stato datore di lavoro. Quindi, il lavoratore dipendente dell'Ambasciata di Francia a Roma, non potrebbe rivolgersi al Giudice di Roma (perché in quel caso la Francia invocherebbe l'immunità e il giudice di Roma avrebbe l'obbligo di riconoscerla), ma l'unica alternativa sarebbe quella di rivolgersi al Giudice dello Stato datore di lavoro, cioè al giudice francese.

In realtà, le norme convenzionali attualmente vigenti seguono delle regole diverse, col problema, però, che non sono norme convenzionali uniformi, perché la Convenzione di Basilea, che vincola soltanto alcuni Stati europei, prevede una sua regola (articolo 5), mentre la convenzione di New York, che non è ancora entrata in vigore ma che se fosse in vigore comprenderebbe probabilmente molti più Stati anche non europei, seguono un'altra regola (articolo 11).

Convenzione di Basilea del 1972, articolo 5: Non può essere riconosciuta nessuna attività se l'attività lavorativa svolta sul territorio dello Stato del foro è appunto svolta dal lavoratore cittadino di uno Stato straniero e datore di lavoro. Quindi, secondo la Convenzione di Basilea, il giudice italiano del lavoro dovrebbe riconoscere l'immunità della Francia, stando al nostro esempio, se è il ricorso provenisse da un cittadino italiano o da un tedesco, ma non dovrebbe riconoscere l'immunità della Francia se il ricorso contro la Francia fosse perpetrato da un lavoratore francese.

Convenzione di New York, articolo 11: Nessuna immunità può essere riconosciuta se l'attività lavorativa riguarda funzioni esclusivamente privatistiche dello Stato straniero e se il lavoratore non è un cittadino dello stato straniero. Quindi nessuna immunità può essere riconosciuta se il lavoratore non è cittadino dello stato straniero. C'è una promulgazione negativa con una propria negazione, poi ci sono tutta una serie di eccezioni che complicano la situazione.

Non essendoci una norma chiara a tal proposito, tutto ciò che possiamo dire è che la distinzione che si sta affermando nella prassi esistente è una distinzione non che si basa solo sulla cittadinanza del lavoratore, quanto sulla funzione svolta dal lavoratore e sul carattere pecuniario o meno della controversia:

- Bisogna tenere conto di che tipo di mansioni si occupa il lavoratore ricorrente, perché se questo lavoratore si occupa di questioni di tipo pubblicistico, allora lo Stato straniero, datore di lavoro, potrà invocare immunità; se invece il lavoratore si occupa di questioni di tipo privatistico, allora lo Stato straniero, datore di lavoro, non potrà invocare immunità.

- Se la controversia ha carattere pecuniario, allora lo Stato straniero si dice non può invocare l'immunità, se la controversia invece implica per esempio un'ingerenza in qualche modo nelle attività dello Stato straniero, allora lo Stato straniero può invocare l'immunità.

Quindi, in conclusione, lo stato straniero può invocare l'immunità davanti al giudice del lavoro dello Stato del foro solo se la controversia non è di tipo patrimoniale e se riguarda un lavoratore che svolgeva funzioni di tipo pubblicistico.

Gross human rights violations

Cosa succede se uno Stato commette dei crimini internazionali che implicano la violazione massiccia e sistematica dei diritti umani? Immaginiamo uno Stato che nel corso di una guerra occupa il territorio di un altro Stato, violando in maniera massiccia e sistematica i diritti umani più essenziali e più elementari degli individui che si trovano a vivere su quello Stato. Il crimine è chiaramente un'attività pubblicistica.

Cosa succede se, finita la guerra e con una situazione di pace, le vittime di quelle grandi violazioni si rivolgono al giudice dello Stato del foro contro lo Stato straniero?

N.B. Non si tratta, attenzione, di questioni penalistiche, ma sempre di questioni civilistiche. Le vittime non si possono rivolgere al giudice penale, perché non è possibile, ovviamente, arrestare lo Stato straniero? Si devono rivolgere, quindi, al giudice civile per chiedere il risarcimento dei danni. Ma cosa può fare il giudice civile? Lo Stato straniero potrebbe invocare l'immunità, avendo agito nell'esercizio di una sua funzione pubblicistica? Il giudice dello Stato del foro avrebbe l'obbligo di riconoscere l'immunità dello Stato straniero anche se quest'ultimo ha violato norme cogenti, come il divieto di schiavitù, il divieto di tortura, ecc.?

E questo è il dilemma davanti al quale si sono trovati i giudici italiani nel famoso caso Ferrini (già spiegato). A risolverlo si è imposta la nostra Corte di Cassazione, quando ha dovuto emettere la sentenza contro Repubblica Federale di Germania (Ferrini vs. Repubblica Federale di Germania, 11 marzo 2004).

In questa sentenza la Corte di Cassazione italiana non ha riconosciuto l'immunità della Germania, che sosteneva che avesse agito nell'esercizio del suo potere di stato sovrano a esercitare delle funzioni pubblicistiche nel momento in cui aveva violato i diritti fondamentali di proibizione di schiavitù e di tortura durante l'occupazione dell'Italia settentrionale seguita dall'armistizio di Cassibile del settembre del 1943. La Corte di Cassazione non ha riconosciuto l'immunità della Germania perché sosteneva che la Germania avesse violato delle norme cogenti, che hanno la caratteristica di essere inderogabili e quindi superiore alla norma sull'immunità.

Negli anni successivi i giudici italiani, guidati dalla sentenza, hanno cominciato a negare l'immunità alla Germania, fino a quando la Germania ha fatto ricorso contro l'Italia alla Corte Internazionale di Giustizia, accusando l'Italia di aver commesso un illecito, un comportamento antigiuridico consistente nella violazione della norma consuetudinaria sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile dello Stato del foro.

La CIG si pronuncia con la sentenza del 3 febbraio 2012. Che cosa dice la Corte Internazionale di Giustizia in questa sentenza? Dice che l'Italia è responsabile e che la Germania sostanzialmente ha ragione e gli argomenti della difesa italiana vengono smontati a uno a uno. Gli argomenti della difesa italiana erano principalmente tre:

1) Il primo argomento era che la norma sulle immunità non potesse prevalere su delle norme cogenti; quindi, praticamente, la difesa italiana riprese la tesi della Corte di Cassazione.

2) Il secondo argomento sosteneva l'applicabilità del principio del cosiddetto "last resort argument", che sottolineava come in Germania non erano disponibili dei rimedi per le vittime italiane. L'Italia diceva che le persone che avevano subito queste violazioni durante la Seconda Guerra Mondiale non si sarebbero potute rivolgere al giudice tedesco, perché in base degli Accordi di Bonn degli anni 60 la Germania aveva varato delle leggi interne che impedivano, e che impediscono tutt'oggi, ai giudici tedeschi di liquidare i risarcimenti per i danni subiti ai tempi della Seconda Guerra Mondiale. Quindi il punto della difesa italiana era che queste persone da un lato non possono andare da un giudice italiano perché il giudice italiano riconosce l'immunità della Germania, però dall'altro non possono nemmeno andare da un giudice tedesco contro la Germania.

3) Il terzo argomento della difesa italiana era la cosiddetta regola della "Tort exception". La regola della Tort exception prevede che non dev'essere riconosciuta l'immunità allo Stato che ha commesso dei crimini nel territorio dello Stato del Foro o contro cittadini dello Stato del Foro. In questo caso lo Stato A, che commette crimini nel territorio dello Stato B contro cittadini dello Stato B, secondo la Tort exception non può invocare l'immunità davanti ai giudici dello Stato del Foro. Quindi è proprio questo il caso, perché durante la Seconda Guerra Mondiale la Germania aveva commesso questi crimini principalmente sull'Appennino tosco-emiliano e in tutta l'Italia settentrionale contro cittadini che erano in maggior parte italiani.

Come ha fatto la Corte Internazionale di Giustizia a smontare questi tre argomenti della difesa italiana?

1) Prima di tutto ha detto che quella sull'immunità non è una norma sostanziale, ma è una norma procedurale. Essendo una norma procedurale, non si pone il problema del rapporto con le altre norme cogenti perché viene in rilievo prima che il giudice possa esaminare una controversia. Cioè, il potere cogente delle norme che proibiscono la schiavitù o la tortura sarebbe venuto in rilievo e avrebbe causato un problema da risolvere se lo Stato non avesse potuto invocare l'immunità. Ma poiché lo Stato straniero può invocare l'immunità, l'immunità blocca l'esame di merito del caso (immunità vuol dire improcedibilità). Quindi il giudice non può procedere e se non può procedere e non può conoscere nel merito il caso, non può occuparsi di eventuali violazioni di quelle norme cogenti.

2) Sul "last resort argument", dice la Corte Internazionale di Giustizia che è vero che questi individui non possono ricorrere davanti al giudice italiano, perché lì la Germania ha diritto all'immunità, ed è vero che non possono ricorrere davanti al giudice tedesco in applicazione degli Accordi di Bonn, però un accordo è sempre possibile. Cioè, dice la Corte Internazionale di Giustizia, che questo problema va risolto con un accordo tra gli Stati con l'utilizzo di mezzi diplomatici.

3) Dice la Corte Internazionale di Giustizia, che questa eccezione del Tort exception è prevista soltanto a livello convenzionale, in particolare è prevista dalla Convenzione di New York che però non è entrata

in vigore. Inoltre, all'epoca la Germania l'aveva ratificata, mentre l'Italia no. Quindi, la CIG sostiene che l'Italia non può invocare un'eccezione contenuta in una convenzione che peraltro non è entrata in vigore e che l'Italia non ha nemmeno ratificato. Infine, dice pure che è un'eccezione che non è prevista dal diritto internazionale generale e che non esiste a livello consuetudinario.

Quello che ha dato più adito a critiche è quello del last resort argument, poiché lo stato straniero non consente l'accesso ai ricorrenti davanti ai suoi giudici; quindi, si finisce con il negare il diritto di accesso al giudice, riconosciuto nella Costituzione italiana. Infatti, due anni dopo, la Corte costituzionale italiana ha reagito con la famosa sentenza 238 del 22 ottobre 2014 (già vista), redattore il Presidente della stessa Corte, Giuseppe Tesauro.

Che cosa ha detto la Corte costituzionale nella sentenza 238? Ha completamente rivoltato tutto e ha risposto alla Corte Internazionale di Giustizia su un piano completamente diverso, quello dell'adattamento. La Corte costituzionale ha sostenuto l'impossibilità dell'adattamento dell'ordinamento italiano alla norma internazionale consuetudinaria sull' immunità dello Stato straniero, nella misura in cui questa norma consuetudinaria contrasti con i principi fondamentali della Costituzione. Quindi, dice che il trasformatore permanente (articolo 10 della Costituzione, I comma) continua a operare, però non può operare per quella parte di norma sull'immunità che dovrebbe garantire l'immunità anche nel caso della commissione di crimini internazionali. Il punto, quindi, non è tanto se l'immunità ha valore procedurale o meno, bensì che quella parte della norma consuetudinaria non entra proprio nell'ordinamento italiano e quindi, di conseguenza, il giudice italiano di merito non può riconosce l'immunità alla Germania ma deve applicare una norma interna estratta, prodotta da questa norma consuetudinaria sull'immunità a cui l'ordinamento italiano si è adattato, priva di quella parte che consentirebbe di riconoscere l'immunità anche nel caso di crimini internazionali. Pertanto, non può riconoscere l'immunità.

Alcuni Stati hanno seguito questo ragionamento, cominciando a negare l'immunità a Stati stranieri, quando questi Stati, soprattutto in tempi di guerra, hanno commesso crimini internazionali. Si tratta principalmente della Grecia (tant'è che questa tesi si chiama tesi italo-greca), ma poi anche il Canada e soprattutto la Corea del Sud. In Grecia ci sono tantissime sentenze, in Canada la sentenza Gazzemi, e poi ci sono quelle più celebri e recenti sono le sentenze sulle donne di conforto emesse dai giudici della Corea del Sud (donne utilizzate come schiave sessuali dai soldati giapponesi).

La norma consuetudinaria sull'immunità quando lo Stato straniero ha commesso crimini internazionali, quindi, si è veramente modificata in questo senso? Il punto interrogativo resta, perché è vero che la giurisprudenza italiana va in questo senso, però è anche vero che sono pochi gli stati che stanno seguendo l'Italia, la stragrande maggioranza degli altri stati continua a seguire l'orientamento tradizionale. Inoltre, c'è pure la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia che va contro l'Italia.

Nel tempo i giudici italiani stanno continuando a condannare la Germania e a non riconoscere l'immunità della Germania, poiché con la sentenza del 2014 della Corte costituzionale sono praticamente obbligati a non riconoscere l'immunità della Germania. La Germania ha accettato la mancata attuazione della sentenza del 2012 della CIG da parte dell'Italia. Avrebbe potuto rivolgersi al Consiglio di Sicurezza ai sensi dell'articolo 96 della Carta delle Nazioni Unite contro l'Italia, ma ha preferito non farlo e ha preferito presentare un nuovo ricorso davanti alla Corte Internazionale di Giustizia il 29 aprile 2022, quindi è attualmente pendente un nuovo ricorso della Germania contro l'Italia per un duplice motivo

- Per la continua violazione della norma sull'immunità;
- Per il mancato rispetto della precedente sentenza, perché la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia è obbligatoria e costituisce illecito no

In tutto ciò, cosa dice la Corte Europea di Diritti Umani? Alcuni individui hanno fatto ricorso alla Corte Europea dei Diritti Umani, che si è pronunciata sostenendo che va riconosciuta l'immunità allo Stato straniero anche nel caso di crimini internazionali, seguendo la tesi che l'immunità è una norma procedurale e quindi va

riconosciuta perché blocca proprio i giudici e non gli permette di esaminare il caso nel merito. Ciò è assurdo poiché una Corte istituita proprio per tutelare i diritti umani favorisce in realtà una norma procedurale sull'immunità che invece conduce alla violazione degli stessi.

Divieto dell'uso della forza

Al di là delle norme internazionali, può un singolo stato limitare la sovranità di un altro stato? ***Può uno stato fare guerra ad un altro stato?*** La risposta è no: è infatti vietato l'uso o la minaccia dell'uso della forza. Questo divieto è consacrato nell'art. 2 par 4 della carta delle Nazioni Unite.

Prima di Westfalia erano il Papa o l'Imperatore a stabilire se la guerra fosse giusta o no: a seconda della controparte belligerante si stabiliva il carattere di liceità o meno della guerra. Invece, dopo il 1648 la guerra viene considerata sempre giusta (c'è un regresso), perché c'è l'uguaglianza sovrana degli stati e che quindi tutti gli stati si possono far guerra gli uni con gli altri. Se la guerra è sempre giusta, ci devono essere delle regole: lo *ius in bello* (diritto umanitario, si occupa di regolare il diritto di guerra) nasce nel 18esimo secolo e poi si sviluppa come corpus di norme internazionali, che poi vengono codificate nelle famose convenzioni dell'Aja promosse dallo Zar Nicola 2 del 1899 e del 1907. Il 1945 rappresenta il punto di passaggio da un diritto internazionale che riteneva lecita la guerra a un sistema che sancisce l'illiceità della guerra.

Ius ad bellum: quell'insieme di norme che regola la pace, perché dovrebbe imporre appunto il divieto dell'uso della forza.

Lo ius ad bellum nasce più tardi dello ius in bello, nel diciannovesimo secolo, e si arriva alla consacrazione con la conclusione del trattato di Versailles dopo la Prima guerra mondiale. Il trattato istitutivo della SDN, in gergo Covenant ('patto'), prevedeva tra le altre cose l'indipendenza degli stati, l'integrità territoriale e dunque il divieto del ricorso alla guerra. Ci sono però due elementi che ci suggeriscono che non si possa ancora parlare di vero e proprio divieto dell'uso della forza:

- Il patto della SDN **vietava la guerra, non vietava la forza**. Faceva salvi alcuni istituiti del diritto internazionale del passato come l'intervento armato, il blocco navale o addirittura la rappresaglia, che è vietata dal diritto internazionale.

- Il secondo elemento problematico era che la guerra era sì vietata, ma solo per un arco di tempo ben definito, che secondo la SDN si chiamava '**periodo di raffreddamento**'. Esso era un periodo di 3 mesi nel corso del quale nessuno stato membro della SDN che avesse subito un illecito, si impegnava di risolvere pacificamente la controversia, quindi di non usare la forza. Se tuttavia nel corso di questo periodo di raffreddamento la controversia non veniva risolta, allora era consentito allo stato leso il muovere guerra allo stato responsabile.

Nel 1928 vi fu un tentativo totale di vietare il ricorso alla guerra con il trattato Briand-Kellogg, con il quale gli stati si impegnano a rinunciare in ogni caso al ricorso alla guerra e a risolvere pacificamente le controversie. È un passo avanti perché si va oltre il concetto di raffreddamento rinunciando in maniera generale alla guerra, ma non si rinuncia all'uso della forza. Inoltre, sia il Covenant che il patto Briand-Kellogg non vincolavano moltissimi stati, e per il Covenant c'era anche un articolo che prevedeva la possibilità di recesso. Soltanto con la fine della seconda guerra mondiale vi è la Carta delle Nazioni Unite, con la quale si afferma un principio

assiomatico che guida il diritto internazionale contemporaneo: l'obbligo di risoluzione pacifica delle controversie e divieto di uso della forza.

Questi due sono gli assi portanti della carta delle Nazioni Unite e sono enunciati in via di principio nell'art. 2 della Carta, per poi essere specificati meglio, rispettivamente, nel capitolo sesto e nel capitolo settimo della Carta.

Art. 2, par. 4:

"I membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia e dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale e contro l'indipendenza politica di qualsiasi stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle nazioni unite."

Non vieta dunque il ricorso alla guerra, ma vieta il ricorso o la minaccia di ricorso all'uso della forza. Il divieto dell'uso della forza espresso nell'art 2 implica anche il divieto di rappresaglia, blocco navale e di qualsiasi altro atto che possa avere delle finalità aggressive e la penetrazione di uno stato armato in un'altra nazione.

Cosa si intende per forza? Per forza si intende la forza in senso militare, non la forza politico-economica, che sono lecite nella misura in cui non implichino la violazione di norme internazionali consuetudinarie o convenzionali.

In cosa si distingue dunque la guerra dalla forza armata? Cosa cambia tra guerra, conflitto e forza? La guerra implica uno scontro armato tra due stati che è preceduto da una dichiarazione di guerra presentato da un agente diplomatico dello stato attaccante; il conflitto è caratterizzato da una mancanza di questa dichiarazione e può essere un conflitto interno (guerra civile) o internazionale. Sia guerra che conflitto sono caratterizzati dall'uso della forza armata, intesa in senso di aggressione. C'è inoltre una differenza tra conflitto ed aggressione: un conflitto non implica necessariamente un'aggressione.

Il par. 4 non soltanto vieta l'uso della forza, ma anche la minaccia dell'uso della forza. Inoltre, il divieto dell'uso della forza espresso nell'art 2 par 4 è in riferimento alle relazioni internazionali: si intende dire che il divieto dell'uso della forza va inteso in termini di divieto dell'uso della forza nei confronti di un altro stato. Non è dunque vietato l'uso della forza all'interno di uno stato.

In origine il divieto dell'uso della forza era una norma solo convenzionale ma dopo si è sviluppata come una norma consuetudinaria. Questa norma è un po' particolare inoltre perché, oltre ad essere consuetudinaria, è anche cogente e produttiva di obblighi erga omnes. È una norma produttiva di obblighi erga omnes perché è una norma che permette a tutti gli stati di agire, e perché è un obbligo che una nazione deve a tutti gli stati. Anche la CIG ha sancito che il divieto di uso della forza sia una norma consuetudinaria che è anche cogente e che è anche produttiva di obblighi erga omnes, nella sentenza del 1986 sulle attività militari e paramilitari dei contras in Nicaragua. Il 1986 è la data nella quale viene consacrato il fatto che il divieto dell'uso della forza sia una norma consuetudinaria, cogente e produttiva di obblighi erga omnes. È in realtà cogente la norma sul divieto dell'uso della forza che vieta l'aggressione armata; quando la forza viene invece utilizzata perché si va in soccorso ad uno stato che lo chiede, allora lì forze l'eventuale divieto dell'uso della forza non può essere considerata cogente.

Esempio: Se non fosse stato così noi non avremo potuto neanche mandare le armi all'Ucraina. Il governo italiano lo può fare perché la Russia ha violato una norma produttiva di obblighi erga omnes.

Di fronte ai numerosi casi di violazione del divieto dell'uso della forza che si sono verificati dal 1945 ad oggi si può ancora parlare di norma cogente produttiva di obblighi erga omnes che vieta l'uso della forza? Si, perché:

1) Tutti gli stati hanno sempre continuato a giustificare e ad ammettere il divieto dell'uso della forza, in un ordinamento che di per sé è anarchico come l'ordinamento internazionale.

2) Quando gli stati hanno violato dal '45 a oggi il divieto dell'uso della forza, gli altri stati hanno sempre protestato diplomaticamente, magari senza reagire.
3) Lo stesso stato che ha usato la forza ha sempre giustificato il ricorso all'uso della forza, anche se magari i motivi non erano sempre validi.
4) Gli stati risolvono statisticamente le controversie tra di loro in maniera maggiore con mezzi pacifici.
5) Motivo politico: il divieto all'uso della forza, se non fosse rispettato o non esistesse proprio, potrebbe condurre anche alla mutua distruzione assicurata.

Qual è l'unica eccezione al divieto dell'uso della forza? È la legittima difesa.

La legittima difesa

Oltre che dal punto vista della responsabilità, va analizzata anche *dal punto di vista del divieto dell'uso della forza*, tanto che se ne parla anche nella ***Carta delle nazioni unite***, l'articolo 51 della norma di chiusura del capitolo 7, che si chiama "Sistema di Sicurezza collettivo":

Art. 51 - Prima parte

"Nessuna disposizione della presente carta, pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale e collettiva, nel caso in cui abbia luogo un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite, fin tanto che il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le decisioni prese da membri nell'esercizio di questo diritto di questa autotutela, sono deliberatamente trattate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere e il compito spettanti, secondo la presente carta, al Consiglio di Sicurezza di intraprendere in qualsiasi momento quelle azioni che ritengano necessaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale."

Commento

Riguardo all'articolo, ci sono delle questioni terminologiche:

- Nella versione francese e spagnola trovate l'aggettivo "*naturelle",* mentre in quella inglese "*inherent right*"

- La differenza principale si coglie nell'espressione "legittima difesa", perché in francese e spagnolo trovate l'espressione "*legetime defence",* mentre in inglese "*self defence"*, quindi autotutela. Dovete cogliere la diversa sfumatura: il concetto di "*legetime defence"* è da interpretare più restrittivamente per l'aggettivo "legittima", mentre *self-defence* sembra un concetto più ampio.

Questi dubbi interpretativi come vanno risolti? Si deve cercare il significato che più concilia i diversi termini utilizzati

L'art. 51 è una norma convenzionale sviluppatasi sul piano del diritto internazionale generale. Ci sono però diverse opinioni in dottrina:

- C'è chi ritiene che la legittima difesa si sia evoluta *come norma consuetudinaria* vera e propria: essendoci l'*opinio* ed essendoci la prassi, allora si tratta di una norma consuetudinaria.

- C'è chi ritiene che si tratti di un *principio generale in diritto*. La legittima difesa è prevista in tutti gli ordinamenti interni; quindi, sarebbe un principio generale di diritto trasposto nell'ordinamento internazionale per colmarne le lacune.

Posizione del professore: è più d'accordo con la prima opinione ma capisce anche chi sostenga che si tratti di un principio generale di diritto.

Le caratteristiche della legittima difesa: tipologie, forme, condizioni

Si può parlare di due tipologie di legittima difesa:

1) Individuale: posta in essere dallo stato aggredito nei confronti dello stato aggressore (es. Ucraina nei confronti della Russia)

2) Collettiva, con due ipotesi:

   - Prevista da una norma convenzionale o un accordo, quindi perché esiste un trattato di alleanza militare.

   - Prevista a livello generale se lo stato aggredito chiede aiuto o se gli altri stati offrono il loro aiuto e lo stato aggredito lo consente.

Come possiamo definire il conflitto in Ucraina? Dal punto di vista dell'Ucraina è legittima difesa individuale, dal punto di vista degli altri stati è collettiva.

Altre cose importanti da ricordare sulla legittima difesa:

- È una facoltà, non un obbligo, quindi in astratto lo stato aggredito potrebbe anche non reagire.

- È ammessa soltanto in risposta ad attacchi armati di un certo livello/levatura; bisogna infatti distinguere, come dice la Corte di Giustizia nel caso Nicaragua, tra forme più gravi e meno gravi di aggressioni: solo gli attacchi in larga scala possono giustificare la risposta in legittima difesa.

Le forme della legittima difesa:

- Legittima difesa successiva: è la legittima difesa tradizionale, quindi lo stato che subisce l'attacco armato reagisce nei confronti dello stato che ha già sferrato l'attacco armato.

- Legittima difesa intercettiva: la pone in essere lo stato che non ha ancora subito l'attacco armato, ma dopo che lo stato aggressore ha già sferrato l'attacco armato; quindi, è quel lasso di tempo brevissimo che intercorre tra il momento in cui l'attacco armato viene sferrato e il momento in cui lo stato aggredito lo deve ancora subire.

- Legittima difesa preventiva: può essere declinata su due punti di vista:

   - come legittima difesa contro un attacco imminente, che potrebbe essere ammessa nel caso in cui sia trovato in maniera incontrovertibile che l'attacco armato avverrà in termini imminenti.

- come legittima difesa contro un attacco ipotetico, la cosiddetta "dottrina Bush", contro un attacco ipotetico di cui in realtà non si ha la certezza. La legittima difesa contro un attacco ipotetico è chiaramente vietata dal diritto internazionale.

Le **condizioni** per la legittima difesa:

- **Necessità**: la legittima difesa deve essere l'unico metodo, mezzo che ha lo stato aggredito per potersi difendere; quindi, necessità vuol dire assenza di alternative pacifiche

- **Proporzionalità**: intesa come simmetria, nel senso di non eccessiva sproporzione

- **Immediatezza**: la legittima difesa deve essere posta in essere in tempi rapidi da quando si è subito l'attacco armato

- La **notifica al Consiglio di Sicurezza**, ne parla la seconda parte dell'articolo 51: lo stato che agisce in legittima difesa deve notificare il Consiglio di Sicurezza, affinché questo possa intervenire con le misure che ritiene opportune. Nel momento in cui il Consiglio di Sicurezza dovesse intervenire, lo stato attaccato deve cessare la sua azione di legittima difesa e lasciare che l'azione sia condotta dal Consiglio di sicurezza.

Esistono altre eccezioni all'uso della forza? No, ma se ne è discusso molto facendo diverse ipotesi:

- La *rappresaglia* è la prima presunta eccezione al divieto dell'uso della forza, il professore la sorvola perché è risaputo che è vietata nel diritto internazionale contemporaneo.

- Il caso di uno stato che viola massicciamente i diritti umani nei confronti di un cittadino di un altro stato. Come facciamo a dire che l'intervento armato a protezione dei propri cittadini è vietato? Perché la prassi depone in tal senso

Responsibility to protect

È stato teorizzato in passato l'Istituto dell'intervento umanitario (diverso da responsibility to protect). Per come è concepito dal punto di vista teorico, l'intervento umanitario dovrebbe essere **"una facoltà di ogni stato di effettuare interventi armati a tutela di certi individui minacciati, i cui diritti massicciamente violati da parte del loro stesso stato".**
Questo non ha riscontri pratici dal punto di vista della comunità internazionale e del diritto internazionale contemporaneo; se n'è parlato rispetto al Kosovo e rispetto alla Georgia, ma gli interventi della NATO in Kosovo e della Russia in Georgia sono comunque ritenuti illeciti.

La dottrina della ***responsibility to protect*** parte da un presupposto: se l'intervento umanitario è una facoltà, la *responsibility to protect* costituirebbe addirittura un **obbligo** dell'intervento armato a tutela di individui minacciati dal loro stesso stato. Qui sorge un problema, perché se si parla di obbligo: ***come possono degli stati avere addirittura l'obbligo di intervenire in altri stati a tutela degli individui minacciati da quegli stati?*** Si è detto che quest'obbligo dovrebbe essere adempiuto in primo luogo dal Consiglio di sicurezza; quindi, il Consiglio di

Sicurezza avrebbe non la facoltà, come dice la Carta delle Nazioni Unite, ma l'obbligo di intervenire contro gli stati che minacciano i diritti dei loro stessi cittadini.
Ma se il Consiglio di Sicurezza è bloccato dal veto di uno dei 5 membri permanenti? In questo caso, secondo gli autori della dottrina *responsibility to protect*, per lo più americani*,* dovrebbe intervenire l'Assemblea Generale. In questo caso le problematiche sono due:

1) L'Assemblea Generale non può emettere risoluzioni vincolanti.

2) L'Assemblea Generale ha delle competenze limitate in materia di mantenimento della pace, può discutere, emettere raccomandazioni ma non può assolutamente ordinare azioni operative al mantenimento della pace.

Questi autori della dottrina *responsibility to protect* fanno riferimento alla ***United for Peace del 1950***, quella risoluzione che risale alla guerra di Corea, che prevedeva che l'Assemblea Generale, se il Consiglio è bloccato, potesse ordinare l'intervento in stati che stiano minacciando dei diritti dei cittadini
Chi sostiene questa tesi dice che la *United for Peace* avrebbe inaugurato una prassi, ma ciò non è vero poiché ha trovato applicazione una volta soltanto, con la guerra di Corea. La realtà è che in quel caso l'Assemblea generale ha agito illecitamente, non poteva autorizzare gli stati a combattere in nome e per conto delle Nazioni Unite. Essendo un caso del tutto isolato, in conclusione, non si può usare la *United for Peace* per giustificare l'obbligo presunto della Nazioni Unite di intervenire con l'uso della forza contro quegli stati che violano i diritti dei loro cittadini.

Al netto dell'impossibilità di intervenire sia del Consiglio di Sicurezza che dell'Assemblea Generale, quindi, secondo la dottrina *responsibility to protect,* sarebbero gli stessi stati ad avere l'obbligo di intervenire negli stati che violano i diritti dei loro cittadini. Non può esistere però un obbligo degli stati, non è concepibile dal punto di vista strutturale del diritto internazionale; quindi, si tratta di costruzioni teoriche che non scalfiscono assolutamente questo divieto dell'uso della forza, la cui unica eccezione è rappresentata dalla legittima difesa.

Di fatto si tratta di una dottrina elaborata a uso e consumo degli Stati Uniti, per giustificare certe azioni come l'Afghanistan o l'Iraq, e non per niente è stata formulata da questa commissione parlamentare statunitense, Richies, nel 2003, subito dopo la Seconda Guerra del Golfo. L'unica applicazione pratica di questa dottrina potrebbe essere avvenuta nel caso della Libia, perché lì il Consiglio di Sicurezza ha autorizzato a intervenire gli stati e la NATO (con risoluzione 73 del 2011.