

DOMINIQUE CARREAU · FABRIZIO MARRELLA

DIRITTO INTERNAZIONALE

SECONDA EDIZIONE



GIUFFRÈ EDITORE

Sezione non inclusa

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

Periodici

AFDI	Annuaire Français de Droit International
AIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJIL	American Journal of International Law
ASIL	American Society of International Law
BYIL	British Yearbook of International Law
CDE	Cahiers de Droit Européen
CJIL	Chinese Journal of International Law
Clunet	V. Journal du Droit International
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale
DCSI	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
D	Dalloz, Paris
Dig.	Digesto delle discipline pubblicistiche (pub.) e privatistiche (priv.)
DPCI	Droit et Pratique du Commerce International
EJHR	European Journal of Human Rights
EJIL	European Journal of International Law
Foro it.	Il Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv.I.L.J.	Harvard International Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IFLR	International Financial Law Review
ILM	International Legal Materials
ILR	International Legal Reports
IYIL	Italian Yearbook of International Law
JCP	Jurisclasser périodique
JEDH	Journal européen des droits de l'homme - European Journal of Human Rights
JDI	Journal du Droit international (Clunet)
JIEL	Journal of International Economic Law
Leiden J.Int.L.	Leiden Journal of International Law
LPA	Les petites Affiches
LPIB	Law and Policy in International Business

MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NYIL	Netherland Yearbook of International Law
RAE	Revue des Affaires Européennes
RBDI	Revue Belge de Droit International
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
Rec.	Recueil
Rec. CIJ	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice/ ICJ Reports
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Rev.arb.	Revue de l'arbitrage
Riv. dir. int.	Rivista di Diritto Internazionale
Riv. dir.int.priv.proc.	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
Riv. arb.	Rivista dell'arbitrato
RDP	Revue de Droit Public
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RMC	Revue du Marché Commun
RSA	Raccolta delle Sentenze Arbitrali
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit européen
RTNU	Recueil des Traités des Nations unies
Vand. J.T.L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law Transnational Law
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law

Altri acronimi

Articoli CDI	Articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU
Articoli OIG CDI	Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali della Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU
Cass.	Corte di Cassazione
CEDU	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950
CVT	Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati
CVRC	Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari
CVRD	Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961 sulle relazioni diplomatiche
Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
CIG	Corte internazionale di giustizia
CGCE	Corte di giustizia delle Comunità europee
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
CPA/PCA	Corte permanente di arbitrato
CPI/ICC	Corte penale internazionale
CPGI	Corte permanente di giustizia internazionale
PESC	Politica estera e di sicurezza comune (dell'Unione europea)

TAM	Tribunali amministrativi misti
TAUN	Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite
TAOIL	Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea

Organismi internazionali frequentemente citati

BERS	Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo
BIRS	Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo
BRI	Banca dei regolamenti internazionali
CDI	Commissione di diritto internazionale (ONU)
CECA	Comunità europea del carbone e dell'acciaio
CEE	Comunità economica europea
CEEA	Comunità europea dell'energia atomica
FAO	Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura
IAEA	Agenzia internazionale per l'energia atomica
ICC/CPI	Corte penale internazionale
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti
CSCE	Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa
FAO	Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura
FMI	Fondo monetario internazionale
GATT	Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio
ICAO/OACI	Organizzazione dell'aviazione civile internazionale
IDI	Institut de Droit International
OCSE/ OECD	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OSCE	Organizzazione per la sicurezza e cooperazione in Europa
OIL/ILO	Organizzazione internazionale del lavoro
OMC/WTO	Organizzazione mondiale del commercio
OMI/IMO	Organizzazione marittima internazionale
OMS/WHO	Organizzazione mondiale della sanità
ONG	Organizzazione non governativa
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
OPEC	Organizzazione dei Paesi esportatori di petrolio
OUA	Organizzazione per l'Unità Africana
NATO	Organizzazione del Patto Nordatlantico
UE	Unione europea
UEE	Unione economica eurasiatica
UNCTAD	Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo
UNCITRAL	Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale

UNIDROIT	Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato
UNESCO	Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura

Ulteriori abbreviazioni

Cost.	Costituzione
Cod. civ.	Codice civile
Cod. nav.	Codice della navigazione
Cod. pen.	Codice penale
Cod. proc. civ.	Codice di procedura civile
Cod. proc. pen.	Codice di procedura penale

Sezione non inclusa

Capitolo I

INTRODUZIONE

IL DIRITTO DELLA SOCIETÀ INTERNAZIONALE

Lecture suggerite: S. A. KORFF, “Introduction à l’histoire du droit international”, in *RCADI*, 1923, p. 1-24; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, I, 3 ed., Padova, Cedam, 1927 [rist. 1964], p. 1 ss.; L.-E. LE FUR, “Le développement historique de droit international. De l’anarchie internationale à une communauté internationale organisée”, in *RCADI*, 1932-III, v. 41, p. 501-602; A. NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, McMillan, 1954; P. GUGGENHEIM, “Contribution à l’histoire des sources du Droit des gens”, in *RCADI*, 1958-III, v. 94, p. 1-84; A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 9 ss. e v. con particolare attenzione le osservazioni di W. FRIEDMAN, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964. Altri riferimenti in: TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, Paris, 1995; T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1-49; N. Q. DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU e A. PELLET, *Droit international public*, 8^a ed., 2009, Paris, *LGDJ*, p. 43-129; C. FOCARELLI, *Introduzione storica al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2012 e riferimenti ivi cit.; *Oxford Handbook of the History of International Law*, a cura di B. FASSBENDER, A. PETERS, S. PETER, D. HOGGER, Oxford, OUP, 2012; *Brierly’s Law of Nations*, 7th ed., a cura di A. CLAPHAM, Oxford, OUP, 2012, p.1 ss.; T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, I, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 2-184; M. HERDEGEN, *Völkerrecht*, 14 ed., Munich, Beck, 2015, pp. 1-68; A. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 3 ed., Berne, Stämpfli, 2015, p. 29-47; S. BESSON, *Droit international public*, 3 ed., Berne, Stämpfli, 2016, p. 1-31; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 3 ed. a cura di M. FRULLI, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 37 ss.; M. SHAW, *International Law*, 8 ed., Cambridge, CUP, 2017, p. 1-50. Un database (il Progetto Avalon) sulla storia del diritto internazionale è stato realizzato dall’Università di Yale ed è disponibile al sito: <http://avalon.law.yale.edu/default.asp>. V. altresì la rivista bilingue (in inglese e francese) *Journal of the History of International Law*, edita da Brill (Paesi Bassi). Per una prospettiva non eurocentrica v. Y. ONUMA, “A Transcivilizational Perspective on International Law. Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century”, in *RCADI*, 2009, v. 342, pp. 77-418, e per un’introduzione alle scuole statunitensi v. D. KENNEDY, *Nouvelles approches de droit international*, Paris, Pedone, 2009, nonché J.M. BENEYTO, D. KENNEDY (a cura di), *New Approaches to International Law: the American and European Experiences*, TMC Asser, The Hague, Netherlands, 2013. Per una stimolante analisi critica del diritto internazionale v. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2004, nonché in particolare Id., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2006. V. altresì A. BIANCHI, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, OUP, 2016.

1. Pluralismo giuridico e diritto internazionale. Terminologia di Bentham: “diritto internazionale pubblico” e “diritto internazionale privato”. — Ogni tipo di comunità umana, ogni *societas*, possiede un complesso di regole che svolgono la funzione principale di disciplinare i rapporti tra i soggetti che ne fanno parte. Ciò accade, come già osservava Aristotele nel suo libro sulla *Politica*, in quanto “ogni comunità è costituita in vista di un qualche bene”, del bene comune per i suoi membri ed è evidente che “la città è un prodotto naturale e che l’uomo, per natura, è un essere socievole [*zoon politikon*]” ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ARISTOTELE, *Politica*, Bari, Laterza, 2007, p. 2. Il dato viene confermato dai risultati a cui è pervenuta l’antropologia giuridica (v. ad es., N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, tr. it., Milano, Giuffrè,

Nel nostro tempo, l'esperienza comune ci porta a constatare facilmente che la *societas, ibi jus*, cioè « il diritto prima di essere norma, prima di essere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione » ⁽²⁾. Pertanto, il diritto si caratterizza per un duplice aspetto: da un lato, mira a determinare ed ordinare i comportamenti degli uomini in quanto membri di una *societas* (funzione prescrittiva del diritto); dall'altro lato, è innegabile che il diritto sia il prodotto, storicamente determinato, di quella stessa *societas* e dei rapporti esistenti fra i membri della stessa.

Per altro verso, si sottolinea che ogni *norma sociale* si compone di due elementi: a) l'*oggetto*, cioè il fatto che la norma valuta e b), la *valutazione*, ossia “la qualifica che la norma annette all'azione contemplata e che importa per determinati soggetti, a cui si indirizza, certi effetti sociali...Le qualifiche di giusto ed ingiusto, onesto e disonesto, corretto e scorretto, che si applicano ad un determinato contegno” del soggetto di diritto, “non sono caratteri intrinseci ed assoluti del contegno a cui si riferiscono: esse sono le valutazioni che quel determinato contegno riceve da certe norme sociali” ⁽³⁾.

Così, ciascuno di noi, nella propria esperienza di vita quotidiana, sa bene che il proprio comportamento è condizionato dal rispetto di un'ampia tipologia di regole eterogenee che variano in funzione della collettività umana (ente o gruppo o corpo sociale o istituzione) di riferimento avendosi, ad esempio, norme giuridiche dello Stato, regole deontologico-professionali, regole religiose, regole sportive, regole etico-morali, regole di costume.

In tale prospettiva, diviene facile osservare che, *nell'ambito di uno stesso territorio statale*, possono convivere con l'ordinamento giuridico statale più *ordinamenti a carattere non statale* le cui regole varranno però, per lo Stato, nei limiti stabiliti da quest'ultimo, giacché nel proprio territorio le *sue* norme si impongono per effetto della propria sovranità (così avviene per l'ordinamento sportivo, per le norme di diritto canonico della Chiesa cattolica, per le regole che i privati si danno partecipando ad un'associazione o ad un partito, per le regole etico-morali e quelle deontologiche che deve rispettare chi vuole esercitare una data professione e così via) ⁽⁴⁾.

D'altra parte, risulta altrettanto evidente — basti guardare un mappamondo o *googlemaps* dal proprio cellulare — che accanto all'ordinamento giuridico italiano costituito, appunto, dalle norme giuridiche vigenti nello Stato italiano, coesistono sulla mappa terrestre altre e diverse norme appartenenti ad *altri ordinamenti a carattere statale*: le norme degli Stati stranieri. Ed allora, poiché, “[c]iascuno di noi vive nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico nazionale” — sono parole di Antonio Cassese — si ha che “[p]er questa ragione, spesso inconsapevolmente, si è

1992) e la sociologia del diritto (v. ad es. R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, 6 rist., Torino, Einaudi, 2011).

⁽²⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2 ed., Firenze, Sansoni, 1946, p. 27. Id., p. 50: « Se si ha riguardo al momento in cui le istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento, si vede subito che questo momento non è determinato da una norma preesistente ». L'origine del brocardo latino resta controversa ma venne impiegata da U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, Discorso preliminare, par. VIII [*Il diritto della guerra e della pace (prolegomeni e libro primo)*], a cura di F. ARICI e F. TODESCAN, Padova, Cedam, 2010]. In argomento v. pure *Brownlie's Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, cit., p. 20: “International Law provides a normative framework for the conduct of interstate relations. In this sense, International Law is no exception to the maxim of *ubi societas, ibi jus*: where there is social structure, there is law”.

⁽³⁾ T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1967 [3 rist. 1994], p. 10 s.

⁽⁴⁾ V., ad es., G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, 10 ed., Padova, Cedam, 2017, p. 6 ss.

portati a credere che ogni altro ordinamento giuridico presenti caratteri simili a quelli dei sistemi statali” (5).

Tali considerazioni preliminari appaiono particolarmente utili allorché ci si accinga a studiare il “Diritto internazionale” (*International Law/Droit international/Derecho internacional/Internationales Recht*), posto che la specifica *societas* di cui si occupa la nostra materia non è una *societas* “nazionale”, bensì è quella “internazionale” ed il *suo* diritto. Che cos’è, dunque, il “diritto internazionale”? Come si formano, si leggono, si interpretano le sue norme e, soprattutto, come e a chi si applicano?

A tale domanda risponderemo per approssimazioni successive.

a) **Accezioni e possibili definizioni di “diritto internazionale”**

Si è spesso sostenuto — soprattutto in passato — che il diritto internazionale fosse il prodotto della civiltà occidentale cristiana e che fosse nato con l’inizio dell’era moderna, a partire dal XVI secolo.

Tale affermazione appare corretta se si definisce, in prima approssimazione, il “diritto internazionale” come l’insieme delle regole, scritte e non scritte, che disciplinano le relazioni tra Stati. In tale contesto, per impiegare una terminologia utilizzata da Bentham, tale *corpus juridicum* viene denominato *diritto internazionale pubblico* in contrapposizione ad un altro ramo del diritto: il *diritto internazionale privato* (6).

Attraverso tale partizione, il giurista qualunque, avvezzo alla distinzione tra “diritto privato” e “diritto pubblico” su cui ha forgiato per anni all’Università il proprio sapere giuridico, si sente psicologicamente rassicurato ed è portato a pensare che tale tipica partizione dell’*ordinamento giuridico interno* (7) valga anche, per i rapporti esterni dello Stato, siano essi di natura internazional-pubblicistica (i rapporti con gli altri Stati), siano essi a carattere internazional-privatistico (i rapporti tra soggetti privati appartenenti a Stati diversi). La parola “internazionale”, così penserà quel giurista, probabilmente costituisce poco più che un aggettivo e dunque il “diritto internazionale” non corrisponde ad un altro ordinamento né, dunque, ad una vera e propria specializzazione professionale. Del resto, la rappresentazione superficiale di alcune crisi internazionali che gran parte della stampa offre non incita ad ammettere facilmente che il diritto internazionale sia — come in realtà è — la scienza più complessa ed affascinante del mondo del diritto. Tali equivoci vengono alimentati, anche dalla faciloneria con cui oggi in Italia — e solo in Italia — si utilizza la parola “sovrnazionale” quale sinonimo generico di “internazionale” ad opera di chi, ignorando lo sviluppo plurisecolare della nostra materia ed i risultati a cui è pervenuta la sua dottrina, pensi che il diritto esterno allo Stato sia sempre “sovrnazionale” (si direbbe *Supranational Law* un vocabolo che, in inglese, ovviamente non utilizza nessuno, impiegando invece sempre e correttamente il termine *International Law* e declinandolo in *International Private Law*, *International Criminal Law*, *International*

(5) A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 3 ed. a cura di M. FRULLI, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 21.

(6) J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1780.

(7) Com’è noto, la partizione tra *diritto privato* e *diritto pubblico* è di origine romanistica. Tale partizione viene operata nel *Digesto* di Giustiniano (*Dig.* 1,1,1,2) e nelle *Istituzioni* laddove, seguendo Ulpiano, si indica, con riferimento al diritto romano: “Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet” (*Inst.*, 1, 1, 4). In arg. cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli, Jovene, 2002, p. 29.

Business Law, International Tax Law e così via). Diversamente, se esistesse un diritto “sovranazionale”, si avrebbe che, ad esempio, — eccezion fatta per il caso del diritto dell’Unione europea — l’Italia, gli Stati Uniti, Cuba, l’India, il Marocco o il Brasile fossero agli ordini di un potere superiore, di un superstato mondiale come tale, appunto, “sovra-nazionale”, da cui dipendesse la loro sovranità, l’ordinamento giuridico di cui sono portatori e, dunque, la validità ed efficacia delle proprie norme nazionali.

*Nulla di tutto ciò, ovviamente, si verifica nella concreta realtà empirica del diritto: non esiste — eccetto che per il diritto canonico e per i mistici — una società umana universale retta da un diritto amministrativo globale o da un diritto privato o penale “sovranazionale” né, tantomeno, “universale” o “globale”. Viceversa, il dato empirico è che esiste una **pluralità di enti**, creati quasi sempre in modo violento da comunità umane stanziatesi su territori circoscritti, i quali esprimono una *propria struttura politica di governo ed un proprio sistema di regole*, ossia **un proprio diritto interno**. A tali comunità umane si dà ancor oggi il nome di **Stati** e, come vedremo oltre (Cap. XV), si tratta dei *soggetti originari e primari* (seppur non esclusivi), in un certo senso “naturalisti”, dell’ordinamento giuridico internazionale. Tali comunità umane e quindi tali enti, indipendenti e sovrani (art. 2, par. 1, Carta ONU) sono portatori di un proprio ordinamento giuridico e di **interessi propri**, distinti dagli interessi dei singoli individui componenti ciascuna comunità. Inoltre, si tratta di enti che sono portatori di interessi propri anche rispetto agli altri enti che popolano il nostro pianeta. Ma ciascuna comunità umana non vive isolata — soprattutto oggi, nell’era di internet — bensì sviluppa necessariamente delle **relazioni con le altre comunità umane**, relazioni che possono essere di mera *coesistenza*, oppure di *coordinamento*, di *cooperazione* più o meno accentuata (si pensi all’Unione europea) e, talvolta, anche di *interferenza*: l’insieme di tali relazioni va a costituire il fondamento dell’**ordinamento giuridico internazionale** ⁽⁸⁾. Ne segue dunque che, *a differenza dell’ordinamento interno di uno Stato dato, l’ordinamento internazionale non nasce e si struttura grazie ad un “atto costitutivo” (né, tantomeno, grazie ad una “costituzione”), bensì per la semplice circostanza, per il fatto storico, che gli enti-Stato esistono ed interagiscono tra loro*. La coesistenza di più enti similari, in origine a carattere statuale, che si trovano fra di loro in relazione, una relazione in cui si manifestano i reciproci interessi, costituisce dunque il nucleo originario della **società o Comunità internazionale**. È una *societas* universale e pluralista in quanto abbraccia tutte le forme di relazione giuridica internazionale e oggi comprende, anche altre e diverse tipologie di enti-soggetti quali le organizzazioni intergovernative, la Santa sede, i movimenti insurrezionali, le imprese transnazionali e gli individui. Pertanto, non è il diritto internazionale ad essere “sovranazionale” ma solo qualche sua norma può essere considerata tale in quanto i soggetti dell’ordinamento internazionale le riconoscano un valore imperativo, ossia superiore alle altre norme del medesimo ordinamento. Si tratta, come vedremo a suo luogo (Cap. III) di delicatissime questioni che vanno puntualmente verificate.*

Termine estratto capitolo

(8) Oltre a quanto già detto nel capitolo I, cfr. *Lezioni di diritto internazionale*, 7 ed., Padova, 2014, pp. 1-10.

PRIMA PARTE

LA SUPERIORITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Capitolo II

IL PRIMATO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE SUL DIRITTO INTERNO

1. Una superiorità globale. — Si è detto che, da un punto di vista storico, gli Stati erano i soli soggetti del diritto internazionale “pubblico” tradizionale, di conseguenza, era normale limitare la questione della superiorità del diritto internazionale con riferimento al solo diritto interno emanato dagli Stati nazionali. Benché, come abbiamo indicato nel capitolo precedente, tale questione vada oggi studiata con riferimento non più alle sole norme interstatali ma includendovi anche quelle a carattere transnazionale, il primo tipo di rapporti giuridici rimane il più delicato da regolare.

2. Una superiorità logica. — Se affrontiamo la questione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, dal punto di vista della logica giuridica, il primato del diritto internazionale dovrebbe ricavarsi “da sé” e non sollevare alcuna difficoltà particolare. Michel Virally l’ha ben dimostrato osservando che: “qualunque ordinamento giuridico è superiore ai suoi soggetti altrimenti non è tale...il diritto internazionale sarebbe inconcepibile se si affermasse che le sue norme non si impongono ai suoi soggetti. Negare la sua superiorità, significa dunque negarne l’esistenza” ⁽¹⁾. E persino trent’anni prima, in un periodo storico dominato dall’ideologia fascista e dalla supremazia dello Stato, in Italia Prospero Fedozzi, nella sua *Introduzione al Trattato di diritto internazionale* diretto con Santi Romano, aveva potuto osservare che “constatare la superiorità del diritto internazionale sul diritto interno si affermi anche nel senso che il primo delimita la sfera di libertà giuridica lasciata agli Stati, in modo da poter ritenere per esatta la definizione che varii recenti scrittori hanno dato della sovranità vista nei rapporti internazionali, la definizione cioè di una competenza nei limiti tracciati dal diritto internazionale” ⁽²⁾.

Ciò considerato, appare evidente che la *raison d’être* del diritto internazionale è quella di porre ed imporre il rispetto di regole uniformi, mentre il diritto interno, per definizione, stabilisce delle norme proprie a ciascun Paese. L’uniformità della norma

⁽¹⁾ M. VIRALLY, *Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droit interne*, in *Mélanges Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488 ss., p. 497: “tout ordre juridique s’affirme supérieur à ses sujets, ou bien il ne l’est pas... le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence”.

⁽²⁾ P. FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale e Parte generale*, in *Trattato di diritto internazionale* diretto da P. FEDOZZI e S. ROMANO, cit., 1933, p. 299.

internazionale postula perciò la sua superiorità in rapporto alla specificità del diritto interno e degli atti interni dello Stato.

3. Un problema in via di superamento. — Ai giorni nostri, e vi abbiamo più volte fatto riferimento, la separazione tra ordinamento giuridico internazionale e ordinamento giuridico interno è lungi dall'essere così netta come un tempo. Il processo attuale di “civilizzazione” del diritto — cioè la sua elaborazione su scala planetaria ad opera della c.d. “società civile” — tende a rendere più permeabili le frontiere tra quei due ordinamenti. Oggi, numerose regole, anche se “formalmente” interne, sono, in realtà, di origine internazionale-transnazionale quanto al loro contenuto materiale (v. *infra* Cap. IX).

4. Piano espositivo. — Allo stato attuale della nostra materia, si continua ad assistere ad un curioso paradosso: mentre il principio della superiorità del diritto internazionale sul diritto interno viene integralmente riconosciuto a livello internazionale (Sezione I); dal punto di vista del diritto interno dei singoli Stati quel medesimo principio trova solo parziale accoglimento (Sezione II).

Sezione I

UN PRINCIPIO INTEGRALMENTE RICONOSCIUTO A LIVELLO INTERNAZIONALE

5. Un riconoscimento “obliquo”. — Il primato del diritto internazionale che, come abbiamo indicato, costituisce il fondamento stesso della giustificazione della sua esistenza, non si trova espressamente menzionato in quella sorta di “costituzione” dell'ordinamento internazionale contemporaneo che è la Carta dell'ONU. In realtà, durante la Conferenza di San Francisco del 1945, la delegazione belga propose di includere tale principio nel testo del futuro trattato, ma detta proposta non venne adottata, in quanto la maggioranza richiesta dei due terzi degli Stati partecipanti non poté essere raggiunta. Poco tempo dopo, a partire dal 1949, la Commissione di diritto internazionale (CDI) dell'ONU, appena costituita, inserì quel principio nella sua Dichiarazione dei Diritti e dei Doveri degli Stati (art. 13). Successivamente, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, ne diede formale consacrazione — anche se in modo “obliquo”. L'art. 27 di questa importantissima Convenzione dispone infatti che: “*Una parte non può invocare le disposizioni del proprio diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato*”.

6. Una superiorità d'insieme. — Il “principio di superiorità” significa dunque che le norme internazionali a carattere obbligatorio e vincolante (cioè tutto il diritto internazionale positivo e non solo i trattati) prevalgono sul diritto interno, che si tratti di norme costituzionali, legislative, regolamentari o di decisioni giudiziarie.

§ 1. — La “superiorità” del diritto internazionale sulle norme costituzionali

1. — La prassi arbitrale

Tre casi celebri meritano di essere qui citati.

7. Il caso dell'“Alabama” (1872). — L'“Alabama” era una nave militare delle forze sudiste della Confederazione americana, all'epoca della Guerra di Secessione. La Confederazione aveva acquistato questa nave in un cantiere navale inglese e si trattava di una efficientissima macchina bellica giacché riuscì a causare numerosi danni alle forze “nordiste”, prima di essere affondata nel 1864 al largo di... Cherbourg, in Francia. Dinanzi al collegio arbitrale, presieduto da un giurista italiano, il Conte Federico Sclopis, la Gran Bretagna chiedeva di essere esonerata da ogni responsabilità nella misura in cui essa — pur essendo all'epoca una Potenza neutrale — non disponeva degli strumenti giuridico-costituzionali necessari per impedire la costruzione sul proprio territorio di navi da guerra da rivendere a Stati terzi.

Il collegio arbitrale rigettava, tuttavia, tale argomentazione difensiva fondata sull'“insufficienza di mezzi giuridici” di ordine interno a disposizione della Gran Bretagna. Per gli arbitri, infatti, non si trattava di una circostanza sufficiente a giustificare una violazione da parte della Gran Bretagna degli obblighi internazionali di neutralità a proprio carico durante la Guerra di Secessione americana ⁽³⁾. Il lodo, pronunciato a Ginevra, stabilì dunque la responsabilità britannica per violazione di norme consuetudinarie in materia di neutralità nell'ambito di un conflitto armato internazionale tra uno Stato e un governo insorto (il governo confederato del Sud), da considerare come *soggetto belligerante*.

8. Caso del “Montijo” (1875). — La controversia del “Montijo” tra gli Stati Uniti e la Colombia sollevò un problema analogo: qui si trattava dell'antinomia tra le norme di un trattato internazionale e quelle della costituzione della Colombia. La Colombia, infatti, sosteneva che le norme della propria Costituzione le impedivano di rispettare i termini di un trattato regolarmente concluso con gli Stati Uniti. Ciò, tuttavia, significava affermare la superiorità della Costituzione colombiana (ossia del diritto interno) sul diritto internazionale. Ebbene, anche qui, nel rigettare tale argomentazione, gli arbitri affermarono a chiare lettere che “[u]n trattato è superiore alla Costituzione” ⁽⁴⁾.

9. Il caso “Georges Pinson” (1928). — Anche il caso *Georges Pinson*, relativo ad una controversia tra la Francia ed il Messico, sollevò il problema dei rapporti tra un trattato internazionale e la Costituzione nazionale. Qui, si trattava delle norme della Costituzione messicana relative alla concessione della cittadinanza. Orbene, anche in questo caso, l'arbitro fece prevalere il trattato franco-messicano sulle norme costituzionali messicane. Affermò in termini inequivocabili che “[è] incontestabile ed incontestato che il diritto internazionale è superiore al diritto interno. Le norme nazionali non sono senza valore per i tribunali internazionali, ma detti tribunali non sono vincolati da quelle norme” ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Testo in A. DE LAPRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, II, Paris, Pedone, 1905, p. 713 e ss.

⁽⁴⁾ Testo in J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party, Together with Appendices Containing the Treaties Relating to such Arbitrations, and Historical Legal Notes*, Washington, Gov. Printing Office, 1898, II, p. 1440.

⁽⁵⁾ TAM, *Francia c. Messico*, Lodo Verzijl, in *RSA*, V, p. 327.

2. — La prassi giudiziaria

È possibile citare altri precedenti tratti tanto dalla giurisprudenza della CPGE quanto da quella della Corte di giustizia UE.

a) *Il contributo della CPGI*

10. — Nel caso relativo al *Trattamento dei cittadini polacchi e di altre persone di origine o lingua polacca nel territorio di Danzica*, la città libera di Danzica riteneva di poter applicare ai polacchi le proprie norme costituzionali in deroga alle norme fissate nel trattato internazionale a loro favore. Nel parere consultivo che ne seguì, la CPGI rigettò tale tesi, affermando la superiorità del diritto internazionale pattizio sul diritto costituzionale locale. La Corte si esprime in questi termini:

“in base ai principi generali generalmente accettati, uno Stato non può basarsi, nei confronti di un altro Stato, sulle disposizioni della Costituzione del secondo ma solo sul diritto internazionale e su obbligazioni internazionali debitamente assunte...Di converso, uno Stato non può invocare nei confronti di un altro Stato la propria Costituzione con il proposito di sottrarsi ad obblighi che lo vincolano in base al diritto internazionale e a trattati in vigore” (6).

Questa posizione tradizionale sarà riaffermata dalla CIG nel suo parere del 26 aprile 1988 relativo al caso dell'Ufficio dell'OLP presso le Nazioni Unite (7).

b) *Il primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Bibliografia sommaria: D. CARREAU, “Droit communautaire et droits nationaux; concurrence ou primauté, la contribution de l'arrêt Simmenthal”, *RTDE*, 1978, p. 381 ss.; J.P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 2015; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 7ª ed., 2012, p. 189 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 2014, p. 294 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 5ª ed., 2017, p. 431 ss. e riferimenti ivi citati; M. DI STEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, ES, 2017; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018. V., per un aggiornamento permanente, il sito internet della Corte, www.curia.eu.

11. — La Corte di giustizia dell'Unione europea ha posto dei principi analoghi a quelli appena illustrati in una delle sue prime e più celebri sentenze: il caso *Costa c. Enel* (8). Qui, la Corte evidenziò chiaramente la specificità del “diritto comunitario” per poi affermarne la superiorità d'insieme sul diritto interno degli Stati Membri. La Corte si esprime in questi termini:

“a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE [oggi UE, *n.d.r.*] ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri... scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza

Termine estratto capitolo

Capitolo III

LA GERARCHIA DELLE NORME NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Bibliografia sommaria: P. GUGGENHEIM, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, in *RCADI*, 1958/II, v. 94, p. 1 e ss.; M. VIRALLY, “The Sources of International Law”, in *Manual of Public International Law*, a cura di SØRENSEN, London, 1968, p. 116; CH. ROUSSEAU, *Traité de droit international public*, t. 1, *Introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970; P. WEIL, “Vers une normativité relative du droit international”, in *RGDIP*, 1982, p. 5; R. MONACO, *Observations sur la hiérarchie des sources en droit international*, in *Mél. Mosler*, 1983, p. 559; E. ROUCOUNAS, “Engagements parallèles et contradictoires”, *RCADI*, v. 206, 1987-VI, p. 9-288; R. MONACO, “Fonti del diritto (diritto internazionale)”, in *Enc. Giur.*, vol. XV, 1989; *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., London, 1992, p. 22; R. HIGGINS, *Problems and Process*, Oxford, OUP, 1994, p. 1-55; B. SIMMA, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, in *RCADI*, t. 250, 1994, p. 229 ss.; D. SHELTON, “Normative Hierarchy in International Law”, *AJIL*, 2006, p. 291; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 3 ed., cit., p. 69 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., 221 ss.; *Brownlie’s Principles of Public International Law*, a cura di J. CRAWFORD, 8 e., Oxford, OUP, 2012, p. 20 ss.; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014; U. LEANZA, I. CARACCILOLO, *Diritto internazionale. Parte generale*, 3^a ed., cit., p. 139 ss.; P. PICONE, “Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro”, *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1081 ss.; M. SHAW, *International Law*, cit., p. 51 ss.; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2016, p. 133 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 253 ss.; AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 2016, Capp.II-III; J. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 3^a ed., cit., p. 49 ss.; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 5^a ed., cit., p. 171 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 3^a ed., cit., p. 111 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., cit., p. 39 ss.; M. SHAW, *International Law*, 8^a ed., cit., p. 51 ss. V. anche la Ris. IDI adottata a Cracovia (Rapp. G. GAJA) nel 2005 in tema di “Obligations and rights erga omnes in International Law” al sito <http://www.idi-iil.org/>

1. Le fonti del diritto internazionale: una gerarchia controversa. — In base all’art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG), le principali fonti di produzione delle norme giuridiche internazionali sono gli *accordi conclusi dai soggetti di diritto internazionale su base consensuale e vevoli nei rapporti reciproci* (trattati, v. *infra* Cap. IV); la *consuetudine internazionale* che attesta una pratica generale accettata come diritto (norme consuetudinarie, v. *infra* Cap. X) ed i *principi generali di diritto* riconosciuti dalle Nazioni civili (v. *infra* Cap.XI). Quali mezzi sussidiari per determinare le norme giuridiche internazionali vengono indicate le *decisioni giudiziarie* (v. *infra* Cap. XIII) e la *dottrina più autorevole delle varie Nazioni* (v. *infra* Cap. XII).

Nonostante le ricostruzioni dogmatiche operate da parte della dottrina, la realtà è che, da un punto di vista formale, *non viene fissato alcun ordine gerarchico tra le fonti del diritto internazionale elencate — in modo neppure esaustivo! — all’art. 38 dello Statuto della CIG. Pertanto, ogni “verticalizzazione” del sistema normativo, sebbene evidenziata osservando la prassi, deve essere presentata con la massima cautela* ⁽¹⁾. Né,

(1) V. a tale riguardo, la bibliografia sopra citata. V. ad es., *Brownlie’s Principles of Public International Law*, cit. p.: “There is no express hierarchy, but the draftsmen stipulated an order, and in one

appare decisiva l'osservazione secondo la quale una gerarchia comunque è data che l'art. 38 dello Statuto della CIG pone, letteralmente al primo posto, i trattati poi la consuetudine ed infine i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. Dall'esame dei lavori preparatori emerge che i redattori dell'art. 38 non volevano introdurre una gerarchia delle fonti in senso tecnico ma solo un ordine delle fonti che la CIG avrebbe applicato in caso di controversia sottoposta alla sua cognizione. Pertanto, è pacifico nella letteratura internazionale che "si tratta...di un ordine logico e non di una gerarchia in senso tecnico. Quest'ultima, infatti, imporrebbe dei risultati obbligatori in presenza di più fonti concorrenti tra le quali scegliere la norma applicabile al caso di specie" ⁽²⁾.

Cionondimeno, se si esaminano da vicino i più recenti sviluppi del diritto internazionale, è possibile notare la progressiva comparsa di una certa gerarchia tra le norme del diritto internazionale: in particolare, alcune tra di esse appaiono più "importanti" o fondamentali di altre, al punto tale che non è possibile derogarvi. È così che, per utilizzare un'espressione ben nota nel diritto interno, si sviluppa progressivamente una "*supra-legalità*" internazionale (Sezione I).

Insomma, con il vasto e graduale sviluppo del diritto internazionale, una certa gerarchia inizia a precisarsi sicché è possibile ordinare meglio le diverse fonti del diritto internazionale (Sezione II).

2. Una gerarchia imperfetta ma che dimostra il miglioramento qualitativo del diritto internazionale contemporaneo. — È chiaro che il sistema delle fonti del diritto internazionale, così come oggi si presenta ai nostri occhi, è lungi dall'essere quello dell'inizio del secolo scorso. Dall'altro lato, è ben lontano dal raggiungere la precisione della gerarchia delle fonti del diritto interno. Ciononostante, per quanto imperfetta, una certa gerarchia delle fonti del diritto internazionale inizia a delinearsi e, come si vedrà dappresso, si ricollega agli sviluppi contemporanei ed al miglioramento qualitativo generale dell'ordinamento internazionale.

Sezione I

LE NORME SOVRANAZIONALI

3. — Affermare che esistano delle norme internazionali "superiori", che si impongono a tutti, alle quali è impossibile derogare, significa anche ritornare all'antica idea di "diritto naturale", un'idea che ha sempre fatto parte della storia del diritto internazionale.

Si possono qui citare due ambiti del diritto internazionale contemporaneo che costituiscono un raro esempio di "*supra-legalità*" o, se si preferisce, di "*verticalizzazione*" internazionale: il mantenimento della pace (1) e lo *jus cogens* (2).

draft the word "successively" appeared....But it is unwise to think in terms of hierarchy as dictated by the order [of art.] a) to d) in all cases".

⁽²⁾ Così, esattamente, R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, ed., cit., p..

§ 1. — *Il mantenimento della pace: il primato della Carta delle Nazioni Unite*

4. — Il mantenimento della pace costituisce indubbiamente la più grande preoccupazione internazionale, almeno dalla fine della prima guerra mondiale. È ciò che spiega, dapprima, il primato riconosciuto al Patto della Società delle Nazioni e, poi, alla Carta delle Nazioni Unite.

1. — *Il precedente: il primato del Patto della SdN*

5. — L'art. 20 del Patto della SDN non poteva essere più chiaro a tale riguardo. Esso prevedeva che:

“1. I membri della Società riconoscono, ciascuno per quanto lo concerne, che il presente Patto abroga tutti gli obblighi o intese incompatibili coi suoi termini e si impegnano solennemente a non contrarne in avvenire di simili;

2. Nel caso che alcuni dei membri della Società, prima di entrare a farne parte, abbia assunto obbligazioni incompatibili con le disposizioni del presente Patto, avrà il dovere di fare subito i passi occorrenti per liberarsene”.

2. — *La sua formulazione attenuata: l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite*

6. — Nella Carta dell'ONU, l'art. 103 precisa che:

“In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto”.

Si noti che qui non si tratta di una semplice norma di conflitto. I trattati incompatibili con le disposizioni della Carta possono rimanere in vigore tra le Parti contraenti. Non saranno tuttavia “opponibili” agli Stati terzi ed alle Nazioni Unite. La sanzione, prevista all'art. 20 del Patto della Società delle Nazioni, che prevedeva l'abrogazione automatica di tutti i trattati ad esso contrari, è infatti scomparsa.

7. Conferma della Corte Internazionale di Giustizia. — Va altresì osservato che, nella sentenza del 26 novembre 1984, relativa alle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (eccezioni preliminari) della CIG, la Corte dovette, per la prima volta nella sua storia, pronunciarsi sul conflitto tra gli obblighi derivanti dalla Carta dell'ONU e quelli sorti da altri trattati vincolanti le medesime parti. La Corte affermò senza alcuna ambiguità la superiorità dei primi sui secondi con queste parole: “tutti gli accordi regionali, bilaterali e anche multilaterali che le parti della presente controversia possono aver concluso aventi ad oggetto la risoluzione delle controversie o la giurisdizione della Corte internazionale di Giustizia sono sempre subordinati alle disposizioni dell'art. 103” (punto 107 della sentenza).

3. — *Il riconoscimento del primato della Carta delle Nazioni Unite nella prassi degli Stati*

8. L'articolo 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. — Il primato della Carta dell'ONU viene espressamente riconosciuto dalla Convenzione di Vienna

sul diritto dei trattati del 1969 (v. *infra* Cap. IV), all'art. 30, par. 1. La Commissione del diritto internazionale motivava tale riconoscimento in ragione della "posizione che la Carta delle Nazioni Unite occupa nel diritto internazionale contemporaneo, (della sua) importanza e del fatto che gli Stati membri dell'ONU costituiscono una parte considerevole della comunità internazionale" ⁽³⁾.

9. Altri esempi. — Inoltre, in un numero considerevole di trattati internazionali si riconosce espressamente la superiorità delle disposizioni della Carta dell'ONU. È così che, a titolo di esempio, possiamo citare il *Patto Atlantico* istitutivo della NATO del 1949 (art. 7), il *Trattato interamericano di assistenza reciproca* (o Trattato di Rio) del 1947 (artt. 1, 2, 3, 5, 7), e soprattutto, la Carta dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS) del 1948 (art. 102), la Carta dell'Organizzazione degli Stati dell'America Centrale del 1951 (art. 18).

4. — L'incidenza diretta e concreta del primato della Carta delle Nazioni Unite: le "sanzioni" di cui al Capo VII

10. Il primato del diritto originario e del diritto derivato sul diritto interno. — Il primato generale della Carta delle Nazioni Unite rispetto alle regole del diritto internazionale ad essa contrarie fa pensare, *mutatis mutandis*, alla superiorità delle norme costituzionali su quelle della legge ordinaria nell'ordinamento interno. A volte, tuttavia, il primato si estende anche a favore del "diritto derivato" (ossia agli atti) delle Nazioni Unite ed un esempio viene offerto dall'attuazione delle sanzioni adottate in base al Capo VII della Carta ⁽⁴⁾.

La superiorità dell'atto unilaterale dell'ONU incarnante una decisione obbligatoria del Consiglio di Sicurezza venne chiaramente riconosciuta ed affermata dalla CIG nelle sue ordinanze del 14 aprile 1992 sulle *questioni di interpretazione e applicazione della Convenzione di Montréal* del 1991. Tali ordinanze furono pronunciate a seguito dell'incidente aereo di Lockerbie e videro la Corte affermare che gli Stati membri dell'ONU erano tenuti ad accettare ed applicare siffatte decisioni, decisioni che prevalevano sui loro obblighi derivanti da qualsiasi altro accordo internazionale.

In una serie di importanti pronunce, il Tribunale di primo grado delle Comunità europee fece propria quell'analisi, precisando inoltre che, pur se "a differenza dei suoi Stati membri, la Comunità in quanto tale non è direttamente vincolata alla Carta delle Nazioni Unite e pertanto non è tenuta... ad accettare ed applicare le risoluzioni [vincolanti] del Consiglio di Sicurezza", essa deve tuttavia "essere considerata vincolata agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, alla stessa stregua dei suoi Stati membri, in base allo stesso Trattato che la istituisce" ⁽⁵⁾. In appello, la Grande

⁽³⁾ Rapporto del 1966, p. 48.

⁽⁴⁾ Cfr. PH. WECKEL, "Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité", in *AFDI*, 1991, p. 165, e SEVERIN, *La Grande Jurisprudence du Chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995.

SECONDA PARTE

L'ELABORAZIONE DELLE NORME DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Titolo I

LE NORME SCRITTE DI ORIGINE CONVENZIONALE

Capitolo IV

I TRATTATI CONCLUSI TRA GLI STATI

Bibliografia sommaria: W. JENKS, “Les instruments internationaux à caractère collectif”, in *RCADI*, 1939-II, v. 69, p. 448; M. LACHS, “Le développement et les fonctions des traités multilatéraux”, in *RCADI*, 1957-II, v. 92, p. 229; LORD MC NAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961; S. ROSENNE, *The Law of Treaties. A Guide to Legislative History*, Leyden, 1970; R. AGO, “Le droit des traités à la lumière de la convention de Vienne”, in *RCADI*, 1971, vol. 134, p. 297; P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, A. Colin, 1972 (e 3ª ed. di Ph. CAHIER, PUF, Paris, 1995); L. SOHN, “Settlement of disputes relations to interpretation and application of treaties”, in *RCADI*, 1976, vol. 150, p. 295; M. K. YASSEN, “L’interprétation des traités d’après la convention de Vienne sur le droit des traités”, in *RCADI*, 1976, V.151, p. 1 ss.; S. RIESENFIELD, “The Doctrine of Self Executing Treaties”, *AJIL*, 1980, pp. 892-904; SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, Padova, Cedam, 1983; S. ROSENNE, *The Law of Treaties. A guide to the legislative history of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed., Manchester, MUP, 1984; S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985; E. SCISO, *Accordi internazionali configgenti*, Bari, 1986; P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, Padova, CEDAM, 1990; J. COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, PUF, Que sais-je?, n. 2613, 1991; G. STROZZI, *Il diritto dei trattati*, Torino, Giappichelli, 1999; G. GAJA, voce *Trattati internazionali*, in *Dig./Pubb.*, XV, Torino, 2000; N. RONZITTI (a cura di), *Il diritto dei trattati nelle attività di interesse delle Forze armate*, Roma, 2002; M. FITZMAURICE, O. ELLAS, *Contemporary issues in the Law of Treaties*, Utrecht, 2005; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 313 ss.; O. CORTEN, P. KLEIN, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, 3 vol., Bruxelles, Bruylant, 2006; L. SBOLCI, *Obblighi di procedura nell’estinzione dei trattati*, Padova, 2008; *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, ed by E. CANNIZZARO, Oxford, OUP, 2010; DÖRR, *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Heidelberg, 2012; D. HOLLIS (Ed.), *The Oxford guide to Treaties*, OUP, 2012; Brownlie’s *Principles of Public International Law*, 8ª ed., cit., p. 367 ss.; U. LEANZA, I. CARACCILO, *Diritto internazionale*, 3ª ed., cit., p. 173 ss.; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed., Cambridge, CUP, 2013; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, 2ª ed. cit., II, 2015, p. 1 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., cit., p. 69 ss.; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 337 ss.; J. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 3ª ed., cit., p. 79 ss.; V. DE OLIVEIRA MAZZULI, *The Law of Treaties*, Forense, Rio de Janeiro, 2016; AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 91 ss.; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 5ª ed., cit., p. 201 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, 3ª ed., cit., p. 3 ss.; M. SHAW, *International Law*, 8ª ed., cit., p. 684 ss.. V. pure il *Treaty Handbook* del servizio giuridico dell’ONU al sito: https://treaties.un.org/pages/Resource.aspx?path=Publication/TH/Page1_en.xml. V. altresì i rapporti della CDI (soprattutto il rapporto finale del 1966) al sito web della CDI <http://www.un.org/law/ilc/>.

INTRODUZIONE

1. Cenni preliminari. *In linea generale, un accordo internazionale è l'incontro delle*

manifestazioni di volontà di due o più soggetti dell'ordinamento internazionale alla costituzione, modificazione o estinzione di norme giuridiche internazionali (1).

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

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

Detto "trattato sui trattati" fu approvato a Vienna con 79 voti, 19 astensioni e un voto contrario, la Francia (a causa delle disposizioni relative allo *jus cogens*). Anche essa è un accordo internazionale e come tale è stato reso esecutivo in Italia tramite la L. 12 febbraio 1974 n. 112 entrando internazionalmente in vigore il 27 gennaio 1980.

Per entrare in vigore, il testo di tale trattato doveva essere ratificato o approvato da almeno 35 Stati. Furono perciò necessari ben 11 anni per raggiungere il numero richiesto (2) pur se, oggi, si tratta di un indubbio successo dati i suoi 116 Stati contraenti al (2018) pur se qualche "Potenza" non l'ha ancora ratificata (è il caso degli Stati Uniti ma anche della Francia).

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

La CVT non regola nemmeno tutta la materia: ad esempio, i problemi di successione degli Stati nei trattati o gli effetti dei conflitti armati. Inoltre, va osservato che le sue norme sono di natura "dispositiva" fatta eccezione per quelle relative allo *jus cogens* (art. 53). Infine, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione temporale, l'art. 4 di detta Convenzione stabilisce la sua irretroattività. Pertanto, essa si applica solo "ai trattati conclusi dagli Stati dopo la sua entrata in vigore per gli Stati stessi".

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

Nel prosieguo di questo capitolo si comprenderanno meglio le espressioni or ora

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

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

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

adottate e ci riferiremo unicamente alla precitata e fondamentale Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati conclusi fra Stati.

i. Terminologia

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

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

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

Nella prassi, del resto, la terminologia non è mai stata precisa. Così, al posto del vocabolo più generale “accordo” (*Agreement*) ⁽⁴⁾, gli Stati possono utilizzare:

- “*Trattato*” (*Treaty*): con cui solitamente si designa un accordo multilaterale tra Stati avente natura politica (ad es., trattato di pace, di alleanza, di mutua assistenza, di delimitazione dei confini); talvolta viene però utilizzato anche sul piano bilaterale ed in materia economica (ad es. *Bilateral Investment Treaty*, etc.)

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

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

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

⁽⁴⁾ Va osservato che il termine italiano “accordo” può tradurre anche il diverso strumento dell'*arrangement* (che è il termine francese, reso in inglese con il vocabolo *Agreement* ed in tedesco con *Vereinbarung*): ad es. l'*Arrangement de Madrid* (Accordo di Madrid) per la registrazione internazionale dei marchi del 14 luglio 1967. Inoltre, soprattutto in passato, gli accordi internazionali conclusi in tempo di conflitto armato hanno preso il nome di *armistizi*, *tregue*, *capitolazioni*, *rese*, in arg. v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 6ª ed., Torino, Giappichelli, 2017.

- “*Patto*” (*Covenant*) (si pensi al Patto sui diritti civili e politici e al Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966);

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

- Talvolta, un trattato viene concluso tramite uno scambio di “*note*” o di “*lettere*” (*Exchange of Notes or Letters*) ossia, ad esempio, tramite una nota del Ministro degli affari esteri di uno Stato diretta ad un agente diplomatico accreditato presso il medesimo Stato, seguito da una nota corrispondente, identica nel contenuto sostanziale, diretta dall’agente diplomatico al Ministro. Più di un terzo dei trattati depositati per la registrazione presso il Segretario generale delle Nazioni Unite assumono la semplice forma di “scambio di note” diplomatiche⁽⁵⁾. Si tratta, nella prassi, di accordi a carattere complementare o accessorio rispetto ad altri atti internazionali.

- a propria volta, un “*Protocollo*” (*Protocol*), spesso un *Protocollo aggiuntivo* (*Additional Protocol*) viene utilizzato per completare un trattato internazionale già concluso. Si tratta, tuttavia, di un vero e proprio accordo separato che accede ad un altro accordo per completarlo, specificarlo o modificarlo (ad es. il Protocollo di Kyoto rispetto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici dell’11 dicembre 1997, o ancora il Protocollo n. 6, del 28 aprile 1983, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali relativo all’abolizione della pena di morte). Più raramente, si utilizza tale vocabolo per indicare un semplice processo verbale che descrive alcuni atti aventi efficacia obbligatoria solo per i partecipanti (ad es. protocollo di conferenze, protocollo di scambio di ratifiche);

- *Memorandum d’intesa* (*Memorandum of Understanding*) che indica la riproduzione scritta di una intesa orale precedentemente raggiunta⁽⁶⁾. Si tratta però di un accordo provvisorio che spesso ha un contenuto giuridico ed una struttura talmente esigui che occorre puntualmente verificarne il carattere vincolante o meno.

- “*Dichiarazione congiunta*” (*Joint Declaration*): si tratta di un atto solenne che si riferisce a determinati principi. Tende ad enunciare alcuni principi generali destinati a regolare la condotta delle Parti con particolare solennità (Dichiarazione sull’abolizione della schiavitù, sulla guerra marittima etc.). Anche in questa fattispecie, si può presumere che non sia vincolante pur se, ancora una volta, dipende dal contenuto del testo e dalle circostanze;

- *Modus vivendi*: si intende un atto che regola provvisoriamente i rapporti tra le

⁽⁵⁾ Se non esiste una sostanziale differenza giuridica tra i termini indicati, nella prassi diplomatica, come confermano le “Note sull’applicazione della Circolare n. 5 del 19 aprile 1995”, del Ministero degli Affari Esteri. Riferisce G. MASTROJENI (*Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Padova, Cedam, 2000, p. 271 ss.) che tale modalità di conclusione di un trattato per corrispondenza si incentra su una lettera di proposta “a cui corrisponde una lettera di accettazione in cui viene trascritto letteralmente tutto il testo della prima lettera ad eccezione della formula di apertura e di commiato. Per tali ragioni, come osserva P. REUTER (*Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Parigi, 1950), si può dire che le firme dei plenipotenziari non si ritrovano sulla stesso documento”.

Capitolo V

GLI ACCORDI CONCLUSI TRA E DA ENTI NON-STATALI

Bibliografia sommaria: G. BURDEAU-BASTID, “Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents”, in *Mélanges Reuter*, Paris, 1981, p. 103; O. AUDÉOUD, “Les collectivités infraétatiques dans la vie internationale”, in *SFDI Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 1994, p. 139, e J. FERSTENBERT, “Droit et pratique de l’action extérieure des collectivités locales”, in *Rev. Jur. du Centre-Ouest*, n. 1-2, 1988; SFDI, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002. V. anche E. CANNIZZARO, “Le relazioni esterne delle Regioni nella legge di attuazione del nuovo tit.V della Costituzione”, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 759; L. CONDORELLI, F. SALERNO, “Le relazioni transfrontaliere tra comunità locali in Europa nel diritto internazionale ed europeo”, in *Riv. trim.dir.pubb.*, 1986, p. 381 ss.; S.M. CARBONE, P. IVALDI, “La partecipazione delle Regioni agli affari comunitari e il loro potere estero”, *Quad. reg.*, 2005, p. 701 ss.; L. DANIELE (a cura di), *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006; M. VELLANO, *La cooperazione regionale nell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014.

i. Accordi infra-statali

1. — Esistono diverse fattispecie di accordi infra-statali conclusi da “soggetti giuridici di diritto pubblico interno”. Ed infatti anche tali enti diversi dallo Stato (per esempio Regioni, Università, Amministrazioni ferroviarie e Banche centrali) possono, nei limiti delle proprie competenze, di concludere “accordi internazionali” nella forma di “intese”, ai sensi dell’art. 117 della Costituzione italiana.

È chiaro che lo *Stato non è vincolato da tali accordi a meno che detti enti abbiano ricevuto dallo Stato medesimo il potere di impegnarlo a livello internazionale*. Così, la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto legittimo il potere del Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia di stipulare intese con la Slovenia e con l’Austria al fine del coordinamento delle attività in materia di difesa del suolo nei bacini idrografici transfrontalieri in base all’art. 117, c. 9, Cost.. Qui, infatti, si prevede che possano essere stipulate intese con enti territoriali interni ad altri Stati — e non con questi ultimi — pur se tali intese debbano essere concluse soltanto nei casi e con le forme disciplinati con leggi dello Stato ⁽¹⁾.

Così anche, ad ulteriore esempio, la Banca di Francia può partecipare “a degli accordi monetari internazionali” previa autorizzazione del Ministro dell’Economia (art. 2, c. 4, della L. 4 agosto 1993). È chiaro altresì che tali accordi formano oggetto di un controllo da parte dello Stato: si tratta, infatti, di accordi spesso conclusi in applicazione di più ampi trattati di cooperazione interstatale. Tali accordi sono caratteristici del diritto internazionale contemporaneo, anche se ciò non vuol dire che ad essi si applichi automaticamente il diritto dei trattati.

⁽¹⁾ Corte Cost., 15 luglio, n. 242, in *Giur. cost.*, p. 4.

ii. Accordi conclusi tra organizzazioni intergovernative

2. — Gli Stati possono concludere degli accordi con le organizzazioni internazionali per regolare i loro rapporti (accordi di sede, sui privilegi e le immunità diplomatiche...) o con enti pubblici internazionali ⁽²⁾. Così, a propria volta, anche le organizzazioni internazionali, possono concludere, tra loro, accordi internazionali bilaterali o multilaterali. L'individuazione delle regole che disciplinano tali rapporti è relativamente semplice: basta riferirsi, in via generale, al diritto dei trattati codificato dalla CVT con alcuni adattamenti ⁽³⁾. Infatti, a partire da quel modello, è stata elaborata una Convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali. Non tutte le soluzioni affermatesi nel diritto dei trattati fra Stati sono però automaticamente trasponibili ai trattati tra OIG o tra Stati e OIG. Le OIG, infatti, dispongono di limitate competenze di attribuzione: ogni accordo concluso dalle OIG al di là di tali competenze risulterebbe viziato da nullità *ab initio* (ecco una nuova causa di invalidità dei trattati che non esiste per i trattati conclusi tra Stati). Inoltre, il procedimento di conclusione di tali accordi è *semplificato* rispetto a quello normalmente utilizzato nei trattati tra Stati: la competenza a negoziare appartiene all'organo esecutivo (la Commissione dell'UE, per esempio), l'approvazione definitiva, invece, viene data dall'organo "legislativo" — cioè politicamente più importante — (per esempio il Consiglio dei ministri UE, in alcune materie previa approvazione del Parlamento UE, v. gli artt. 207 e 218 TFUE).

iii. Accordi transnazionali o misti

3. — Oltre agli accordi summenzionati, esistono altre tipologie di accordi, stipulati tra soggetti di natura giuridica diversa: si tratta, per esempio, degli accordi tra Stati (o anche OIG) ed imprese straniere, accordi che incidono profondamente sulla vita giuridica internazionale e persino sulle relazioni tra Stati. Siamo in presenza, in questo caso, di vere fonti del diritto internazionale? Il diritto internazionale è applicabile a questo tipo di rapporti? A tali questioni, ancora molto controverse in dottrina, proveremo a dare una risposta nel prosieguo di questo libro.

Sezione I

GLI ACCORDI CONCLUSI TRA STATI E PRIVATI STRANIERI

Bibliografia sommaria: P. WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", in *RCADI*, 1969-III, t. 128, p. 95; dello stesso autore, "Droit International et contrats d'Etat", in *Mélanges Reuter*, 1981, p. 549; G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e privati stranieri nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1972; G. VAN HECKE, "Les accords conclus entre un Etat et une personne privée étrangère", IDI Sessione di Oslo, 1977; J. F. LALIVE, "Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents", in *RCADI*, 1983, t. 181, p. 9; J.M. JACQUET, "L'Etat opérateur du commerce international", in *Clunet*, 1989, p. 621; G. DELAUME, *The proper law of state contracts revisited*, in *ICSID Review*, 1997, pp. 1-28; CH. LEBEN, "Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat", in *Mélanges Ph. Kahn*, Paris, Litec 2000, p. 119; Id., "L'évolution de la notion de contrat d'Etat", in *Rev. arb.*,

⁽²⁾ Così, la Francia aveva concluso apposite convenzioni di "comptes d'opérations" con le banche centrali degli Stati dell'Africa dell'Ovest e dell'Africa centrale nel 1973 a titolo di meccanismi di cooperazione monetaria della "zona franco".

⁽³⁾ V. già il rapporto di R. J. DUPUY all'*Institut de Droit International*, sessione di Roma, 1973, p. 214 e ss. Ogni altro riferimento in http://legal.un.org/ilc/texts/1_2.htm.

2003, n. 3, p. 629; ID., “La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements”, in *RCADI*, 2004, v. 302, pp. 197-386; il dossier della CNUCED, *State contracts*, E.05.II.D.5, 2004; P. MAYER, “La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat”, in *Un siècle d'étude du droit international*, Paris, Litec, 2006, p. 429; E. LAUTERPACHT, “Arbitration between States and Foreign Investors: Retrospect and Prospect”, in *Arbitration Insights: twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, J. LEW e L. MISTELIS (ed.), London, 2007, p. 307; A. GIARDINA, “L'arbitrato internazionale in materia di investimenti: impetuosi sviluppi e qualche problema”, in SIDI, *I rapporti economici internazionali*, a cura di N. Boschiero e R. Luzzato, Napoli, ES, 2008, p. 320 ss.; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2 ed., Oxford, OUP, 2012, p. 79 ss.

4. Contratti internazionali. — I contratti internazionali sono accordi che possiedono dei “punti di collegamento con più ordinamenti giuridici” ⁽⁴⁾ ovvero, per riprendere un'espressione in un celebre arbitrato, di contratti “in cui tutti gli elementi non sono localizzati sullo stesso territorio” ⁽⁵⁾.

5. Pluralità. — Questi accordi sono numerosissimi e regolano rapporti molto diversi (§ 1). Tutti però pongono lo stesso delicatissimo problema giuridico: quale diritto si applica a tale tipo di rapporti (§ 2)? Dopo molte esitazioni e controversie sia dottrinali che giurisprudenziali, sembra iniziare a delinearsi, nel nostro tempo, un nuovo *corpus juridicum* in materia attraverso norme di un “diritto internazionale dei contratti internazionali” di cui tenteremo di fornire le coordinate fondamentali (§ 3).

§ 1. — *Tipologie di accordi*

Si tratta di accordi che si differenziano per il loro oggetto, per la loro natura e per il loro campo di applicazione.

1. — *Diversità d'oggetto*

6. — Detti accordi possono avere per oggetto la fornitura di beni (ad uso civile o militare), di servizi (contratti di consulenza, assistenza tecnica ed altri servizi), lo sfruttamento di risorse naturali locali (concessioni), la gestione di pubblici servizi (contratti di concessione), appalti pubblici strade, porti, ...). Possono anche avere un oggetto esclusivamente finanziario (mutui). Possono altresì costituire imprese comuni (*joint ventures*) tra lo Stato (o i suoi organi ed enti) ed un privato straniero. Possono inoltre avere un “oggetto di sovranità”, come gli accordi di indennizzo di azionisti stranieri a seguito di una nazionalizzazione ⁽⁶⁾. Così ancora gli accordi detti di “autolimitazione” o di “restrizione volontaria delle esportazioni” tra produttori privati e governi che sono stati particolarmente numerosi — e perdurano — nel settore dell'automobile, dell'elettronica o della siderurgia ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ M. FONTAINE, in *Le contrat économique international*, cit., p. 25.

⁽⁵⁾ *Texaco/Calasiatic c. Gouvernement libyen*, lodo arbitrale del 19 gennaio 1977, in *Clunet*, 1977, p. 350, punto 22.

⁽⁶⁾ V. l'accordo tra la Mauritania e le imprese straniere nel caso *Miferma*, *AFDI*, 1976, p. 619.

⁽⁷⁾ V. I. BERNIER, “Les ententes de restriction volontaire à l'exportation en droit international économique”, in *Ann. Can. de Dr. Int.*, 1973, p. 48 nonché A. TANCREDI, “Il perdurante ricorso agli accordi di limitazione delle esportazioni come strumento di protezione commerciale”, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. LIGUSTRO e G. SACERDOTI, cit., p. 451 ss.

2. — Diversità rispetto alla loro natura giuridica

7. Carattere “pubblico” delle parti. — Qui, le parti non hanno sempre lo stesso statuto giuridico. Alcuni accordi sono conclusi dallo Stato centrale o federale; altri da enti pubblici locali (città, regioni, enti pubblici).

8. Atti commerciali e atti di esercizio della sovranità. — Alcuni accordi sono conclusi dagli Stati a fini meramente commerciali (atti *jure gestionis*), altri accordi costituiscono esercizio di sovranità (atti *jure imperii*).

9. Atti civili, commerciali e amministrativi. — Va notato che, dal punto di vista di alcuni ordinamenti giuridici statali, detti accordi possono avere natura squisitamente civile o commerciale, mentre in altri ordinamenti gli stessi atti potrebbero essere qualificati alla stregua di atti amministrativi (è il caso della Francia e dei Paesi che si ispirano alla sua tradizione giuridica).

3. — Diversità nel loro ambito di applicazione

10. Durata variabile. — Alcuni accordi sono ad esecuzione istantanea, come ad esempio le compravendite di beni ed altre merci. Altri accordi, invece, sono accordi di durata e, come tali, si eseguono per molti anni (concessioni, *joint ventures*, ...). Alcuni accordi hanno un valore economico limitato, altri valgono milioni o miliardi di euro.

11. Gli accordi di sviluppo economico. — Infine, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, si è affermata una particolare categoria di accordi di durata: gli “accordi di sviluppo economico”. Il lodo Dupuy ne ufficializza l’esistenza e li caratterizza per il loro “oggetto particolarmente ampio”, “il loro obiettivo di cooperazione” tra lo Stato ospite e l’impresa privata straniera, un lungo orizzonte temporale e infine la presenza di “clausole di stabilizzazione” (8).

12. Degli accordi internazionali. — Senza dubbio, tali distinzioni si ritrovano in molti ordinamenti giuridici interni. Come tali, in sé non avrebbero una incidenza immediata sulla natura giuridica di questi accordi “internazionali”, dipendendo dal diritto che a loro è applicabile.

§ 2. — La problematica giuridica: il diritto applicabile ai contratti “transnazionali”

13. — Il tema in questione è stato oggetto di una peculiare evoluzione. Se inizialmente tali contratti erano necessariamente regolati dal diritto nazionale di uno Stato determinato, oggi si ammette che possano essere regolati dal diritto internazionale, almeno se le parti manifestano la loro volontà in tal senso.

1. — Il punto di partenza:

la sottoposizione del contratto al diritto interno di uno Stato dato

La sottoposizione del contratto al diritto interno è la soluzione classica affermata sia in diritto internazionale quanto nel diritto interno dei singoli Stati (compreso il loro diritto).

Termine estratto capitolo

Capitolo VI

GLI IMPEGNI PRIVI DI FORZA VINCOLANTE TRA GLI STATI - IL SOFT LAW

Bibliografia sommaria: in lingua inglese v. E. LAUTERPACHT, "Gentlemen's Agreements", in *Festschrift für F.A. Mann*, 1977, p. 381; O. SCHACHTER, "The Twilight Existence of Non-Binding International Agreements", in *AJIL* 1977, p. 296; I. SEIDL-HOHENVELDERN, "International Economic 'Soft Law'", *RCADI*, v. 163, 1979, p. 194 ss.; C.M. CHINKIN, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *ICLQ*, 1989, p. 850; M. REISMAN, "The Concept and Functions of Soft Law in International Law", in *Essays in honour of Judge T.O. Elias*, Dordrecht, 1992, p. 135; F. FRANCONI, "International 'soft law': a Contemporary Assessment", in *Fifty Years of the ICJ. Essays in honor of Sir R. Jennings*, Cambridge, 1996, 167; ZEMANEK, "Is the Term Soft Law Convenient?", in *Liber amicorum Prof. I. Seidl-Hohenveldern*, The Hague, 1998, p. 843; A. BOYLE, "Soft Law in International Law Making", in M. EVANS (ed.), *International Law*, 3 ed., Oxford, OUP, 2010, p. 122). In lingua francese, si vedano i simposi di Tolosa della SFDI, Paris, Pedone 1974, intitolati "L'élaboration du droit international public" e in particolare i rapporti di R.J. DUPUY, "Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la 'soft law'" (p. 132 e ss.), R. PINTO, "Les tendances de l'élaboration des formes écrites du droit international" (p. 15 e ss.) e P. VELLAS, "Les sources informelles du droit international public" (p. 70 e ss.); v. anche M. VIRALLY, "L'élaboration du droit international économique", in *Colloque d'Orléans SFDI*, Paris, Pedone, 1972, p. 171 e ss.; B. OPPETIT, "L'engagement d'honneur", *D.* 1979, Chron, 107; P. M. EISEMANN, "Le 'gentlemen's agreement' comme source du droit international", in *Clunet*, 1979, p. 326, e G. ABI-SAAB, "Eloge du 'droit assourdi': quelques réflexions sur le rôle de la Soft Law en droit international contemporain", in *Mélanges Fr. Rigaux*, 1993, p. 59.

1. Il soft law nel diritto interno. — Con l'espressione *soft law*, un termine quasi intraducibile (talvolta, in italiano, si usa il vocabolo "diritto soffice"), ci si riferisce a degli "impegni internazionali privi di forza vincolante tra gli Stati". Si tratta di un fenomeno che, nel diritto interno, è stato denominato da Jean Carbonnier "diritto flessibile" ⁽¹⁾. Carbonnier, come già aveva notato alla sua epoca Santi Romano, ribadisce che le regole che disciplinano il comportamento dei soggetti derivano da una pluralità di ordinamenti concorrenti (diritto statale, sindacale, professionale, ...). Rispetto allo Stato ed al *suo* ordinamento giuridico, gli innumerevoli ordinamenti esistenti possono essere giuridicamente rilevanti (riconosciuti, vietati, consentiti, tollerati, ecc.) o irrilevanti. Ed allora, muovendo da tali considerazioni, ne segue che, l'espressione "soft law" non significa "non diritto", perchè non si constata l'assenza di norme giuridiche; piuttosto, si tratta di una diversità del livello coercitivo delle stesse. L'autore definiva peraltro tali fenomeni non tanto come "il vuoto assoluto del diritto, ma (come) un abbassamento più o meno consistente della pressione giuridica" ⁽²⁾.

2. Soft law e diritto internazionale. — Tale "abbassamento della pressione giuridica" si può riscontrare, ed in ampia misura, anche nel diritto internazionale. Senza dubbio, tale fenomeno si manifesta a livello di rapporti interstatali. Esso

(1) J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 8ª ed, Paris, 1995.

(2) *Flexible droit*, cit., p. 21.

riguarda, tuttavia, anche altri attori della società internazionale; già nel 1970 la CEE pubblicò un codice di buona condotta sulle “relazioni di lavoro” che le società sud-africane sotto controllo europeo dovevano rispettare. Allo stesso modo, le banche centrali concludono tra loro accordi di cooperazione — come gli accordi *swaps* — o intese destinate a coordinare le loro politiche d'intervento sui mercati di cambio; tutti questi esempi rientrano senza dubbio nella categoria generica di “soft law”.

Per limitarci agli impegni privi di forza vincolante tra gli Stati ⁽³⁾, cercheremo in questa sede di identificare le principali categorie e di determinarne le funzioni (Sezione I) prima di interrogarci sui loro caratteri giuridici fondamentali (Sezione II).

Sezione I

TIPOLOGIA E FUNZIONI DEGLI IMPEGNI PRIVI DI FORZA VINCOLANTE TRA GLI STATI

§ 1. — *Tipologia*

3. — In diritto internazionale è possibile individuare due grandi categorie di atti: gli accordi informali (o “gentlemen’s agreements”) e gli atti giuridici concertati. Tuttavia, va precisato che non si tratta di una facile distinzione in quanto la qualificazione di tali atti dipende sia dall’insieme di circostanze del caso di specie, sia dalla denominazione formale che è stata loro attribuita dalle parti in causa.

1. — Gli accordi informali (o “gentlemen’s agreements”)

Per quanto riguarda la prima categoria di atti, i “gentlemen’s agreements”, possiamo individuare tre grandi tipologie di accordi: gli accordi informali politici (a); gli accordi informali interpretativi (b) e gli accordi informali normativi (c).

a) Gli accordi informali “politici”

4. — Con gli accordi informali “politici”, gli Stati intendono esprimere alcuni grandi principi che regoleranno le loro relazioni reciproche o guideranno la loro politica nei confronti degli Stati terzi. A tale proposito, si può citare un esempio storico quale la “Carta Atlantica” del 14 agosto 1941, firmata ed elaborata da Winston Churchill e Franklin Roosevelt, che fissava gli obiettivi comuni di Regno Unito e Stati Uniti *nella gestione di un “mondo migliore” nel dopoguerra*. Con questo atto, le due Potenze comunicavano agli Stati terzi i grandi principi che, ai loro occhi, dovevano regolare le relazioni politiche ed economiche tra le Nazioni “libere” una volta che le ostilità si fossero concluse. Questa dichiarazione di principi si ispirava, peraltro, ai famosi “14 punti” del Presidente Wilson del 1914, pur avendo un fondamento bilaterale.

⁽³⁾ Il cui carattere comune “sembra essere la volontà delle parti che, in caso di non osservanza, essi non ingenerino responsabilità internazionale” cfr., ad es., T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 361.

b) Gli accordi informali “interpretativi”

5. — Tramite gli accordi informali “interpretativi”, gli Stati completano e precisano un quadro giuridico preesistente (organizzazione o conferenza internazionale). Nella prassi, il ricorso a tale strumento si verifica assai frequentemente per disciplinare delle questioni di procedura (composizione degli organi di una organizzazione internazionale, regolamento interno, regole di voto, ...).

6. — Al riguardo, si può citare l'accordo di Londra del 1946 tra i Membri permanenti del Consiglio di Sicurezza dell'ONU che stabiliva un piano di ripartizione dei seggi per l'elezione dei Membri non permanenti in seno al Consiglio; nello specifico, i “cinque grandi” trovavano un accordo con riferimento alle candidature presentate dagli Stati appartenenti alle cinque più importanti regioni del mondo. Allo stesso modo, sempre in seno all'ONU, nel 1955 si raggiunse un accordo al fine di regolare la situazione di due Stati candidati al Consiglio di Sicurezza che avevano ottenuto lo stesso numero di voti: in tale ipotesi, uno dei due Stati occupa il seggio di Membro non permanente per un anno, poi rassegna le dimissioni, consentendo così all'altro candidato di essere eletto per il periodo rimanente, cioè un anno. Questa soluzione di compromesso fu adottata nel 1955 con riguardo alle Filippine ed alla Jugoslavia; fu utilizzata di nuovo con la Polonia e la Turchia. Avrebbe dovuto essere utilizzata anche nel 1979 con riguardo a Cuba e alla Colombia che si trovarono in tale situazione dopo un considerevole numero di scrutini: tuttavia, i due Stati ritirarono la candidatura per permettere al Messico di essere eletto; tale situazione derogatoria si spiega in ragione del contesto politico dell'epoca — l'invasione dell'Afghanistan dall'allora Unione sovietica — e non di una forma di ripudio dell'accordo del 1955. Può essere altresì citato in questa sede il compromesso di Lussemburgo del 29 e 30 gennaio 1966 relativo alla procedura di decisione a maggioranza qualificata in seno al Consiglio dei ministri dell'allora CEE.

c) Gli accordi informali “normativi”

7. — L'ultima tipologia di accordi viene utilizzata nel campo delle relazioni politiche “sensibili” o ancora nel settore economico internazionale. Qui, si tratta di elaborare un *quadro normativo* destinato ad influenzare la condotta delle parti firmatarie, tra di loro o nei confronti di terzi. E così, ad esempio, rientrano in questa categoria, i celebri accordi di Yalta e Potsdam del 1945, che hanno portato alla divisione del mondo in “zone di influenza” tra le principali potenze vincitrici della seconda guerra mondiale. Ed ancora, va ricondotto alla medesima categoria, l'atto finale di Helsinki del 1° agosto 1975 adottato al termine della conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa ⁽⁴⁾. Nel campo economico esistono, poi, numerosi “accordi” o “impegni informali” o “gruppi di studio” con riferimento ai prodotti di base che sono conclusi sotto gli auspici della FAO, UNCTAD, o del GATT e che sono destinati a regolare gli scambi internazionali su un prodotto particolare.

L'allora Comunità Economica Europea ed il Giappone fecero ugualmente ricorso alla tecnica dell'accordo informale (*gentlemen's agreement*) nell'agosto 1991 per

(4) V. J.F. PRÉVOST, “Observations sur la nature juridique de l'acte final de la C.S.C.E.”, in *AFDI*, 1975, p. 129 e E. DECAUX “La conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (C.S.C.E.)”, PUF, Que sais-je?, n. 2661, Paris, 1992, oltre che il sito <http://www.osce.org>.

